

**LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL
EN EL ÁMBITO LABORAL. HACIA
LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL**

Editorial

JOSE MIGUEL ORTIZ ORTIZ
DIRECTOR EDITORIAL

Consejo Editorial

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
DIRECTOR GENERAL DE PUBLICACIONES
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

MARÍA NIEVES MORENO VIDA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

Consejo Científico

JAIME CABEZA PEREIRO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

MARÍA TERESA DÍAZ AZNARTE
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

JESÚS MERCADER UGUINA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III

ANTONIO OJEDA AVILÉS
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

MARGARITA RAMOS QUINTANA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna

PILAR RIVAS VALLEJO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

CARMEN SÁEZ LARA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO
Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I

Dirección:
FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO

Coordinación:
FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ
INMACULADA BAVIERA PUIG

LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL EN EL ÁMBITO LABORAL. HACIA LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL

INMACULADA ALONSO MAS
MIGUEL ÁNGEL AGULLÓ AGULLÓ
INMACULADA BAVIERA PUIG
CAROLINA BLASCO JOVER
CARLOS CANDELA AGULLÓ
ANA CASTRO FRANCO
FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ
RICARDO ESTEBAN LEGARRETA
FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO
ANTONIO FOLGOSO OLMO

JUAN LUIS GARCÍA RÍOS
JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ MARTÍNEZ
ALFONSO GUTIÉRREZ CABALLERO
JUAN PABLO IBÁÑEZ GARCÍA
MARÍA JOSÉ LOPERA CASTILLEJO
RAQUEL POQUET CATALÁ
MARÍA JOSÉ ROMERO RODENAS
ALICIA SÁNCHEZ GUERRERO
NOEMÍ SERRANO ARGÜELLO
ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

Proyecto de investigación: *Vías de acceso y permanencia en el empleo de personas con discapacidad*. Ref. AICO 2021/109. Financiado por la Conselleria de innovació Universidades Ciencia y Sociedad Digital de la Generalitat Valenciana



Edita:

Ediciones Laborum, S.L.
Avda. Gutiérrez Mellado, 9 - Planta 3ª, Oficina 21
30008 Murcia
Tel.: 968 24 10 97
E-mail: laborum@laborum.es
www.laborum.es

1.ª Edición, © Ediciones Laborum S.L., 2023

ISBN: 978-84-19145-81-9
D.L.: MU 1319-2023

© Copyright de la edición, Ediciones Laborum, 2023
© Copyright del texto, sus respectivos autores, 2023

Ediciones Laborum, S.L. no comparte necesariamente los criterios manifestados por el autor en el trabajo publicado.

La información contenida en esta publicación constituye únicamente, y salvo error u omisión involuntarios, la opinión de su autor con arreglo a su leal saber y entender, opinión que subordinan tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado.

Ni el editor, ni el autor, pueden responsabilizarse de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones o informaciones contenidas en esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 o 93 272 04 45).

ÍNDICE

PRÓLOGO	17
----------------------	----

Fco. Javier Fernández Orrico

CAPÍTULO I

LA PROTECCIÓN SOCIAL Y EL EMPLEO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA RECOMENDACIÓN NÚMERO 18 DEL PACTO DE TOLEDO	23
--	----

Fco. Javier Fernández Orrico

1. La llegada de la discapacidad como recomendación en el Pacto de Toledo.....	23
2. Aparición de la discapacidad en la recomendación 18 del Pacto de Toledo (2003).....	25
3. La recomendación 18 del Pacto de Toledo (2011) en el informe de evaluación y reforma de la comisión del Pacto de Toledo	27
4. La recomendación 18 del Pacto de Toledo (2020) en el informe de evaluación y reforma de la comisión del Pacto de Toledo	29
4.1. Cobertura social (personas con discapacidad y sus familias).....	31
4.1.1. Régimen jurídico de las pensiones por incapacidad permanente y su compatibilidad con el trabajo	31
4.1.2. Mejora de las prestaciones familiares (asignación por hijo a cargo y pensión de orfandad) nivel no contributivo.....	34
4.1.3. Corregir los desajustes producidos en medidas sobre anticipación de la edad de jubilación	35
4.1.4. Problemática en el tiempo de cotización exigido en la jubilación anticipada y las dificultades para su acreditación	37
4.1.5. Deben tenerse en cuenta las particularidades en la prestación por nacimiento y cuidado de menor, con especial apoyo a mujeres con discapacidad	39
4.1.6. La legislación debe facilitar la incorporación inclusiva al mercado de trabajo de las personas con discapacidad y también, propiciar su mantenimiento en su actividad profesional originaria en casos de discapacidad sobrevenida.....	40
4.1.7. Trasladar al Régimen Especial de Clases Pasivas los avances del Régimen General	43
4.2. El empleo de personas con discapacidad.....	43

CAPÍTULO II

EL TRATAMIENTO DE LA INCLUSIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ACTUAL MARCO NORMATIVO Y SU NECESARIA TRANSFORMACIÓN 47*María José Romero Rodenas**Juan Luis García Ríos*

1. Introducción	47
2. El anclaje en el ordenamiento constitucional e internacional del Derecho al Trabajo y la Política de Empleo para personas con discapacidad	49
3. Cuestiones previas al análisis del modelo laboral.....	51
3.1. Principios	52
3.2. El concepto de persona con discapacidad	53
3.3. El papel de los servicios públicos de empleo.....	54
4. El modelo de inserción laboral en el RDL 1/2013 LGDPD	55
4.1. Empleo ordinario.....	56
4.1.1. Ajustes razonables	57
4.1.2. Empleo con Apoyos	58
4.1.3. La cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad	61
4.2. Empleo protegido	66
4.2.1. Los Centros Especiales de Empleo.....	66
4.2.2. La relación laboral especial de las personas trabajadoras con discapacidad	68
4.2.3. Enclaves laborales.....	70
4.3. Empleo autónomo	70
5. Conclusiones.....	71
6. Bibliografía.....	72

CAPÍTULO III

LEGISLACIÓN SOCIAL Y DISCAPACIDAD EN LA XIV LEGISLATURA..... 75*Faustino Cavas Martínez*

1. Introducción	75
2. Medidas en el ámbito del empleo.....	75
2.1. Inserción laboral de las personas con capacidad intelectual límite.....	75
2.2. Auxilio económico a los centros especiales de empleo durante la pandemia.....	77
2.3. El empleo de las personas con discapacidad en el marco de los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo.....	78
2.4. El empleo de las personas con discapacidad en la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo.....	79
2.5. Trabajo en remoto y discapacidad.....	80
2.6. Ajustes razonables y discriminación	81
2.7. El tratamiento de la discapacidad en la nueva Ley de Empleo	81
2.8. Revisión de los incentivos económicos a la contratación laboral de personas con discapacidad	83
3. Reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad	84
4. Medidas de Seguridad Social.....	85

4.1. Jubilación anticipada y discapacidad	85
4.2. Asimilación al 65 por ciento de grado de discapacidad de las personas con medidas de apoyo a la capacidad jurídica.....	87
4.3. Protección de los menores con cáncer u otra enfermedad grave	88
5. Protección de la dependencia.....	88
6. Propuestas de actualización normativa en el libro blanco sobre empleo y discapacidad.....	89
7. Valoración final	92

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS Y REPERCUSIONES DE LAS ÚLTIMAS RECOMENDACIONES INTERNACIONALES SOBRE EL EMPLEO DE LOS DISCAPACITADOS. LA OBSERVACIÓN GENERAL N° 8/22 SOBRE EL DERECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AL TRABAJO Y AL EMPLEO DE NACIONES UNIDAS Y LA ESTRATEGIA EUROPEA SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PARA LOS AÑOS 2021-2030

Noemí Serrano Argüello

1. Introducción	93
2. La observación general n° 8/22 sobre el derecho al trabajo y al empleo de las personas con discapacidad.....	94
2.1. Un acercamiento a la observación.....	94
2.2. La radiografía de las personas con discapacidad: están peor posicionados.....	98
3. Análisis de los diversos puntos que escudriña la observación general n° 8/22	99
3.1. Derecho al trabajo en igualdad de condiciones: empleo ordinario versus empleo protegido	99
3.2. Prohibición de discriminación.....	101
3.3. Condiciones de trabajo justas y equitativas.....	102
3.4. Derechos colectivos. Particular llamada de atención a sindicatos y negociadores	103
3.5. Orientación laboral, colocación y formación.....	104
3.6. Promoción de oportunidades y en las distintas facetas de oportunidades de empleo (público e iniciativa emprendedora).....	105
3.7. La promoción del empleo privado	106
3.8. El ajuste razonable. La importancia en el puesto de trabajo	106
3.9. Experiencias en empleo ordinario.....	107
3.10. Atender al acceso, mantenimiento y regreso al empleo.....	107
3.11. Trabajo forzoso (manifestaciones diversas de esclavitud, servidumbre, obligatorio, secuestro y también segregado)	108
4. Las obligaciones de los Estados para hacer reales los mandatos de la Convención...108	
4.1. Obligaciones generales.....	108
4.2. Concreción de las obligaciones básicas de los Estados.....	109
5. Interconexión de la observación con diversos preceptos de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.....	110
6. La necesidad de descender a nivel nacional. Los deberes de cada estado para adecuar y revisar sus acciones en el cumplimiento de la Convención.....	112

7. Lo más esencial.....	114
8. La estrategia europea sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030.....	114
8.1. Una nueva década para continuar por la senda de la integración e inclusión laboral de las personas con discapacidad.....	114
8.2. El empleo como prioridad y medidas concretas.....	116
9. Documentos y bibliografía consultados.....	118

CAPÍTULO V

ESTRATEGIAS LEGALES PARA FAVORECER EL ACCESO AL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD..... 121

José Antonio González Martínez

1. Hacia una cobertura legal adecuada.....	121
2. Medidas contenidas en el estatuto de los trabajadores que afectan a trabajadores con discapacidad.....	123
2.1. La relación laboral especial del trabajo en los centros especiales de empleo (art. 2.1.g ET).....	123
2.1.1. Acceso al empleo inclusivo: huida del concepto caritativo de discapacidad.....	123
2.1.2. El trabajo en los Centros Especiales de Empleo, como una relación laboral especial: freno a la realización progresiva del derecho al trabajo.....	124
2.2. El derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad (art. 4.2.c ET)....	126
2.3. La protección frente al acoso por razón de discapacidad (art. 4.2.e ET).....	128
2.4. Peculiaridades en los contratos formativos (arts. 11.3.b y 11.4.d ET).....	129
2.5. Las principales manifestaciones de discriminación en el ámbito laboral (art. 17.1 ET).....	131
2.6. Integración del trabajador con discapacidad en el sistema ordinario de trabajo a través del contrato temporal de fomento del empleo (art. 17.3 ET).....	132
2.7. Dirección y control de la actividad laboral por el empresario (art. 20.3 ET)....	134
2.8. Reducción de jornada de trabajo diaria por cuidado de persona con discapacidad (art. 37.6 ET).....	135
2.9. Derechos de preferencia ante movilidades geográficas (arts. 40.5 y 40.7 ET)...	136
2.10. Suspensión del contrato por nacimiento y cuidado del menor (art. 45.1.d ET).....	137
2.11. Excedencia por cuidado de un familiar con discapacidad (art. 46.3 ET).....	137
2.12. Ampliación de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y cuidado de menor con discapacidad (art. 48.6 ET).....	138
2.13. Prioridad de permanencia en la empresa ante un despido colectivo (art. 51.5 ET).....	139
2.14. Licencia semanal para buscar nuevo empleo ante una extinción por causas objetivas (art. 53.2 ET).....	139
2.15. El acoso por razón de discapacidad como causa de despido disciplinario (art. 54.2.g ET).....	140
3. Algunas referencias a las personas con discapacidad en la Ley de Empleo 3/2023, de 28 de febrero.....	141

3.1. Principios de igualdad y no discriminación por razón de discapacidad, como principios rectores de la política de empleo	141
3.2. Las oportunidades de empleo para personas con discapacidad, como ejes de los instrumentos de planificación de las políticas de empleo.....	142
3.3. Las personas con discapacidad, como colectivo de atención prioritaria para la política de empleo	143
3.4. Equiparación a efectos laborales, entre la incapacidad permanente y la discapacidad del 33%.....	144
4. Conclusiones y propuestas.....	145
5. Bibliografía.....	145

CAPÍTULO VI

EL PREPARADOR LABORAL: UNA FIGURA CLAVE EN EL EMPLEO CON APOYO..... 149

Ricardo Esteban Legarreta

1. Planteamiento. Algunos datos sobre los profesionales dedicados a la preparación laboral	149
2. El preparador laboral, una figura dispersa entre el programa común y los programas propios de algunas comunidades autónomas	152
3. La preparación laboral como actividad profesional contratada por cuenta ajena.....	154
4. Funciones desempeñadas por el preparador laboral. Breves consideraciones sobre algunas condiciones de trabajo.....	156
4.1. Acciones integrantes del empleo con apoyo y funciones del preparador laboral. El preparador como trabajador polivalente.....	156
4.2. Funciones recogidas en el RD 870/2007	157
4.3. Breves apuntes sobre condiciones de trabajo de los preparadores laborales	160
4.3.1. Ubicación en los sistemas de clasificación profesional y salarios.	160
4.3.2. Algunas cuestiones en clave de prevención de riesgos laborales.	162
5. Requerimientos formativos de los preparadores laborales.....	163
5.1. Formación básica y complementaria	163
5.2. La formación complementaria.....	167
5.3. La experiencia profesional como requisito complementario y como condición básica de acceso a la actividad	168
6. Conclusiones y propuestas.....	169
7. Bibliografía citada	170

CAPÍTULO VII

LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL Y SOCIAL DE LAS ENTIDADES DEL TERCER SECTOR DE LA DISCAPACIDAD..... 173

María José Lopera Castillejo

1. Introducción	173
2. El movimiento asociativo de las personas con discapacidad intelectual hacia una transición socioeconómicamente justa	174
3. La normativa reguladora de las entidades del tercer sector de acción social.....	176
4. La necesaria modernización de las entidades del tercer sector mediante la transformación digital humanista y la innovación social competitiva	181

5. La estrategia española de economía social 2023-2027: ejes estratégicos y líneas de actuación en la promoción de las entidades del tercer sector	183
5.1. Identificación de las entidades del tercer sector económico como ecosistema clave dentro de la actualización de la estrategia industrial de la Unión Europea.....	185
5.2. Cooperación interna e intersectorial de las entidades sociales: la creación del hub de vanguardia referente con impacto internacional	187
5.3. La presencia de las entidades de la economía social en las nuevas iniciativas de emprendimiento y sectores emergentes.....	189
5.4. El fomento de la igualdad de oportunidades en colectivos con dificultades de acceso al empleo: la transversalización de la igualdad de género y de la discapacidad.....	191
6. El plan integral de impulso a la economía social para la generación de un tejido económico inclusivo y sostenible	194
7. Conclusiones y propuestas	196
8. Bibliografía citada	198

CAPÍTULO VIII

EL COMPROMISO CON LA RESPONSABILIDAD SOCIAL Y LA SOSTENIBILIDAD COMO MEDIO DE INCLUSIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD..... 201

Inmaculada Baviera Puig

1. Introducción	201
2. Formación del concepto de responsabilidad social de la empresa	202
2.1. Howard R. Bowen.....	203
2.2. Keith Davis	206
3. El desarrollo de la RSE en la Unión Europea: hacia la integración de la sostenibilidad	209
3.1. El Libro Verde de la Comisión en el contexto internacional	210
3.2. La estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre RSE.....	215
4. El contenido social y la discapacidad en los informes de sostenibilidad.....	218
5. Conclusión	223
6. Bibliografía.....	224

CAPÍTULO IX

MEDIDAS PARA LA INSERCIÓN LABORAL DE LAS MUJERES CON DISCAPACIDAD..... 229

Raquel Poquet Catalá

1. Introducción	229
2. Conceptualización	230
3. Sistemas para la atención a la discapacidad.....	233
4. Marco normativo	235
4.1. Normas reguladoras	235
4.2. Soft law	237
5. Medidas para la integración laboral de las mujeres con discapacidad.....	239
5.1. Cuota de reserva	239
5.2. Subvenciones y bonificaciones.....	243

5.2.1. Subvenciones por la contratación de personas con discapacidad en el mercado ordinario	243
5.2.2. Subvenciones para la contratación de personas con discapacidad en centros especiales de empleo	245
5.2.3. Bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social	247
5.2.4. Bonificación por la contratación indefinida o la incorporación como persona socia en cooperativas o sociedades laborales	249
5.3. Programas públicos de inserción laboral.....	250
6. A modo de reflexión final. Conclusiones y propuestas.....	250
7. Bibliografía.....	251

CAPÍTULO X

MUJERES CON DISCAPACIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LA PROVINCIA DE ALICANTE..... 253*Carolina Blasco Jover*

1. A modo de introducción: los datos estadísticos y el marco normativo de referencia.....	253
2. Previsiones en la negociación colectiva de la provincia de alicante	257
2.1. La regulación en los convenios colectivos provinciales de sector	257
2.2. La regulación en los convenios colectivos provinciales de empresa	262
3. Conclusiones.....	268
4. Convenios de sector referenciados	269
5. Convenios de empresa referenciados	271

CAPÍTULO XI

DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD: LAS NUEVAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS SOCIOLABORALES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA 281*Juan Pablo Ibáñez García*

1. Introducción	281
2. Novedades en el marco normativo en torno a las garantías de los derechos de las personas con discapacidad.....	283
2.1. Ratificación de la carta social europea revisada e incorporación de España al sistema de reclamaciones colectivas ante el CESD. Antecedentes y consecuencias ..	284
2.2. La Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación.....	287
2.3. La observación general nº 8, sobre el artículo 27 de la CIDPD sobre el derecho al trabajo y al empleo de las personas con discapacidad.....	290
3. Novedades en torno a los mecanismos de legitimación de determinados sujetos e instituciones en defensa de los derechos fundamentales y humanos de las personas con discapacidad	292
4. Conclusiones.....	294
5. Bibliografía.....	296

CAPÍTULO XII

APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS SUBROGATORIAS PREVISTAS EN CONVENIOS COLECTIVOS SECTORIALES A CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO: LA CONVENIENCIA DE REALIZAR UNA INTERPRETACIÓN FAVORABLE A LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD . 299*Antonio Folgoso Olmo*

1. Los centros especiales de empleo como herramienta para facilitar el acceso al mundo laboral de las personas con discapacidad	299
2. Breve aproximación a los criterios para determinar el convenio colectivo aplicable	301
2.1. El criterio tradicional: del principio de unidad de empresa al criterio de la actividad principal	302
2.2. La excepción a la regla general: el principio de especificidad	303
3. La situación problemática de los trabajadores de centros especiales de empleo que concurren con otras actividades.....	303
4. La jurisprudencia en torno a la determinación del convenio aplicable a los centros especiales de empleo	306
5. Incidencia de la reforma laboral de 2021 en la doctrina sobre la materia.....	309
6. Análisis crítico de la posición tradicional y necesidad de profundizar en los debates que continúan abiertos. Conclusiones y propuestas	311
7. Bibliografía.....	314

CAPÍTULO XIII

NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL ÁMBITO DE LA DISCAPACIDAD. ACCESO A LAS TIC Y DERECHO DE INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES..... 317*Ana Castro Franco*

1. Introducción: el acceso a las nuevas tecnologías, una visión desde la discapacidad..	317
2. Defensa del acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información desde la perspectiva de la inclusión laboral	320
3. Justicia y discapacidad: TICs accesibles	327
4. La protección de los datos personales de las personas que padecen discapacidad	334
5. El derecho a la información y el consentimiento de las personas con discapacidad en el tratamiento de los datos personales ante las tecnologías de la información y las comunicaciones	338
6. Conclusiones.....	341
7. Bibliografía.....	342

CAPÍTULO XIV

EL EMPLEO CON APOYO A LA LUZ DEL LIBRO BLANCO SOBRE EMPLEO Y DISCAPACIDAD..... 345*Inmaculada Alonso Mas*

1. Introducción	345
2. El empleo con apoyo como instrumento de inclusión laboral.....	347
2.1. Origen y definición del empleo con apoyo.....	348
2.2. Elementos que configuran el Empleo con Apoyo.....	349

2.2.1. Acciones de los proyectos de Empleo con Apoyo	349
2.2.2. Destinatarios finales del Empleo con Apoyo	349
2.2.3. Promotores de proyectos de Empleo con Apoyo y beneficiarios de las subvenciones.....	350
2.2.4. La figura del preparador laboral.....	350
3. Los programas de Empleo con Apoyo desde la perspectiva del Libro Blanco sobre empleo y discapacidad.....	351
3.1. El Libro Blanco sobre empleo y discapacidad.....	351
3.2. El tratamiento de los programas de empleo con apoyo en el Libro Blanco sobre empleo y discapacidad	352
3.2.1. El mercado de trabajo de las personas con discapacidad.....	352
3.2.2. Régimen Jurídico.....	353
A) Intermediación, Orientación laboral y Empleo con Apoyo de personas con Discapacidad	353
B) Apartado propositivo	355
4. Conclusiones.....	357
5. Bibliografía.....	359

CAPÍTULO XV

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL COMO HERRAMIENTA DE INCLUSIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON LAS LLAMADAS DISCAPACIDADES NO VISIBLES 361

Alicia Sánchez Guerrero

1. Discapacidad intelectual y discapacidad del desarrollo.....	361
2. Discapacidad y empleo.....	365
3. La responsabilidad social de las empresas y la discapacidad	367
4. Otras líneas de investigación	371
5. Conclusiones y propuestas.....	372
6. Bibliografía.....	373

CAPÍTULO XVI

CAUSAS DE LA RENUNCIA AL TRABAJO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL 377

Carlos Candela Agulló

1. Participación social.....	377
2. Motivos de renuncia	378
2.1. Factores organizacionales	378
2.2. Factores de la administración pública.....	381
2.3. Factores relacionados con la educación.....	382
2.4. Factores relacionados con el entorno familiar	384
2.5. Factores relacionados con la persona.....	386
3. Conclusiones.....	387
4. Referencias bibliográficas.....	389

CAPÍTULO XVII

ASPECTOS CLAVE PARA UNA INSERCIÓN LABORAL EXITOSA EN PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL: EL MODELO DE LA ASOCIACIÓN TAMARIT..... 391*Miguel Ángel Agulló Agulló*

1. La asociación Tamarit.....	392
2. Perfil de los alumnos.....	392
3. El proyecto	394
4. Aspectos clave para una inserción laboral exitosa en personas con discapacidad intelectual	395
4.1. Ajustar el autoconcepto a la vida adulta, como punto de partida	395
4.2. Gestión de expectativas.....	397
4.3. Seguimiento con la familia y asuntos “No laborales”	400
4.4. Identificación y formación de la “Persona de referencia”	400
5. Conclusiones y propuestas.....	404
6. Bibliografía.....	405

CAPÍTULO XVIII

DE LOS PROGRAMAS A LOS SERVICIOS. BALANCE Y RETOS DEL EMPLEO CON APOYO EN ESPAÑA 407*Alfonso Gutiérrez Caballero*

CAPÍTULO XIX

DIEZ APUNTES JURISPRUDENCIALES SOBRE DISCAPACIDAD..... 413*Antonio V. Sempere Navarro*

1. Justicia y discapacidad.....	414
2. Una relación conceptual compleja.....	415
2.1. La Ley 51/2003	415
2.2. La Ley 26/2011	415
2.3. El Texto Refundido de 2013	415
2.4. La Jurisprudencia unificada	416
3. Dolencias evaluables en el litigio	416
4. Sobre ceguera y gran invalidez.....	417
4.1. Diversidad de derechos para personas con deficiencia visual	417
4.2. La compleja ponderación exigida para acceso a la gran invalidez	418
4.3. La necesidad de auxilio personal.....	418
4.4. Autonomía funcional con deficiencia visual.....	419
4.5. Conclusión.....	419
5. Centros Especiales de Empleo (CEE) y transmisión de contratas.....	419
5.1. Doctrina sobre transmisión de contratas	419
5.2. Transmisión de contratas mediando CEE	420
5.3. Valoración de la jurisprudencia	420
6. Adjudicación de contratos (perspectiva mercantil).....	421
6.1. Diversidad de CEE.....	421
6.2. Reserva de empleo en subcontratas.....	421
7. Servicios de prevención y ajustes razonables	422

7.1. Ajustes razonables.....	422
7.2. Informe del Servicio de Prevención	422
8. Discriminación por asociación	423
9. Protección preventiva	424
10. Discapacidad y enfermedad	424

PRÓLOGO

La discapacidad, circunstancia que en mayor o menor medida afecta a todas las personas antes o después en el transcurso de la vida es el motivo central de las páginas que siguen a continuación. Si bien, en algunos casos aparece en épocas más tempranas y dificulta la participación en la sociedad o en diversas parcelas que la conforman, como la cultura, deporte, aficiones, y como no, en el trabajo. De ahí la necesidad de establecer los medios que permitan la denominada accesibilidad universal de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida, personal, familiar, profesional y social. Accesibilidad universal entendida como «la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible», como lo define el art. 2.k) RD-ley 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.

La presente monografía que recibe el título: *La discapacidad intelectual en el ámbito laboral. Hacia la accesibilidad universal*, es el resultado de importantes contribuciones científicas, fruto del trabajo investigador de profesores de diversas universidades, pero también de profesionales, como abogados, magistrados, funcionarios, entidades de formación, ayuda y orientación a personas con discapacidad que, desde la aplicación directa de la normativa sobre discapacidad en el ámbito del trabajo o con la experiencia en el acompañamiento y el apoyo a trabajadores con discapacidad aportan importantes propuestas para mejorar la actividad de este colectivo.

Si hay algo que debe ser común en esta materia, es la consideración de que todas las personas somos iguales en derechos y obligaciones, y que, por eso, es necesario impedir, si está en nuestra mano, que se produzcan discriminaciones o al menos llamar la atención cuando tengan lugar. Y no solo evitar que tales conductas se produzcan, sino hacer propuestas viables de acción positiva que permitan mejorar la accesibilidad de las personas con discapacidad en el trabajo, tales como medidas concretas de adaptación al puesto de trabajo, lo que se ha dado en denominar como “ajustes razonables” o, la importancia del acompañamiento del trabajador con discapacidad en esa figura del preparador laboral que orienta de forma personalizada al trabajador con discapacidad, en el marco de los actuales programas de empleo con apoyo y, en fin, propuestas que sirvan realmente para derribar

las barreras que impiden a las personas trabajadoras con discapacidad ejercitar su actividad de igual forma que las demás.

La monografía, viene a ser una importante herramienta de trabajo, porque se trata de capítulos que contienen, la mayoría de ellos, resultados científicos que se han llevado a cabo por el grupo de investigación, cuyo proyecto tiene por título: *Vías de acceso y permanencia en el empleo de personas con discapacidad*, integrado por profesores de las Universidades de Murcia, Valladolid, Navarra y Miguel Hernández. Y puede ser útil a la hora de manejarlo, buscar aquellos temas específicos, como se hace o se hacía con una enciclopedia (ahora internet ocupa su lugar) en que se buscaba la cuestión o el asunto que requería un conocimiento más profundo. Por eso, puede ayudar, además del índice, comentar someramente a continuación el contenido de los capítulos.

Y así, quien suscribe, *Fco. Javier Fernández Orrico* analiza, en el capítulo 1, la Recomendación 18 del Pacto de Toledo desde su aparición en 2003, con la idea de comprobar si realmente, las propuestas que se contienen en la citada recomendación, en las sucesivas renovaciones (2003, 2011 y 2020) resultan adecuadas y de si se están llevando adelante por los diferentes Gobiernos. Se puede afirmar que en la mayoría de las veces se está cumpliendo, sin embargo, hubiera sido deseable que concretara un poco más algunas sugerencias que se deslizan en la Recomendación. En cualquier caso, es otro de los documentos, junto al recién publicado *Libro Blanco sobre empleo y discapacidad* que impulsan importantes mejoras en el acceso al empleo y a la protección social de las personas con discapacidad; precisamente, la profesora *María José Romero Ródenas* y el Profesor *Juan Luis García Ríos*, ambos de la Universidad de Castilla La Mancha, tratan en el capítulo 2, uno de los aspectos claves como es el del actual marco normativo de la inclusión laboral de las personas con discapacidad, que deberá transformarse, entendiendo que «el sistema de inserción laboral hacia el que debemos avanzar debe pasar por el diseño de un modelo flexible que sea capaz de absorber la heterogeneidad de la discapacidad y sobre todo el escenario de discapacidades sobrevenidas cuya relevancia va en aumento y ello requiere la necesidad de abandonar grandilocuentes eslóganes políticos y programáticos, para configurar un escenario propicio donde el mercado laboral no se pregunte qué tipo de discapacidad tienen las personas, sino qué barreras debe eliminar para proporcionar un empleo digno a las personas con discapacidad»; el profesor *Faustino Cavas Martínez*, de la Universidad de Murcia, ha tratado con el rigor que le caracteriza, en el capítulo 3, las novedades que la legislación social ha incorporado en materia de discapacidad en los últimos cuatro años, coincidentes con la anterior legislatura de gobierno, concluyendo que «el tratamiento de la discapacidad en las normas promulgadas durante la XIV Legislatura ha incidido en materias muy diversas y con dispar alcance», entre ellas el autor destaca hasta trece normas que afectan de forma directa el empleo de las personas con discapacidad, y finaliza con una reflexión sobre la XV Legislatura, en la que, según sus palabras, «será importante comprobar en qué medida el Gobierno y el Legislador ponen en práctica las propuestas de intervención legislativa contempladas en el Libro Blanco de Empleo y Discapacidad, un ambicioso proceso de revisión del marco regulatorio de la discapacidad y el empleo que habrá de inspirarse y responder a los requerimientos de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (2006), en particular a lo dispuesto en su artículo 27 y en la Observación general núm. 8ª emitida por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de dicha organización

multilateral»; la profesora *Noemí Serrano Argüello*, centra su exposición del capítulo 4, en el análisis de las últimas recomendaciones internacionales, con particular atención a la observación general núm. 8/22 sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo de Naciones Unidas y la Estrategia Europea sobre los derechos de las personas con discapacidad para los años 2021-2030, y realiza interesantes propuestas, entre ellas, considera que «la readaptación de puestos de trabajo exige que se invierta en la actual Protección Social deficiente, concretamente en determinadas prestaciones la mirada a la jubilación del discapacitado, la atención a los cuidadores de las personas con discapacidad, la lucha contra la pobreza y el diseño armónico de la renta sustitutiva cuando el empleo se pierde (que implica mirar a las prestaciones de Seguridad Social para que no supongan una disuasión laboral de la persona con discapacidad, que conseguida u obtenida una prestación social — de la modalidad que fuera — ya desista de su inclusión laboral)»; desde una perspectiva legal, el profesor *José Antonio González Martínez*, de la Universidad de Murcia, denomina a su capítulo 5, «Estrategias legales para favorecer el acceso al empleo de las personas con discapacidad», en el que nos invita a «repensar la contratación temporal de manera completa: la causal o estructural, la coyuntural y de fomento, contrato formativo y asimismo incluir la contratación temporal de las distintas relaciones laborales especiales; ello permitiría también dilucidar el papel que la contratación temporal juega en la integración laboral de las personas con discapacidad: una reforma de la modalidad contractual del contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad exigiría repensar si es necesario poder incorporar a quien no siendo discapacitado legal por no alcanzar el porcentaje del 33% del discapacidad, sí se encuentran en la llamada discapacidad límite»; el Profesor *Ricardo Esteban Legarreta*, buen conocedor del mundo de la discapacidad, realiza una radiografía sobre las características del preparador laboral, en el marco del empleo con apoyo con abundante crítica constructiva y aliñado con interesantes propuestas de mejora, así entre ellas, con relación al preparador laboral señala en el capítulo 6, que «se detectan requisitos de experiencia profesional que deberían suprimirse en tanto en cuanto sean impeditivos del acceso a la actividad profesional de preparación laboral. Por lo demás, y tras muchos años de andadura de los programas de empleo con apoyo, el acceso de personas no tituladas a la actividad de preparación laboral debería limitarse a aspirantes con una amplia experiencia profesional previa»; el capítulo 7, titulado, «La transformación digital y social de las entidades del Tercer Sector de la Discapacidad», cuya autora es la Profesora, *María José Lopera Castillejo*, de la Universidad de Zaragoza, plantea un cuestión interesante, con relación a las entidades del Tercer Sector, «básicamente, como interlocutor en las políticas de inclusión, para el diseño y seguimiento de dichas políticas; incluso para que, más allá de los cambios normativos, pueda participar con los agentes sociales en los procesos de negociación colectiva, proporcionándoles un mayor conocimiento y concienciación sobre las cuestiones que han de incorporarse para la inserción de las personas con discapacidad en el ámbito laboral», considerando, «en definitiva, la inserción laboral de las personas con discapacidad como una política integral que, más allá del acceso a un empleo, asegure el derecho al trabajo, en toda su extensión, conforme a los estándares recogidos en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad»; la profesora *Inmaculada Baviera Puig* de la Universidad de Navarra trata, en el capítulo 8, el desarrollo de la RSE (responsabilidad social de las empresas) desde sus orígenes académicos en Estados Unidos hasta la evolución en el contexto europeo, donde por influencia de Naciones Unidas se ha dirigido hacia una

perspectiva más sostenible, y con ello hacia la presentación de informes donde se destacan los aspectos sociales y, por tanto, puede ser una oportunidad para impulsar la integración laboral de personas con discapacidad, en ese sentido, señala que «la primera responsabilidad social de una empresa es el respeto a la verdad, o la “limpieza ética interna”, alejada del arrogante afán de lucro por parte de directivos y auditores (como aquellos que se vieron envueltos en casos de “contabilidad creativa”: Enron, Madoff, entre otros)» pues, parafraseando al Profesor Alejandro Llano Cifuentes “como sucede en las guerras, la primera baja es la verdad”; sobre la inserción laboral de las mujeres con discapacidad, la Profesora de la Universidad de Valencia, *Raquel Poquet Catalá*, en el capítulo 9, después de pasar revista a las diferentes ayudas, subvenciones y programas en las que las mujeres con discapacidad pueden ser beneficiarias, propone hasta cinco medidas que podrían aplicarse a las mujeres con discapacidad, entre la que destaca por su especificidad respecto a las mujeres, en palabras de su autora, «la perspectiva de género en las diferentes bonificaciones, subvenciones y ayudas, ya que, como se ha indicado, existen subvenciones que sí prevén un incremento de la cuantía económica cuando la persona contratada sea una mujer, pero otras no»; la profesora *Carolina Blasco Jover*, de la Universidad de Alicante, es la autora del capítulo 10, que lleva por título: «mujeres con discapacidades en la negociación colectiva de la provincia de Alicante», en el que después de un atento estudio sobre la negociación colectiva existente en la provincia, sentencia que «no hay voluntad negocial alguna de incorporar cláusulas en los convenios, ya sean de sector o de empresa, que se refieran al empleo de las mujeres con discapacidad», y propone que «el modo de solventar esto, a mi modo de ver, sería que legislativamente se actuara con más contundencia en este asunto, como así se ha hecho, precisamente, con la igualdad entre hombres y mujeres y la obligada implantación de un plan de igualdad en la empresa»; el abogado laboralista *Juan Pablo Ibáñez García*, aborda en el capítulo 11, una cuestión candente, como es, la «discriminación por discapacidad: Las nuevas garantías de los derechos sociolaborales de las personas con discapacidad en España», en el que se hace eco de la incorporación por el legislador en un periodo breve de tiempo, de normas y de haber asumido «elementos interpretativos vinculantes que suponen una garantía de efectividad de los derechos fundamentales y humanos preexistentes en favor de personas con discapacidad, que resultan plenamente vigentes y vinculantes para todos los Poderes del Estado y los demás operadores jurídicos que actúan en el marco del ordenamiento jurídico español», pero haciendo hincapié que tales «derechos fundamentales y humanos de las personas con discapacidad solamente son reales si se activan en caso de infracción los mecanismos existentes en sede administrativa, judicial o internacional»; *Antonio Folgoso Olmo*, abogado y Doctor en Derecho trata sobre la negociación colectiva sectorial en el caso de los Centros Especiales de Empleo en el capítulo 12, titulado, «La aplicación de las cláusulas subrogatorias previstas en convenios colectivos sectoriales a centros especiales de empleo: la conveniencia de realizar una interpretación favorable a los derechos de las personas con discapacidad», en el que realiza una crítica acerca de la nueva regulación que afecta a los centros especiales de empleo, que según el autor está generando importantes disfunciones; estando en pleno auge las nuevas tecnologías, la investigadora de la Universidad de León, *Ana Castro Franco*, aborda en el capítulo 13, «nuevas tecnologías en el ámbito de la discapacidad. Acceso a las TIC y derecho de información y consentimiento de las personas con discapacidad en el tratamiento de datos personales», un aspecto ambivalente en las personas con discapacidad, porque puede suponer el uso de las TIC, una barrera si no se adaptan al trabajador o, al contrario, un

medio de superar otras barreras en el puesto de trabajo. En este caso, la autora considera que la irrupción de tecnologías inclusivas y de apoyo tecnológico facilitan las tareas, mientras que el teletrabajo está permitiendo a las personas con discapacidad desempeñar su puesto de trabajo evitando el desplazamiento; La profesora de la Universidad Miguel Hernández, *Inmaculada Alonso Mas*, se adentra en el capítulo 14, en un tema importante, como es el empleo con apoyo, en esta ocasión, a la luz del Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad realiza tres propuestas que habrá que tener en cuenta, como son: 1) una normativa que garantice la igualdad de oportunidades de acceso al empleo y al mercado laboral para este colectivo sin tener en cuenta el territorio 2) que los programas de empleo con apoyo se convirtiesen en un servicio de la cartera común y 3) que se promocióne la figura del empleo con apoyo como instrumento que permita la transición del empleo protegido al empleo ordinario, de manera que, dando a conocer esta figura a las empresas, a las personas con discapacidad y a sus familiares, se logre eliminar las barreras y estereotipos tan arraigados en nuestro país; precisamente en los programas con apoyo que impulsan las autonomías resulta clave la figura del “preparador laboral”, asunto que en el capítulo 15, trata *Alicia Sánchez Guerrero*, Graduada Social, doctoranda en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Málaga, al señalar, que «uno de los mayores desafíos en cuanto a la inclusión de las personas con discapacidad es su inclusión en la empresa ordinaria y cómo es la percepción de la discapacidad en el ámbito laboral, especialmente hacia las discapacidades invisibles como el Trastorno del Espectro del Autismo en detrimento de las discapacidades más visibles y las discapacidades físicas, que cuentan con una mayor tasa de empleabilidad»; El profesor de la Universidad Miguel Hernández, *Carlos Candela Agulló*, desde el plano de la psicología de la salud, se interna en un aspecto crucial que afecta a las dificultades que entraña el empleo de personas con discapacidad intelectual en el capítulo 16, concretamente a las causas que motivan la renuncia en el trabajo, y las cifra hasta en cinco factores propios de las organizaciones laborales, relacionados con sus características y forma de hacer las cosas, y otros factores propios de los entornos social, cultural, educativo y familiar, asegurando en sus conclusiones que «a través de la inclusión se lograría vencer estereotipos sobre la discapacidad, porque mejoraría el conocimiento de la sociedad acerca de las características y potencialidades de las personas con discapacidad; se lograría generar actitudes integradoras que aumentarían el bienestar y calidad de vida percibida por las personas con discapacidad, mejorando sus oportunidades de desarrollar una vida social y laboral plena»; *Miguel Ángel Agulló Agulló*, Director de la Asociación Tamarit de personas con discapacidad intelectual límite y ligera de Elche, nos presenta en el capítulo 17, un modelo interesante al comentar cuatro aspectos esenciales en el modelo de la Asociación Tamarit. «Las cuatro claves — asegura el autor —, en las que me he centrado, tienen el objetivo de poner de manifiesto la importancia de atender a las diferencias individuales a la hora de abordar la adaptación del puesto de trabajo cuando se contrata a una persona con discapacidad intelectual», y considera que tales aspectos o claves, deberían ser tenidos en cuenta en otras entidades cuyos objetivos son similares; el Presidente de la Asociación española de Empleo con Apoyo (AESE), *Alfonso Gutiérrez Caballero*, presenta en el capítulo 18, un balance sobre la evolución de la asociación, especialmente de la importante figura del empleo con apoyo, actualmente mediante Programas impulsados por las comunidades Autónomas, pero que está llamado a cambiar, pues, como propone expresamente, «los Servicios de empleo con Apoyo tienen que configurarse como la herramienta que permita ser el nexo de unión entre los jóvenes con discapacidad y el mercado laboral. Tienen que

coordinarnos con los Servicios Públicos de Empleo para compartir las ofertas y los perfiles de los candidatos», y, finalmente, *Antonio V. Sempere Navarro*, Catedrático de Universidad y Magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de la que es Presidente, culmina la monografía con las últimas novedades jurisprudenciales sobre discapacidad, en asuntos de relevancia que se contienen en el capítulo 19, titulado: «Diez apuntes jurisprudenciales sobre discapacidad», entre tales apuntes cabe destacar la cuestión, de si la ceguera implica necesariamente una declaración de gran invalidez, si se deben considerar las dolencias en el acto del juicio, sobre la creación del Foro Justicia y Discapacidad por el Consejo General del Poder Judicial, los límites entre discapacidad y enfermedad, discriminación por asociación, o los servicios de prevención y ajustes razonables.

Estas contribuciones fueron presentadas en el *Congreso Internacional sobre discapacidad intelectual en el ámbito laboral. Hacia la accesibilidad universal*, que se celebró los días 5 y 6 de octubre de 2023, en la Universidad Miguel Hernández de Elche y quisiera agradecer a ponentes y comunicantes el esfuerzo realizado en su elaboración, porque una vez finalizado el Congreso, y en fechas ciertamente complicadas han hecho posible que el libro viera la luz este mismo año 2023.

El agradecimiento se extiende a la Editorial Laborum, que ha tenido la deferencia de incluir en su prestigioso catálogo de publicaciones la presente obra.

FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Miguel Hernández

Elche, noviembre 2023

CAPÍTULO I

LA PROTECCIÓN SOCIAL Y EL EMPLEO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA RECOMENDACIÓN NÚMERO 18 DEL PACTO DE TOLEDO

FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Miguel Hernández (Elche)

1. LA LLEGADA DE LA DISCAPACIDAD COMO RECOMENDACIÓN EN EL PACTO DE TOLEDO

Como señala el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020¹, «el Pacto de Toledo nació para que no sufran incertidumbre alguna sobre el mantenimiento de los medios económicos dignos que merecen los integrantes de un colectivo tan sensible como el de los pensionistas, un colectivo del que forman parte nuestros ancianos, nuestros enfermos, nuestras viudas o nuestros huérfanos; un colectivo que — antes o después — acabará acogiéndonos a todos, porque los riesgos económicos vinculados a la enfermedad, la vejez o la muerte jamás dejarán de presentarse por óptima que sea la situación de nuestra sociedad». De manera, que se trata de proponer las medidas necesarias para que todas las personas, al ver finalizada su actividad laboral o profesional, tenga asegurados unos recursos económicos que le permitan conservar una vida digna. En otras palabras, como dice el art. 41 de nuestra Constitución de 1978, los poderes públicos tienen la obligación de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones “suficientes”, en caso de necesidad. En ese sentido, «el Pacto de Toledo persigue establecer las bases para que los poderes públicos tomen sus decisiones en materia de pensiones, sabiendo que están abocados a respetar un equilibrio preciso entre la austeridad y la generosidad, un equilibrio que nos asegure a todos que el sistema no va a quebrar».

Es una cuestión que recuerda a la cuadratura del círculo ¿cómo puede ser mantener un sistema de Seguridad Social que otorgue pensiones o prestaciones suficientes, y al

¹ Congreso de los Diputados. Boletín Oficial de las Cortes Generales de 10 noviembre 2020, pág. 14

mismo tiempo sea sostenible financieramente, en un régimen de reparto, con la mayor tasa de desempleo de la Unión Europea?²

Me vienen a la cabeza hasta cuatro soluciones: a) adoptar medidas paramétricas que supongan cambios coyunturales, que no resuelvan el problema b) Modificar el régimen público de Seguridad Social, en el que, de forma gradual se combine el actual sistema de reparto con mecanismos que apliquen técnicas del seguro privado b) Imposición de nuevos impuestos para los trabajadores o/y reducción del importe de la pensión d) La toma en consideración de todas las anteriores medidas de forma equilibrada.

Y a todo ello, la discapacidad es una realidad que se encuentra en las personas, y que afecta a diversas vertientes del ordenamiento jurídico, extendiendo su protección de forma transversal desde la normativa, civil, administrativa, laboral, de Seguridad Social, etc., incidiendo en diversas formas de discapacidad (física, sensorial, mental, intelectual). Además, la discapacidad presenta diferentes grados de intensidad, lo que ocasiona una mayor o menor gravedad a la situación de las personas afectadas, en función de su grado de discapacidad. De manera que son múltiples los frentes que esta realidad debe lidiar ante los problemas que se les plantean a las personas con discapacidad. Son diversas las acciones que las legislaciones nacionales realizan al acometer el fenómeno de la discapacidad. Entre ellas se encuentra la de llevar a cabo actuaciones positivas para que las personas que tienen cualquier tipo de discapacidad no sean discriminadas por esta condición, y que se les proporcionen los apoyos necesarios para su inclusión en los diversos ámbitos de la sociedad (social, laboral, cultural, deportivo...) que les permitan participar en las mismas condiciones que las demás personas que no tienen discapacidad. La discriminación no solo se manifiesta por acciones concretas contra de personas, ya sea por su condición racial, religiosa, clase social, sexo, y en este caso por el mero hecho de su discapacidad, sino por la inacción por omisión de las medidas que faciliten la equiparación en igualdad de condiciones con las personas sin discapacidad. La discriminación, quizá la más cruel, es aquella que, bajo la apariencia de equidad, trata de forma igualitaria a todos, sin considerar las circunstancias personales que impiden la igualdad de condiciones con los demás, es decir, una indiferencia que permite discriminaciones efectivas por falta de acciones positivas que la impidan.

En ese sentido, la Comisión permanente del Pacto de Toledo en su último informe (2020) «reafirma su convencimiento de que el sistema de Seguridad Social, como instrumento esencial de la política social, debe contribuir a que las personas con discapacidad puedan ejercer de forma efectiva sus derechos de ciudadanía y, de esta forma, garantizar su plena inclusión y participación sociales». Para ello, me centraré en la Recomendación 18 (discapacidad) del informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, aprobado por la comisión permanente de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo, de fecha, 22 de noviembre de 2020, concretamente en el tratamiento que propone sobre el empleo y la incapacidad permanente, con relación a personas con discapacidad.

2 Newtral.es ha analizado los datos mensuales de desempleo en los Estados miembros de la UE desde abril de 1986, año en el que España se integró en la Comunidad Económica Europea (CEE) y desde que hay datos en el portal de la oficina estadística comunitaria; Eurostat. El análisis revela que España se ha encontrado entre los tres países con mayor tasa mensual de paro de la UE en 398 de los 446 meses analizados, es decir, el 89,2% del total, en: <https://www.newtral.es/espana-paro-ue/20230710/>

La incapacidad permanente es una prestación de la Seguridad Social, que apenas ha sufrido modificaciones de calado en los últimos años, si exceptuamos los retoques que se llevaron a cabo por la reforma operada por Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social³. Y sorprende que no existan apenas referencias sobre el colectivo de personas con discapacidad, cuando, a la vista de los datos de los que se dispone, existe una alta tasa de ellas que perciben una pensión de incapacidad permanente. Y es que, en 2021, la mayoría de las personas inactivas con discapacidad, se encuadraban dentro de la categoría de incapacidad permanente, con una tasa del 88,81%. De ahí la importancia de que se facilite el empleo para estas personas mediante propuestas de compatibilidad con el trabajo.

Asimismo, se comentarán las medidas más relevantes que la reciente Ley de Empleo ha establecido para la inserción laboral de personas con discapacidad, siguiendo alguna de las propuestas de la Comisión del Pacto de Toledo.

Pero antes de ello, no estará de más, que nos centremos, en los pasos que ha dado la Comisión, hasta llegar al último informe de 2020. Concretamente, la Recomendación 18 sobre discapacidad, desde su aparición en 2003⁴.

2. APARICIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN LA RECOMENDACIÓN 18 DEL PACTO DE TOLEDO (2003)

No fue hasta 2003, cuando se introdujo la Recomendación 18, con el sobrio título de “discapacidad”. Fue entonces cuando se incorporaron tímidas y genéricas referencias a la discapacidad, por parte de la Comisión en la denominada, renovación del Pacto de Toledo (2003).

La Comisión constató adelantos en materia de ayudas a personas con discapacidad, en el marco de la Seguridad Social. Insistía en seguir avanzando recomendando en cumplimiento del art. 49 CE prestar una atención especial a “los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales”, con una denominación hoy día desfasada, pues se trata de un documento de hace 20 años, que emulaba a la de la Constitución de 1978, y a la que se propone cambiar por la de “personas con discapacidad”.

La Comisión propuso avanzar, en el disfrute de sus derechos en la materia (seguridad social), así como, evitar cualquier tipo de discriminación, fomentando su plena integración laboral y social. Además, recomienda que se evalúe el impacto de la protección social sobre las personas con discapacidad, pero sin que se aludiera todavía al empleo.

3 Sobre las modificaciones de la reforma de la incapacidad permanente, puede consultarse en, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «Análisis de los cambios en la pensión de incapacidad permanente por Ley 40/2007 de 4 de diciembre». *La Reforma de la Seguridad Social*. tirant lo blanch. Valencia, 2008, págs. 141-156.

4 Sobre la evolución del Pacto de Toledo puede consultarse el estudio realizado por HIERRO HIERRO, F. J.: *Pasajes de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo (2016-2020): unas recomendaciones que han tardado en llegar*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, en el que además de otras cuestiones como la paciente elaboración por temas en modo resumido de las diversas propuestas de los comparecientes en la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, realiza una comparación entre las redacciones de las recomendaciones efectuadas en los años 1995, 2003, 2011 y 2020, siendo de utilidad para el presente estudio, las que se refieren a discapacidad contenidas en el anexo (págs. 333-338).

Los efectos que produjo esta Recomendación 18 (2003), fueron muy superiores a lo esperado y sobre todo a las propuestas genéricas de la propia Recomendación 18.

Concretamente, hasta el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de la Comisión de 2011, se alcanzaron los siguientes avances en la Seguridad Social de personas con discapacidad:

- 1.º Recuperación de la pensión de invalidez no contributiva para quienes pierden su empleo, sin cómputo de las rentas precedentes

Concretamente, se modificó en 2003, el art. 144.1.d) párrafo tercero LGSS 1994⁵, al establecer que «los beneficiarios de la pensión de invalidez no contributiva, que sean contratados por cuenta ajena, que se establezcan por cuenta propia o que se acojan a los programas de renta activa de inserción para trabajadores desempleados de larga duración mayores de 45 años, recuperarán automáticamente, en su caso, el derecho a dicha pensión cuando, respectivamente, se les extinga su contrato, dejen de desarrollar su actividad laboral o cesen en el programa de renta activa de inserción, a cuyo efecto, sin que se tengan en cuenta, en el cómputo anual de sus rentas, las que hubieran percibido en virtud de su actividad laboral por cuenta ajena, propia o por su integración en el programa de renta activa de inserción en el ejercicio económico en que se produzca la extinción del contrato, el cese en la actividad laboral o en el citado programa». Redacción que se ha mantenido incólume hasta nuestros días en la LGSS⁶.

- 2.º Reducción de la edad de jubilación contributiva en función del tiempo trabajado con determinados grados de discapacidad

Otra novedad importante, que tuvo lugar en el año 2007 con la introducción del art. 161 bis LGSS 1994⁷, fue el establecimiento de la reducción de la edad de jubilación contributiva en función del tiempo trabajado con determinados grados de discapacidad por parte de personas con discapacidad. Lo que se podría llamar como adelanto en la edad ordinaria de jubilación, en el caso de personas con discapacidad. Concretamente, se contemplaron dos modalidades:

Por un lado, se estableció la posibilidad de reducir la edad mínima de jubilación de personas con discapacidad con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento en los términos contenidos en el correspondiente desarrollo reglamentario.

Asimismo, se estableció la reducción de la edad ordinaria de jubilación en un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en los que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y

5 Se modificó el párrafo tercero del apdo. 1.d) art. 144 del anterior Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS 1994), por el art. 16 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social.

6 La misma redacción figura en el art. 363.1 d) párrafo tercero LGSS.

7 Art. 161 bis LGSS 1994, añadido por el art. 3.3 Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, que fue desarrollado por el Real Decreto 1430/2009, de 1 de septiembre.

apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas⁸. Tal previsión se ha mantenido con la misma redacción en el actual art. 206 bis LGSS, si bien, a lo largo de estos años se han planteado algunos problemas a los que me referiré más adelante.

3.º Consideración como cotizado el primer año de excedencia por el cuidado de familiares con discapacidad

Se crea la anteriormente denominada prestación no económica para familiares, que consiste en considerar como cotizados determinados períodos en los que el trabajador no ha trabajado, para cuidar a sus familiares con discapacidad y por ello no ha cotizado realmente, pero que el legislador considera que son períodos merecedores de ser computados como cotizados. Se trata de la prestación familiar contributiva cuyo art. 180.2 LGSS 1994 establece que se considerará efectivamente cotizado a los efectos de las prestaciones Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, el primer año del período de excedencia que los trabajadores disfruten, en razón del cuidado de otros familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, y no desempeñen una actividad retribuida. Se ha mejorado el período de excedencia considerado como cotizado, pues en la actualidad, es de tres años, según el art. 237.2 LGSS⁹.

3. LA RECOMENDACIÓN 18 DEL PACTO DE TOLEDO (2011) EN EL INFORME DE EVALUACIÓN Y REFORMA DE LA COMISIÓN DEL PACTO DE TOLEDO

En 2011, las Recomendaciones del Pacto de Toledo tuvieron una nueva revisión, y con ellas también la número 18, que concreta un poco más el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de la Comisión. En líneas generales estima que el sistema de Seguridad Social es un instrumento que debe contribuir en mayor medida a la plena inclusión de las personas con discapacidad, en las siguientes materias:

- 1.º Anticipación de la edad de jubilación de trabajadores con tipos de discapacidad (grado del 45%) que comporten menor esperanza de vida. Algo que ya se produjo en 2007.
- 2.º Las asignaciones por hijo/a a cargo (nivel no contributivo), se modificaron a partir de 2015 con la nueva LGSS, que mejoró el importe de las asignaciones con hijos con discapacidad en función de su grado. Sin embargo, pese a los cambios los importes siguen siendo escasos
- 3.º En materia de orfandad, tampoco hubo novedades en la regulación, si bien se ha creado en 2019 la *prestación de orfandad* más relacionada con los delitos por violencia contra la mujer.

8 Este tipo de reducción fue desarrollado por el Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento (en adelante RD 1851/2009).

9 Art. 237.2 LGSS modificado por el art. Único.25 del Real Decreto-ley 8/2019 de 8 de marzo.

- 4.º En 2013 se aprobó el convenio especial para personas con discapacidad que tengan especiales dificultades de inserción laboral¹⁰. Se trata de una alternativa a la falta de trabajo, con objeto, de, al menos, obtener una prestación contributiva en el futuro para personas con discapacidad. No se olvide que el convenio especial, supone que el trabajador no se encuentra dado de alta en la Seguridad Social, sino que se trata de una situación asimilada al alta que lo será en este caso a los efectos de las prestaciones de jubilación y de muerte y supervivencia (art. 4 RD 156/2013).

Los requisitos que debe cumplir la persona que solicite la suscripción del convenio especial son los siguientes (art. 1 RD 156/2013):

- a) Tener dieciocho o más años de edad y no haber cumplido la edad mínima para la jubilación ordinaria.
- b) Residir legalmente en España y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de suscripción del convenio especial.
- c) Tener reconocida una discapacidad que implique especiales dificultades de inserción laboral.

A los efectos del mencionado real decreto, tendrán dicha consideración:

- a) Las personas con parálisis cerebral, las personas con enfermedad mental o las personas con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento.
- b) Las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento.

Los requisitos que deben cumplir son los siguientes

- a) No figurar en alta o en situación asimilada a la de alta en cualquiera de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, ni en cualquier otro régimen público de protección social.
- b) Encontrarse inscritas en los servicios públicos de empleo como personas desempleadas demandantes de empleo por un período mínimo de seis meses, inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de suscripción del convenio especial.
- c) No tener la condición de pensionistas de jubilación o de incapacidad permanente, en su modalidad contributiva, ni de jubilación en su modalidad no contributiva, ni percibir pensiones equivalentes en cualquier otro régimen público de protección social.

Además, la norma no exige que se acredite un período previo de cotización.

¹⁰ El Convenio especial para personas con discapacidad se regula en el Real Decreto 156/2013, de 1 de marzo, por el que se regula la suscripción de convenio especial por las personas con discapacidad que tengan especiales dificultades de inserción laboral.

Poco más se puede decir, acerca de los logros que en materia de discapacidad se produjeron en materia de Seguridad Social, en esta segunda versión del Pacto de Toledo, en materia de discapacidad.

4. LA RECOMENDACIÓN 18 DEL PACTO DE TOLEDO (2020) EN EL INFORME DE EVALUACIÓN Y REFORMA DE LA COMISIÓN DEL PACTO DE TOLEDO

En el último Informe de Evaluación y Reforma de la Comisión del Pacto de Toledo de 2020, se ofrecen más sugerencias que en los anteriores informes. Se dice que la Seguridad Social debe contribuir a que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos de ciudadanía y se felicita por los siguientes hitos:

- La adaptación de la normativa española a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 con la LGDPD (2013).
- Los Mecanismos de anticipación de la edad de jubilación (contributiva) de personas que por su discapacidad tienen menor esperanza de vida. Algo que ya estaba en vigor con la Recomendación 18 de los años 2003 y 2011. Sin embargo, en esta ocasión se realiza una sugerencia que en 2023, se cumple con una modificación en esta materia.
- También recuerda la aparición en 2013 de los convenios especiales para personas con discapacidad con mayores dificultades de inserción socio-laboral.
- Realiza una referencia a la flexibilización de la compatibilidad entre actividad lucrativa y pensión no contributiva de invalidez. A este respecto, se ha modificado con efectos de 1 de abril de 2023, el art. 363.5. párrafo segundo LGSS por el que «no se computarán los rendimientos obtenidos por actividades artísticas que no superen el SMI» (computan los que exceden del SMI)¹¹.

A este respecto, cabe señalar, que, entre las pensiones no contributivas, la que más se acerca al colectivo objeto de análisis es la pensión de invalidez, que, dadas sus características, abogo por un cambio de denominación más acorde. Concretamente debería denominarse “pensión por discapacidad”, ya que la denominación “invalidez” procede de la modalidad contributiva, más relacionada con la capacidad de trabajo de los trabajadores, como se les llamaba al principio, pero que finalmente, salvo la gran invalidez se decidió que se denominaran como incapacidad permanente por imperativo legal. Además, para determinar, que una persona es beneficiaria de la pensión de invalidez, debe presentar, al menos, un grado de discapacidad del 65%, siendo ésta la condición que caracteriza a la pensión. Y esa discapacidad debe evaluarse y calificarse a través de los equipos multiprofesionales de las autonomías o de los equipos de valoración y orientación de las Ciudades de Ceuta y Melilla, aplicando la normativa que regula el reconocimiento del correspondiente grado de discapacidad¹², de igual modo que cualquier persona solicita al correspondiente organismo que se le evalúe y califique su grado de discapacidad.

¹¹ Menos positiva ha sido, la modificación por la que «se computa el valor de los inmuebles de que dispongan según normas del IRPF salvo la vivienda habitual» (art. 363.5 párrafo tercero LGSS).

¹² Para determinar el grado de discapacidad, se aplica desde el 20 de abril de 2023, el Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

Otro problema que no ha detectado la Comisión, tiene que ver con la edad de acceso a la pensión de invalidez no contributiva, me refiero a la denominación de la pensión, que podría desvirtuar la situación real de la persona beneficiaria de una pensión de invalidez. Conviene recordar que, al cumplir los 65 años, la pensión de invalidez pasará a denominarse pensión de jubilación. Y es que, pese a que el art. 367 LGSS, le quite hierro al asunto, al señalar que ello no implica «modificación alguna respecto de las condiciones de la prestación que viniere percibiendo»¹³, es claro que al beneficiario se le sustrae la visibilidad a la que tiene derecho, aunque se le mantenga el régimen jurídico de la pensión de invalidez no contributiva. Pero es que, además, sostengo la necesidad de mantener esa denominación, que no sería pensión no contributiva de invalidez, sino de discapacidad, en forma de propuesta con un argumento de más peso: Entiendo que debería eliminarse la imposibilidad de acceso a la pensión de invalidez no contributiva, una vez cumplido los 65 años, pues a partir de esa edad solo se puede solicitar la pensión de jubilación no contributiva. Lo cual no tendría demasiada relevancia, si solo se tratara de una cuestión de denominación. El problema ahonda en algo más serio, pues, en el caso de que la persona presente, una vez cumplida dicha edad, una discapacidad o enfermedad crónica que dé lugar al 75% y la necesidad del concurso de una tercera persona, ya no podría esa persona, ya sea actual beneficiario de la pensión de jubilación no contributiva o solicitante, causar derecho al complemento del 50% del importe de la pensión inicial establecida anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado¹⁴, lo que supondría perder en el año 2023 ese complemento cifrado en la cuantía de 3.201,10 euros por el mero reconocimiento de un grado de discapacidad del 75% y la necesidad del concurso de una tercera persona, con posterioridad a la edad de 65 años, ya sea como nuevo solicitante de la pensión no contributiva, o como consecuencia de agravación de la discapacidad que ya presentaba. Esta circunstancia plantea la cuestión de si no será más equitativo conceder este complemento, habida cuenta que la situación de la discapacidad agravada, debería ser objeto de mayor protección más allá de los 65 años, que incluso antes del cumplimiento de dicha edad, pues la vejez, ya de por sí, supone una clara agravación de la propia discapacidad del beneficiario. Además de la desproporción que supone perder ese complemento, por un día, en el caso extremo de tener los 65 años recién cumplidos el día anterior a la solicitud.

En suma, a la vista de lo anterior, creo que no debería considerarse el requisito de la edad inferior a 65 años para poder solicitar y percibir, la pensión de invalidez no contributiva.

Ciertamente el contenido de esta nueva versión de la Recomendación 18 (2020) hace importantes sugerencias de cara a su incorporación en la legislación. Concretamente, señala que las personas con discapacidad constituyen un *colectivo prioritario* para los poderes públicos en dos sentidos: cobertura social e incorporación al mercado de trabajo.

13 Es decir, que seguirá percibiendo el complemento del 50% del importe de la pensión inicial, en caso de que tenga derecho a él por acreditar un grado de discapacidad del 75% y la necesidad del concurso de una tercera persona.

14 Para el año 2023, la cuantía de las pensiones de jubilación e invalidez en su modalidad no contributiva queda establecida en 6.402,20 euros anuales (art. 17.1 del Real Decreto 1058/2022, de 27 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2023).

Pero quizá sea la conjunción entre sugerencias, no solo sobre mejora de la acción protectora de Seguridad Social, sino sobre el empleo de este colectivo, el que más interés despierta entre sus destinatarios, al que se dedicará la última parte del comentario de esta Recomendación 18 (2020).

4.1. Cobertura social (personas con discapacidad y sus familias)

Se trata de una de las dos patas fundamentales que la Recomendación 18, contiene en materia de discapacidad. Consiste en que las personas con discapacidad accedan a las prestaciones de Seguridad Social en iguales condiciones que las demás personas que no presentan discapacidad. Para ello, se establecen una serie de propuestas o sugerencias que se brinda, como siempre al legislador, que es quien de verdad puede establecerlas.

4.1.1. Régimen jurídico de las pensiones por incapacidad permanente y su compatibilidad con el trabajo

Según la Recomendación 18, «la Comisión estima necesario seguir introduciendo modificaciones en la normativa de Seguridad Social que afecten, entre otras cuestiones, al régimen jurídico de la percepción de las pensiones por incapacidad permanente y a su compatibilidad con la realización de un trabajo, evitando la litigiosidad existente en este ámbito».

Resulta paradójico que, teniendo aparentemente relación la discapacidad con la incapacidad permanente apenas haya establecido el sistema de Seguridad Social medidas de acción positiva para personas con discapacidad respecto a la incapacidad permanente. Tan solo existe una mera referencia en el art. 193.1 párrafo segundo LGSS, para dejar constancia de que la reducciones anatómicas o funcionales de las personas con discapacidad al momento de la afiliación a la Seguridad Social, no impedirán la calificación de incapacidad permanente, cuando tales reducciones se hayan agravado; que es como decir, que, al inicio de su trabajo, la persona con discapacidad se le considera con una capacidad laboral del 100% y sólo si se le reduce esa capacidad laboral en el transcurso de su actividad, se le puede reconocer el grado de incapacidad permanente que le corresponda. Lo que no supone ninguna ayuda, si bien, al menos deja claro cuál será el tratamiento desde la pensión de incapacidad permanente.

En el campo de la incapacidad permanente, así como en la pensión de invalidez no contributiva se abren diversas posibilidades de compatibilidad con el trabajo. Lo que se propugna por la Comisión es flexibilizar más aún esa compatibilidad, en el caso de las personas con discapacidad.

Pero centrándonos en el contenido de la Recomendación 18, sobre discapacidad (2020), uno de los problemas con que se encuentran las personas con discapacidad es la inquietud de perder la pensión de incapacidad permanente si se trabaja. No obstante, con carácter general la posibilidad de compatibilizar las pensiones de incapacidad permanente con el trabajo está prevista por la normativa del siguiente modo:

a) Para los supuestos de incapacidad permanente *total*, el art. 198.1 LGSS previene, que «en caso de incapacidad permanente total, la pensión vitalicia correspondiente *será compatible con el salario* que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra

distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total».

No hay, pues, incompatibilidad con el trabajo, salvo que las funciones que desempeñe en este nuevo trabajo coincidan con las del anterior trabajo que dio lugar a la incapacidad. A este respecto se puede «convenir con el empresario que el salario asignado a ese puesto de trabajo se reduzca en la proporción que corresponda a su menor capacidad, sin que tal reducción pueda exceder, en ningún caso, del 50 por 100 del importe de la pensión¹⁵.

La propuesta que cabría hacer y que todavía el legislador no ha tomado cartas en el asunto es la de excluir a personas con discapacidad, de esta posibilidad de reducción hasta un 50% del salario del trabajador. A este respecto, considero que tampoco la empresa debería mantener el mismo salario con una reducción de la capacidad de trabajo, por lo que la propuesta debería encaminarse a que esa reducción la asumiera el sistema de Seguridad Social. Con ello, se compensaría de alguna forma las barreras que acompañan a los trabajadores con discapacidad en su puesto de trabajo.

Sin embargo, la condición que se determina reglamentariamente es, la de que los pensionistas de incapacidad permanente para la profesión habitual, absoluta y gran invalidez que simultanean la percepción de su pensión con la realización de cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, deberán comunicar tal circunstancia a la Entidad gestora competente¹⁶. El incumplimiento de tal comunicación, supone la comisión de una infracción leve prevista en el artículo 24.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, sancionable con la pérdida de la pensión durante un mes impuesta por la Entidad Gestora¹⁷. Obsérvese que, en este caso, al encontrarse el trabajador percibiendo un salario en la empresa, se presume que está de alta en la Seguridad Social, sin que por tanto se exija esta última condición de modo expreso.

b) Para los supuestos de incapacidad permanente *total cualificada*, el art. 198.1 segundo párrafo LGSS, establece: «De igual forma podrá determinarse la incompatibilidad entre la percepción del incremento previsto en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 196 (20% de la base reguladora de la pensión) y la realización de trabajos, por cuenta propia o ajena, incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social». La determinación de la incompatibilidad se concreta en el artículo 6.4 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, según el cual, «el incremento (de la pensión de incapacidad permanente total cualificada) quedará en suspenso durante el período en que el trabajador obtenga un empleo».

c) En los supuestos de incapacidad permanente *absoluta o gran invalidez*, el apartado 2 del art. 198 LGSS, aclara: «Las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión». De forma sorprendente la LGSS considera la posibilidad de que un beneficiario de incapacidad permanente absoluta o, con menos

15 Art. 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969, que dicta normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social.

16 Artículo 2 del Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo (BOE de 7 de junio).

17 Véanse los arts. 47.1.a) y 48.4 del precepto citado.

motivo un gran inválido pueda trabajar, cuando la propia Ley establece en su artículo 194.5, que, se «entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio». Igual que en la total, en la incapacidad permanente absoluta y en la gran invalidez, se debe comunicar la realización del trabajo a la Entidad gestora, siendo obligatoria su alta y cotización, siempre que el desarrollo de los trabajos, den lugar a su inclusión en el ámbito de aplicación del Sistema de la Seguridad Social¹⁸.

Por otro lado, según el artículo 198.3 LGSS, «el disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva». De ese modo, se equipara la pensión de incapacidad permanente con la pensión de jubilación a los efectos de su compatibilidad con la realización de un trabajo, al cumplir la edad ordinaria de jubilación.

A este respecto, debe tenerse en cuenta el tema de si las deficiencias visuales, por sí mismas, pueden comportar la existencia de una gran invalidez, sin necesidad de que la persona afectada precise la asistencia de otra para desarrollar las funciones vitales esenciales. La actual jurisprudencia se condiciona por el cambio doctrinal derivado de las SSTS (Pleno) 200 y 230/2023 de 16 marzo (rcud. 1766/2020 y 936/2020), abandonando la tesis objetiva¹⁹ y asumiendo la valoración (subjetiva) de todas las circunstancias personales, en el sentido, de que la sola presencia de una dolencia no determina por sí misma que quien la padece no pueda atender los actos más esenciales de la vida, siendo necesario que se tenga en cuenta la situación real del individuo, no pudiendo tener un tratamiento jurídico diferente el reconocimiento de la prestación por deficiencia visual que por el resto de patologías. Y por ello aplica la tesis subjetiva abandonando la tesis objetiva. En consecuencia, según el actual criterio jurisprudencial no hay razones que justifiquen que el reconocimiento de la pensión de gran invalidez por deficiencia visual deba tener un tratamiento jurídico distinto que el resto de pensiones de incapacidad permanente. La doctrina jurisprudencial que acogió la tesis objetiva en materia de discapacidad visual ha proporcionado seguridad jurídica, pero puede conducir a que se deniegue la pensión de gran invalidez en supuestos en los que el solicitante necesita la asistencia de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida y al revés. Por ello, entiende que debe aplicarse la tesis subjetiva a todas las pensiones de incapacidad permanente: el reconocimiento de la pensión dependerá de las circunstancias de cada caso concreto, debiendo valorar individualizadamente las concretas patologías y limitaciones anatómicas o funcionales de cada uno los demandantes.

El legislador ha permitido, con carácter general, la compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente con el desarrollo de una actividad. En cambio, no ha tenido en cuenta las circunstancias específicas de las personas con discapacidad en el caso de la

18 Resolución de 2 de noviembre de 1992, BOE del 24, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social.

19 La doctrina jurisprudencial sostenía que ello tendría un efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral [sentencias del TS de fecha 3 de marzo de 2014, recurso 1246/2013; 450/2018 de 25 abril (rcud 2322/2016); y 827/2019 de 4 diciembre (rcud 2737/2017), entre otras].

incapacidad permanente. Creo que la propuesta de la Recomendación 18 resulta adecuada y merecedora de consideración. Si bien, a la hora de su regulación concreta debería distinguirse con cuidado, el tipo y grado de discapacidad. Debiendo tenerse en cuenta no solo su capacidad residual y real de trabajo, sino otras circunstancias que pudieran constituir barreras que impidan su actividad en iguales condiciones que una persona que no haya contraído discapacidad.

4.1.2. Mejora de las prestaciones familiares (asignación por hijo a cargo y pensión de orfandad) nivel no contributivo

El principal inconveniente de las actuales prestaciones familiares es la escasa cuantía que se reconoce a las familias, en caso de que los hijos o los progenitores acrediten discapacidad.

Existen tres clases de prestaciones familiares en el nivel no contributivo de Seguridad Social:

- a) La asignación económica por cada hijo menor de dieciocho años de edad y afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 33%, o mayor de dicha edad cuando el grado de discapacidad sea igual o superior al 65%, a cargo del beneficiario.
- b) La prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres o padres con discapacidad.
- c) La prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples

Pues bien, se aprecia desigualdad en cuanto a la exigencia de no alcanzar un límite de ingresos, porque solamente en la prestación económica de pago único [letra b) anterior], que incluye el supuesto de madres o padres que tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 65% se exige que no perciban ingresos anuales, de cualquier naturaleza superiores a la cuantía que establece anualmente la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Sin embargo, en el caso de la asignación económica por hijo o menor a cargo no se exige ningún límite, y ambas prestaciones responden a situaciones en las que interviene una persona con discapacidad. Tampoco, se exige ese límite en la prestación económica de pago único por parto o adopción múltiple, en el que no se contempla la posibilidad de que presenten discapacidad.

Conviene recordar, además, que, también se exige no alcanzar un límite de ingresos en la “prestación transitoria de ingreso mínimo vital” que sustituye a la anterior asignación económica por hijo a cargo menor de 18 sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33%²⁰, pues como establece la disposición transitoria.2.c) de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, deberá encontrarse la unidad de convivencia referida en la letra anterior, en situación de vulnerabilidad económica por carecer de patrimonio, rentas o ingresos suficientes.

²⁰ Según la disposición transitoria primera.11 de la Ley 19/2021, «a partir del 1 de enero de 2023 la prestación transitoria devendrá en la prestación de ingreso mínimo vital, siempre que se reúnan los requisitos establecidos en esta ley y el interesado aporte antes del 31 de diciembre de 2022 la documentación que a tal efecto le sea requerida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social».

La propuesta en este caso, es clara, y consiste en eliminar el límite de ingresos, especialmente en la prestación económica por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de madres o padres con discapacidad.

4.1.3. Corregir los desajustes producidos en medidas sobre anticipación de la edad de jubilación

Otra de las propuestas de la Comisión se centra en corregir los desajustes producidos en medidas sobre anticipación de la edad de jubilación, consistente en poner fin a una incongruencia que impide a los beneficiarios con discapacidad de la pensión de jubilación acceder a la pensión de incapacidad permanente. Y es que, en los últimos años, el TS, ha emitido diversas sentencias²¹ que han perjudicado a los trabajadores con discapacidad porque se les ha impedido el acceso a la incapacidad permanente desde la mal llamada jubilación “anticipada” en caso de discapacidad²², regulada actualmente en el art. 206 bis LGSS. Y ello pese a reunir los requisitos para causar derecho a la incapacidad permanente y no haber cumplido la edad mínima de jubilación ordinaria o legal, que establece el art. 195.1 segundo párrafo LGSS.

En cambio, cuando se trata de un trabajador sin discapacidad, se permite causar derecho a la incapacidad permanente desde la situación de jubilación anticipada con coeficientes reductores, porque no ha cumplido esa edad ordinaria general para todos. Tampoco el trabajador con discapacidad que accedió a la jubilación adelantada por su discapacidad, alcanza esa edad ordinaria, sin embargo, parece ser que se interpretaba que la edad ordinaria de jubilación específica del trabajador con discapacidad era precisamente esa edad ordinaria adelantada²³ que le permite el acceso a la jubilación anticipada por discapacidad y por eso se le impide el acceso a la incapacidad permanente haciendo una interpretación extensiva del art. 195.1 segundo párrafo LGSS.

Lo que se debate es que en realidad sí que se cumple con el requisito de no alcanzar la edad que habilita para causar derecho a la pensión de jubilación, al remitirse expresamente a la edad establecida en el art. 205.1.a) LGSS, que en aplicación de la disposición transitoria séptima sería en 2023 de 66 años y 4 meses o de 65 años, con 37 años y 9 meses cotizados, con independencia, de la discriminación que supone esa negativa, respecto de los trabajadores que no presentan discapacidad.

De hecho, la STS 1 julio 2020²⁴ denegó el reconocimiento de la situación de gran invalidez derivada de contingencia común porque, en el momento de la solicitud, la demandante se encontraba en situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad. Entendiendo que esta situación supone un nuevo límite de edad que, se convierte en la edad

21 STSS 24 junio 2020 recurso 1411/2018 (RJ 2020, 2781); 29 junio 2020, recurso 1062/2020 y 2 diciembre 2020, recurso 2916/2018 (RJ 2020, 4932), entre otras.

22 En realidad, se trata, en el caso de las personas con discapacidad de una jubilación ordinaria adelantada, prevista para ellos, por razón de un mayor esfuerzo que les exige su situación. Se le denomina jubilación anticipada, en el sentido de anticipo de la edad ordinaria de jubilación para los trabajadores sin discapacidad. Esta jubilación es diferente de la más conocida jubilación anticipada “con coeficientes reductores”, en la que, lo que se reduce no es la edad ordinaria de acceso sino un anticipo de esa edad aparejada con una reducción de la cuantía económica de la pensión por aplicación de coeficientes reductores.

23 Considerada como edad ordinaria de jubilación, en los casos de personas con discapacidad.

24 STS 1 julio 2020 (RJ 2020, 3117).

ordinaria de jubilación, por lo que no procede reconocer la incapacidad permanente de quien ya está en situación de jubilada anticipadamente. Interpretaba el Tribunal Supremo que, aunque en el caso concreto se denomine jubilación “anticipada” por discapacidad, esa edad no deja de ser una “edad ordinaria” para el colectivo al que se aplica. En consecuencia, deniega la pretensión de la actora porque, en el caso concreto, ya se había alcanzado la edad de jubilación que, específicamente, estaba prevista para la situación de discapacidad.

Debe reconocerse que ha sido fundamental²⁵, para el cambio de criterio, la doctrina del TC en sus sentencias 172/2021, 7 octubre²⁶ y 191/2021, 17 diciembre — con referencia a las SSTs (sala de lo social) 1062/2018 y 1411/2018 —, en la que se pone de manifiesto la discriminación al señalar, como establece la STC 172/2021, que «no existe justificación alguna para distinguir entre las diversas situaciones de jubilación anticipada, porque lo relevante es que se cumple el único requisito exigido por la norma para acceder a la prestación por incapacidad permanente, que es una determinada edad, según el tenor literal del art. 195.1 párrafo segundo LGSS, por remisión al art. 205.1.a) LGSS. Y tampoco existe razón objetiva alguna para excluir a la recurrente de la situación de incapacidad permanente». De manera que «toda persona que se encuentre en situación de jubilación anticipada podría acceder a una prestación por incapacidad permanente, salvo las personas con discapacidad, a pesar de cumplir el único requisito exigido por la normativa, que es una determinada edad. Se genera con ello una diferencia de trato no prevista en la norma, sin justificación objetiva y razonable, derivada exclusivamente del hecho de haber accedido a una situación de jubilación anticipada precisamente por su situación de discapacidad».

Este criterio ha sido íntegramente recogido por el TS²⁷, que ha rectificado su doctrina reconociendo que «de denegarse la posibilidad de acceder a las prestaciones de incapacidad permanente, por haber accedido a la jubilación anticipada por tener reconocida una situación de discapacidad, a tenor del art. 161 bis 1 de la LGSS, actualmente art. 206.2 LGSS²⁸, y reconocérsela a jubilados anticipados por circunstancia distinta de la discapacidad, cuando la norma que disciplina el acceso a las prestaciones de incapacidad permanente, art. 195.1 LGSS no establece distinción alguna respecto a las distintas modalidades de jubilación anticipada, y sin que exista ninguna razón objetiva que justifique tal interpretación, se estaría incurriendo en una discriminación por discapacidad proscrita por el art. 14 de la Constitución y los arts. 4.2.c) y 17.1 ET».

En consecuencia, con independencia de tratarse de una situación de discriminación por discapacidad, es una realidad, que si una persona está jubilada anticipadamente y no ha cumplido la edad establecida en el art. 205.1.a) LGSS, tiene derecho a acceder a la incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados desde la situación de jubilación anticipada, como señala la doctrina rectificada del TS, por lo que no se acaba de entender

25 Sobre este asunto resultan de interés los comentarios de MONEREO PÉREZ, J. L.: «Derecho a acceder a la incapacidad permanente desde la “jubilación anticipada” por razón de discapacidad». *Anuario 2022 de Jurisprudencia Laboral (estudio de 100 casos relevantes)*. AEBOE, págs. 581-593, y de LOUSADA AROCHENA, J. E.: «Aplicando el enfoque de derechos humanos: la discriminación por discapacidad en el acceso a prestaciones de incapacidad permanente». *Anuario 2022 de Jurisprudencia Laboral (estudio de 100 casos relevantes)*. AEBOE, págs. 239-246.

26 En el mismo sentido, la STC 5/2022, de 24 de enero.

27 SSTs 27 abril 2022 (RJ 2022, 3350) y 22 noviembre 2022 (RJ 2022, 5366).

28 Debe entenderse que se refiere al vigente art. 206 bis LGSS.

que se perjudicara con una interpretación discriminatoria a un colectivo, al que, por el contrario, debería apoyarse con diversas medidas de acción positiva. En este caso, el acceso a la incapacidad permanente les debería servir, además, para permitirles la búsqueda de un empleo compatible con la incapacidad permanente.

4.1.4. Problemática en el tiempo de cotización exigido en la jubilación anticipada y las dificultades para su acreditación

La Comisión plantea dos cuestiones de las que se hace eco ampliamente el Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad:

La primera cuestión, según la Recomendación 18 aconseja que se establezca una reducción de las cotizaciones exigidas, porque existía en un número importante de casos, dificultades en acreditar los quince años cotizados con grado de discapacidad del 45% según las discapacidades que se contenían en la anterior redacción del art. 2 RD 1851/2009, que podían dar lugar a la reducción de la edad de jubilación.

El otro problema era la acreditación, pues hace años no era habitual solicitar la calificación de discapacidad, por lo que cuando se quiere acreditar el tiempo en el que el trabajador prestó servicios con la correspondiente discapacidad, no existen medios documentales que acrediten esa circunstancia, lo que provoca dificultades de prueba aunque en la realidad se hubiera alcanzado el tiempo exigido.

Por otro lado, las asociaciones pedían un nuevo listado con un procedimiento más ágil para incorporar nuevas patologías que generen discapacidad.

Sobre este particular, el libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad²⁹, plantea una reforma que recomienda hasta nueve propuestas de cambio:

1.- Lista de discapacidades. Actualizar la lista de discapacidades que figuran en el RD 1851/2009, que permiten el acceso a la pensión de jubilación.

2.- Funcionarios públicos. Ampliar esta modalidad de jubilación a los funcionarios integrados en los regímenes especiales de funcionarios públicos, por tratarse de una desigualdad de trato³⁰. Algo que también preconiza la Comisión del Pacto de Toledo (2020).

3.- Incluir situaciones de no alta en la Seguridad Social. Evidencia que con la actual redacción del RD 1851/2009, no es posible acceder a la pensión desde una situación de no alta, cuando sí es posible con carácter general, sin que se justifique esa diferencia de trato, por lo que debería resolverse esta carencia.

4.- Edad mínima de acceso a la pensión. Se aboga que la edad de 56 años, como edad mínima de jubilación, debería adaptarse y reducirse en el caso de determinados colectivos de personas trabajadoras con discapacidad y particularmente en el caso de las personas con discapacidad intelectual y trastorno mental, dado que existen colectivos que se enfrentan a un envejecimiento prematuro, por lo que resulta necesario que en estos

29 VV.AA. Capítulo IX. «Régimen Jurídico» (dirección y coordinación Ricardo Esteban Legarreta). *Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad*. Real Patronato sobre Discapacidad. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. Julio 2023, págs. 899-902.

30 Para ello se propone reformar el art. 28.2 Real Decreto-ley 670/1987, de 30 de abril, texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, recogiendo un planteamiento semejante al previsto en el art. 206 bis LGSS

casos la edad mínima de jubilación se reduzca, pudiendo utilizarse como referencia la edad de 45 años.

5.- Período de carencia exigido. Se recomienda reducir el período de cotización exigido de 15 años, igual para personas sin discapacidad, así como en el caso de personas con discapacidad, recomendando que se diferenciara legalmente entre personas sin y con discapacidad, y establecer un régimen más favorable y adaptado a su realidad, reduciendo el número de años de cotización exigidos a 10 años.

6.- Base reguladora. Si, con carácter general, la base reguladora de la pensión de jubilación se calcula, teniendo en cuenta los últimos 25 años hasta que entre en vigor la reforma del Real Decreto-ley 2/2023, se propone, a causa de las dificultades de acumular una carrera de cotización larga por parte de este colectivo, que la base reguladora de se calcule teniendo en cuenta lo cotizado en los últimos 10 años.

7.- Porcentaje. Se propone para obtener el 100 por cien de la pensión, que, en lugar de acreditar a partir del 1 de enero de 2027, 37 años de cotización se exija para este colectivo un período de referencia de 20 años.

8.- Período trabajado exigido con grado de discapacidad igual o superior al 45%. Se propone adaptar a la jurisprudencia dictada con respecto a las enfermedades congénitas o anteriores al inicio de la vida laboral (entre otras, SSTS 13 junio 2018, rec. 764/2017 y 8 febrero 2018, rec. 2193/2016), según la cual, en el caso de las enfermedades congénitas o que se manifiestan ya en la infancia, aunque inicialmente el grado de discapacidad declarado fuera inferior al 45%, si con posterioridad se alcanza o se supera ese 45%, hay que entender que ese grado se ha cumplido a lo largo de todo el periodo de cotización.

9.- Clarificar el criterio de aplicación del grado de discapacidad. Se plantea si el grado de discapacidad del 45% debe corresponder necesariamente a una de las discapacidades del art. 2 del RD 1851/2009 o basta con que se dé una de ellas, al menos en un 33%, y el resto de grado hasta alcanzar el 45% o más, se pueda deber a otros factores sociales o complementarios o afecciones vinculadas o no con esa discapacidad.

Posteriormente, con la aparición del Real Decreto 370/2023, de 16 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 1851/2009 y se desarrolla el art. 161 bis LGSS en cuanto a la anticipación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45%, se da respuesta a algunas de las anteriores recomendaciones de la Comisión del Pacto de Toledo, así como del Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad, que se podrían resumir en las siguientes:

- Se reduce a 5 años (en lugar de los anteriores 15 años), la acreditación de cotización estando afectado con un grado de discapacidad de al menos el 45% debido a patologías de un nuevo listado reclamado por asociaciones, más ágil³¹.
- Esos 5 años, deben encontrarse en el período de los 15 años exigidos para causar derecho a la pensión de jubilación. Con ello, se acreditará más fácilmente, por ser menor el período exigido con el grado de discapacidad del 45%³².

31 Art. 1 RD 1851/2009, modificado por el art. único. Dos RD 370/2023, de 16 de mayo.

32 *Ibidem*.

- Flexibilidad en la acreditación de la discapacidad. Con respecto a la multidiscapacidad, siguiendo la doctrina de la STS 729/2017, 27 septiembre, se admite el grado del 45% con la suma de las diversas dolencias, siempre que al menos una de ellas se encuentre en el nuevo anexo con un grado de discapacidad del 33%³³.
- Se ha modificado el art. 2, al que se da nueva redacción, suprimiendo la relación de patologías determinantes de la reducción de la edad de jubilación, a fin de ubicarlas en un nuevo anexo, al que se podrán ir incorporando nuevas patologías y al cual se remite la nueva redacción del artículo³⁴.

Ciertamente, no se han incluido todas las observaciones de la Comisión del Pacto de Toledo y del Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad, pero al menos, se ha iniciado un nuevo camino, en el que se van incorporando algunas de sus iniciativas.

4.1.5. Deben tenerse en cuenta las particularidades en la prestación por nacimiento y cuidado de menor, con especial apoyo a mujeres con discapacidad

La discapacidad hace su aparición en el supuesto especial por nacimiento y cuidado de menor en aquellos supuestos de parto de la trabajadora, en los que si bien, reúne los requisitos establecidos para acceder a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, sin embargo, no acredita el período mínimo de cotización exigido, en cuyo caso, la trabajadora tendrá derecho a un subsidio equivalente al 100% del IPREM vigente en cada momento, salvo que al calcularse la base reguladora resultase inferior³⁵, en cuyo caso se estará a esta.

La duración del subsidio es de 42 días naturales a contar desde el parto. Y es en este punto, el referido a la duración del subsidio en el que se encuentra la especialidad en caso de discapacidad, pues en estos casos, la duración se incrementa en 14 días naturales en caso de discapacidad de la madre o del hijo en un grado igual o superior al 65%³⁶.

33 Concretamente, establece el modificado apdo. 3 del art. 5 RD 1851/2009: «Se entenderá que concurre un grado de discapacidad en total igual o superior al 45 por ciento en aquellos casos en los que, conforme a los certificados a que se refiere el apartado anterior, se acrediten, conjuntamente, las siguientes condiciones:

- a) Que de la suma de los porcentajes de discapacidad alcanzados en las diferentes dolencias que figuren en el certificado, así como del porcentaje correspondiente a los «baremos complementarios», de ser el caso, resulte un porcentaje de discapacidad total igual o superior al 45 por ciento.
- b) Que al menos una de las dolencias reflejadas en el certificado de discapacidad sea una de las relacionadas en el anexo y que el porcentaje de discapacidad alcanzado por esta o estas patologías generadoras de discapacidad relacionadas en el citado anexo suponga al menos el 33 por ciento del total del grado de discapacidad acreditado».

34 Art. 2 RD 1851/2009, modificado por el art. único. Tres RD 370/2023, de 16 de mayo.

35 Se refiere al cálculo ordinario a tiempo completo, según el art. 179 LGSS, o a tiempo parcial, según el art. 248.b) LGSS.

36 Este incremento de la duración del subsidio es aplicable igualmente, en los supuestos siguientes (art. 182.3 LGSS):

- a) Nacimiento de hijo en una familia numerosa o en la que, con tal motivo, adquiera dicha condición, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.
- b) Nacimiento de hijo en una familia monoparental, entendiéndose por tal la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia.
- c) Parto múltiple, entendiéndose que existe el mismo cuando el número de nacidos sea igual o superior a dos. Advierte la norma que “el incremento de la duración es único, sin que proceda su acumulación cuando concurren dos o más circunstancias de las señaladas”.

Sobre esta prestación cabe hacer dos observaciones: la primera tiene que ver con el grado de discapacidad del 65%, sin discernirse la clase de discapacidad, pues no es igual una discapacidad intelectual del 65% que otra discapacidad física o sensorial de igual grado. Esto constituye un tratamiento discriminatorio que debería ser subsanado. A este respecto, debería establecerse una reducción del grado de discapacidad exigido en los casos de discapacidad mental o intelectual, que podría establecerse como suele hacerse en el grado del 33% de discapacidad. Se trata de una distorsión que se contempla en la regulación de las prestaciones de Seguridad Social, que deberá subsanarse cuanto antes.

La segunda observación, tiene que ver con la duración, pues dos semanas en los casos de personas con discapacidad, especialmente con el grado exigido, no parece que sea suficiente, no tanto por la cuantía del subsidio, sino por el descanso que como es lógico necesitará más tiempo cuanto mayor sea el grado de discapacidad.

En consecuencia, considero que debería relacionarse la duración del subsidio con el grado de discapacidad, distinguiendo además la clase de discapacidad, estableciéndose una mayor duración en los casos de discapacidad mental o intelectual.

Por otro lado, desde la *perspectiva laboral*, en el supuesto de discapacidad del hijo o hija en el nacimiento, adopción, en situación de guarda con fines de adopción o de acogimiento, la suspensión del contrato tendrá una duración adicional de dos semanas, una para cada una de las personas progenitoras. La misma ampliación procederá en el supuesto de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple por cada hijo o hija distinta del primero. Además, en caso de haber una única persona progenitora, esta podrá disfrutar de las ampliaciones completas para el caso de familias con dos personas progenitoras. (art. 48.6 ET³⁷).

A este respecto, considero que se debería ampliar esas dos semanas, no solo al hijo o hija con discapacidad, también a la madre o padre con discapacidad.

En fin, creo que la Comisión camina en la dirección adecuada, en el sentido de que este colectivo precisa de unos cuidados específicos. Sin embargo, hubiera sido deseable que especificara un poco más acerca del contenido de los mismos. Se trata de medidas de naturaleza técnico-asistenciales, de apoyo para que las mujeres con discapacidad puedan sobrellevar esa etapa de sus vidas en igualdad de condiciones que las demás que no presentan discapacidad. Teniendo en cuenta además el tipo y grado de discapacidad. Y en este sentido, creo que es importante, como medida concreta de carácter asistencial, la labor de acompañamiento y de seguimiento que pueden prestar las trabajadoras sociales, que deberán seguir un curso de formación para desempeñar su función de apoyo a este colectivo con los conocimientos y la preparación más adecuada posible.

4.1.6. La legislación debe facilitar la incorporación inclusiva al mercado de trabajo de las personas con discapacidad y también, propiciar su mantenimiento en su actividad profesional originaria en casos de discapacidad sobrevenida

La Recomendación 18 se refiere al caso del trabajador que encontrándose prestando servicios en una empresa, resulta afectado por una discapacidad y que, como consecuencia

³⁷ Apdo. 6 del art. 48 ET, modificado por el art. 127.6 Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio.

de ello, pueda ser objeto de un cambio de puesto de trabajo o en su versión más extrema pueda ser causa de un despido objetivo. Sobre este asunto conviene distinguir varias cuestiones:

La primera, es la distinción entre el concepto de discapacidad y el concepto de incapacidad permanente³⁸. Lo que distingue la discapacidad de la incapacidad permanente es que, en esta última, se considera, no tanto el estado personal del trabajador, sino su pérdida de capacidad de trabajo. Es decir, la eficiencia en los resultados de su actividad, como consecuencia de enfermedad o de accidente. De ahí que se trate de dos realidades diferentes. Ello no impide que puedan coincidir. En efecto, es habitual que, al contraer una discapacidad, paralelamente, se produzca en el trabajador una reducción de su capacidad laboral. Y, al contrario, que, al declararse una incapacidad permanente, se reconozca una discapacidad. Son dos conceptos independientes pero que pueden coincidir simultáneamente. Pero, además, se asimilan por el art. 4.2 LGDPD³⁹, según el cual: «se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

En segundo lugar, y centrándome más concretamente, en la discapacidad sobrevenida del trabajador, cabría distinguir a su vez dos supuestos: que la discapacidad suponga una pérdida de capacidad laboral en su puesto de trabajo o, que no influya en su rendimiento. Y el tratamiento es el mismo que el que se otorga a cualquier otro trabajador, en el sentido de que, en el primer caso, procede, en su caso, la declaración del grado de incapacidad permanente porque se reconoce que existe una pérdida de su capacidad laboral, y en ese caso se le reconocerá una prestación, cuya modalidad y cuantía dependerá del grado de incapacidad reconocida. Más delicado es el segundo supuesto, en el que la aparición de la discapacidad no suponga pérdida de capacidad laboral, pues en este caso, no hay motivos para cambiarle de puesto de trabajo y menos aún para prescindir de él, pues en ese caso, entraríamos en situaciones de discriminación por razón de discapacidad.

En la LGSS, aparece una referencia a la discapacidad sobrevenida. Concretamente, se refiere a la dotación de los excedentes de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social. Sabido es que se viene ajustando legalmente cada vez más el control de los gastos de las Mutuas. Concretamente, un 10% de los excedentes que resulten, después de haber dotado la Reserva de Estabilización de Contingencias Profesionales, se aplicará a la dotación de la Asistencia Social, que se destinará al pago de prestaciones de asistencia social autorizadas, entre cuyas acciones se dirige, “en particular, para aquellos con discapacidad sobrevenida”⁴⁰.

38 El concepto legal de incapacidad permanente lo proporciona el art. 193.1 LGSS y así, es incapacidad permanente, “la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”.

39 Modificado por la disposición final. 2.1 Ley 3/2023, de 28 de febrero.

40 Art. 96.1.c) párrafo segundo LGSS (en la redacción de la disposición final 25.2 Ley 31/2022, de 23 de diciembre). Las otras acciones previstas por la normativa hacen referencia a las acciones de rehabilitación y de recuperación y reorientación profesional y medidas de apoyo a la adaptación de medios esenciales y puestos de trabajo, a favor de los trabajadores accidentados protegidos por las mismas. Y en todo caso,

Centrándome en el problema de la discapacidad sobrevenida a que se refiere la Recomendación 18 (2020), el art. 193.1 párrafo segundo LGSS, se refiere a aquellas personas con discapacidad, que solo se les considera una disminución de la capacidad laboral desde el momento de su afiliación a la Seguridad Social, sin considerar que tengan reducida su capacidad de trabajo en ese momento, pues, en la fecha de la afiliación se las considera como si estuvieran al 100% de su capacidad, desde el punto de vista de la incapacidad permanente. Por lo que, en este caso, se consideran las reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad de trabajo con referencia al momento de la afiliación a la Seguridad Social.

A diferencia del supuesto a que se refiere la Recomendación 18, el art. 193.1 párrafo segundo LGSS, se refiere a la relación existente entre la discapacidad y la incapacidad permanente, pero en el caso contrario. Es decir, que inicia su relación laboral como persona con discapacidad y durante su relación laboral contrae una incapacidad permanente. En ese caso, establece el mencionado artículo que «las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación». Se habilita así, la posibilidad de que personas con discapacidad previa al inicio de la relación laboral puedan acceder a la pensión de incapacidad permanente, sin considerar a la persona con discapacidad como sujeto de una enfermedad o lesión congénita, sino que se atenderá únicamente la agravación que disminuya su capacidad laboral respecto al momento del inicio de su relación laboral. Es decir, en este caso, la discapacidad no se produce durante la relación laboral, sino que, siendo persona con discapacidad en el momento de su contratación, contrae una incapacidad durante la relación laboral, y en este caso, para medir la pérdida de su capacidad se toma la que presentaba en el momento de su contratación, al igual que en el caso de personas sin discapacidad.

Sobre esta cuestión, cabría plantearse si la consideración de su capacidad laboral al 100% podría considerarse discriminatoria siendo que podrían encontrarse en inferioridad de condiciones reales con quienes no presentan discapacidad. El problema es que en lo que afecta al grado de capacidad laboral, si se le considerara con su capacidad real para un determinado puesto de trabajo en el que otro trabajador alcanzara el 100%, entraría en inferioridad de condiciones y tendría mayores dificultades para ser contratado, además de que cabría incluso iniciar un proceso de incapacidad permanente, lo que sería otro obstáculo para su contratación laboral.

La Recomendación 18, profundiza en la permanencia en el puesto de trabajo de personas que, durante su relación laboral, contraigan cualquier tipo de discapacidad de forma sobrevenida. Para ello, lo esencial será poner los medios que sean necesarios para superar las barreras, que en su caso dificulten o impidan el desarrollo de su actividad en iguales condiciones que las que venía disfrutando antes de contraer la discapacidad. En ese sentido, y desde la perspectiva laboral, debería tenerse en cuenta a este colectivo de

tanto los anteriores como en los casos en que los trabajadores sufran una discapacidad sobrevenida, se prevén ayudas a sus derechohabientes, precisándose que serán ajenas y complementarias a las incluidas en la acción protectora de la Seguridad Social.

personas con discapacidad, con objeto de darles alguna salida diferente al despido por causas objetivas, caso de que contraigan alguna incapacidad permanente que reduzca su capacidad laboral, porque debo insistir que la mera discapacidad sobrevenida aislada de cualquier reducción de su capacidad laboral durante la relación laboral no habilita en ningún caso, ni siquiera al cambio de puesto de trabajo, salvo que se lleve a cabo a través del mecanismo de la movilidad funcional con criterios objetivos que no tengan relación con la situación de discapacidad del trabajador, pues en este último caso, se hablaría de discriminación por razón de discapacidad. En ese sentido, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴¹, en su art. 27.1 establece que los «Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas». Y ofrece hasta 11 propuestas concretas, para facilitar la continuidad en la actividad laboral de la persona que ha contraído una discapacidad sobrevenida.

En nuestra normativa convendría ofrecer a los trabajadores que contraen una discapacidad durante su relación laboral, diversos apoyos acordes con la concreta discapacidad, con objeto de que la Recomendación 18 sea realmente efectiva. Y en ese sentido, la colaboración con las asociaciones que se ocupan de la inserción laboral de las personas con discapacidad resulta clave, pues son las que conocen las dificultades con que se enfrentan las personas con discapacidad cuando les sobreviene la discapacidad mientras desarrollan la actividad laboral.

4.1.7. Trasladar al Régimen Especial de Clases Pasivas los avances del Régimen General

Se trata de una reivindicación, que viene realizándose por los funcionarios todavía encuadrados en este Régimen Especial, de Clases pasivas del Estado⁴² a los que la Comisión da voz y que todavía no se ha llevado a cabo. Con ello, se produce una discriminación al no atender las necesidades del colectivo de personas con discapacidad que conforman el mencionado régimen de Clases Pasivas del Estado.

4.2. El empleo de personas con discapacidad

Esta es la otra pata de la Recomendación 18, al considerar que «las personas con discapacidad constituyen un *colectivo prioritario* para los poderes públicos, tanto en términos de cobertura social, como de incorporación al mercado de trabajo en coordinación eficaz con las políticas activas de empleo». Y es precisamente en este aspecto, en el que propugna que «deben intensificarse las medidas dirigidas a eliminar los obstáculos a la activación de dichas personas, favoreciendo su acceso a un empleo digno, suficiente y de calidad». Además, la Comisión en el resumen de la Recomendación 6 sobre incentivos al empleo, reitera esta idea, en el sentido de que «el sistema de incentivos debe concentrarse en las situaciones y colectivos, (como el de personas con discapacidad), cuyo empleo se persigue favorecer de una forma especial», especificando, a continuación, que solo deben priorizarse

41 Puede consultarse en Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE de 21 de abril de 2008).

42 Regulado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado.

a estos colectivos en relación al establecimiento de tales incentivos. En ese sentido, «la Comisión reitera que la legislación debe facilitar la incorporación inclusiva al mercado de trabajo de este colectivo y, también, propiciar su mantenimiento en su actividad profesional originaria en casos de discapacidad sobrevenida, coadyuvando a su plena autonomía y a su participación social efectiva».

Ley de Empleo (2023)

En cumplimiento de la Recomendación 18, en lo que afecta al empleo, la nueva Ley de Empleo⁴³ (LE), señala en su preámbulo, sin perjuicio de las medidas que se contienen en la LGDPD, que «la atención de personas demandantes de servicios de empleo con discapacidad se encauza por múltiples vías. Los servicios de empleo procurarán, prioritariamente, el acceso de dichas personas al empleo ordinario, pero también la creación y funcionamiento de centros especiales de empleo y enclaves laborales que faciliten su integración en el mercado de trabajo». De manera, que se seguirá apoyando el empleo protegido, en la medida que siga siendo un instrumento válido de inserción laboral de personas con discapacidad.

Asimismo, el art. 12 LE, sobre la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, articulará en su eje 4, oportunidades de empleo para personas con discapacidad. Incluirá actuaciones que tengan por objeto «incentivar la contratación, la creación de empleo o el mantenimiento de los puestos de trabajo, y las acciones de orientación y acompañamiento individualizado en los puestos de trabajo de las personas con discapacidad».

Se consideran colectivos de atención prioritaria para la política de empleo, el de las personas con discapacidad, personas con capacidad intelectual límite, o el de personas con trastornos del espectro autista (art. 50.1 párrafo segundo LE).

Y se «reconocerá como personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo: las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental, con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento; así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento» (art. 50.1 párrafo tercero LE).

Pero si hay un artículo que asume la responsabilidad, por parte de los servicios públicos de empleo o de la Agencia Española de Empleo (AEE), de favorecer el empleo a personas con discapacidad, sin duda es el art. 54 LE. Este artículo trata de impulsar algunas medidas, algunas de ellas, insertas en la LGDPD, y que, sintéticamente son las siguientes:

- Los servicios de empleo procurarán, *prioritariamente*, el acceso de las personas con discapacidad al empleo ordinario, el mantenimiento del empleo, la mejora de su empleabilidad a lo largo de su ciclo laboral y su desarrollo profesional, así como la sostenibilidad del empleo protegido (apdo. 1 art. 54 LE).

Ciertamente, el término “procurarán” no resulta tranquilizador porque no es propia de una obligación, sino más bien, de una posibilidad, lo que le quita fuerza a esa necesidad de priorizar el empleo al colectivo de personas con discapacidad. En su lugar, debería

43 Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

decirse “estarán obligados”. Por lo demás, no dejan de ser interesantes declaraciones de intenciones que no acaban de concretarse.

- Otra medida establece que cuando lo determinen las respectivas Administraciones públicas competentes, los empleados y empleadas públicas al servicio de la Agencia Española de Empleo (AEE) y los servicios públicos de empleo autonómicos se integrarán en los equipos multiprofesionales de atención a la discapacidad, a los efectos de la mejora de la empleabilidad de las personas con discapacidad (apdo. 2 art. 54 LE).

No se comprende bien, qué tiene que ver la mejora de la empleabilidad de las personas con discapacidad, con el hecho de que los empleados públicos se integren en los servicios multiprofesionales de atención a la discapacidad, pues es evidente que todo ello debería concretarse de alguna forma.

- Asimismo, conforme al art. 68 LGDPD, «los servicios públicos de empleo diseñarán y pondrán en marcha acciones positivas dirigidas a las personas con discapacidad. Las medidas más adecuadas del catálogo de instrumentos de empleabilidad, a la vista del perfil de las personas demandantes de servicios de empleo, serán objeto de las adaptaciones necesarias para su plena efectividad» (apdo. 3 art. 54 LE).

Esta medida no añade prácticamente nada a lo dispuesto en el art. 68 LGDPD, si bien, lo que cambia es el tono imperativo con el que ordena que se pongan en marcha acciones positivas, y que se adapten las medidas del catálogo de instrumentos de empleabilidad con el perfil de los demandantes del servicio de empleo. También será necesario especificar cuáles deberán ser esas medidas.

- La AEE y los servicios públicos de empleo autonómicos, así como las entidades privadas y colaboradoras que se determinen reglamentariamente, podrán cooperar en el diseño, organización, puesta en marcha y ejecución de los *servicios de empleo con apoyo*, en los términos del artículo 41 LGDPD, y de su normativa de desarrollo (apdo. 4).

Se trata, a mi parecer, de la más esperanzadora de las medidas. Pues, supone un cambio de paradigma en el tratamiento del empleo con apoyo. Hasta ahora solo se articulaba mediante programas temporales, mientras que la Ley de Empleo, da un paso más, concretando que deberán ser no solo los servicios públicos, sino también entidades privadas, quienes se encarguen de poner en marcha un nuevo sistema de empleo con apoyo. Lo que podría hacer presagiar la creación de una institución de carácter permanente, de empleo con apoyo, en lugar de los programas, hasta ahora, insuficientes para dotar de estabilidad a los trabajadores con discapacidad que acceden y prestan servicios en el empleo ordinario, como he tenido ocasión de reclamar en alguna publicación⁴⁴.

Asimismo, se debe tener en cuenta, según la disposición adicional quinta LE, que, para hacer posible todo lo que se acaba de apuntar, «se establecerán las medidas legislativas, los programas y servicios de empleo necesarios en favor de las personas con discapacidad». Pero lo más relevante es que en esa disposición hace constar que todo ello se verá reflejado

44 Recientemente, he propugnado, en, «Un cambio de paradigma: de los programas de empleo con apoyo a los servicios de empleo con apoyo». *Revista de Derecho Laboral vLEX*, núm. 7, diciembre 2022, págs. 80-90, un cambio de paradigma mediante la sustitución de los actuales programas temporales de empleo con apoyo, por el de la creación de servicios de empleo con apoyo, así como la necesidad de establecer una formación específica dirigida a los preparadores laborales.

en el marco del *Libro Blanco de Empleo y Discapacidad*, que desarrollará lo previsto en el mencionado art. 54 LE. Libro Blanco, que apareció a los tres meses de publicarse la LE, con un amplio contenido, que será objeto de análisis en lo sucesivo⁴⁵.

En cualquier caso, y con independencia de ello, será necesario un detallado desarrollo reglamentario que concrete esas medidas del art. 54 LE, que propicien nuevas vías de acceso y mejora en la permanencia en el empleo de personas con discapacidad.

⁴⁵ Aparece publicado en julio 2023 con el título, *Libro blanco sobre empleo y discapacidad*, Real Patronato sobre Discapacidad. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, con 1136 páginas.

CAPÍTULO II

EL TRATAMIENTO DE LA INCLUSIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ACTUAL MARCO NORMATIVO Y SU NECESARIA TRANSFORMACIÓN

MARÍA JOSÉ ROMERO RODENAS
Catedrática de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. UCLM

JUAN LUIS GARCÍA RÍOS
Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (Acreditado a profesor contratado doctor), UCLM

1. INTRODUCCIÓN

La incorporación de las personas con discapacidad al mercado de trabajo, disponer de un trabajo, de un empleo, supone un elemento central de la integración social de las personas con discapacidad y su participación en la sociedad¹, por lo que su ausencia implica un escenario con múltiples consecuencias entre las que se encuentran la desigualdad, pobreza y exclusión social². De ahí que dar respuesta a la realidad social del empleo de las personas con discapacidad no constituye una opción, sino una obligación para los poderes públicos y un derecho para las personas con discapacidad por muchas razones que han sido analizadas por los autores y autoras, pero también porque el derecho de la discapacidad constituye el instrumento fundamental de actuación de los poderes públicos, interlocutores y actores sociales.

Si algo caracteriza a la discapacidad es la heterogeneidad de la misma, lo que hace que cualquier intento de establecer un modelo o sistema universal de integración laboral para las personas con discapacidad choque con enormes dificultades prácticas que desemboca en una panoplia de normas, estrategias, medidas y servicios que pretenden estandarizar lo que no es homogéneo, siendo precisamente esta estandarización de los

1 Como reiteradamente se pone de manifiesto en el reciente Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad, *vid* en <https://www.rpdiscapacidad.gob.es/estudiospublicaciones/libro_blanco_empleo_discapacidad.htm>

2 ROMERO RODENAS, M.J.: «El empleo de las personas con discapacidad: presentación, introducción, conclusiones y contenidos del libro blanco sobre empleo y discapacidad», en *Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad*, 2023.

servicios uno de los elementos disruptivos en el ámbito de las políticas de empleo, que se acrecienta en el ámbito de la discapacidad por esa mencionada heterogeneidad.

El mercado de trabajo no es neutral para las personas con discapacidad³. Recientemente el Observatorio Estatal de la Discapacidad (enero 2023) ha analizado los últimos datos de Eurostat relativos a la discapacidad/pobreza/exclusión social (2021) indicando que el 21,7% de la población de la Unión Europea (UE) se encuentra en riesgo de pobreza o exclusión social y en relación a las personas con discapacidad, el Eurostat indica que, en 2021, el 29,7% de la población de la UE de 16 años o más con discapacidad estaba en riesgo de pobreza o exclusión social en comparación con el 18,8% de las personas sin discapacidad, por lo que existen evidentes rasgos de precariedad, empleos no cualificados y con pocas o nulas posibilidades de promoción profesional⁴, por lo que su derecho fundamental al trabajo se encuentra comprometido de manera inasumible para las sociedades democráticas actuales, lo que además supone una privación del pleno ejercicio de sus derechos y el acceso a la ciudadanía plena y por ello los sitúa en una situación de exclusión social de la que parece no pueden desprenderse, ya que no debemos olvidar que “el reconocimiento del derecho al trabajo es precisamente el entender que una sociedad avanzada tiene que basarse en el trabajo y en el conocimiento como ejes del desarrollo de la misma, lo que implica asignar un valor fundamental para la democracia a la posición subordinada que ocupan las personas que trabajan para obtener un salario que les permita mantener su existencia. El trabajo debe por tanto ser la condición que posibilita la dignidad de las personas y el factor que impulse un tratamiento tendencialmente igualitario en la sociedad cuyo desarrollo y bienestar procura. Es a partir del trabajo como se pueden intentar remover las desigualdades presentes en nuestras sociedades, por eso es también el fundamento político de las opciones constitucionales por la democratización de las relaciones de poder, público y privado, que están presentes en la misma y que deben ser modificadas, niveladas, contrarrestadas colectiva e individualmente”⁵.

Con este capítulo pretendemos contribuir a dicha discusión sobre la base de un análisis crítico del sistema de inserción laboral contemplado en el 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 (en adelante LGDPD).

Es por ello que nuestro análisis está centrado en este modelo o sistema recogido en el Capítulo VI de la LGDPD con rúbrica “Derecho al trabajo”, pero no limitado a dicho capítulo, pues otros artículos de la citada norma hacen referencia y tienen influencia en el acceso al empleo de las personas con discapacidad, por lo que es necesario también su estudio para realizar un análisis completo del derecho al trabajo de las personas con discapacidad recogido en la LGDPD, a lo que habrá que sumar las inevitables referencias a otras normas nacionales e internacionales de obligada referencia para comprender este

3 ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Algunos aspectos estructurales ante el empleo de las personas con discapacidad», *Documentación Laboral*, núm. 120, 2020-Vol. II, págs. 11-25.

4 DE LORENZO GARCÍA, R.: «El futuro de los discapacitados en el mundo: el empleo como factor determinante para la inclusión», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Asuntos Sociales*, núm. 50, 2004, págs. 74-75.

5 BAYLOS GRAU A. “Discriminación y discapacidad: nuevos enfoques normativos”, <<https://baylos.blogspot.com/2021/05/discriminacion-y-discapacidad-nuevos.html>>

modelo que pretende favorecer el acceso al empleo de las personas con discapacidad y del que han pasado ya diez años.

En nuestras democracias actuales junto a las instituciones y los poderes públicos existen otras organizaciones que actúan dentro del Estado y que son necesarias para nuestro actual modelo democrático⁶, como pueden ser las organizaciones representativas de los intereses de personas con discapacidad, así como las organizaciones sindicales o empresariales. Organizaciones todas ellas que deben jugar un papel fundamental en el desarrollo de un modelo de inserción laboral de las personas con discapacidad. Al que sin duda contribuirá el recién aprobado Libro Blanco de Empleo y Discapacidad, que debe marcar el futuro camino para el necesario cambio en materia de política de empleo para las personas con discapacidad y que deberá verse plasmado en mandatos legislativos para conseguir el pleno empleo para las personas con discapacidad y contribuir a la adquisición de una ciudadanía plena para las personas con discapacidad que necesariamente pasa por su acceso al empleo en condiciones de igualdad y no discriminación en un modelo que necesariamente evolucionará, como está evolucionando el empleo, ya que es imposible obviar, como está cambiando la forma en la que se presta el trabajo, donde se presta, como se presta y ello influirá necesariamente en un modelo evolutivo de inserción laboral para las personas con discapacidad.

2. EL ANCLAJE EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DEL DERECHO AL TRABAJO Y LA POLÍTICA DE EMPLEO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Con carácter general se acude a los artículos 49 y 14 de la CE como principales apoyos para el desarrollo de la normativa que ampara las medidas de empleo y el diseño de un modelo de inserción laboral de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo. El primero impone a los poderes públicos la obligación de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad, con el fin de poder disfrutar de todos sus derechos de ciudadanía, junto a la prohibición de cualquier tipo de discriminación del artículo 14 CE.

Pero junto a estos recurrentes artículos cuando hablamos de discapacidad, debemos fijarnos en el derecho al trabajo para personas con discapacidad, cuanto menos el artículo 35 CE⁷ que reconoce el derecho al trabajo como un derecho fundamental, configurándose esta previsión constitucional como “un derecho político que integra la condición de ciudadano de un país determinado en tanto se reconoce la centralidad social, económica e ideológica del trabajo como elemento de cohesión social y como factor de integración política de las clases subalternas en las modernas democracias”⁸. El art. 35 CE está relacionado directamente con el artículo 40 CE⁹, en el que se impone a los poderes

6 ROMERO RODENAS, M.J y GARCÍA RÍOS, J.L.: «Derecho al trabajo y derecho a la educación: un enfoque constitucional sobre la formación profesional», *Revista de Derecho Social*, nº 85, 2019, pág. 135.

7 GALA DURÁN, C.: «La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los centros especiales de empleo», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 55, 2000, págs. 73-74.

8 BAYLOS GRAU A.: «Constitución y Trabajo», *Revista de Derecho Social*, nº 84, 2018, pág. 36.

9 BAYLOS GRAU, A.: «La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012». *Revista de Derecho Social*, nº 61, 2013, pág. 34.

públicos la obligación de realizar una política orientada al pleno empleo, de lo que se deriva una consecuencia evidente: no vale cualquier política de empleo para las personas con discapacidad, sino solo aquella que esté orientada al pleno empleo, lo cual ya de entrada es un crítica indirecta a nuestro actual modelo de política de empleo para personas con discapacidad, pues en ningún momento se busca dicho pleno empleo, sino una mejora de las condiciones de acceso al empleo y la calidad del mismo, pero no al pleno empleo ni en normas jurídicas, ni — curiosamente — en documentos programáticos — como suelen ser las estrategias de empleo —. A lo que se nos puede alegar — y con razón — que tampoco para el caso de las estrategias y normas generales para el empleo se acude a la búsqueda del pleno empleo — salvo contadas excepciones —.

También se impone — lo cual debería ser un elementos central en la política de empleo — la obligación de los poderes públicos para desarrollar un política que garantice la formación y readaptación profesional, elementos básicos y claves en el diseño de cualquier modelo o sistema de inserción laboral — también para las personas con discapacidad — y del que adolece una especial carencia el modelo recogido en la LGDPD y sus antecesoras, cuanto ni más si tenemos en cuenta que un número importante de discapacidades son sobrevenidas, provocadas muchas de ellas por accidentes laborales, lo que hace necesario un modelo particular y adecuado que permita esa formación y readaptación profesional.

En el plano internacional — y sin seguir un orden temporal — debemos traer a colación la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, que tan importante papel juega desde su adopción como instrumento que supuso — con un amplio consenso internacional — el paso de ese modelo médico-rehabilitador hacia el modelo social basado en derechos humanos imperante en la actualidad y que implica trasladar el problema de la limitación en el ejercicio de derechos, de la exclusión desde la persona con discapacidad hacia la sociedad, de tal manera que se invierte el proceso de justificar a las personas con discapacidad de su situación social y responsabilizar a la sociedad por los impedimentos y barreras que ella misma crea hacia las personas con discapacidad. Como no puede ser de otra manera, la Convención se ocupa del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, al que dedica directamente el art. 27 sobre “Trabajo y Empleo”. La opción de la Convención por el empleo ordinario parece clara, no solo a la vista del art. 27 y 19 de la misma, sino por la propia Observación general núm. 8, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, del año 2022, en sus puntos 12, 13 y 14.

Pero también la OIT ha mostrado preocupación por la situación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo. Ya en 1925 se adopta la Recomendación sobre la indemnización por accidentes del trabajo (núm. 22), en el que se recogen disposiciones relativas a la readaptación profesional de los trabajadores con discapacidad fue adoptado en 1925, también debemos citar el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) 1958 (núm. 111) o el Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) de 1983 (núm. 159), así como la Recomendación sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) 1983 (núm. 168).

Y de imprescindible referencia y cita es la Carta Social Europea¹⁰, en la que podemos encontrar en sus artículos 9 y 10 como se reconoce expresamente el derecho a la orientación

¹⁰ Hacemos referencia a la Carta Social Europea revisada (1996).

y formación profesional de las personas con discapacidad, siendo el artículo 15 el eje central en materia de discapacidad al reconocer — en el ejercicio efectivo del derecho a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad — el derecho a la orientación, educación y formación profesional en el marco del régimen general o a través de instituciones especializadas, ya sean públicas o privadas, así como a acceder al empleo en el mercado laboral común, mediante todas las medidas encaminadas a estimular a los empleadores para que contraten y mantengan empleadas en el mercado laboral común o, cuando ello no sea posible por razón de la discapacidad, mediante el establecimiento o la creación de empleos protegidos en función del grado de incapacidad.

A través del cual se pretende garantizar a las personas con discapacidad educación, formación profesional y orientación en un contexto general o en instituciones especializadas. Así mismo persigue la necesaria adopción de medidas que estimulen la contratación y el mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad en el entorno habitual de trabajo y el establecimiento de servicios especializados de colocación y apoyo lo que implica la preferencia hacia un modelo de inserción laboral para las personas con discapacidad en el empleo ordinario, si bien previendo un empleo protegido cuando no sea posible el empleo ordinario, en definitiva establece un modelo dual de inserción laboral para personas con discapacidad, pero con una clara preferencia por el empleo ordinario, y ello 10 años antes a que lo hiciese la Convención.

Respecto a la Unión Europea y tras el Tratado de Ámsterdam de 1997 y la ampliación competencial de la Unión Europea y la referencia expresa a la discapacidad, se abrió la puerta a la intervención normativa del Consejo, dictándose en consecuencia la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, y la abundante jurisprudencia del TJUE sobre esta materia. A lo que debemos añadir, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea desde un punto de vista normativo.

El artículo 15 de la Carta reconoce el derecho al trabajo, al tiempo que prohíbe expresamente en su artículo 21, cualquier tipo de discriminación por razón de la discapacidad, entre otras. Sin olvidar el Pilar europeo de derechos sociales, que como documento guía para las políticas sociales y de empleo, en su principio 17 pone de manifiesto el derecho de las personas con discapacidad a acceder a servicios que les permitan incorporarse y mantenerse en el mercado de trabajo, así como el derecho a entornos de trabajo adaptados.

3. CUESTIONES PREVIAS AL ANÁLISIS DEL MODELO LABORAL

La elaboración y aprobación de la LGDPD supuso una senda más en el proceso de configuración jurídica de un modelo de inserción laboral de las personas con discapacidad, sin embargo limitada por el propio carácter y la finalidad de la norma aprobada, que no es otro que la refundición de tres textos legales: la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de las personas con discapacidad (en adelante LISMI); la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (en adelante LIONDAU) y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Ello ha implicado importantes consecuencias, ya que la capacidad de esta norma para establecer un nuevo modelo de actuación que garantice un trabajo digno para las personas con discapacidad nace desde nuestro punto de vista con importantes limitaciones ya que el mandato que se concede al Gobierno por la disposición final segunda¹¹ de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad estaba centrado en regularizar, aclarar y armonizar la citadas leyes del párrafo anterior.

Con carácter general y desde un punto de vista sistemático, el modelo de inserción laboral de las personas con discapacidad se encuentra recogido en Título I, Capítulo VI llevando por rúbrica “Derecho al Trabajo”. La denominación de este Capítulo VI como “Derecho al trabajo”, es cierto que supuso un cambio respecto a la denominación utilizada en la LISMI para desarrollar el modelo de inserción laboral de las personas con discapacidad, ya que la LISMI diseñó un modelo de inserción laboral — Título VIII — que se denominó de “Integración laboral”, lo que *a priori* puede ser una cuestión meramente terminológica, realmente, es que se ha querido ver en este cambio de rúbrica la necesaria consolidación del paso del modelo médico-rehabilitador, presente en la LISMI, al modelo social derivado y consolidado tras la Convención Internacional y la propia LIONDAU y, por lo tanto, basado en una noción de derechos.¹²

Pero no solo este Capítulo VI de la LGDPD nos permite conocer el modelo inserción laboral de las personas con discapacidad, por lo que se hace necesario estudiar otros aspectos recogidos fuera de dicho capítulo, como son los principios, definición de discapacidad, etc...

3.1. Principios

La LGDPD recoge una serie de principios en su artículo 3 al señalar como tales: el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la vida independiente; la no discriminación; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades; la igualdad entre mujeres y hombres; la normalización; la accesibilidad universal; Diseño universal o diseño para todas las personas; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el diálogo civil; el respeto al desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad, y, en especial, de las niñas y los niños con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad y la transversalidad de las políticas en materia de discapacidad.

Principios que comprometen la actuación de los poderes públicos y sus instituciones, pero también al resto de actores sociales, por lo que su observancia es necesaria y deben informar las actuaciones de actores públicos y primados en materia de discapacidad.

No obstante, no podemos dejar de destacar que estos principios son inespecíficos desde el punto de vista laboral, es decir, no encontramos ningún principio específico laboral en esta relación de principios. Relación de principios claramente inspirada en la

11 En la redacción dada por la disposición final quinta de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

12 ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de la Ley de Derechos de las Personas con Discapacidad», *Temas Laborales*, núm. 27/2014, pág. 65.

relación de principios de la Convención. No es menos ciertos que principios como el de no discriminación e igualdad de oportunidades tienen una especial incidencia en materia laboral y el propio artículo 35 de la LGDPD reconduce la cuestión al ámbito laboral, principios que son incluso recogidos como principios rectores de la política de empleo en la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

Hubiese sido deseable — a nuestro juicio — incorporar en el artículo 3 de la LGDPD principios específicos desde un punto de vista laboral, como podría haber sido el caso — como propuesta — del principio de activación laboral y el principio de adecuación de los servicios de empleo a las necesidades laborales y de formación profesional para el empleo de las personas con discapacidad.

3.2. El concepto de persona con discapacidad

Para comprender el concepto o definición de lo que debemos entender por persona con discapacidad debemos remitirnos no solo a los artículos 2 y 4 de la LGDPD, sino también al artículo 35 de la LGDPD.

Cuando hablamos de concepto o definición de un grupo de personas no podemos dejar de destacar las dificultades que implica definir — en este caso — quien es una persona con discapacidad ya que su definición implica determinar quién es y quien no es discapacitado, que siempre implica rechazo — por quien se queda fuera — y aceptación — por quien queda incluido —, si bien y a pesar de ello no deja de ser necesario la definición de lo que debemos entender por persona con discapacidad a efectos prácticos.

A la vista del artículo 4 de la LGDPD tendrán la consideración de personas con discapacidad quienes presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

En su apartado segundo y en su redacción inicial se establecía que a todos los efectos tendrían la consideración de personas con discapacidad a quienes se les hubiese reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%, además de equiparar a dicho grado — como mínimo — a los pensionistas por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez de la Seguridad Social y los equivalentes de Clases Pasivas, lo cual suponía un evidente cambio en el texto refundido que suponía la LGDPD, respecto a sus normas a refundir, lo que ha llevado al Tribunal Supremo a declarar que se incurría en “*ultra vires* por exceso en la delegación legislativa”¹³.

Con la nueva redacción dada al artículo 4.2 por la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, se cambia dicha expresión por la de a “los efectos de esta ley” (LGDPD), tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas personas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%. Igualmente, el art. 35 — con nueva redacción tras la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo — se incluye en la definición de persona con discapacidad a efectos laborales a las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y las personas pensionistas de clases pasivas

¹³ STS 29 de noviembre de 2018, (rec. 3382/2018); STS de 19 de febrero de 2020, (rec. 2027/2017) y STS de 12 de mayo de 2020, (rec. 2778/2018).

que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio.

Por tanto, con la nueva redacción de la LGDPD, nos encontramos una definición amplia (artículos 2 y 4.1 LGDPD), y a su vez tasada (4.2 y 35 LGDPD) de los que debemos entender por discapacidad, lo que nos hace pensar en la necesidad de avanzar hacia una definición — con lo dificultad que ello conlleva —, especialmente para la política de empleo y su desarrollo integradora y general de discapacidad.

3.3. El papel de los servicios públicos de empleo

Con respecto a los servicios públicos de empleo y agencias de colocación cabe mencionar la “tímida” regulación que hace de la función y misión que deben tener respecto a las personas con discapacidad. La falta de ambición de la norma se manifiesta en su redacción inicial al encomendar a los servicios públicos de empleo, los servicios de orientación y colocación (debiendo entender estar referencia a la colocación como la intermediación) para las personas con discapacidad que busquen empleo, reiteración innecesaria pues a esto — en parte — es a lo que se dedica los servicios públicos de empleo. Y para ello — en la redacción inicial — se preveía un registro de personas trabajadoras con discapacidad dentro de los servicios públicos de empleo — que en realidad nunca ha funcionado como tal registro independiente —, para con la reforma operada por la propia disposición final segunda de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, convierte dicho registro específico, a una referencia en la base de datos de los servicios públicos de empleo — con el consentimiento previo de dichas personas trabajadoras — a una remisión al tipo y grado de discapacidad, lo que en realidad entendemos que ya venía ocurriendo en la práctica en la actuación de los servicios públicos de empleo a través de su Base de datos, denominada Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo (SISPE).

La exigencia legal de los servicios públicos de empleo y agencias de colocación legalmente constituidas debe ir más allá en esta mera labor de registro de demandante de empleo de las personas con discapacidad en la que se refleje su condición de persona con discapacidad, sino que debemos exigir que su actuación en materia de discapacidad sea guiada por el principio de especialización en la orientación, formación e intermediación laboral para las personas con discapacidad, que impliquen la creación de un servicio especializado que en coordinación y cooperación con las entidades especializadas en discapacidad y los equipos multiprofesionales de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad pueden establecer un modelo de intervención especializado en el ámbito de las políticas activas de empleo.

Situación a la que nos parece dirigir el artículo 12 de la Ley de Empleo que, al establecer la estructura de la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, en su eje 4 parece atisbar — sin referirse a los servicios públicos de empleo — el planteamiento propuesto, y sobre todo el artículo 30 de la citada Ley de Empleo, que propugna ese principio de especialización propuesto, o incluso el artículo 88.1 letra c) del Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo.

4. EL MODELO DE INSERCIÓN LABORAL EN EL RDL 1/2013 LGDPD

El esquema general del modelo “laboral” recogido en la LGDPD es bien sencillo y se basa en el principio de distinción, al enunciar y establecer tres tipos de empleo: el ordinario, el protegido y el autónomo, aunque en realidad son cuatro tipos, ya que hace referencia también al empleo público, que se regirá por su normativa específica. Modelo tributario — no puede ser de otra manera distinta, al ser un texto refundido — del modelo creado por la LISMI, si bien con una importante salvedad, al desaparecer la preferencia por el empleo ordinario sobre el protegido que la LISMI establecía en su artículo 37. Principio de preferencia que, por otra parte, si se recoge en el artículo 27 de la Convención — y no olvidemos que también de la Carta Social Europea en su artículo 15 — lo que en cierta manera suponía una contradicción entre la voluntad del legislador de adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención a través de la LGDPD, y el resultado de eliminar expresamente ese principio de preferencia por el empleo ordinario en el artículo 37 de la LGDPD. Preferencia — por cierto — que, si muestra la nueva Ley de Empleo.

Este modelo, o mejor dicho esta estructuración del empleo de las personas con discapacidad no deja de ser una construcción artificial del legislador que adjetiva el empleo de las personas con discapacidad — pues el mercado de trabajo no exige esa distinción — y cuyos efectos no han resultado del todo positivos.

El principio de preferencia por el empleo ordinario implica asumir que es el empleo ordinario la mejor vía, o la más adecuada para conseguir la inserción laboral de las personas con discapacidad y eliminar así la discriminación en el acceso al empleo que sufren las personas con discapacidad, relegando el empleo protegido a un segundo plano, dándole un protagonismo menor si se quiere, cómo vehículo adecuado de inserción laboral de las personas con discapacidad. Solo cuando no se consigue la inserción laboral en el mercado ordinario, se debe producir la incorporación al mercado de trabajo por la vía del empleo protegido, lo que de manera indirecta implica que deberíamos optar por esta opción para el caso de personas con discapacidades severas para las que su incorporación al mercado laboral ordinario es más compleja y siempre con un periodo transitorio para conseguir finalmente la incorporación al mercado laboral ordinario.

Pues bien, la supresión de la preferencia expresa por el empleo ordinario supuso situar al mismo nivel uno y otro empleo. La LGDPD no muestra preferencia por una u otra alternativa, tampoco por el empleo autónomo, ni por el público.

Es interesante en este punto — y quizá anticipándonos a conclusiones y propuesta de *lege ferenda* — destacar que debemos trabajar hacia un modelo de inserción laboral que rompa las barreras existentes en el mercado laboral para la incorporación de las personas con discapacidad, ya sea ordinario o protegido — que sin negar la preferencia del primero sobre el segundo — debe partir de la necesidad de un política orientada al pleno empleo, y que este, el trabajo sea decente para las personas con discapacidad, sin que se vean mermadas sus condiciones de trabajo, especialmente en el caso del protegido, por esa tendencia en muchos Estados a rebajar esas condiciones de trabajo — especialmente salariales — y que aun siendo de difícil justificación, parecen aceptarse veladamente.

A cada uno de estos modelos la LGDPD los configura a través de una serie de elementos característicos y de estructuras destinadas al proceso de inserción laboral de las personas con discapacidad, y que son de necesario análisis para la mejor comprensión del sistema.

Si bien antes de ello es necesario destacar como el artículo 39 regula — con carácter general y por ello tanto para el empleo protegido, ordinario y autónomo — la institucionalización de las ayudas para fomentar el empleo de las personas con discapacidad, las cuales podrán consistir en subvenciones, que se podrán destinar a la eliminación de barreras para el acceso y movilidad en el empleo, para la contratación, adaptación de puestos, o para el establecimiento como personas trabajadoras autónomas. Junto a estas subvenciones se prevé la posibilidad de bonificaciones a cuotas a la Seguridad Social, debiendo matizar que, aun no citando textualmente la posibilidad de reducción de cuotas a la Seguridad Social como medio de incentivo para la contratación de personas con discapacidad, las mismas tienen cabida en el inciso final del artículo 39 al abrir la posibilidad de fomento a través de “cuantas otras se consideren adecuadas para promover la colocación de las personas con discapacidad”. Destacando también la necesaria promoción y fomento de cooperativas y las entidades de economía social como vehículos de inserción laboral de las personas con discapacidad, tal y como describe ampliamente el Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad. Con carácter general debemos acudir al RD 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo, concretamente dedica su capítulo V, sección 3ª, subsección 2ª: *Programa de inserción laboral de personas con discapacidad en el mercado ordinario* y la subsección 3ª *Programa de inclusión laboral de personas con discapacidad en el mercado de trabajo protegido*.

Todos estos instrumentos tienen una relevancia indiscutible en el proceso de inserción laboral de las personas con discapacidad¹⁴, debiendo destacar como en la mayoría de los procesos de evaluación sobre la aplicación de incentivos a la contratación ponen de manifiesto como estas ayudas o bonificaciones suponen en evidente peso muerto, así como un efecto sustitución y desplazamiento, justificándose en último caso para colectivos específicos con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo debiendo eliminar su generalización, por lo que su utilización en el ámbito del fomento del empleo de personas con discapacidad parece adecuado y pertinente, sin perjuicio de su adecuado dimensionamiento entre las discapacidades más leves o severas y las barreras que se encuentren en el mercado de trabajo.

4.1. Empleo ordinario

El empleo ordinario se regula con carácter general en la sección 2ª del capítulo VI, artículos 40 a 42 de la LGDPD, recogiendo tres medidas o mecanismos para facilitar el acceso al empleo en el mercado ordinario de trabajo, como son: la obligación de realizar ajustes razonables, como obligación empresarial; el servicio de empleo con apoyos y la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad.

¹⁴ ESTEBAN LEGARRETA, R. y GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: «La incentiación del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo». *Revista Española de Discapacidad*, 2, 2014, pág. 8.

4.1.1. Ajustes razonables

La obligación de realizar ajustes razonables se regula por primera vez en la Directiva 2000/78/CE al recoger en su artículo 5 que “a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables”. Dicha Directiva fue transpuesta al derecho interno a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre que reformó la LISMI en este punto.

Actualmente es el artículo 40.2 de la LGDPD el que regula con carácter general esta obligación de realizar ajustes razonables como deber empresarial, configurándose fundamentalmente como un instrumento para garantizar el principio de igualdad de trato de las personas con discapacidad¹⁵, si bien su artículo 2 letra m) nos define que debemos entender por ajuste razonable — definición general y no específica para el mundo laboral — al definirlo como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos”.

Esta obligación de realizar ajuste razonables, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 66 de la LGDPD debe ser calificada como una medida dirigida a luchar contra la discriminación, a lo que hay que añadir que el art. 63 de la LGDPD considera el incumplimiento de la obligación de realizar los ajustes razonables como una vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, también la Observación general 6 en su apartado 25 se manifiesta en este sentido. Por su parte, el Tribunal Constitucional a través de la STC 51/2021, de 15 de marzo, ha señalado que los ajustes razonables son una medida que se concibe para combatir la discriminación por razón de discapacidad prohibida por nuestra Constitución en un artículo 14, de tal manera su incumplimiento supondría una vulneración del artículo 14 CE. Planteamiento este del Tribunal Constitucional que implica integrar esta obligación de realizar los ajustes razonables dentro de la tutela antidiscriminatoria, frente a su concepción como medida de acción positiva¹⁶.

Estamos ante una medida estandarizada prevista en el ordenamiento jurídico desde el momento en el que sus destinatarios son todas las personas con discapacidad que pretenda acceder al mercado de trabajo para desarrollar y mantener un puesto de trabajo en el mismo. Pero a su vez supone también la individualización del proceso, pues esta medida implica la obligación de llevar a cabo aquellas modificaciones, en la empresa o en el puesto de trabajo necesarios para el desempeño laboral de la persona con discapacidad en ese caso concreto.

¹⁵ Véase al respecto RODRÍGUEZ-SANZ DE GALDEANO, B.: «La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad», *Temas Laborales* núm. 127/2014, págs. 85-120; GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el Derecho comparado y el Derecho español*, Bomarzo, 2019 y GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: «La naturaleza de las medidas de empleo ordinario de las personas con discapacidad: ¿medidas de acción positiva o de lucha contra la discriminación?», *Temas Laborales* núm. 162/2022, págs. 101-139.

¹⁶ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “La naturaleza de las medidas de empleo...”, *op. cit.*, pág. 113;

Modificaciones y adaptaciones necesarias que deben realizarse por parte del empresariado en todo el proceso de inserción laboral en el mercado de trabajo, de tal manera que no solo se requieren adaptaciones en el desarrollo en sentido estricto de la prestación laboral (incluido periodo de prueba y práctica¹⁷), sino también en el propio proceso de acceso al mercado laboral, cómo podría ser las adaptaciones necesarias para realizar la entrevista de trabajo o incluso de cualquier prueba que conlleva un proceso de selección, y por supuesto, todos aquellos ajustes necesarios para garantizar que la persona trabajadora con discapacidad accede a la formación dentro y fuera de la empresa y a la promoción dentro de la empresa.

Pese a recoger este deber empresarial la LGDPDP no realiza una enumeración de los posibles ajustes necesarios a realizar, lo cual sin ser imprescindible hubiese sido deseable, no una lista tasada evidentemente, pero si meramente enunciativa como guía o camino a seguir, pese a reconocer que estamos ante un proceso de individualización que hace difícil cualquier generalización, pero insistimos en la posibilidad de introducir una enumeración de los más comunes, sin ser taxativa podría ser interesante cara a futuro.

Entre estos ajustes razonables podemos encontrar, los ajustes técnicos del puesto de trabajo, el cambio de jornada, de horario, movilidad funcional, movilidad geográfica, cambio de puesto por la aparición de la discapacidad¹⁸.

Este deber empresarial encuentra su límite en el concepto de razonabilidad y “carga excesiva” que el artículo 40.2 recoge y que supone introducir una excepción a este deber de realizar los ajustes razonables que pretenden compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad en el ámbito laboral, por lo que la adopción de estas medidas podrán ser excepcionadas, cuando su adopción no sean necesarias o adecuadas para la adaptación al puesto de trabajo o accesibilidad a la empresa — razonabilidad —, o supongan una carga excesiva para el empresario y que por lo tanto, no tiene el deber de soportar.

No nos proporciona nuestro ordenamiento jurídico¹⁹, una definición del concepto de razonabilidad, ni de carga excesiva, a los efectos del artículo 40 de la LGDPD, lo que requiere un proceso de individualización, es decir, la necesidad de estudiar caso a caso, entendiendo que el concepto de carga excesiva no puede ser estático, ni uniforme²⁰, pues va a depender de diversos factores que para el caso de la “carga excesiva” se concretan en el artículo 40.2 de la LGDPD como la capacidad económica de la empresa, la posibilidad técnica para realizarla, existencia de ayudas y subvenciones o el coste de la medida²¹.

4.1.2. Empleo con Apoyos

El denominado empleo con apoyos es definido por el artículo 41 de la LGDPD como el “conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades de inclusión laboral en empresas

17 STJUE de 10 de febrero de 2022, asunto HR Rail, C 485/20.

18 STJUE de 10 de febrero de 2022, asunto HR Rail, C 485/20

19 Ni la LGDPD, ni la Directiva 2000/78/CE.

20 RODRÍGUEZ-SANZ DE GALDEANO, B.: “La obligación de realizar...”, *op. cit.*, pág. 107.

21 GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: «La naturaleza de las medidas de empleo...», *op. cit.*, pág. 113; RODRÍGUEZ-SANZ DE GALDEANO, B.: «La obligación de realizar...», *op. cit.*, pág. 107.

del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes”, y desarrollado reglamentariamente a través del RD 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo.

El empleo con apoyos se concibe como un programa de empleo que pretende ser un vehículo facilitador del proceso de inserción laboral, así como del mantenimiento del empleo, en el mercado de trabajo ordinario de personas con discapacidad con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo y como tal se compone de un conjunto de medidas y acciones que necesariamente se deben articular a través de proyectos — algo muy común en el ámbito de las políticas activas de empleo — que serán objeto de subvención por parte de los Servicios Públicos de Empleo y que implica — al contrario que los Servicios²² — que su desarrollo está sujeto a convocatorias — normalmente anuales —, y supone introducir el principio de incertidumbre en el desarrollo del programa. De su carácter de programa de empleo se confirma por su inclusión en el RD 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo, en sus artículos 47 y 50. Inclusión que implica que este programa se considera como un programa en el Sistema Nacional de Empleo y por ello debe ser desarrollado en el conjunto del Sistema, sin perjuicio por su convocatoria y desarrollo por los diversos Servicios Públicos de Empleo Autonómicos como programas propios²³, pero con las caracterización — que no sujeción — a lo dispuesto en el RD 807/2007, de 2 de julio.

De entre las acciones o medidas a desarrollar en estos proyectos con un plano temporal limitado²⁴ — lo que suscita la cuestión de la conveniencia de desarrollar para cada persona trabajadora acciones sostenidas en el tiempo o de manera limitada²⁵ —, el artículo 2.2 del RD 807/2007, de 2 de julio, recoge las acciones de orientación, asesoramiento y acompañamiento; labores de acercamiento y mutua ayuda entre la persona con discapacidad, empleado y resto de la plantilla de la empresa; acciones de apoyo a la persona trabajadora con discapacidad en el desarrollo de habilidades sociales y comunitarias; acciones de adiestramiento en el puesto de trabajo; acciones de seguimiento y evaluación del proceso

22 Interesante el debate sobre si este empleo con apoyo debería ser considerado en el Sistema Nacional de Empleo como un Servicio — incluido en la Cartera Común de Servicios — o mantener su consideración de programa de empleo, cuestión compleja no solo por la distinta terminología — en muchas ocasiones confusa entre programa y servicio — que se utiliza en el ámbito de la política de empleo, sino también por la presupuestación y los promotores de este programa, si bien no debe apartarnos de la centralidad de esta medida en el proceso de inserción laboral y el mantenimiento del empleo para las personas con discapacidad severa. Véase al respecto ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Propuesta para el relanzamiento y consolidación del empleo con apoyos en España», *Temas Laborales*, núm. 167/2023, pág. 16.

23 A modo de ejemplo, para el caso de Castilla la Mancha se regula a través de la Orden 53/2019, de 5 de marzo, de la Consejería de Economía, Empresas y Empleo, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para el Programa de empleo con apoyo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo; para el caso de Euskadi se regula a través del Decreto 168/2019, de 29 de octubre, por el que se regulan los programas y servicios relacionados con la empleabilidad de las personas con discapacidad de la Comunidad Autónoma de Euskadi y el Registro Vasco de centros especiales de empleo.

24 Proyectos que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 del RD 807/2007, de 2 de julio, podrán tener una duración entre seis meses y un año, prorrogable hasta dos años más.

25 ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Propuesta para el relanzamiento...», *op. cit.*, pág. 16.

de inserción laboral en el puesto de trabajo; y acciones de asesoramiento e información a la empresa para la adaptación del puesto de trabajo.

Esta relación contenida en el artículo 2.2. supone una relación de acciones que debe ser calificada de mínimos, de tal manera que el proyecto que es desarrollado por la entidad colaboradora de los Servicios Públicos de Empleo podrá establecer otras acciones tendentes al cumplimiento del objeto del proyecto, que no es nada más que la inserción laboral de la persona con discapacidad, así como el mantenimiento de estas en el mercado de trabajo.

Y es que debemos tener en cuenta que los destinatarios finales del proyecto son las personas con discapacidad. Pero puesto que el programa se financia y articula a través de una subvención, concedida por los Servicios Públicos de Empleo los beneficiarios de la subvención no son las personas con discapacidad, sino las organizaciones — denominadas promotoras — que son las responsables de desarrollar las acciones que componen el proyecto. Promotores que podrán ser las asociaciones, fundaciones, entidades sin ánimo de lucro²⁶, centros especiales de empleo²⁷, las empresas del mercado ordinario, trabajadores autónomos.

Al hablar de beneficiarios finales de estos programas para personas con discapacidad, no supone hablar de cualquier persona con discapacidad, sino que su posible inclusión en un proyecto de estas características como beneficiario implica estar dentro de uno de estos tres supuestos²⁸:

- Personas con parálisis cerebral, personas con trastorno de la salud mental, personas con discapacidad intelectual o personas con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%.
- Personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%, así como personas sordas y con discapacidad auditiva con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%.
- Personas con capacidad intelectual límite²⁹

26 Siempre que estas entidades firmen un convenio de colaboración con las empresas que van a contratar a las personas trabajadoras con discapacidad, que son en definitiva los destinatarios finales del programa de empleo con apoyos y que tengan como objeto social la inserción laboral de personas con discapacidad, experiencia en el desarrollo de programas de integración laboral y contar con preparadores laborales especializados y la imposibilidad de cobrar cantidad alguna por el desarrollo de programa a personas trabajadoras y empresas.

27 Siempre que estas entidades firmen un convenio de colaboración con las empresas que van a contratar a las personas trabajadoras con discapacidad, que son en definitiva los destinatarios finales del programa de empleo con apoyos y contar con preparadores laborales especializados y la imposibilidad de cobrar cantidad alguna por el desarrollo de programa a personas trabajadoras y empresas

28 El artículo 3 del RD 807/2007, de 2 de julio, en su referencia a los beneficiarios ha sido modificado en varias ocasiones, concretamente por la disposición final 4.1 del Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre y la disposición final 2.1 del Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre. Debiendo tener también a efectos de los beneficiarios de estos programas la Disposición final primera del RD 807/2007, de 2 de julio que a su vez ha sido modificada en diversas ocasiones, por el artículo 5 del Real Decreto 368/2021, de 25 de mayo y por la disposición final 4.8 del Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre

29 La Disposición final primera del RD 807/2007, de 2 de julio, en su redacción dada por la disposición final 4.8 del Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre incluye a las personas con capacidad intelectual límite con dos peculiaridades respecto al resto de beneficiarios: que el tiempo mínimo de atención exigido de ser

A la que se une la necesidad de que las personas estén inscritas en los Servicios Públicos de Empleo como demandantes de empleo no ocupados³⁰ o bien personas trabajadoras en Centros Especiales de Empleo y siempre que sean contratadas con carácter indefinido o temporal (en este caso mínimo de 6 meses), incluso los contratos a tiempo parcial (siempre que sea una jornada de al menos el 50% de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable).

Estamos ante una medida que, desde nuestro punto de vista, debe jugar un papel central en cualquier sistema que se diseñe para conseguir la inserción laboral sostenida de las personas con discapacidad, y ello no solo porque así lo ponga de manifiesta la Observación 8/2022, que al obligar a los Estados a conseguir “que los entornos de trabajo sean abiertos, inclusivos y accesibles” y exigir la eliminación del empleo segregado, pone de manifiesto (apartado 63) la obligación de promover el empleo con apoyos³¹.

La centralidad de este empleo con apoyos deriva sobre todo por estar ante un mecanismo que intenta cubrir dos situaciones de necesidad de manera individual, el acceso al empleo, pero también el mantenimiento del empleo de personas con discapacidad severa cuyas posibilidades de acceso al mercado de trabajo ordinario y su mantenimiento son actualmente escasas, por lo que su potenciación será necesaria ante un posible escenario de disminución de oferta del empleo protegido — y aun sin esta disminución —, lo que entronca con el derecho al trabajo de las personas con discapacidad.

A pesar de la pertinencia de esta medida y su adecuación para generar escenarios posibles y favorables para la inserción laboral y el mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad severa, no parece así entenderlo el mercado de trabajo, por la escasa utilización que se realiza de este programa. Lo cual exige un proceso de evaluación sería que nos permita detectar la debilidad del programa para su consolidación como mecanismo o instrumento al servicio de las personas con discapacidad en su proceso de inserción laboral.

Proceso de consolidación que pasa por entender que el proceso de individualización de la inserción laboral no solo supone actuar sobre la persona con discapacidad, sino sobre el entorno inmediato donde se desarrolla el proceso para eliminar las barreras físicas, pero también psicológicas que existen en este proceso de acompañamiento en el entorno ordinario de trabajo y entender que el mantenimiento del empleo ya no se entiende como la permanencia en el puesto de trabajo concreto, sino en el mercado de trabajo³², lo que implica una intervención sostenida en el tiempo, adecuadamente financiada.

4.1.3. La cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad

Con carácter general la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad se encuentra regulada en el artículo 42 de la LGDPD, regulación general

una doceava parte de la jornada de trabajo del trabajador con capacidad intelectual límite y que la cuantía de las subvenciones establecidas en será de 1625 euros anuales por cada persona trabajadora

30 Por lo que se excluye a las personas demandantes de empleo ocupadas, lo que tradicionalmente se ha conocido como personas en “mejora de empleo”, lo cual no deja de ser cuestionable.

31 ESTEBAN LEGARRETA, R.: “Propuesta para el relanzamiento...”, *op. cit.*, pág. 26.

32 ROMERO RODENAS, M.J y GARCÍA RÍOS, J.L.: “Derecho al trabajo...”, *op. cit.*, pág. 136.

completada a nivel reglamentario por el RD 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad y la Orden de 24 de julio de 2000 por la que se regula el procedimiento administrativo referente a las medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2 por 100 en favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores, reguladas por el Real Decreto 27/2000, de 14 de enero³³.

Esta medida recogida en el artículo 42 de la LGDPD, supone la obligación empresarial — para las empresas que cuenten como al menos 50 o más personas trabajadoras — de contratar a personas con discapacidad en un porcentaje igual o superior al 2% del total de su plantilla. Para el computo de las personas trabajadoras de la empresa se debe tener en cuenta la totalidad de la plantilla de la empresa, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de la misma y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a las personas trabajadoras de la empresa, debiendo incluir en dicho cómputo a las personas trabajadoras con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal, tomando como referencia para dicho cálculo los doce meses inmediatamente anteriores³⁴.

Las empresas que estén obligadas a cumplir con este cupo vienen igualmente obligadas a comunicar a los Servicios Públicos de Empleo en el primer trimestre del año, una relación detallada de los puestos de trabajo ocupados por personas trabajadoras discapacitadas y de aquellos que por sus características queden reservados a los mismos³⁵, con el objeto de que estos den traslado de estas relaciones a los equipos multiprofesionales.

Junto es esta obligación de contratación directa — que es en definitiva el cupo de reserva — se establece por el párrafo segundo del artículo 42.1 una posible excepción a la obligación de contratación directa. La concurrencia de la excepcionalidad se produce en dos supuestos³⁶: por la imposibilidad de incorporar personas con discapacidad tras la gestión de la correspondiente oferta de empleo por los Servicios Públicos de Empleo o Agencias de colocación, por concluir la con resultado negativo al no existir demandante de empleo con discapacidad inscritos como demandante de empleo en la ocupación requerida, o cuando existiendo acrediten no estar interesados en las condiciones de trabajo ofrecidas en dicha oferta; o por cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico debidamente acreditadas.

33 Hay que destacar la existencia de un criterio técnico (98/2016) sobre la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad.

34 Las reglas generales para determinar el computo de trabajadores en la empresa a efectos de determinar si es igual o superior a 50, lo encontramos en la DA 1º del RD 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad. Véase al respecto el criterio técnico (98/2016) sobre la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad.

35 Artículo 5 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos.

36 Artículo 1.2 del Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad.

La configuración de esta excepción se realizará a través de una exención — total o parcial — para la empresa de su obligación de contratación directa, que deberá ir acompañada de la aplicación de otras medidas alternativas. Esta posibilidad supone abrir dos vías para el cumplimiento de la obligación empresarial del cumplimiento de la reserva del 2% a favor de personas con discapacidad, bien la contratación directa o la adopción de medidas alternativas, o ambas.

La aplicación de las medidas alternativas debe obedecer o bien a acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y en su defecto de ámbito inferior o bien por “opción voluntaria del empresario”.

En el primero de los casos será la negociación colectiva la que puede acordar — incluso matizar la existencia de estas causas — la concurrencia de las causas para que las empresas puedan aplicar las medidas alternativas. Para el caso de la opción voluntaria, implica que, en ausencia de acuerdo colectivo, el empresario podrá decidir acudir a los Servicios Públicos de Empleo³⁷ para iniciar el procedimiento para la gestión de la oferta de empleo — por lo que el empresario tiene la libertad de acudir a este procedimiento, pero no de aplicar libremente las medidas alternativa —.

En ambos casos serán los Servicios Públicos de Empleo los que dicten resolución administrativa que reconozca la excepcionalidad — por un periodo de tres años — con carácter previo a la aplicación de las medidas alternativa (artículo 1.3 RD 364/2005, de 8 de abril).

Reconocida la excepcionalidad, el protagonismo pasa a las medidas excepcionales que se pueden adoptar como alternativa a la contratación directa y para dar cumplimiento a la obligación empresarial de la cuota de reserva, encontrándose estas recogidas en el artículo 2 del RD 364/2005, de 8 de abril:

- La celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, o bien para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier otro tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa que opta por esta medida; o para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa.
- Realización de donaciones y de acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad.
- La constitución de un enclave laboral

³⁷ Es necesario tener en cuenta que la Disposición adicional segunda del RD 364/2005, de 8 de abril, serán las Comunidades Autónomas que tengan atribuidas (todas) las competencias sobre trabajo, empleo y formación las que deberán establecer en su propio ámbito el procedimiento para la tramitación de este procedimiento para el reconocimiento de la excepcionalidad. Así y a modo de ejemplo Castilla la Mancha dictó la Orden de 16 de diciembre de 2008, de la Consejería de Trabajo y Empleo, por la que se adapta el procedimiento establecido en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, para el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad, a las normas propias de la organización de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

De necesaria referencia es el caso del empleo público, para el que el artículo 42.2 de la LGDPD obliga a reservar un cupo en las ofertas de Empleo Público para ser cubierto por personas con discapacidad, para lo que nos remite a su normativa específica.

La normativa en materia de empleo público es compleja en nuestro ordenamiento jurídico, ya que las Comunidades Autónomas tienen capacidad legislativa en materia de funciones públicas por lo que, junto a la legislación básica del Estado, las Comunidades Autónomas han dictado sus propias leyes de función pública autonómica.

En la actualidad, el artículo 59 del RDL 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, obliga a reservar en las ofertas de empleo público un cupo no inferior al 7% de las vacantes para su cobertura para personas con discapacidad, dentro del cual deberán reservar al menos el 2% para su cobertura por personas con discapacidad intelectual y ello con el objetivo de alcanzar — de manera progresiva — que el porcentaje de personas con discapacidad que trabajen en la Administración sea el 2%. Previsión desarrollada reglamentariamente en el ámbito de la Administración General del Estado por el RD 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad.

Las distintas Comunidades Autónomas han ido moldeando este cupo en sus propias normas, así la Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana prevé una reserva no inferior al 10% para personas con discapacidad y dentro de este al menos el 5% para discapacidad intelectual o enfermedad mental. En el caso de Castilla la Mancha, la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha mantiene el porcentaje previsto en el TREBEP. En Aragón la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad fija un cupo no inferior al 8%, del que el 2% será para personas con discapacidad intelectual y un 1% para personas con enfermedad mental.

El acceso se realiza normalmente por un turno “independiente” al sistema general u ordinario, y con la adaptación de medios y tiempos necesarios para el desarrollo de estas.

Una vez examinadas las características generales de esta cuota de reserva debemos señalar que estamos ante lo que tradicionalmente se ha considerado como una medida de acción positiva en el marco de sistema normativo para la inserción laboral de las personas con discapacidad, como pone de manifiesto tanto la doctrina³⁸, como el Tribunal Constitucional — STC 269/1994, de 3 de octubre —.

Estamos ante una medida que la doctrina ha considerado pertinente y eficaz para contribuir al proceso de inserción laboral, llegando a considerarse “la principal y más eficaz medida de acción positiva”³⁹ cuya finalidad tiene garantizar la inserción laboral de las personas con discapacidad.

38 Entre otros, DE LORENZO GARCÍA, R.: «Las personas con discapacidad como personal docente investigador en la universidad: cuota de reserva y otras medidas de acción positiva», *Anales de derecho y discapacidad*, N.º. 2, 2017, pág. 89; CABEZA PEREIRO, J.; LOUSADA AROCHENA, J.F. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: Igualdad y diversidad..., *op. cit.*, págs. 223-224; GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: «La regulación española de la cuota de empleo de personas con discapacidad y medidas alternativas, reflexiones y propuestas de mejora a propósito de su compatibilidad con la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad», *Documentación Laboral*, núm. 120-Año 2020-Vol. II, pág. 57

39 DE LORENZO GARCÍA, R.: “Las personas con discapacidad..., *op. cit.*, pág. 89.

Pese a ello, en la actualidad, esta cuota de reserva está cuestionada — hasta el punto de plantear su eliminación como ha ocurrido en países de nuestro entorno —, por diversos motivos que van desde su falta de previsión expresa en el artículo 27, su falta de eficacia, la existencia de medidas alternativas que desnaturaliza el objetivo de inserción laboral, etc...

Sin embargo, debemos plantearnos el debate desde otra perspectiva, que implica el mantenimiento de esta medida, y dirigirlo a la eficacia cualitativa de la misma. Es evidente que es una medida que busca crear empleo (aspecto cuantitativo) pero no debería admitirse cualquier empleo, es decir, desde nuestro punto de vista no es suficiente con “garantizar” el empleo, sino que es necesario que ese empleo sea de calidad, abandonando la inserción laboral por cuota de reserva a través de trabajos de escasa responsabilidad, de baja cualificación⁴⁰ y lo que es más grave desconectados de la posible formación y promoción profesional que genera una evidente segregación dentro de la estructura organizativa de la empresa.

Otro elemento de necesaria revisión y readministración es la participación de los Servicios Públicos de Empleo y las Agencias de colocación en el procedimiento de la declaración de excepcionalidad, pues es esta la vía más utilizada — prácticamente la única — por las empresas para conseguir la excepcionalidad a través de una gestión de la oferta de empleo público con resultado negativo. Es necesario una revisión de este procedimiento, pues en la práctica las oficinas de empleo se limitan a gestionar una oferta de empleo a través de la búsqueda en sus bases de datos de las personas con discapacidad que respondan a las características presentadas por la empresa, encontrándonos en la mayoría de los casos ante una búsqueda infructuosa por los requisitos excesivos, desmesurados, inadecuados y en muchas ocasiones discriminatorios que se exigen por parte de los empresarios para cubrir dichas ofertas — lo cual debería ser perseguido adecuadamente por los Servicios Públicos de Empleo — y por la escasa actualización de las bases de datos de los Servicios Públicos de Empleo para las personas con discapacidad y la información insuficiente que recogen estas bases de datos. De ahí la necesidad de establecer procedimientos de actuación específico para personas con discapacidad que sean capaces de realizar procesos adecuados de prospección, orientación e intermediación para una adecuada gestión de las ofertas.

En esta línea de propuestas sería conveniente repensar también el umbral 50 o más personas trabajadoras que se exige en las empresas para que estas estén obligadas a la cuota de reserva. Sin duda esta es una cuestión de difícil concreción, pues establecer un umbral cuantitativo para verse obligado o beneficiado de una medida siempre será polémico, pero quizá en este caso debería tenerse en cuenta el tamaño del tejido empresarial en España, compuesto por pequeñas y medianas empresas, en el que los datos nos muestran como a finales de junio de 2023 el número de empresas inscritas en Seguridad Social⁴¹, con personas trabajadoras fue de 1.331.470, de las cuales sólo 32.718 tenían 50 o más personas trabajadoras en sus plantillas, en el que siguiente tramo que va desde 10

⁴⁰ Según consta en el informe del Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad del año 2023 (en referencia a datos del 2022), elaborado por el Observatorio de las Ocupaciones dependiente del SEPE, en el años 2022, las ocupaciones con mayor contratación de personas con discapacidad, fueron: Personal de limpieza de oficinas, hoteles y otros establecimientos similares (50.543); Peones de las industrias manufactureras (24.542); Camareros asalariados (14.505); Peones agrícolas (10.289); Otros personal de limpieza (9562); Conserje de Edificios (9046)...

⁴¹ Estadística de Empresas inscritas en la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Economía Social. <<https://www.mites.gob.es/estadisticas/Emp/welcome.htm>>

personas trabajadoras hasta 49 ya encontramos 169.169 empresas, lo que da una idea de la composición de nuestro tejido empresarial desde la óptica del tamaño de sus plantillas y el alcance real de la obligación de esta reserva de empleo a favor de personas con discapacidad.

4.2. Empleo protegido

El empleo protegido se encuentra regulado con carácter general en la sección 3º del capítulo VI, artículos 43 a 46 de la LGDPD, regulación que pivota sobre tres elementos: los centros especiales de empleo; la consideración de la relación laboral de las personas trabajadoras con discapacidad que prestan sus servicios en los centros especiales de empleo como una relación laboral de carácter especial y la existencia de los denominados enclaves laborales.

4.2.1. Los Centros Especiales de Empleo

La regulación legal de los CEE se contempla en los arts. 43 a 45 de la LGDPD y en el RD 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo, entre otras normativas complementarias como el Real Decreto 469/2006, de 21 de abril, por el que se regulan las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los Centros Especiales de Empleo y RD 818/2021, de 28, de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la LGDPD los CEE son aquellos centros “cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario. Igualmente, los CEE deberán prestar, a través de las unidades de apoyo, los servicios de ajuste personal y social que requieran las personas trabajadoras con discapacidad, según sus circunstancias y conforme a lo que se determine reglamentariamente”. Definición que recoge en términos prácticamente idénticos a como los definía la LISMI en su artículo 42.

Así pues, son organizaciones que necesariamente van a realizar una actividad productiva, dirigida o bien a la producción de bienes o a la prestación de servicios, participando necesariamente en el mercado donde van a competir con otras empresas u organizaciones del sector económico donde el centro especial de empleo desarrolle su actividad. Los centros especiales de empleo realizan una actividad económica en competencia con otras organizaciones, quedando dentro del ámbito de aplicación de la Ley 20/2013, de Garantía de la unidad de mercado.

Los mismos como organización de medios y personas puede adoptar diversas formas jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico, desde sociedades mercantiles, cooperativas, sociedades laborales, asociaciones, fundaciones, etc... pudiendo tener el carácter público o privado, así como constituirse con ánimo de lucro o sin él, considerándose entidades de economías social de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social.

A través de la disposición final decimocuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español

las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 se añade al artículo 43 un nuevo apartado 4º por el que se crea el concepto de CEE de Iniciativa Social, considerando como tal aquellos centros que estén participados al menos en un 50% por entidades — públicas o privadas — que tengan reconocido su carácter social por sus Estatutos, y se obliguen — estatutariamente o por acuerdo social — a reinvertir íntegramente sus beneficios “para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social”.

A los CEE se les exige que su plantilla de personas trabajadoras debe alcanzar al menos el 70% de personas con discapacidad, las cuales deben tener contrato laboral por escrito y sujetas a una relación laboral de carácter especial, como veremos en el apartado siguiente. Exigiendo igualmente su inscripción en el registro de Centros Especiales de Empleo o bien de la Administración General del Estado o el correspondiente de las distintas Administraciones Autonómicas creados al efecto, calificación e inscripción determinantes para su participación en el tráfico jurídico como Centro Especial de Empleo.

Se configuran como organizaciones que junto a esa producción de bienes y servicios realizan una importante función social integradora de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo, prestando a su vez servicios de ajuste personas y social⁴², función que — a nuestro juicio — debe prevalecer sobre la función productiva que realizan los CEE.

Dentro de estos CEE debe jugar un papel central los servicios de ajuste personal y social, que se dirigen a facilitar la superación de las barreras, obstáculos y dificultades que puedan encontrarse las personas trabajadoras con discapacidad en su proceso de inserción laboral, así como para el mantenimiento del empleo y que sin duda también se configuran como un agente facilitador hacia el empleo ordinario.

Independientemente de los objetivos que tengan los CEE y de sus características configuradoras, lo cierto es que esto se conciben entidades que deben facilitar el tránsito desde el empleo protegido al empleo ordinario, de tal manera que no es descabellado que estos centros se conciben como instrumentos para cumplir la función social superior que se les encomienda — integración laboral sobre la productividad —, en definitiva se conciben para “*facilitar el empleo remunerado a los discapacitados como medio de inclusión en el empleo ordinario; es decir, emplear personas con discapacidad para prepararlas para un posterior acceso al mercado ordinario de trabajo y para un empleo de carácter ordinario y no protegido como es el empleo en CEE*”⁴³.

Desde el punto de vista cuantitativo⁴⁴, lo datos nos muestran la importancia de los CEE, conforme a datos del año 2019, existían 2202 Centros Especiales de Empleo, que ocupaban a 97.653 personas con discapacidad, de las que el 91,35% tenían un contrato temporal, mientras que sólo el 8,65% lo tenían con carácter indefinido.

42 Real Decreto 469/2006, de 21 de abril, por el que se regulan las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los Centros Especiales de Empleo.

43 GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Principales problemas jurisprudenciales en la relación laboral especial de trabajadores con discapacidad que trabajan en centros especiales de empleo», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, N° 37, 2021, pág. 515.

44 Odismet, Fundación ONCE.

4.2.2. La relación laboral especial de las personas trabajadoras con discapacidad

El artículo 43.3 LGDPD declara el carácter especial de la relación laboral de las personas trabajadoras con discapacidad en los centros especiales de empleo conforme a lo dispuesto en el artículo 2.1.g) del RDL 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el TRLET, regulándose dicha relación por el RD 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo. Esta concepción de la relación laboral como especial implica la existencia de un régimen jurídico laboral propio, suponiendo una especialidad normativa de gran relevancia⁴⁵, pudiendo encontrar su justificación en ciertas especialidades que se dan en esta relación laboral y que no están presentes en una relación laboral común⁴⁶. Como en el caso de otras relaciones laborales especiales se plantea por la doctrina la innecesaria calificación como tal, si bien la doctrina se haya dividida, entre quienes la justifica por sus características y finalidad⁴⁷ y entre quienes cuestionan su carácter especial⁴⁸ y sobre todo quienes mantenemos la pertinencia de su reforma, un marco normativo de hace 38 años como es el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, no cumple hoy su finalidad general e incluso hoy es razonable plantear su inaplicabilidad efectiva en determinados ámbitos a causa de su ineficacia en su dimensión de norma discriminatoria, al mantener hoy a título de ejemplo la extinción del contrato por altas de asistencia pero intermitentes de los trabajadores discapacitados en estos Centros⁴⁹.

Esta relación laboral especial implica la existencia de dos partes necesarias, los Centros Especiales de Empleo y las personas con discapacidad, si bien, no toda persona con discapacidad puede celebrar un contrato de trabajo al amparo de esta relación laboral especial, ya que de acuerdo con el artículo 2 del RD 1368/1985, de 17 de julio, tendrán la consideración de personas trabajadoras “*las personas que, teniendo reconocida una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 y, como consecuencia de ello, una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje*”. Y es necesaria la presencia de ambas partes, de tal manera que las personas trabajadoras, discapacitadas que presenten las características antes mencionadas sean contratadas por

45 GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Principales problemas...», *op. cit.*, pág. 512.

46 SEMPERE NAVARRO, A.V. y CARDENAL CARRO, M.: «Las relaciones laborales especiales: una visión panorámica y práctica», en GASCÓN VALERO, M. (director): *Relaciones laborales especiales: relación laboral especial de los penados y de los abogados*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 23-24.

47 ESTEBAN LEGARRETA, R. y MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: «La relación laboral especial de los minusválidos», *Tribuna Social* 91, 1998, pág. 41; GALA DURÁN, C.: «La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los centros especiales de empleo», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 55, 2000, pág. 78; CASTRO ARGÜELLES, M.ª A.: «La relación laboral de carácter especial de los trabajadores con discapacidad que prestan sus servicios en los centros especiales de empleo», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Nº. 118, 2015, pág. 202, entre otros.

48 RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 1, 2000, págs. 51-62; ÁLVAREZ CUESTA, H.: «La relación laboral especial de los discapacitados en los centros especiales de empleo», *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, Nº 5, 2004, pág. 635; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «La regulación especial del trabajo de los minusválidos», *Relaciones Laborales*, 1987, pág. 241, entre otros.

49 ROMERO RODENAS M.J., «El empleo de las personas con discapacidad: presentación, introducción, conclusiones y contenidos del libro blanco sobre empleo y discapacidad» ... *op. cit.*, pág. 1120.

empresas en el mercado laboral ordinario no estarían sujetas a esta relación laboral especial pues falta en ella la contraparte necesaria, que son los centros especiales de empleo. Como tampoco se someterán a esta relación laboral especial las personas que no tengan la condición de discapacitadas, aunque presten sus servicios en los centros especiales de empleo, pues en este caso faltará otro de los elementos necesarios que es la discapacidad.

Varias son las especialidades presentes en esta relación laboral especial, pero sin duda, la existencia de los equipos multiprofesionales y sus funciones son una de las más destacadas, pudiendo intervenir en la práctica totalidad de los momentos en los que se desarrolla esta relación laboral, y asumiendo como función básica vigilar para que las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad sean adecuadas, convirtiéndose en una pieza clave⁵⁰ de esta relación laboral especial, sin embargo no se han creado estos equipos multiprofesionales como tal, y de la que se deriva una importante inseguridad jurídica.⁵¹

Otra de las especialidades de esta relación laboral especial, es la obligación de los centros especiales de empleo de contratar a las personas con discapacidad a través de los servicios públicos de empleo. Por lo que deberán dirigirse necesariamente a estos para la gestión de la oferta de empleo correspondiente. De lo que se deriva una consecuencia, y es que las personas trabajadoras con discapacidad que se incorporen a los centros especiales de empleo a través de esta relación laboral de carácter especial deben estar inscritas como demandantes de empleo en los servicios públicos de empleo.

Otra de las especialidades es la existencia de un denominado periodo de adaptación⁵², cuya finalidad es “facilitar la adaptación profesional del trabajador minusválido para el desempeño de las tareas que constituyen el contenido de su puesto de trabajo o, en su caso, completar la formación necesaria para el mismo”, por un periodo máximo de 6 meses, teniendo también el carácter de periodo de prueba, si bien estamos ante dos realidades jurídicas distintas que no deben confundirse pues sus finalidades son distintas⁵³. La determinación de la necesidad y duración del periodo de adaptación corresponde a los equipos multiprofesionales.

Y como última especialidad a destacar, está la posibilidad de celebrar un contrato a bajo rendimiento, por el que la personas trabajadora con discapacidad a pesar de prestar sus servicios durante una jornada de trabajo normal, lo hace con un rendimiento inferior al normal en un 25%, — previa constatación del equipo multiprofesional —, con la disminución correspondiente del salario, si bien esta no podrá exceder en idéntico porcentaje al rendimiento, lo que es sin duda una precarización de las condiciones de trabajo.

50 STS de 24 de diciembre de 2001, (rec. 1901/2001).

51 Sus funciones se atribuyeron transitoriamente a los equipos de valoración que, tras su supresión y la creación de los Equipos de Valoración de Incapacidades, son estos los que han tenido que ser estos los que asuman las funciones de los equipos multiprofesionales. STS de 24 de diciembre de 2001, rec. 1901/2001.

52 Artículo 10.2 del RD 1368/1985, de 17 de julio

53 GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Principales problemas...», *op. cit.*, pág. 526.

4.2.3. Enclaves laborales

Los Enclaves laborales se encuentran regulados en el artículo 46 de la LGDPD, en el que se conciben como un instrumento para “facilitar” la transición hacia el empleo ordinario de aquella persona con discapacidad que tengan especiales dificultades de acceso al mercado laboral ordinario, desarrollándose a nivel reglamentario a través del Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.

La existencia de enclaves laborales se vincula indisolublemente a los CEE, pues son estos los únicos que pueden realizar enclaves laborales, si bien con la necesaria colaboración de empresas del mercado ordinario, a través de la formalización de un contrato — necesariamente por escrito —, pero no se nos debe escapar que será el centro especial de empleo — que es con quien la persona con discapacidad mantiene la relación laboral especial — el encargado de la dirección y organización del trabajo, así con el ejercicio de la facultad disciplinaria en su caso.

Se les atribuyen la importante función de favorecer el tránsito desde el empleo protegido al mercado laboral ordinario al permitir que las personas con discapacidad que mantienen una relación laboral especial con un CEE puedan desarrollar su trabajo en una empresa del mercado ordinario, adquiriendo así experiencia profesional en la labor desempeñada en dicha empresa. Pero también se le atribuye una función, — más cuestionable a nuestro juicio — como es la de facilitar el cumplimiento de la cuota de reserva del 2% a favor de personas con discapacidad, al ser los enclaves laborales una de las medidas alternativas a la contratación directa, una vez reconocida la excepcionalidad.

Como hemos dicho las personas que integran el enclave laboral deben ser personas con discapacidad (con un grado reconocido igual o superior al 33%), con la exigencia de que al menos el 60%, deben tener unas especiales dificultades de acceso al empleo en el mercado de trabajo ordinario⁵⁴.

No parece que sea este un mecanismo utilizado ampliamente en el proceso de inserción laboral de las personas con discapacidad, ya que de acuerdo con los datos proporcionados por el Ministerio de Trabajo en el año 2021 solo existían 81 enclaves laborales con 943 personas trabajando en los mismos, y además concentrándose en solo seis comunidades autónomas.

4.3. Empleo autónomo

Al empleo autónomo dedica la LGDPD únicamente el artículo 47, en el que simplemente se recoge la obligación de los poderes públicos de adoptar políticas que favorezcan y fomenten el trabajo autónomo de las personas con discapacidad, tanto por cuenta propia como a través de entidades de economía social.

54 De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 del RD 290/2004 de 20 de febrero y a los solos efectos de los enclaves laborales se considerarán personas trabajadoras con especiales dificultades para el acceso al empleo: a) Las personas con parálisis cerebral, las personas con enfermedad mental o las personas con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por cien.; b) Las personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65 por cien.; c) Las mujeres con discapacidad no incluidas en los párrafos anteriores con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por cien. Este grupo podrá alcanzar hasta un 50 por cien del porcentaje a que se refiere el párrafo segundo del apartado anterior.

La inclusión del empleo autónomo — considerado como tal fuera del empleo ordinario — supone sin duda una clara intención o voluntad del legislador para potenciar el trabajo autónomo como opción de inserción laboral de las personas con discapacidad, para lo que nos remite a su propia normativa.

Por ello, no se puede dejar de hacer referencia en este apartado a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo en cuyo artículo 27.3 exige que la política de fomento del trabajo autónomo de los poderes públicos debe prestar especial atención a las “personas desfavorecidas o no suficientemente representadas”, otorgando a las personas con discapacidad un lugar preferente en este colectivo. Obligación que se une a la necesidad de adoptar programas de ayuda financiera que deben tener en cuenta las necesidades de tutela de colectivos con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo.

También es de obligada mención la Estrategia Nacional de Impulso al Trabajo autónomo 2022-2027, la cual prevé una línea específica de apoyo al trabajo autónomo para colectivos con especiales dificultades de acceso al empleo entre los que se cita expresamente a las personas con discapacidad.

Sin embargo, no parece que esta sea una vía explotada por las personas con discapacidad como camino de inserción laboral, ya que apenas el 10,1% que trabajó en el año 2021 lo hizo por cuenta propia, frente al 89,9% que lo hizo por cuenta ajena⁵⁵. Posiblemente estos datos hayan contribuido a la publicación del libro blanco sobre emprendimiento y discapacidad⁵⁶

Es evidente que el trabajo autónomo es una realidad muy importante en el mercado laboral español, por lo que es necesario potenciar las políticas específicas — separadas de otros colectivos con dificultades de acceso al empleo — dirigidas a romper las barreras que impiden y dificultan el emprendimiento de las personas con discapacidad, teniendo en cuenta que tan difícil es emprender el trabajo autónomo, como mantenerse en el tiempo, por lo que los incentivos económicos, bonificaciones o incentivos de otro tipo deberían ser sostenidos en el tiempo.

5. CONCLUSIONES

La LGDPD mantuvo la división del mercado de trabajo para personas con discapacidad, sin establecer una preferencia expresa por ninguna de estas opciones para el proceso de inserción laboral de las personas con discapacidad, como si hizo la Convención e hizo antes la Carta Social Europea y la propia LISMI. Sin poder negar la evidente controversia entre la LGDPD y la Convención y la Carta Social Europea, respecto a este principio de preferencia del empleo ordinario, lo cierto es que la cuestión debería reconducirse a establecer un modelo de inserción laboral que persiga la supresión de las barreras que impiden la incorporación de las personas con discapacidad al mercado laboral. Debemos entender que cualquier intervención pública a través de una política pública, necesita definir cuál es el problema que genera la imposibilidad o las grandes dificultades de acceso al mercado laboral de las personas. Y ese problema no es la persona

55 Estadística del empleo de las personas con discapacidad (EDP 2021). INE <https://www.ine.es/prensa/epd_2021.pdf>

56 Elaborado por Fundación ONCE, Fundación Once-Inserta Empleo; Asociación de Trabajadores (ATA) Autónomos y Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos (UPTA).

con discapacidad y su discapacidad, pues estamos ante una condición de existencia. Para el diseño de la política pública de empleo para personas con discapacidad, el problema se debe focalizar en las barreras que el mercado laboral genera y provoca esas tasas de paro, por lo que se debe trabajar en un nuevo modelo de políticas públicas de empleo para personas con discapacidad orientadas al pleno empleo, donde la mejora de las competencias profesionales sea el eje del proceso de inserción laboral, mediante el acceso a la formación básica, profesional, profesional para el empleo y universitaria, reservando cupos de acceso a la formación y becas que faciliten los periodos de formación, pues no debemos olvidar que “se garantiza el derecho al trabajo mediante una política de empleo adecuada”⁵⁷, y esta debe dirigirse no solo a facilitar el acceso sino el mantenimiento en el mercado de trabajo.

Y ello con toda seguridad nos llevará a que la discusión sobre el modelo de un empleo protegido u ordinario desaparezca, pues en realidad esta es una división artificial que puede provocar la desviación de un modelo que con toda su buena intención acabe provocando segregación en el mercado laboral respecto a las personas con discapacidad, por lo que la reorientación de las estructuras del empleo protegido debe mutar hacia la integración en un modelo que evite la dualidad y a su vez proteja a las personas con discapacidad con mayores niveles de desocupación.

El sistema de inserción laboral hacia el que debemos avanzar debe pasar por el diseño de un modelo flexible que sea capaz de absorber la heterogeneidad de la discapacidad y sobre todo el escenario de discapacidades sobrevenidas cuya relevancia va en aumento y ello requiere la necesidad de abandonar grandilocuentes eslóganes políticos y programáticos, para configurar un escenario propicio donde el mercado laboral no se pregunte que tipo de discapacidad tienen las personas, sino que barreras debe eliminar para proporcionar un empleo digno a las personas con discapacidad e integrar su inmenso potencial laboral, para el correcto funcionamiento del mismo.

El reciente Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad además de cumplir con las previsiones normativas que exigían el mismo, es oportuno, original, impregnado no solo de análisis rigurosos, sino también están plagados de sugerencias, exigencias y propuestas de *lege ferenda* que sin duda deben de servir a los operadores jurídicos y al legislador en su creación y procreación para considerar y en muchas cuestiones (re)considerar las justas reivindicaciones que garanticen el trabajo digno de las personas con discapacidad, aportan luces a décadas de sombras legislativas en el reconocimiento pleno del empleo y trabajo de las personas con discapacidad y abren el necesario camino a la modernización de la legislación laboral de las personas con discapacidad pues consideramos que se están cambiando las formas de producir el marco normativo regulador de protección y garantía de los derechos para fomentar un empleo digno de las personas con discapacidad, muy ligado al necesario discurso sobre la centralidad de las personas con discapacidad.

6. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CUESTA, H.: «La relación laboral especial de los discapacitados en los centros especiales de empleo», *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, Nº 5, 2004, págs. 609-637.

57 BAYLOS GRAU, A.: “La desconstitucionalización.... *op. cit.*, pág. 37.

- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: "La regulación especial del trabajo de los minusválidos (I y II)", *Relaciones Laborales*, Tomo I y II, 1987.
- BAYLOS GRAU A. "Discriminación y discapacidad: nuevos enfoques normativos", <<https://baylos.blogspot.com/2021/05/discriminacion-y-discapacidad-nuevos.html>>
- BAYLOS GRAU, A.: «La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012». *Revista de Derecho Social*, nº 61, 2013, págs. 19-41.
- BAYLOS GRAU A.: «Constitución y Trabajo», *Revista de Derecho Social*, nº 84, 2018.
- CASTRO ARGÜELLES, M.^a A.: «La relación laboral de carácter especial de los trabajadores con discapacidad que prestan sus servicios en los centros especiales de empleo», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Nº. 118, 2015.
- DE LORENZO GARCÍA, R.: «El futuro de los discapacitados en el mundo: el empleo como factor determinante para la inclusión», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Asuntos Sociales*, Nº 50, 2004.
- ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de la Ley de Derechos de las Personas con Discapacidad», *Temas Laborales*, núm. 27/2014.
- ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Algunos aspectos estructurales ante el empleo de las personas con discapacidad», *Documentación Laboral*, núm. 120, 2020-Vol. II.
- ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Propuesta para el relanzamiento y consolidación del empleo con apoyos en España», *Temas Laborales*, núm. 167/2023.
- ESTEBAN LEGARRETA, R. y GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: «La incentivación del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo». *Revista Española de Discapacidad*, 2, 2014.
- DE LORENZO GARCÍA, R.: «El futuro de los discapacitados en el mundo: el empleo como factor determinante para la inclusión», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Asuntos Sociales*, Nº 50, 2004, págs. 73-90.
- DE LORENZO GARCÍA, R.: «Las personas con discapacidad como personal docente investigador en la universidad: cuota de reserva y otras medidas de acción positiva», *Anales de derecho y discapacidad*, Nº. 2, 2017, págs. 87-106.
- GALA DURÁN, C.: «La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los centros especiales de empleo», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 55, 2000, págs. 73-106.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Principales problemas jurisprudenciales en la relación laboral especial de trabajadores con discapacidad que trabajan en centros especiales de empleo», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, Nº 37, 2021, págs. 511-550.

- GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el Derecho comparado y el Derecho español*, Bomarzo, 2019.
- GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: «La naturaleza de las medidas de empleo ordinario de las personas con discapacidad: ¿medidas de acción positiva o de lucha contra la discriminación?», *Temas Laborales* núm. 162/2022, págs. 101-139.
- GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: «La regulación española de la cuota de empleo de personas con discapacidad y medidas alternativas, reflexiones y propuestas de mejora a propósito de su compatibilidad con la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad», *Documentación Laboral*, núm. 120-Año 2020-Vol. II, págs. 41-58.
- RODRÍGUEZ-SANZ DE GALDEANO, B.: «La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad», *Temas Laborales* núm. 127/2014, págs. 85-120.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «Centros espaciales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 1, 2000, págs. 51-62.
- ROMERO RODENAS M.J. «El empleo de las personas con discapacidad: presentación, introducción, conclusiones y contenidos del libro blanco sobre empleo y discapacidad», en *Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad*, 2023.
- ROMERO RODENAS, M.J y GARCÍA RÍOS, J.L.: «Derecho al trabajo y derecho a la educación: un enfoque constitucional sobre la formación profesional», *Revista de Derecho Social*, nº 85, 2019, pág. 135-156.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y CARDENAL CARRO, M.: «Las relaciones laborales especiales: una visión panorámica y práctica», en GASCÓN VALERO, M. (director): *Relaciones laborales especiales: relación laboral especial de los penados y de los abogados*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 19-165.

CAPÍTULO III

LEGISLACIÓN SOCIAL Y DISCAPACIDAD EN LA XIV LEGISLATURA¹

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

1. INTRODUCCIÓN

La XIV Legislatura de nuestra democracia arrancó el 3 de diciembre de 2019 y se extendió hasta el 17 de agosto de 2023, fecha en que quedaron constituidas las nuevas Cortes Generales tras las elecciones celebradas el pasado 23 de julio de 2023.

A lo largo de esos casi cuatro años se han promulgado diversas normas, de rango legal y reglamentario, que han tenido a las personas con discapacidad como destinatarias de sus previsiones. Las medidas implementadas han incidido en varios frentes relacionados con la inserción laboral y la protección social de este colectivo. El propósito de estas páginas no es otro que dar noticia de tales cambios normativos, finalizando con la exposición esquemática de las iniciativas legislativas que el Libro Blanco de Empleo y Discapacidad plantea para ser desarrolladas en los próximos años.

2. MEDIDAS EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO

2.1. Inserción laboral de las personas con capacidad intelectual límite

La disposición adicional sexta de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, bajo el título de «medidas en favor de las personas con capacidad intelectual límite», establece que el Gobierno, en el marco de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad, y en el plazo de doce meses, “presentará medidas de acción positiva dirigidas a promover el acceso al empleo de las personas con capacidad intelectual límite, que tengan reconocida oficialmente esta situación, aunque no alcancen

¹ Versión escrita de la intervención desarrollada en el *Congreso Internacional sobre Discapacidad Intelectual en el ámbito laboral*, que tuvo lugar en la UMH, los días 5 y 6 de octubre de 2023. Para agilizar su lectura, el texto aparece sin referencias bibliográficas ni jurisprudenciales.

un grado de discapacidad del 33 por ciento”. Y añade: “Reglamentariamente el Gobierno determinará el grado mínimo de discapacidad necesario para que opere esta aplicación”.

La implementación de medidas de acción positiva para favorecer la inserción laboral de personas con capacidad intelectual límite también viene refrendada legalmente por lo dispuesto en el art. 17.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el cual establece que “el Gobierno podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo” así como «otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo”.

Para dar cumplimiento al mandato contenido en la referida disposición adicional sexta de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, el Gobierno ha aprobado el RD 368/2021, de 21 de mayo, sobre medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de las personas con discapacidad intelectual límite, y publicado en el BOE del 26 de mayo de 2021.

A los efectos laborales de acceso a las medidas de acción positiva previstas, el mencionado RD 368/2021 define en su art. 2 a las personas con capacidad intelectual límite como “aquellas personas inscritas en los Servicios Públicos de Empleo como demandantes de empleo no ocupados que acrediten oficialmente, según los baremos vigentes de valoración de la situación de discapacidad, al menos un 20 por ciento de discapacidad intelectual y que no alcancen el 33 por ciento”.

En cuanto a los empleadores que podrán beneficiarse de las medidas de acción positiva previstas en el RD 368/2021, su art. 3 comprende a las empresas y a los trabajadores autónomos que contraten a las personas con capacidad intelectual límite definidas en el art. 2. Asimismo, podrán acogerse a dichos beneficios las sociedades laborales y las cooperativas a las que se incorporen como socios y socias trabajadores o de trabajo las personas con capacidad intelectual límite, si bien, en el caso de las cooperativas, será condición necesaria que la cooperativa haya optado por la modalidad de asimilados a personas trabajadoras por cuenta ajena, a los efectos de la Seguridad Social. Las administraciones y entidades del sector público quedan excluidas de este régimen de beneficios.

Una vez definido el ámbito subjetivo, en su capítulo II, el RD 368/2021 contempla la relación concreta de medidas de acción positiva que mejor se adecúan al perfil personal y profesional del colectivo con el objetivo de promover su acceso al empleo y favorecer las expectativas y opciones de integración laboral en el mercado ordinario de trabajo. Para ello, se procede a la modificación de la normativa reguladora vigente, introduciendo los ajustes necesarios para su aplicación a dicho colectivo, así como la descripción del beneficio reconocido en cada caso de acuerdo con las características y necesidades de las personas con capacidad intelectual límite y el objetivo de mejorar su integración laboral.

A tal efecto:

- El art. 4 añade una nueva disposición adicional tercera al RD 1451/1983, de 11 de mayo, por el que se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, declarando aplicable el régimen de subvención para el empleo previsto en el art. 7 de la Ley 13/1982. La subvención por la contratación indefinida de personas con capacidad intelectual límite será

de 2000 euros. También se podrán solicitar las subvenciones previstas en el art. 12 RD 1451/1983 con cargo al SEPE.

- El art. 5 modifica la disposición adicional primera del RD 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo, para incluir entre sus destinatarios a las personas con capacidad intelectual límite.
- El art. 6 añade una nueva disposición adicional sexta al RD 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual, relativa a los contratos para la formación y el aprendizaje concertados con personas con capacidad intelectual límite. La duración máxima del contrato podrá ampliarse cuando el trabajador no hubiese alcanzado el nivel mínimo de conocimientos requeridos para desempeñar el puesto de trabajo, sin que, en ningún caso, pueda exceder de cuatro años. Se permite a las personas con capacidad intelectual límite realizar en el puesto de trabajo o en procesos formativos presenciales la formación de módulos formativos que no sean a distancia.

2.2. Auxilio económico a los centros especiales de empleo durante la pandemia

Como se sabe, los centros especiales de empleo son un peculiar tipo de empresa, encuadrables en el sector de la economía social, cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y que tienen como finalidad asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario. La plantilla de los centros especiales de empleo estará constituida al menos por un 70 por ciento de personas trabajadoras con discapacidad.

Las ayudas establecidas para estos centros se destinan tanto a la creación como al mantenimiento de los puestos de trabajo. Entre las ayudas de mantenimiento, destacan las subvenciones del coste salarial correspondiente al puesto de trabajo ocupado por una persona con discapacidad que realice una jornada de trabajo laboral ordinaria y que esté en alta en la Seguridad Social, por un importe del 50 por ciento del SMI, establecidas en el art. 4.B).2 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 16 de octubre de 1998, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las ayudas y subvenciones públicas destinadas al fomento de la integración laboral de las personas con discapacidad en Centros Especiales de Empleo y trabajo autónomo. En el caso de contrato de trabajo a tiempo parcial, la subvención experimentará una reducción proporcional a la jornada laboral realizada.

Para apoyar a los centros especiales de empleo en su adaptación a la evolución del salario mínimo interprofesional, se han adoptado medidas coyunturales y extraordinarias, de modo que las personas con discapacidad a las que emplean no se vean perjudicadas por su incremento, teniendo en cuenta que no todos los costes salariales son objeto de la subvención del 50 por ciento del salario mínimo interprofesional, aunque dichos costes también se incrementen.

En este contexto de adaptación, la crisis sanitaria de la COVID-19 y la consiguiente crisis económica y de empleo supusieron durante el año 2020 un obstáculo añadido, pues la capacidad de reorganización financiera de los centros especiales de empleo se vio comprometida por las graves pérdidas de producción experimentadas y los costes adicionales ocasionados, tanto por las medidas de protección de la salud y prevención de contagios como por las limitaciones a la actividad.

Para evitar que las personas con discapacidad resultaran gravemente afectadas por los importantes incrementos que ha experimentado el SMI en los últimos tres años, y por la crisis económica y de empleo provocadas por la pandemia, de manera extraordinaria para 2021 se estimó conveniente probar, de manera extraordinaria para 2021, un aumento del porcentaje de financiación de las subvenciones por mantenimiento de puestos de trabajo de personas con discapacidad en centros especiales de empleo, del 50 por ciento del salario mínimo interprofesional ordinariamente previsto, al 55 por ciento, pero únicamente para aquellas personas trabajadoras que presenten un tipo y grado de discapacidad que implique especiales dificultades de acceso al mercado ordinario de trabajo. A tal efecto, se promulgó la Orden TES/501/2021, de 20 de mayo, por la que se incrementan, con carácter extraordinario durante 2021, las subvenciones destinadas al mantenimiento de puestos de trabajo de personas con discapacidad en los centros especiales de empleo, establecidas en la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 16 de octubre de 1998, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las ayudas y subvenciones públicas destinadas al fomento de la integración laboral de las personas con discapacidad en centros especiales de empleo y trabajo autónomo².

2.3. El empleo de las personas con discapacidad en el marco de los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo

En el BOE del 29 de septiembre de 2021 se dio a conocer el RD 1818/2021, de 28 de septiembre, cuyo objetivo es regular los aspectos esenciales de los programas comunes de activación para el empleo que podrán ser aplicados y, en su caso, desarrollados en sus aspectos no esenciales por todos los integrantes del Sistema Nacional de Empleo. Son aspectos esenciales de los programas comunes de activación para el empleo las previsiones contenidas en este real decreto sobre: a) objeto y contenidos mínimos previstos en cada uno de ellos; b) personas destinatarias finales; c) financiación; y d) requisitos específicos y prioridades, en su caso.

Asimismo, se establecen las cuantías de referencia de las subvenciones dirigidas a financiar los programas que utilicen esta forma de gestión y a regular la gestión y coordinación de los programas comunes de activación para el empleo en el marco del Sistema Nacional de Empleo, su evaluación y seguimiento, así como incorporar un marco dirigido a favorecer la inclusión laboral de las personas con discapacidad, contemplando dos programas diferenciados: 1) programa de inserción laboral de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo; 2) programa de inclusión laboral de personas con discapacidad en el mercado de trabajo protegido.

2 BOE de 25.05.2021.

Asimismo, en sus disposiciones finales primera, tercera y cuarta, se modifican, respectivamente, el RD 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los centros especiales de empleo, definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido; el RD 469/2006, de 21 de abril, por el que se regulan las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los Centros Especiales de Empleo; y el RD 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo.

2.4. El empleo de las personas con discapacidad en la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo

El anterior texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, contemplaba tres instrumentos de coordinación del Sistema Nacional de Empleo: la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, los Planes Anuales de Política de Empleo y el Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo. Asimismo indicaba que, en el ejercicio de las competencias definidas en su art. 3.1 y en el art. 10.1, el Gobierno aprobaría la Estrategia a propuesta del Ministerio de Trabajo y Economía Social, y que en ella habrían de reflejarse las políticas activas de empleo y de intermediación laboral que se desarrollan en el conjunto del Estado, incluyendo tanto los servicios y programas que realizan los servicios públicos de empleo con fondos estatales como los que las comunidades autónomas realizan con recursos económicos propios.

La actual Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, ha derogado el texto refundido de la LE de 2015, pero mantiene, como uno de los tres instrumentos de coordinación del Sistema Nacional de Empleo, la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, junto con el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno y el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo.

La vigente Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 fue aprobada por el RD 1069/2021, de 4 de diciembre³. En su programa de actuación contempla la reforma de la normativa sobre fomento del empleo de personas con discapacidad, disponiendo que, como resultado de los trabajos del grupo específico sobre políticas activas de empleo a favor de las personas discapacitadas, se acometerá el análisis, revisión e impulso del marco normativo de programas estatales de Políticas Activas de Empleo dirigidas de manera integrada a favorecer la inclusión laboral de las personas con discapacidad, que establecerá los contenidos mínimos que serán de aplicación en el conjunto del Estado, en relación con los incentivos al empleo en el mercado ordinario y en el mercado protegido a través de los Centros Especiales de Empleo y la aplicación de la cuota de reserva en las empresas de puestos de trabajo para personas con discapacidad y medidas alternativas.

Asimismo, y con base en el contenido abordado en el grupo de trabajo 6 para el desarrollo de la Estrategia, se elaborará el Libro Blanco del Empleo para las Personas con Discapacidad en colaboración con la Dirección General de la Discapacidad, del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, los interlocutores sociales, las comunidades autónomas y las entidades representativas del sector de la Discapacidad.

3 BOE de 07.12.2021.

Además de establecer los objetivos clave, estratégicos y estructurales que persigue la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, se modifican: el RD 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo, así como también el RD 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo, y el RD 469/2006, de 21 de abril, por el que se regulan las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los Centros Especiales de Empleo.

2.5. Trabajo en remoto y discapacidad

El trabajo a distancia en su versión tecnológica (teletrabajo) constituye una relevante vía de ocupación laboral para personas con discapacidad, especialmente para aquellas que presentan movilidad reducida o dificultades de integración en un entorno productivo ordinario por otros motivos.

Sin embargo, el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, que por primera vez reguló de manera específica el trabajo a distancia en nuestro país, no tuvo en cuenta las especiales necesidades del colectivo de personas con discapacidad, limitando de este modo las posibilidades de inserción laboral del citado colectivo a través de esta modalidad de trabajo. Este déficit de perspectiva fue corregido por la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, que sustituye al mencionado RDL 28/2020.

Las modificaciones que introduce la Ley 10/2021 respecto del RDL 28/2020, más allá de las correspondientes adecuaciones normativas, giran en torno a los siguientes aspectos:

- Inclusión en el artículo 4, apartado 3, de una ampliación en la especificación de las causas de discriminación directa o indirecta que particularmente deben ser evitadas por las empresas respecto a las personas trabajadoras que prestan servicios a distancia. En concreto, a las motivadas por razón de sexo ahora se añaden la edad, la antigüedad o grupo profesional o la discapacidad; con indicación del «modo» en que deberá evitarse la discriminación: (1) asegurando la igualdad de trato y la prestación de apoyos, y (2) realizando los ajustes razonables que resulten procedentes.
- Incorporación en el artículo 11 (derecho a la dotación suficiente y mantenimiento de medios, equipos y herramientas) de un inciso en su apartado 1 para recoger el derecho que asiste a las personas con discapacidad trabajadoras a distancia de que la empresa asegure que los medios, equipos y herramientas, incluidos los digitales, necesarios para el desarrollo de su actividad sean universalmente accesibles, persiguiendo con ello evitar cualquier exclusión por esta causa.
- Introducción en el artículo 16 (evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva) de un inciso en su apartado 1 para incluir la accesibilidad del entorno laboral efectivo como factor a tener especialmente en cuenta a la hora de evaluar los riesgos y planificar la actividad preventiva del trabajo a distancia
- Inclusión en el artículo 22 (facultades de control empresarial) de un inciso para recoger las «circunstancias personales» de la persona trabajadora a distancia como cuestión a tener en consideración por la empresa a la hora de adoptar las medidas de vigilancia y control del cumplimiento de sus obligaciones y deberes laborales.

2.6. Ajustes razonables y discriminación

El art. 6.1.a) de la Ley 15/2022, de 12 julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación⁴, considera discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad.

Los ajustes razonables se definen como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos”.

Este reconocimiento de discriminación directa por la denegación de ajustes razonables tendrá consecuencias en la calificación del despido objetivo o disciplinario de personas con discapacidad, cuando la empresa instrumente la extinción del contrato de trabajo pretextando ineptitud sobrevenida del trabajador, falta de adaptación a los requerimientos del puesto de trabajo o disminución continuada y voluntaria del rendimiento habitual, sin haber realizado previamente los ajustes que se consideren razonables con arreglo a la normativa aplicable.

2.7. El tratamiento de la discapacidad en la nueva Ley de Empleo

La Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo⁵, ha puesto un gran énfasis en la empleabilidad, la colocación y el fomento del empleo de las personas con discapacidad. Varios preceptos se ocupan de esta temática:

- (Art. 5.a). Se enuncia, como primer principio rector de la política de empleo, el “de igualdad y no discriminación en el acceso y consolidación del empleo y desarrollo profesional por motivo [entre otros] de discapacidad...” A partir de esta declaración genérica, el empleo de las personas con discapacidad se erige en uno de los pilares vertebradores de la nueva ley.
- (Art. 12). En cuanto a la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, se apela a la necesidad de garantizar un sistema de gestión que facilite la erradicación de sesgos y estereotipos de cualquier índole, especialmente de género, edad y discapacidad. El mismo precepto expresa, como referencia probablemente más importante y cuarto eje de dicha estrategia, el de “oportunidades de empleo para personas con discapacidad”, incluyendo “las actuaciones que tienen por objeto incentivar la contratación, la creación de empleo o el mantenimiento de los puestos de trabajo, y las acciones de orientación y acompañamiento individualizado en los puestos de trabajo de las personas con discapacidad”.
- (Art. 13.d). Dedicado al “plan anual para el fomento del empleo digno”, expresa el eje “igualdad de oportunidades en el acceso al empleo”, con una mención explícita de la discapacidad al referirse a los colectivos que tienen mayor dificultad en el acceso o permanencia en el empleo.

4 BOE de 10.07.2021.

5 BOE de 01.03.2023.

- (Art. 30). Contiene referencias específicas a la discapacidad en cuanto a las competencias y formación específica del personal de los servicios públicos de empleo.
- (Art. 39). Ya en cuanto a las políticas activas de empleo, el artículo 39 apela a la no discriminación por, entre otros motivos, la discapacidad, al regular las medidas de empleabilidad.
- (Art. 40). Por lo que respecta a la intermediación laboral, el artículo 40. 2 explicita en su letra c) la necesidad de evitar sesgos o estereotipos de género, de edad o de discapacidad en la selección para un puesto de trabajo de las personas potencialmente idóneas. Además, y sobre todo — lo cual tiene una extraordinaria importancia para el colectivo de personas con discapacidad —, incluye en su letra d), entre las actuaciones de intermediación, “la puesta a disposición de la persona solicitante de empleo, especialmente si se encuentra entre los colectivos de atención prioritaria del artículo 50, el conjunto de apoyos necesarios para que sus circunstancias personales, sociales o familiares no se traduzcan en barreras a lo largo del proceso de intermediación laboral”.
- (Art. 50). Tiene una singular importancia la identificación como colectivos vulnerables de atención prioritaria para la política de empleo, entre los cuales lista a las personas con discapacidad, a las personas con capacidad intelectual límite y a las personas con trastornos del espectro autista. Además, añade, en relación con el colectivo de las personas con discapacidad, que se reconocen como las que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo las siguientes: las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental, con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento; así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento.
- (Art. 54). Como correlato, el art. 54 de la LE regula en particular la situación de las personas con discapacidad demandantes de empleo. El precepto remite expresamente al artículo 39.2 de la LGDPD — ayudas a la generación de empleo —, como mandato que deberá tenerse particularmente en cuenta y, a continuación, expresa una inequívoca preferencia por el empleo ordinario, como opción que deben procurar los servicios de empleo, conjuntamente con el mantenimiento de la ocupación, la mejora de la empleabilidad a lo largo de su ciclo laboral y su desarrollo profesional. Eso sí, apela también a “la sostenibilidad del empleo protegido”.
- (Art. 52). En coherencia al lugar central que ocupa el empleo de personas con discapacidad, el art. 52 LE contempla, a los efectos de mejora de la empleabilidad, la integración de los servicios de empleo en los equipos multiprofesionales de atención a la discapacidad, cuando así lo decidan las Administraciones públicas estatal o autonómica. Se trata de generar una actuación pública más eficaz que redunde en unos mejores resultados de empleo, tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa.

- (Art. 54.3). Por su parte, el apartado 3 del artículo 54 se dedica a las medidas de acción positiva. Al margen de su remisión al artículo 68 de la LGDPD, añade, en remisión tácita al artículo 37 de la propia Ley de Empleo, que “las medidas más adecuadas del catálogo de instrumentos de empleabilidad, a la vista del perfil de las personas demandantes de servicios de empleo, serán objeto de las adaptaciones necesarias para su plena efectividad”.
- (Art. 54.4). Abre la posibilidad de que la Agencia Española para el Empleo y los servicios de empleo de las comunidades autónomas, así como las entidades privadas y colaboradoras a las que se les habilite reglamentariamente, colaboren en el diseño, organización, puesta en marcha y ejecución de los servicios de empleo con apoyo, remitiendo a tal efecto al artículo 41 de la LGDPD y a su normativa reglamentaria de desarrollo.
- (Art. 56). Más incidental, pero de interés, es la alusión del artículo 56, en cuanto a la cartera de servicios garantizados a personas demandantes de empleo, que expresa que la tutorización estará libre de sesgos y estereotipos, en especial, entre otros motivos, por discapacidad. Lo mismo se predica, en el propio precepto, acerca de la elaboración del itinerario o plan personalizado.
- DD.AA. La disposición adicional quinta señala expresamente que “en el marco del Libro Blanco de Empleo y Discapacidad y en desarrollo de lo señalado en el artículo 54, se establecerán las medidas legislativas, los programas y servicios de empleo necesarios a favor de las personas con discapacidad”. La sexta, en cuanto a las condiciones de trabajo y empleo específicas para jóvenes, predica que no pueden constituir discriminación por, entre otros motivos, discapacidad. La séptima expresa idéntica idea en relación con las condiciones referidas a mujeres.
- DF 2ª. Se modifica la LGDPD (arts. 4, 35 y 38), para ampliar las ventajas que supone la equiparación del reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente de la Seguridad Social o del régimen de Clases Pasivas a persona con discapacidad igual o superior 33%, también a efectos de medidas especiales para favorecer su acceso al empleo previstas en el art. 39 de la LGDPD. Esta reforma trae causa de que varias sentencias del TS (Sala 4ª) de 29 de noviembre de 2018 habían declarado que el texto refundido de la LGDPD se había extralimitado al establecer una equiparación total, exceso que la LE 2023 corrige al delimitar el ámbito material de dicha equiparación.

2.8. Revisión de los incentivos económicos a la contratación laboral de personas con discapacidad

El Real Decreto-Ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas⁶, sin ser una norma rupturista por lo que respecta a las personas con discapacidad, sí que marca unas orientaciones nítidas.

Como tendencias más relevantes, identificadas por el Libro Blanco de empleo y discapacidad, encontramos:

6 BOE de 11.01.2023.

- 1) El reconocimiento, como objetivo específico de la norma, del fomento de la contratación de estas personas, priorizando aquellas con mayores dificultades y, en general, el tránsito al empleo ordinario — artículo 2.2 e) —.
- 2) La exención del requisito de estar inscritas como demandantes de empleo para que se incentive el pase desde el empleo protegido en centros especiales de empleo o enclaves laborales al ordinario — artículo 4.1 a) —.
- 3) La definición de personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo — artículo 6 c) —.
- 4) La inaplicación del límite del 50 por 100 de la jornada para la incentivación de la contratación a tiempo parcial cuando el porcentaje de jornada se utilice como medida de adecuación del empleo a las capacidades de la persona con discapacidad — artículo 10.2 —.
- 5) La inclusión de la relación laboral especial de personas con discapacidad en centros especiales de empleo como objeto de incentivo a la contratación — artículo 11.1 a) —.
- 6) La previsión de excepciones a las exclusiones de incentivos a la contratación previstas para los supuestos ordinarios — artículo 11, apartados 1, 2 y 3 —, así como a la concurrencia de bonificaciones, en este último caso sólo en los contratos efectuados por centros especiales de empleo — artículo 12.2 —.
- 7) La aceptación de que se incentive el contrato temporal de sustitución formalizado con personas desempleadas con discapacidad para sustituir a otras asimismo con discapacidad cuando estas tengan suspendido su contrato por incapacidad temporal — artículo 17.1 d) —.
- 8) Una remisión a la normativa actualmente vigente.

3. RECONOCIMIENTO, DECLARACIÓN Y CALIFICACIÓN DEL GRADO DE DISCAPACIDAD

En el BOE de 20 de octubre de 2022 se publica el Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. Este real decreto tiene por objeto la regulación del procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, el establecimiento de los baremos aplicables, así como la determinación de los órganos competentes, todo ello con la finalidad de que la evaluación del grado de discapacidad que afecte a la persona sea uniforme en todo el territorio del Estado, garantizando con ello la igualdad de condiciones para el acceso de la ciudadanía a los derechos previstos en la legislación.

Con su entrada en vigor el 20 de abril 2023, quedaron derogados el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, que regulaba el procedimiento aplicable hasta ese momento, y la Orden de 2 de noviembre de 2000, por la que se determina la composición, organización y funciones de los Equipos de Valoración y Orientación dependientes del IMSERSO y se desarrolla el procedimiento de actuación para la valoración del grado de discapacidad dentro del ámbito de la Administración General del Estado.

La entrada en vigor del Protocolo Adicional se produjo el 1 de diciembre de 2022.

Más recientemente se ha promulgado la Orden DSA/934/2023, de 19 de julio, por la que se modifican los baremos que figuran como Anexos I, II, III, IV, V y VI del Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad⁷.

4. MEDIDAS DE SEGURIDAD SOCIAL

4.1. Jubilación anticipada y discapacidad

La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones⁸, regula por separado los supuestos de jubilación anticipada por realización de trabajos penosos, peligrosos o tóxicos (art. 206 LGSS) y aquellos en los que la anticipación deriva de una situación de discapacidad del trabajador (nuevo art. 206 bis LGSS).

A tal efecto, se modifica la legitimación a la hora de instar el procedimiento; se realiza una remisión a lo que reglamentariamente se determine, en el marco del diálogo social, respecto de los indicadores que acrediten la concurrencia de circunstancias objetivas que justifiquen la aplicación de tales coeficientes; se crea una comisión encargada de evaluar y, en su caso, de instar la aprobación de los correspondientes decretos de reconocimiento de coeficientes reductores; se prevé que, con la finalidad de mantener el equilibrio financiero del sistema, la aplicación de los coeficientes reductores que se establezcan ha de llevar consigo un incremento en la cotización a la Seguridad Social, que consistirá en aplicar un tipo de cotización adicional sobre la base de cotización por contingencias comunes, tanto a cargo de la empresa como del trabajador; se prevé el establecimiento de un procedimiento para la revisión de los coeficientes reductores de edad, con una periodicidad de diez años.

Se conserva de la regulación anterior la prohibición de que mediante la aplicación de los coeficientes reductores se pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a los 52 años, así como que los coeficientes reductores de edad de jubilación no serán tenidos en cuenta, en ningún caso, a efectos de acreditar la exigida para acceder a la jubilación parcial, a los beneficios establecidos en el art. 210.2 (jubilación demorada), y a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada (nuevo art. 206.6 LGSS)⁹.

Asimismo, la Ley 21/2021 mandata al Gobierno para que, en el plazo de tres meses a partir del 1 de enero de 2022, proceda, en los términos que previamente sean acordados con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, a la adaptación del marco regulador establecido en el Real Decreto 1698/2011, de 18 de noviembre, por el

7 BOE de 04.08.2023

8 BOE de 29.12.2021.

9 El apartado Veinte del art. 1 de la Ley 21/2021 modifica la redacción de la disposición transitoria 11ª de la LGSS, para declarar inaplicable lo establecido en el art. 206.6 LGSS a los trabajadores incluidos en los diferentes regímenes especiales que, en la fecha de entrada en vigor de la citada ley tuviesen reconocidos coeficientes reductores de la edad de jubilación, siendo de aplicación las reglas establecidas en la normativa anterior.

que se regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social¹⁰.

Por último, el Gobierno, en el plazo de seis meses, debía remitir a la Comisión de seguimiento y evaluación del Pacto de Toledo un informe sobre la protección social de personas con discapacidad, con especial incidencia en el colectivo de personas con discapacidad intelectual. A partir de ese informe, y en el plazo de tres meses adicionales, el Gobierno impulsaría una reforma de los RRDD 1539/2003 y 1851/2009, respecto al acceso anticipado a la jubilación por parte de personas trabajadoras con un importante grado de discapacidad¹¹.

Para dar cumplimiento a este mandato legal, aunque con clara superación del plazo establecido, se aprueba el RD 370/2023, de 16 de mayo, sobre anticipación de la edad de jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento¹², que entró en vigor el 1 de junio de 2023.

Este real decreto modifica el RD 1851/2009, de 4 diciembre, con el propósito de facilitar y flexibilizar el acceso a la pensión de jubilación de las personas trabajadoras que han mantenido su actividad durante el período mínimo establecido para causar derecho a pensión de jubilación (15 años), a pesar de presentar una patología generadora de discapacidad que reduce su esperanza de vida, y puedan acreditar que durante 5 años de ese período de 15 han estado afectados de una discapacidad de al menos el 45%.

No se les exige que la discapacidad igual o superior al 45%, debida a alguna de las patologías relacionadas ahora en un nuevo anexo, se mantenga durante los quince años, sino solo durante cinco de esos quince años.

Asimismo, se modifica el artículo 5 del RD 1851/2009, por una parte, con la finalidad de establecer que la persona trabajadora acredite, mediante informe médico, que ha estado afectada por alguna de las patologías relacionadas en el citado anexo, así como la fecha de inicio o manifestación de la misma, sin perjuicio de seguir exigiendo que la acreditación de que la discapacidad deriva de dicha patología y de que el grado ha sido igual o superior al 45 por ciento durante al menos cinco años deba efectuarse necesariamente mediante certificación del Instituto de Mayores y Servicios Sociales o del órgano correspondiente de la respectiva comunidad autónoma que haya recibido la transferencia de las funciones y servicios de aquel, la cual deberá indicar, en todo caso, la fecha en que se ha iniciado o se ha manifestado la discapacidad.

Por otro lado, se asume la doctrina del Tribunal Supremo contenida en Sentencia 729/2017, de 27 de septiembre de 2017, en la que considera que “si la intención del Gobierno hubiera sido la de exceptuar, a los efectos indicados, del grado de discapacidad del 45 por 100, todo tipo de dolencias distintas de las vinculadas a la reducción de la esperanza de vida, de forma que no fuese suficiente con padecer esa patología, sino que la misma determinase, por sí sola, ese porcentaje de discapacidad, así lo habría consignado de manera explícita, utilizando cualquiera de la fórmulas posibles, y al no haberlo hecho así no cabe admitir la exclusión de las citadas dolencias...”, para cuya aplicación se establece en el citado

10 Disposición final 2ª Ley 21/2021.

11 Disposición Adicional 4ª Ley 21/2021.

12 BOE de 17.05.2023.

artículo 5 la forma en que debe tenerse en cuenta la concurrencia en la persona trabajadora de patologías generadoras de discapacidad distintas de las recogidas en el anexo a efectos de anticipar su edad de jubilación.

También se incluye una nueva disposición final cuarta para autorizar la aprobación, mediante orden de la persona titular del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, de un procedimiento para la inclusión de nuevas patologías generadoras de discapacidad, la cual fija algunas pautas, tales como el establecimiento de una comisión técnica, que será la encargada de proponer la incorporación de nuevas patologías en el anexo para garantizar la objetividad del procedimiento.

Por último, se incluye un anexo al que se incorporan las patologías generadoras de discapacidad que relacionaba el artículo 2 en su anterior redacción, al que se irán incorporando las nuevas patologías que, en su caso, se aprueben.

4.2. Asimilación al 65 por ciento de grado de discapacidad de las personas con medidas de apoyo a la capacidad jurídica

La vigente LGSS disponía que las personas incapacitadas judicialmente con arreglo a la legislación civil, a efectos de Sistema de la Seguridad Social, tenían la consideración de personas con discapacidad en grado del 65 por 100, lo que les permitía acceder a determinadas prestaciones en las que se requiere ese porcentaje.

Al desaparecer, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, la figura de la incapacitación judicial, esta asimilación dejó de ser operativa, impidiendo que la nueva situación de medidas judiciales de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica (incluida la curatela) surtiera el efecto de tener la consideración del 65 por 100 de grado de discapacidad.

El RDL 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, modifica la LGSS para adecuarla a las modificaciones introducidas por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que ha suprimido la incapacitación judicial, sustituyéndola por diversas medidas de apoyo a la capacidad jurídica, particularmente la curatela. A tal efecto, el RDL 2/2023 da nueva redacción a los arts. 77.1 f), 234 y 352.2 c) LGSS (en vigor a partir del 1 de abril de 2023) para sustituir la referencia a personas con capacidad judicialmente modificada por “*personas en cuyo favor se hayan establecido medidas en apoyo a su capacidad jurídica*”.

Asimismo, se da nueva redacción a la disposición adicional 25ª LGSS para, por un lado, sustituir, tanto en su rúbrica como en el texto, la referencia a las personas incapacitadas judicialmente como sujetos considerados — a efectos de la LGSS — afectados por una discapacidad en un grado igual o superior al 65%, por personas para las que, como medida de apoyo a su capacidad jurídica y mediante resolución judicial, se haya nombrado un curador con facultades de representación plenas para todos los actos jurídicos. Y, por otro lado, reflejar la posibilidad de que se acredite el grado de discapacidad igual o superior al 65% mediante certificado emitido por el IMSERSO o por el órgano competente de la comunidad autónoma.

En la disposición transitoria tercera del RDL 2/2023 se establece que las personas que judicialmente hubieran sido declaradas incapaces mediante sentencia con anterioridad al 3 de septiembre de 2021, se entenderá que están afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65% a efectos de la aplicación de la LGSS.

4.3. Protección de los menores con cáncer u otra enfermedad grave

El ya mencionado RDL 2/2023 modifica el art. 190.3 de la LGSS (con entrada en vigor el 1 abril 2023), para establecer que, si antes de alcanzar la edad de 23 años el causante acredita, además, un grado de discapacidad igual o superior al 65%, una vez cumplidos los 23 años se mantiene la prestación económica hasta que la persona cumpla 26 años.

La disposición transitoria 5ª del RDL 2/2023 permite a quienes hayan visto extinguida la reducción de jornada por haber cumplido el sujeto causante 23 años de edad antes del 1 de abril de 2023, que puedan volver a solicitar la reducción de la jornada de trabajo prevista en el citado artículo siempre que el hijo, persona sujeta a guarda con fines de adopción o acogida acredite un grado de discapacidad igual o superior al 65% antes de alcanzar dicha edad.

5. PROTECCIÓN DE LA DEPENDENCIA

La última norma de la XIV Legislatura que interpela directamente a la protección de las personas con discapacidad es el RD 675/2023, de 18 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia¹³.

Se modifica el art. 3 del RD 1051/2013, referido a la solicitud de las prestaciones y a la documentación requerida, al tiempo que se actualiza la normativa sobre tratamiento de datos personales.

Se actualiza la referencia a la normativa aplicable para acreditar las condiciones de movilidad reducida (art. 4 RD 1051/2013).

Se dispone la prestación del servicio de teleasistencia como servicio complementario del resto de prestaciones contenidas en el programa individual de atención para todos los grados de dependencia, a excepción del servicio de atención residencial (art. 7 RD 1051/2013).

Se regulan nuevos requisitos y condiciones de acceso a la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales (art. 12 RD 1051/2013).

Se actualizan las cuantías mínimas y máximas de las prestaciones (Anexos IV y V), con efectos desde el 1.8.2023.

En el servicio de ayuda a domicilio, se aumenta el número de horas en función del grado de dependencia (Anexo II).

13 BOE de 19.07.2023.

Se modifica el artículo 4.2 c) del RD 1050/2013, de 27 diciembre, por el que se regula el nivel mínimo de protección establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, a los efectos de considerar como prestación de servicios aquellas prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar en las que se haya formalizado por la persona en situación de dependencia, con cargo al nivel adicional autonómico, un contrato laboral con un tercero, al objeto de colaborar con la persona cuidadora no profesional en las tareas del hogar de la persona en situación de dependencia.

6. PROPUESTAS DE ACTUALIZACIÓN NORMATIVA EN EL LIBRO BLANCO SOBRE EMPLEO Y DISCAPACIDAD

El Real Decreto-Ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas fija en su Disposición adicional quinta, párrafo 4º, que “el Gobierno, en el marco de las conclusiones del Libro Blanco de Empleo y Discapacidad, y tras mantener el oportuno proceso de consultas con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y el sector social representativo de la discapacidad, desarrollará las iniciativas legislativas oportunas para ordenar e impulsar los programas de empleo en favor de las personas con discapacidad”.

Entre las propuestas que recoge el Libro Blanco de Empleo y Discapacidad (julio 2023), cabe destacar:

1ª) El impulso desde el Gobierno de España de un cambio en el modelo del marco regulador “que ordene y modernice el fomento del empleo de las personas con discapacidad, avanzando en uno más coherente con la realidad cultural, social, sociolaboral, tecnológica y demográfica de nuestro país y de la discapacidad, más propia del siglo XXI. Ello precisará una nueva regulación legal general e integral en materia de inclusión laboral de las personas con discapacidad que integre la perspectiva laboral y de Seguridad Social en la protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad.”

2ª) El diseño del nuevo marco normativo debe necesariamente inspirarse y responder a los requerimientos de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (2006), en particular a lo dispuesto en su artículo 27 y en la Observación general núm. 8ª emitida por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de esa misma organización internacional multilateral. En este sentido, se predice que “la modernización del marco laboral de la discapacidad debe efectuarse a través de la necesaria Ley integral de inclusión laboral de personas con discapacidad, que permitiría tener una ley específica de empleo para las personas con discapacidad, con la incorporación de importantes reconocimientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo (TS) y Tribunal Constitucional (TC) que han reinterpretado importantes preceptos de la normativa de Seguridad Social tanto a nivel contributivo como asistencial, el Estatuto de los Trabajadores, el Estatuto Básico del Empleado Público, la normativa reguladora de la formación y formación profesional, entre otras normas.”

3ª) El establecimiento de un marco regulatorio garantista y a la vez flexible, que responda a la diversidad de la propia condición de persona con discapacidad. El referido marco regulatorio “debería basarse en una evolución de las políticas sustentadas en

un enfoque de activación centrada exclusivamente en el empleo a un enfoque mucho más amplio, holístico, aproximándose al paradigma de la “activación inclusiva”, a fin de que se atienda a las diferentes casuísticas que lleva consigo la condición de persona con discapacidad, y que estas no sean un freno para la incorporación, permanencia y su progreso, en condiciones de dignidad, valor y respeto, en el mercado de trabajo y en las estructuras de empleo.” Es esencial que el marco regulatorio del empleo deba estar acompasado con el reconocimiento de las prestaciones de Seguridad Social y de protección social, del Estado y de las comunidades autónomas, buscando fórmulas que permitan la activación al empleo sin mermar o eliminar la protección social por lo que sería adecuado el establecimiento de pasarelas suficientemente flexibles y compatibilidades entre ciertas prestaciones con la participación en el mercado de trabajo.

4ª) Debe necesariamente repensarse y superar el concepto de “relación laboral de carácter especial” de personas con discapacidad en centros especiales de empleo, en el marco del paradigma del trabajo decente. “Un marco normativo de hace 38 años como es el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los centros especiales de empleo no cumple hoy su finalidad general y sigue recogiendo en su artículo 16. dos. d) una diferencia sin justificación posible y que incluso debe calificarse de discriminación directa por razón de discapacidad al mantener la extinción del contrato de trabajo por faltas de asistencia justificadas pero intermitentes.”

5ª) Deben asimismo repensarse los incentivos a la contratación que no suponga un empleo significativo, evitando participaciones meramente simbólicas o testimoniales en el mercado laboral, salvo que sean consecuencia de una medida de “ajuste” por razón de discapacidad. Ello se acompaña de una “propuesta de actualización del concepto de “ajustes razonables” contenido en el artículo 2.m del RDL 1/2023, de 29 de noviembre (Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social — en adelante, LGDPD —) y el desarrollo reglamentario de su puesta en vigor para clarificar y actualizar conceptos (tales como “razonable”, “carga excesiva”, etc.), regular sus contenidos mínimos, establecer una concepción objetiva pero amplia de los ajustes (medios materiales y tecnológicos, pero también tiempo de trabajo, movilidad funcional, adaptación de la relación laboral, etc.), incluyendo además la posibilidad de que, mediante negociación colectiva, se avance en la adopción de métodos, condiciones de desarrollo de la actividad laboral y normas internas en las empresas relativas a los ajustes razonables que sean respetuosas con el principio de igualdad, pero que también incentiven la eliminación de desventajas o situaciones generales de discriminación hacia las personas con discapacidad.”

6ª) Impulsar la participación en el mercado de trabajo en tanto que constituye un derecho de ciudadanía de las personas con discapacidad. Un potente indicador es la puesta en marcha de normas e incentivos que reduzcan la tasa de personas con discapacidad inactivas, las que no participan en el mercado de trabajo, y también las personas con discapacidad desempleadas. Con perspectiva de futuro, en el plazo de diez años desde la adopción del nuevo modelo legal de inclusión laboral de personas con discapacidad la tasa de actividad debiera incrementarse en más diez puntos, alcanzando el 50 por 100, con lo que se irían reduciendo las diferencias de forma progresiva con las personas sin

discapacidad. Esto mismo se aplicará a las tasas de empleo y desempleo, en proporciones ambiciosas pero factibles.

7ª) Los apoyos y estímulos a la contratación de personas con discapacidad se deben establecer en base a la condición de discapacidad, con integración además en el concepto de discriminación interseccional.

8ª) Debe procederse a una reforma legislativa de los centros especiales de empleo que afecte incluso a su denominación. Los centros especiales de empleo deberían ser empresas inclusivas, que formen parte del ecosistema de la economía social, con la singularidad en su propósito de proporcionar un empleo significativo a personas con dificultades para incorporarse al mercado de trabajo debido a la condición de desventaja que implica la discapacidad y otros condicionantes sociales e interseccionales concurrentes.

9ª) Reforzar en el marco normativo y regulatorio el papel del Sector social de la discapacidad (iniciativa social no lucrativa) como sujeto legitimado activo y colaborador esencial del nuevo sistema de inclusión laboral, en particular en el diseño, impulso y ejecución de los planes de empleo dirigidos a las personas con discapacidad.

10ª) Con relación al resto del mercado de trabajo, esto es, el modelo abierto de empleo, se deben considerar diferentes vías de incentivar el empleo para las personas con discapacidad: reforma de la cuota de reserva de empleo para personas con discapacidad incrementando el porcentaje de reserva (el vigente es del 2 por 100), ampliando el espectro de las empresas obligadas y reformulando las medidas alternativas; adopción de medidas de acción positiva que avancen en la superación de la segmentación vertical (concentración en los niveles jerárquicos más bajos) y horizontal (limitación del acceso a determinadas profesiones, concentración en determinadas ocupaciones, las más elementales, más precarizadas y de menor nivel salarial); modificaciones legales concomitantes (Ley de Contratos del Sector público, Ley General de Subvenciones, etc.), premiando a aquellas empresas que superen voluntariamente la cuota legal de reserva de empleo, con prohibición del acceso a subvenciones, conciertos públicos o cualquier instrumento de colaboración con las Administraciones públicas, a las organizaciones, empresas, entidades, etc., que estando obligadas, incumplan con la reserva de puestos de trabajo.

11ª) Atención particular a la discapacidad sobrevenida y a las discapacidades del futuro, como las enfermedades mentales, el daño cerebral adquirido y las enfermedades raras, las cuales deben estar en la agenda del legislador e integrar la activación formativa y laboral en sus ámbitos de actuación.

12ª) Desarrollo de un ecosistema de apoyo integral que fomente el emprendimiento entre las personas con discapacidad.

13ª) Impulsar la formación a lo largo de la vida laboral de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones, respetando el principio de accesibilidad y garantizando la adaptación y los apoyos necesarios, en la formación, en los sistemas de cualificación y de adquisición de competencias (principalmente digitales).

14ª) Planificación de una transición ordenada del modelo actual hacia el nuevo modelo que garantice el éxito con un marco de actuación que contemple medidas transitorias.

15ª) Más allá de los futuros cambios normativos diseñados en el Libro blanco sobre empleo y discapacidad, sin duda, “la negociación colectiva debe contribuir a la fijación de un marco equilibrado para el desarrollo de las condiciones laborales de las personas con discapacidad, propiciando como hemos subrayado aquellas actuaciones que eliminen los obstáculos con los que se encuentran en su vida laboral y, en su caso, acudiendo a la inclusión de acciones positivas cuando se constate la existencia de situaciones desiguales de partida vinculadas a las condiciones laborales.”

7. VALORACIÓN FINAL

El tratamiento de la discapacidad en las normas promulgadas durante la XIV Legislatura ha incidido en materias muy diversas y con dispar alcance.

Así, en los ámbitos del empleo y la protección social, cabe destacar: 1) la regulación de la inserción laboral de las personas con capacidad intelectual límite por el RD 368/2021; 2) el reforzamiento del apoyo económico en tiempos de pandemia a los centros especiales de empleo por medio de la Orden TES/501/2021; 3) la contemplación de sendos programas de inserción laboral de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo y en el mercado protegido, por el RD 818/2021 que regula los programas comunes de activación para el empleo del SNE; 4) la previsión de reforma de la normativa para fomento del empleo de las personas con discapacidad en el marco de la nueva Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, aprobada por RD 1069/2021; 5) la introducción de medidas para facilitar el trabajo a distancia de las personas con discapacidad en la Ley 10/2021; 6) la caracterización como discriminación directa de la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad en la Ley 15/2022; 7) el lugar prevalente que se confiere al tratamiento de la discapacidad en la nueva Ley de Empleo de 2013; 8) la reordenación del sistema de incentivos a la contratación laboral de las personas con discapacidad en el RDL 1/2023; 9) la regulación de la jubilación anticipada de las personas trabajadoras con discapacidad en grado igual o superior al 45% por el RD 370/2023; 10) la reforma del procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad mediante el RD 888/2022, incluido un nuevo baremo; 11) la asimilación al 65% del grado de discapacidad en favor de las personas a las que se hayan fijado medidas de apoyo a su capacidad jurídica mediante resolución judicial, por el RDL 2/2023; 12) en el mismo RDL 2/2023, ampliación del plazo de disfrute de la prestación por cuidado de menores enfermos de cáncer u otra enfermedad grave, hasta los 26 años, cuando antes de cumplir los 23 años se les hubiera reconocido una discapacidad en grado igual o superior al 65%; y 13) las mejoras en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia introducidas por el RD 675/2023.

Ya iniciada la XV Legislatura, será importante comprobar en qué medida el Gobierno y el Legislador ponen en práctica las propuestas de intervención legislativa contempladas en el Libro Blanco de Empleo y Discapacidad, un ambicioso proceso de revisión del marco regulatorio de la discapacidad y el empleo que habrá de inspirarse y responder a los requerimientos de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (2006), en particular a lo dispuesto en su artículo 27 y en la Observación general núm. 8ª emitida por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de dicha organización multilateral.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS Y REPERCUSIONES DE LAS ÚLTIMAS RECOMENDACIONES INTERNACIONALES SOBRE EL EMPLEO DE LOS DISCAPACITADOS. LA OBSERVACIÓN GENERAL N° 8/22 SOBRE EL DERECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AL TRABAJO Y AL EMPLEO DE NACIONES UNIDAS Y LA ESTRATEGIA EUROPEA SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PARA LOS AÑOS 2021-2030

NOEMÍ SERRANO ARGÜELLO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valladolid*

1. INTRODUCCIÓN

El grado de cumplimiento de los derechos de la Convención de NNUU sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006 es analizado periódicamente por el Comité de Derechos de las personas con discapacidad. Gracias a las Observaciones efectuadas por el citado comité especializado de Naciones Unidas se detectan fricciones y se aportan medidas que, llevadas a efecto, pueden suponer mutaciones en legislaciones y prácticas nacionales para lograr — o al menos avanzar en — los derechos reconocidos por la citada Convención.

La Observación n° 8 adoptada en el mes de septiembre de 2022 por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad se centra en un pilar fundamental de la Convención, aquel que ofrece independencia y permite la realización de la persona mediante el derecho al trabajo y al empleo. Se podría decir que en 2022, después de haberse examinado previamente otros derechos, le tocó el turno al trabajo (art. 27 de la Convención internacional). Así la Observación n° 8 ofrece a los países pistas para atajar situaciones de desventaja laboral que son comunes en muchos Estados e indican las dificultades en el empleo de las personas con discapacidad. La Observación n° 8 de 2022 pone el dedo en la

llaga al señalar la falta de acceso al empleo de los discapacitados, en particular considera que el empleo del discapacitado no suele ser un empleo ordinario sino principalmente empleos protegidos y esta respuesta en no pocas ocasiones se asemeja a la segregación laboral, también con el apartamiento inicial, en el momento del acceso al trabajo, o, en su caso, la expulsión temprana del mundo laboral.

Todos los escenarios del trabajo para las personas con discapacidad identificados persisten en la discriminación laboral, manifestada ésta ya no sólo en la falta o carencias de su inclusión laboral sino en los propios centros de trabajo que no se preparan para acoger y mantener el empleo del discapacitado como se concluye por la denegación de medios necesarios adaptados, la falta de accesibilidad y también falta de ajustes razonables o la presencia de acoso por razón de discapacidad. El otro grave problema está en el empleo segregado, que ya podemos anticipar que no es bueno, pese a ser una práctica generalizada en las legislaciones bajo la excusa de mejor un empleo (empleo protegido) que la carencia o falta de empleo en sociedades que quieren o pretenden ser inclusivas para los discapacitados pero que en la realidad no lo son.

Sin duda, el principal aporte para el jurista nacional del trabajo de estos textos internacionales será que nos permiten repensar todo el diseño del derecho al trabajo y al empleo de las personas con discapacidad y comenzar a cambiar la legislación y nuestras prácticas, a fin de cuentas eso es lo que se requiere con la Observación nº 8 sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo, de 9 de septiembre de 2022.

2. LA OBSERVACIÓN GENERAL Nº 8/22 SOBRE EL DERECHO AL TRABAJO Y AL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

2.1. Un acercamiento a la observación

La finalidad de la Observación que comentamos se desprende ya de su primera línea: aclara obligaciones de los Estados para que lleven a efecto el cumplimiento del art. 27 de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad; precepto, que recoge tanto el derecho al trabajo como al empleo de los discapacitados, y lo hace en distintos planos o dimensiones del trabajo. Conviene resaltar que el derecho al trabajo es un derecho que ayuda al desarrollo de muchas otras facetas de la persona y de la propia vida (reforzándolas), en tanto que se adhiere o (si se prefiere la expresión) es inherente a la propia dignidad de la persona. Por ello se dirá que es un derecho que permite la realización de otros derechos en tanto aporta un sustento o medio de supervivencia a través de la remuneración, independencia económica, realización personal y el reconocimiento social de la persona (que también contribuye al desarrollo de la sociedad y comunidad en la que vive con su trabajo mientras se encuentra en activo). Lo que supone el reconocimiento del derecho al trabajo y su aportación social en la más pura perspectiva humanística y de los derechos humanos, en ocasiones paradójicamente muy olvidada por el derecho.

Se insiste, además, en un aspecto que desde el propio nacimiento histórico del Derecho del Trabajo se vincula con este derecho al trabajo, la libertad de elección o

aceptación¹, un aspecto al que debemos estar muy atentos porque la Observación en algunos pasajes exterioriza que no siempre la elección de la persona con discapacidad es efectivamente de libre elección y ello principalmente porque la oferta de empleos para los discapacitados no es la que existe para todas las personas, suele ser menor y más bien reducida a los ámbitos de empleo protegido.

En todo caso se analiza cómo han de ser la igualdad en este ámbito, así como la implantación de condiciones justas para los discapacitados de manera que el ejercicio del derecho del art. 27 de la Convención para ellos sea un ejercicio en igualdad de condiciones al resto de las personas.

Junto con esas, ya loables pretensiones, no se olvidan los objetivos de desarrollo sostenibles (conocidos por sus siglas como ODS), en concreto la, así llamada, meta 8.5: vida plena productiva, empleo y trabajo decente de todos, que por ello también incluye a las personas con discapacidad.

La lectura reposada de las primeras páginas de la Observación que traemos a estas páginas enseña la importancia del derecho al trabajo, la extensión de su reconocimiento en la normativa internacional así como sus múltiples y conexas vertientes, que en la propia observación del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad se analizarán como las plurales dimensiones del reconocimiento del art. 27 de la Convención de NNUU sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006, esto es, buscando que el derecho al trabajo alcance también a las personas con discapacidad, su reconocimiento en igualdad de condiciones con los otros trabajadores (no discapacitados) y para que sea una realidad en empleo ordinario, que además debe reunir las características de inclusivo y accesible para los discapacitados, pero también la interdicción de discriminación por razón de la discapacidad, el disfrute de condiciones de trabajo justas y favorables en igualdad, lo que nos conduce a la necesidad de volcarnos en la igualdad real para la persona con discapacidad, o, si se prefiere, la igualdad de trato en el trabajo². También es una importante

1 Así también el art. 35 de nuestra CE recoge junto al derecho al trabajo, el derecho a la libre elección de profesión y oficio. Idea que se repite en todos los textos internacionales y Constituciones que se refieren al trabajo, pongamos como ejemplo la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuyo art. 15 antepone en su rúbrica la libertad profesional al derecho a trabajar, y en su apartado 1º dispone: “*Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada*”. La Observación cita los instrumentos internacionales que recogen el derecho al trabajo, con expresa mención de los arts. 6, 7 y 8 del PIDESC, tanto en su dimensión individual como en el disfrute de condiciones favorables y seguras, lo que nos vincula con la seguridad y salud o prevención de los riesgos laborales y, sin olvidar el derecho colectivo, en particular en la vertiente del derecho de asociación sindical.

2 Sin duda, lo que hacen las primeras páginas de la Observación nº 8 del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad no es otra cosa que mostrar o, si se prefiere, aclarar (esta es como ya se ha apuntado la dicción literal utilizada, véase la página 1) cómo deben ser interpretadas las expresiones y dimensiones que el art. 27 de la Convención Internacional contempla. De ahí que, tras leer el contenido literal del precepto y las obligaciones para los Estados Partes, “*reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación*” para luego concretar el artículo en múltiples apartados esas acciones concretas (las medidas son recogidas en el largo elenco de las letras a hasta la k del art. 27.1 de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006). Medidas que van desde la prohibición de discriminación por

dimensión el derecho colectivo y su reconocimiento tanto en su expresión de libertad sindical como de participación o presencia en la negociación colectiva. No olvidándose tampoco de las fases previas y anteriores a la concertación del contrato de trabajo, esto es la importancia de las políticas de orientación laboral y de intermediación, todo lo que supone la colocación y la previa formación de la persona con discapacidad, y ello también supone la atención a la promoción, antes de obtener un puesto de trabajo, lo que se podría identificar con la promoción de oportunidades para el empleo o de empleo (si se prefiere) y además la propia promoción en el empleo o promoción profesional, que mira tanto a los ascensos como a no descuidar el aprendizaje permanente. E igualmente se hará hincapié en la incorporación de acciones positivas para fomentar la presencia de los discapacitados en el trabajo, con sistemas de cuotas, como las medidas de reserva o cuota de reserva u otros mecanismos y la debida atención a los problemas de interseccionalidad de determinados rasgos de discriminación junto con la discapacidad.

Otras facetas que se encuentran en el art. 27 de la Convención mirarán a fórmulas de empleo distintas al trabajo asalariado, o por cuenta ajena, con la vista puesta bien en las posibilidades de trabajo autónomo o por cuenta propia en todas sus vertientes (emprendimiento, economía social como el cooperativismo), o bien en las opciones de acceso al empleo público, finalmente.

No se olvidarán tampoco mecanismos estrella para conseguir la inclusión laboral de las personas con discapacidad, como son, entre otros, la implantación del ajuste razonable, la promoción de experiencias para los discapacitados en empleos ordinarios (el llamado mercado laboral abierto), la implantación de programas que contemplen todos los ángulos a los que atiende el derecho para la permanencia en el trabajo de los discapacitados, sea la rehabilitación, la readaptación o mecanismo de recolocación ya perdido el empleo.

El foco de la situación de falta de inclusión laboral de los discapacitados se centra en la lucha contra el capacitismo que ha venido identificando el trabajo, de manera que ello supone una afectación muy negativa para la discapacidad, porque es vista como “desgracia”. El capacitismo impide oportunidades de empleo a la persona con discapacidad. Pero esta visión del mundo laboral ha estado muy dentro de los diseños normativos de la integración laboral de los discapacitados durante años, porque fue sin duda la base del modelo médico y benéfico, que miraba por tanto a la capacidad de la persona desde esa visión (y sólo si lo era desde su concepción le permitía su integración laboral). Algo de ello persiste hasta nuestros días al seguir situando la mirada de los discapacitados en sus limitaciones funcionales, de su persona, sin examinar las limitaciones del entorno que impiden o dificultan sobremanera el trabajo de la persona con discapacidad. Pero no

razón de discapacidad en el empleo, pasando por medidas que protejan o aseguren sus derechos laborales en igualdad de condiciones, hasta la implantación de acciones positivas. Ya sólo los verbos utilizados son muy expresivos, prohibir, proteger, asegurar, permitir, alentar, promover, emplear, velar, de manera que el grado de compromiso y obligación también será diverso porque en algunos casos las obligaciones de los Estados serán más fuertes (prohibir discriminación por el motivo de la discapacidad, asegurar el ejercicio de sus derechos laborales y sindicales, emplear en el sector público, o velar por los ajustes razonables en el lugar de trabajo por ejemplo) y en otros de carácter más programático (alentar oportunidades de empleo y promoción y apoyar a las personas, promover oportunidades empresariales o su empleo en el sector privado).

conviene confundir la expresión capacitismo con la determinación de la persona como apta para el desempeño del puesto de trabajo³.

El capacitismo fue también el origen del empleo segregado para la persona con discapacidad, que quizá su primordial expresión en España se muestra en la implantación de los llamados Centros especiales de empleo. Así la persona podría realizar un trabajo pero para protegerlo, por ser discapacitado, se creaba un sistema de *ghetto* laboral, no en empleos abiertos u ordinarios. De manera que este enfoque capacitista impide eliminar: barreras, estigmas y estereotipos de la inclusión laboral (plena) de la persona con discapacidad. Además, dificulta el trabajo, su trabajo, sobre criterios de igualdad en comparación con las personas no discapacitadas. Conviene estar atentos a la expresión que utiliza la Observación el capacitismo⁴, no sólo resta oportunidades de empleo a los discapacitados, y en ocasiones podríamos decir que se las niega de plano, sino que les aparta del trabajo ordinario, o lo que es lo mismo sí permite la incorporación laboral pero no la inclusión, porque acceden a trabajos protegidos, pero eso no es ni trabajo, ni empleo significativo. Sin duda la expresión trabajo y empleo significativo (que bien podría traducirse o leerse en nuestra lengua como el trabajo y empleo genuino, el ordinario, el normal, el común) debe ser analizada por las legislaciones nacionales para desterrar de sus normas y de las prácticas todo lo que aparta al discapacitado de alcanzar ese empleo. Ello supone la implicación de la legislación laboral en su sentido más amplio, pero también a las legislaciones conexas de Seguridad Social, así como a las normas que reconocen los grados de discapacidad y, por qué no decirlo, a las más modernas normativas que examinan las situaciones de dependencia de las personas, sobre todo cuando están en edad laboral, sin olvidar que se tiende al alargamiento de la vida activa.

En fin, el capacitismo se conecta más con la apariencia que con la realidad, por eso a la persona con discapacidad enfocada desde ese sistema de valores capacitista se la convierte en persona apartada del trabajo y empleo significativo por ser la discapacidad además de desgracia, desventaja. De ahí que cualquier acercamiento, en serio, desde el derecho a la discapacidad debe transitar por el derecho a la igualdad y la no discriminación de las personas con discapacidad. A fin de cuentas, se concluye que es precisamente la concepción desde el capacitismo la cual discrimina en el trabajo por razón de discapacidad a los discapacitados, porque sí admite el empleo y regula mecanismos de integración laboral específicos pero no para el empleo abierto u ordinario sino el empleo o trabajo segregado, al que ya nos hemos referido como *ghetto*. La observación coloca esta visión capacitista en un trabajo para los discapacitados, casi en exclusiva para ellos, esto es en talleres protegidos y en otras ocasiones, aún peor, en el apartamiento de la economía formal hacia la informal. Además de indicar que las legislaciones y prácticas que vienen asumiendo esas

3 Parece oportuno recordar como el art. 4.2 c) ET ya diferencia estas dos expresiones, porque contempla la prohibición de discriminación por razón de discapacidad, pero siempre que la persona se halle en condiciones de aptitud para el desempeño del concreto trabajo o empleo.

4 Lo describe como *un sistema de valores que considera las características típicas del cuerpo y la mente como esenciales para vivir una vida valiosa. Basados en estándares estrictos de apariencia, funcionamiento y comportamiento*, añadiendo que este pensamiento identifica o considera la discapacidad como *desgracia que conduce al sufrimiento y a la desventaja* y ello devalúa la vida humana. En esta última apreciación se ve la importancia de la nueva perspectiva de la persona con discapacidad como persona merecedora del respeto de sus derechos como el resto personas, siendo estos derechos humanos y entre ellos el derecho al trabajo, motor de otros derechos, en cuanto “esencial para la realización de” esos otros derechos humanos.

fórmulas provoca a los discapacitados lesiones involuntarias, esto es quizá no queridas por el legislador, pero en ese afán de protección sin duda paternalista del trabajo, perpetradas.

Es sobradamente conocido que el gran giro de la Convención de 2006 fue la apuesta por el llamado modelo de derechos humanos de la discapacidad, para desterrar de los ordenamientos jurídicos esas perspectivas que no les hacían merecedores de los derechos humanos, no les reconocían como sujetos de derechos. Y así fijándose en sus discapacidades y al centrarse más en sus deficiencias se permitía un trato excluyente y hasta discriminatorio de la persona con discapacidad, permitía no imponer obligaciones normativas para eliminar todo tipo de obstáculos o barreras, tratar al discapacitado bajo criterios estigmatizantes que le alejaban del trabajo en igualdad real y efectiva (además de en las otras facetas de su vida). La ausencia de mirada a las potencialidades y capacidades reales de la persona con discapacidad a su vez dificultaba las políticas legislativas de reconocimiento del trabajo del discapacitado y en particular, no contemplaban políticas de empleo dirigidas a alcanzar niveles elevados de empleo para la persona con discapacidad en equiparación con el resto de la población trabajadora.

2.2. La radiografía de las personas con discapacidad: están peor posicionados

No sorprenden las afirmaciones de la Observación n° 8 que van ilustrándonos de la realidad de las personas con discapacidad en el empleo, en cualquier Estado, porque en todos ellos se observan sus muy altas tasas de desempleo, siempre en comparación con los no discapacitados, más aún si se integra la discapacidad en determinados grupos etarios, como los jóvenes o las llamadas personas de edad madura o se diferencia por sexos, más las mujeres, o se combina estos rasgos (discriminaciones múltiples) o se mira al territorio, siendo peor la inclusión en las zonas rurales o las no urbanas.

Penetrando en las condiciones laborales, otro punto en común son los salarios siempre más bajos los de las personas con discapacidad y por ello, pero no sólo, su empleo se adjetiva como vulnerable. No se puede olvidar tampoco que el acceso al trabajo en no pocas ocasiones lo es mediante el empleo no reconocido sea en cualquier manifestación de su plural cromática (negro, gris, informal).

Igualmente podría calificarse como barreras propias del trabajo de los discapacitados, que comparten con otras expresiones del empleo precario, la menor estabilidad laboral que se traduce en inestabilidad — incluida la pérdida o expulsión temprana del trabajo —, la pertinaz realidad de condiciones laborales “inferiores”. El no cumplimiento de exigencias de accesibilidad universal en los centros de trabajo que se traducen en no accesibilidad. La realidad de una menor promoción, habiéndose estudiado poco los techos de las personas con discapacidad, en este caso opacos y no precisamente de cristal, ni tampoco se ha estudiado suficientemente el suelo pegajoso vinculado a determinado puesto de trabajo que dificultan la progresión laboral y su ascenso.

Como hemos anticipado, ser persona con discapacidad en el mundo laboral es más difícil si además se pertenece a determinados grupos o colectivos, por ejemplo y especialmente si se es discapacitado y mujer, o por la edad, también en relación con el origen y la raza, problemas singulares de los migrantes, o, en fin, la discriminación por discapacidad en su intersectorialidad por razón de religión.

Finalmente, cabe cuestionarse si lo que para el conjunto de los trabajadores puede verse como oportunidades de mayores empleos y mejora de condiciones, algunos de los retos actuales del mercado laboral también lo son para los trabajadores que son discapacitados, como la digitalización, determinadas tecnologías y la misma inteligencia artificial o las transformaciones económicas. Sin duda debe observarse con detenimiento (y atendiendo al tipo de discapacidad) si las innovaciones y cambios laborales permiten las adaptaciones del puesto y su accesibilidad o, por el contrario, aumentan las ya abultadas brechas de la discapacidad frente al trabajador no discapacitado. Si configuran una mejora de sus oportunidades o no, ralentizan la inclusión laboral. La observación pone el dedo en la llaga al hablar de peligro, amenaza dice, de dejar atrás a las personas con discapacidad en su inclusión laboral. ¿Cuántas veces las legislaciones nacionales o han dejado en la cola o han escorado las posibilidades de empleo de las personas con discapacidad?

3. ANÁLISIS DE LOS DIVERSOS PUNTOS QUE ESCUDRIÑA LA OBSERVACIÓN GENERAL N° 8/22

3.1. Derecho al trabajo en igualdad de condiciones: empleo ordinario versus empleo protegido

Una de las aportaciones más valiosas de la Observación es en favor de la mirada del derecho al trabajo buscando, como se busca para el conjunto de la sociedad, alcanzar el pleno empleo⁵, también el de los discapacitados o, al menos, implantar medidas que se encaminen a la consecución de este objetivo. Sin olvidar que el empleo es un bien público que debe abordarse por y desde el Estado.

Quizá la más importante de las apreciaciones, ya entrando en la cuestión que nos atañe en este epígrafe, y bajo el manto de la igualdad de condiciones es la afirmación que contiene la Observación, pero que se viene formulando desde hace décadas⁶, de que la única oportunidad de empleo de los discapacitados no puede ser el trabajo en empleo protegido y, probablemente, tampoco debería ser la oportunidad mayoritaria.

Además, se anota como una fuente de discriminación laboral es precisamente el no acceso a un mercado de trabajo ordinario así como la segregación laboral de las personas con discapacidad. Pero la fuente de discriminación para las personas con discapacidad

5 La observación en algún momento se refiere al Convenio n° 122 de la OIT (1964) que refiere precisamente en materia de política de empleo tres características: pleno, productivo y libremente elegido.

6 El texto se remite a la Observación general n° 5 (1994) del CDESC, en su párrafo 21 enmarcado dentro de los derechos relacionados con el trabajo, se trata de una observación que trataba sobre las personas con discapacidad y aunque se realizara hace casi 30 años siguen vigentes sus apreciaciones, pues después de señalar que era necesario el apoyo al trabajo de las personas con discapacidad en el empleo ordinario, al referirse al derecho recogido en el art. 6.1 del Pacto de los Derechos económicos, sociales y culturales, esto es, el “derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”, se señalaba con cierta amargura que ello no se cumple si la oportunidad es el trabajo en talleres o lugares protegidos y se apuntillaba, además, y en condiciones inferiores a las normales. Allí ya se hacía referencia a ciertas discapacidades — entre las que se sitúa sin duda la intelectual —, con la limitación de ocupaciones o puestos, y con la advertencia de que esas prácticas “pueden violar el mencionado derecho”. Además de manifestarse abiertamente en contra de aquellas vías para los enfermos mentales que se identificasen con trabajos forzados con referencias a tratamiento terapéutico en instituciones, recordando la prohibición de este tipo de trabajos que se contempla en este caso en el Pacto Internacional de los Derechos civiles y Políticos.

que más se subraya consiste tanto en la denegación de ajustes razonables⁷, la persistencia de lugares de trabajo inaccesibles, así como el acoso por razón de discapacidad que sufren. Y, es más, se indica que estos tres focos de discriminación (denegación de ajustes, lugares inaccesibles y acoso) es una barrera para el trabajo y en particular para en empleo ordinario o empleo abierto. Ello es así hasta el punto de enmascarar una suerte de preferencia por el empleo protegido que para los redactores de la Observación provoca la falsa elección del empleo protegido o cerrado por la propia persona. Elección que se realiza ante las mayores dificultades que supondría un empleo ordinario con barreras de todo tipo (las físicas y las organizacionales, hasta de horarios y de pautas de trabajo), sin accesibilidad universal, carente de los debidos ajustes razonables para la concreta persona con discapacidad más el, sin duda, mayor riesgo de sufrir acoso por discapacidad.

Por lo cual, uno de los principales desafíos para los Estados es combatir esas formulaciones de empleo segregado, aunque sutilmente se denomine como protegido, señalando algunas características de esta tipología, tales como la segregación, su organización para determinadas actividades que se entiende que los discapacitados sí pueden realizar, la propia estructura legal, administrativa, productiva del taller protegido anclada en el modelo médico y rehabilitador, el hecho que no son una pasarela o puente para el mercado de trabajo ordinario (se dirá que no se promueve la transición al trabajo en abierto). También se destaca que en este empleo la persona discapacitada no percibe igual remuneración por trabajo de igual valor o la circunstancia de que los discapacitados no sean remunerados en igualdad de condiciones por su trabajo como los restantes trabajadores⁸.

7 Véanse sobre estas cuestiones las reflexiones de CABEZA PEREIRO, J.: «Los derechos de las personas con discapacidad: el derecho a un trabajo digno» VVAA (Dir. Romero Ródenas, M.J.): *Libro Blanco sobre empleo y discapacidad*. Real Patronato sobre Discapacidad. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, Madrid, 2023, págs. 254 y ss. El autor refiere la importante observación que se realizó en la Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación sobre la Convención, al poner de relieve que la ausencia de ajustes razonables incumpliendo la obligación de adaptación el empleador priva de legitimidad a medidas como el despido u otras disciplinarias, y el peligro de incurrir en discriminación. Idea que ya se reflejó por nuestro TC en STC 51/2021. El enmarque del ajuste en un incumplimiento de la normativa antidiscriminatoria puede observarse desde diversos ángulos, el propio art. 5 de la Directiva 2000/78, el art. 14 del CEDH en la interpretación del TEDH. En este sentido la STS de 23/02/22, rcud. 3259/20 avisa que la declaración de no apto de un servicio de prevención de riesgos laborales no permite despedir por ineptitud sobrevenida al trabajador discapacitado cuando previamente no se han intentado medidas de ajuste razonable por la empresa, declarándose en el caso la improcedencia del despido. En otras ocasiones la calificación será la nulidad. Por el contrario, cuando se acredita que la empresa sí realiza ajustes previos a la decisión de despedir, tratándose de personas con discapacidad, nuevamente declarando la improcedencia del despido, así la STS22/02/18, rcud.160/2016 que contiene un interesante análisis de la doctrina del TJUE sobre la discapacidad y el ajuste razonable en un despido por ineptitud sobrevenida.

8 Sin duda afloran con preocupación para el jurista español las dudas de cumplimiento de la legalidad internacional, cuando se recuerdan las normas que han permitido por una parte aplicar a los CEE en España su convenio colectivo propio y no el de la actividad económica realizada, pero también la excepción legal que se contempla en el art. 42.6 ET en relación con la DA 27ª que se incorpora al mismo texto legal tras la reforma introducida por el RD-Ley 32/2021 en relación a las contratas y subcontratas de obras y servicios, que lleva por rubrica “régimen jurídico aplicable en casos de contratas suscritas con centros especiales de empleo”. En ella expresamente se indica que no se aplica la regla de determinación del convenio colectivo aplicable del art. 42.6 ET cuando las contratas se realicen con esta expresión del empleo protegido que en España es el Centro especial de empleo (CEE). Ello puede comprobarse también en el concienzudo análisis que se hace de nuestra regulación en ESTEBAN LEGARRETA, R. y otros: «Régimen Jurídico» AA.VV (Dir. Romero Ródenas, M.J.): *Libro blanco sobre empleo y discapacidad*, cit., págs. 867 y siguientes, se llega a afirmar que existe distancia entre nuestra regulación y las exigencias de la convención cuando esta apuesta por el empleo ordinario

Otra cuestión que será más común localizarla en determinados países que en otros es la falta de cobertura por el sistema de Seguridad Social de quienes se refugian en el paraguas de taller protegido, sobre la base de sus contratos atípicos o irregulares.

Se concluye que las fórmulas de empleo segregado no contribuyen a la consecución del derecho al trabajo que recoge el art. 27 de la Convención de 2006.

Si bien se excepcionan de la consideración de taller protegido proscrito las empresas sustentadas por la iniciativa social, señalándose que no deben ser consideradas como empleo segregado si ofrecen condiciones de trabajo justas y favorables en igualdad de condiciones. Incluyendo expresamente a las que son dirigidas por personas con discapacidad y, también, a las de propiedad conjunta, esto es a las cooperativas o entidades asimilables.

3.2. Prohibición de discriminación

Como se viene avanzando uno de los apoyos basales del derecho al trabajo de las personas con discapacidad es la ausencia de discriminación por razón de discapacidad, esto es, el respeto a la cláusula de igualdad y del principio de no discriminación en el desempeño del trabajo para las personas con discapacidad.

Las manifestaciones de la discriminación por el motivo de la discapacidad son catalogadas como discriminación directa, indirecta, el hecho de denegar ajustes razonables también constituye una discriminación — por cierto, en el contexto normativo europeo se considera una suerte de discriminación directa —, y también el acoso por razón de discapacidad — del mismo modo es una discriminación directa —. La Observación aporta ejemplos de cada una de estas categorías, y es reseñable que la falta de accesibilidad se catalogue como una suerte de discriminación indirecta. O el hecho de que haga una amplísima consideración del ajuste razonable siendo discriminatorio tanto no llevarlos a efecto por medio de modificaciones necesarias, o mediante propiamente ajustes o mediante apoyos individualizados a la persona con discapacidad siempre que sean necesarios y adecuados, sin imposición de cargas desproporcionadas⁹. También se pone el burdo ejemplo de discriminación directa como la desconsideración de la persona, asumiendo que por su discapacidad no podrá realizar el trabajo y se indica en el empleo público (que debe ser — en otro apartado se dirá — adalid y ejemplo de inclusión de las personas con discapacidad).

La Observación tampoco deja de afrontar el problema, frecuente en el mundo del trabajo, de la discriminación por asociación, donde la respuesta discriminatoria se produce no al discapacitado sino a su familiar, esto es por tener hijos u otros familiares con discapacidad y en este supuesto no reconocer y negar derechos de contenido laboral para

9 El elenco de ejemplos de ajuste razonable va desde adecuación de equipos, por citar alguna medida paradigmática, en relación con la discapacidad visual con ampliación de texto, la falta de información accesible, no modificar el equipo de trabajo adaptado a la discapacidad, permitir el teletrabajo, incorporar intérpretes si son necesarios o medidas de planificación como reorganizar actividades, reprogramar trabajo o aportar personal de apoyo — lo que nos acerca a que el empleo con apoyo puede ser considerado como ajuste razonable. Se nos indicará lo que ya conocemos que el ajuste razonable es una acción individualizada que tiene en cuenta a la persona discapacitada, al concreto individuo y su necesidad — lo que distingue y diferencia el ajuste razonable de las exigencias de accesibilidad universal porque aquí no se dirige a la concreta persona o a la particular necesidad de esa persona —, y también que se deben negociar con la persona, y que el deber surge desde la formulación de la petición.

que pueda atender al cuidado del discapacitado¹⁰. Ello nos conecta con cuestiones propias de la conciliación de la vida laboral, personal y familiar y que pueden suponer acciones de represalia en distintos momentos desde la promoción, el no acceso a la formación, cuestiones vinculadas a tiempo de trabajo y disfrute de permisos¹¹, como a reducciones de jornada pero también a extinciones de la relación laboral.

Del mismo modo se detiene en el complejo fenómeno de la llamada discriminación múltiple (discriminación por dos o más motivos, y por ello — necesariamente — agravada) y de la discriminación intersectorial (interactuación de varios motivos de discriminación al tiempo y convertirse en inescindibles), acercándonos a los dos conceptos y a sus diferencias. Señalándose la mayor desventaja que sufren las personas con discapacidad en estos casos que entrecruzan esas circunstancias personales y vitales (sea la edad, el sexo, la religión, orientación sexual, el origen, etc.), con la situación de discapacidad que padecen. Se llegan a indicar los más graves obstáculos y las barreras que en el mundo del trabajo acaba limitando oportunidades, rebajando condiciones laborales, significativamente señala las salariales, así como las relacionadas con algunos rasgos de la persona que la hacen más vulnerable a la violencia y al acoso en el trabajo, como puede ser el sexo femenino pero también la edad, en particular las circunstancias de desventaja que sufren tanto los jóvenes como los trabajadores de edad.

3.3. Condiciones de trabajo justas y equitativas

La consecución de la no discriminación lleva aparejada, de suyo, que efectivamente la persona con discapacidad que trabaja o quiere trabajar sea equiparada en sus condiciones al resto de trabajadores, no discapacitados. Se ofrece relevancia a la necesidad de no justificar el pago de remuneraciones por debajo del salario mínimo por razón de discapacidad (que en el competo entendimiento de esta apreciación debiera afectar tanto al salario mínimo legal, como al mínimo convencional de referencia)¹². Destacándose que debe obtener la

10 Sobre esta cuestión se pronunció por vez primera la STJUE de 17 de julio de 2008, asunto C 303/06, conocido como el caso Coleman. A partir de entonces empezó a escribirse sobre la discriminación refleja o discriminación por asociación, así como a valorar estas reprochables conductas en el trabajo. En España podemos encontrarnos con reacciones similares a las del asunto Coleman por ejemplo son exponentes de esta misma realidad al obtener reacciones empresariales cuando se solicita cualquier tipo de medida o mejora o ayuda para la atención al discapacitado a cargo las SSTSJ de Cataluña de 23 de junio de 2011, de Andalucía (4456/2011), Sevilla, de 12 de septiembre de 2012 (rec. 3418/2011), de Cantabria de 18 de enero de 2019, rec 833/2018 o del TSJ de Madrid de 29 de julio de 2013 (rec. 340/2013).

11 Sírvanos de ejemplo el reciente derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor de hasta 4 días al año que incorpora el RD-Ley 5/2023 al 37.9 ET, y lo hace en trasposición del art. 7 de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y profesional de progenitores y cuidadores, que precisamente como novedad contiene este derecho a ausentarse del trabajo motivado en la, así dicha impropia, fuerza mayor por motivos familiares urgentes o inesperados. Directiva que también contempla particularidades del permiso parental cuando, o bien, sean los progenitores los que tengan discapacidad, o bien, en este caso sí relacionado directamente con la discriminación por asociación, para aquellos progenitores que tengan hijos con una discapacidad (también se indica con una enfermedad de larga duración, que como conocemos se ha equiparado por la interpretación del TJUE a la discapacidad). También esta Directiva europea insiste en las miradas a las necesidades específicas cuando se trata de adaptar este tipo de permiso no sólo a los progenitores con discapacidad, si no también, nuevamente, a aquellos progenitores que tienen hijos con discapacidad (o enfermedades graves o crónicas).

12 En España se ha indicado que esta referencia podría incluir no sólo el smi sino los salarios convencionales que también determinan niveles mínimos por grupos o puestos de trabajo, no pudiendo justificarse con apoyo en la discapacidad el salario más bajo o inferior al mínimo en ninguna circunstancia, afirmación

misma protección social, también la misma remuneración ante trabajo igual o de igual valor (que la persona no discapacitada), la atención a la salud en el trabajo y evitar el acoso por discriminación y su prevención. Todo ello en los términos que resumidamente se apuntan a continuación.

El cumplimiento de condiciones de trabajo justas implica, se nos dice, que exista una igualdad salarial, lo cual supone el derecho a la misma remuneración que perciben aquellos trabajadores no discapacitados que realizan trabajos o, bien iguales, o, bien similares. Adquiere así importancia capital el principio de igual remuneración al trabajo de igual valor. Y, expresamente se exige que las legislaciones garanticen cuando se esté en proceso de transición para abandonar el empleo segregado que se cumpla esa regla remuneratoria: igual remuneración al trabajo de igual valor.

También que se proteja al discapacitado en términos de seguridad y salud, esto es que el trabajo se lleve a cabo respetando la normativa de prevención de riesgos laborales, con mención especial a la protección frente al acoso por discapacidad, lo que supondrá llevar a la práctica medidas que incidan sobre los llamados riesgos psicosociales. Se recuerda que debe haber una sanción proporcional al daño en los casos de acosos pero también disuasoria para prevenir reiteración de daños, para lo que pueden servir los diseños de las sanciones que contienen las normas antidiscriminatorias — por distintos rasgos —. En particular prestar atención a las particularidades de la siniestralidad laboral y que estén cubiertos no sólo los trabajos más estables sino que la cobertura alcance a los más precarios (independientemente de su condición formativa, de la prestación a tiempo parcial, de trabajo informal o incluso cuando se trate de trabajo por cuenta propia también se proteja el riesgo profesional). Se pone el acento en que al diseñar las políticas de salud laboral también se cuente con la participación de los discapacitados (a lo que deberán atender los sindicatos, las asociaciones empresariales y también tenerse presente en los procesos de negociación colectiva).

Al tiempo es necesaria la reparación de los daños por discriminación por razón de la discapacidad en el empleo, es decir, la protección de la debida tutela cuando se lesiona un derecho como la no discriminación, que es un derecho fundamental. Debiendo indemnizar, reparar o resarcir, reponer, etc.¹³

3.4. Derechos colectivos. Particular llamada de atención a sindicatos y negociadores

Un breve apartado se dedica a la garantía de los llamados derechos de corte colectivo, con mención del derecho de libertad de asociación, que como sabemos es lo que es el derecho de libertad sindical y también se refiere al derecho huelga. Se nos recuerda

realizada cuando se estudia la Relación Laboral especial (que permite un contrato a bajo rendimiento y una rebaja salarial que puede llegar hasta el 25% en el art. 13 RD 1368/1985), nuevamente ESTEBAN LEGARRETA, R. y otros: «Régimen jurídico» VVAA (Dir. Romero Ródenas, M.J.): *Libro blanco sobre empleo y discapacidad*, cit., pág. 890.

13 Consiste, como bien se conoce, en una cuádruple tutela, *declaratoria* que fijará el derecho(s) fundamental(es) vulnerados en nuestro caso en relación a la prohibición de discriminación por razón de discapacidad y concretará la nulidad de la conducta, *inhibitoria* que ordenará el cese de la conducta, *repositoria* ordenando la restitución al momento anterior a la lesión del derecho (siempre que sea posible) y *resarcitoria* o *reparatoria* condenando al empresario a reparar y en su caso imponiéndole el pago de una indemnización.

que estos derechos sirven a la consecución de reivindicaciones laborales, la defensa y conservación de los derechos de los trabajadores.

De ahí que expresamente se recuerde al sindicato el papel que debe jugar, y no sólo al del sindicato, también el rol de la negociación colectiva para la defensa de los derechos de las personas con discapacidad; poniendo el énfasis en el derecho al trabajo¹⁴, la importancia de la defensa de quienes prestan servicios en el empleo protegido, el segregado, que es el adjetivo que utiliza la Observación nº 8. Recordando que también en su tarea de defensa de los intereses de los trabajadores se encuentra la defensa del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, algo que ya se ha remarcado en ocasiones anteriores¹⁵. Llama a la responsabilidad del sindicato y en particular incentiva que la negociación colectiva no solo recoja la prohibición de discriminación por razón de discapacidad sino que dedique cláusulas a la consecución de los debidos ajustes razonables, porque allí efectivamente el papel de la negociación es de singular importancia. Y recuerda que los convenios colectivos deben recoger la prohibición de discriminación por razón de discapacidad.

Al sindicato también le llama a la promoción del empleo en el diseño de la política de empleo sin olvidar a la discapacidad.

3.5. Orientación laboral, colocación y formación

Resulta un lugar común que la realidad del acceso al trabajo necesita de incentivos pero también de un correcto diseño de los estadios previos a la concertación de un contrato laboral o de la integración laboral, y ello es aplicable también a las personas con discapacidad. De ahí que se señale que también en esas fases anteriores y previas a la integración laboral deben llevarse a cabo acciones que, en igualdad de condiciones, contengan reglas de accesibilidad para los discapacitados (ello implica desde la accesibilidad a los lugares, a la información a materiales y también la financiación introduciendo la financiación de ajustes razonables en estas fases, de los que ya serán responsables las oficinas de empleo o de colocación, hasta otros mecanismos para la capacitación profesional) y de los servicios de empleo.

14 Debe señalarse que la Observación nº 8 no está defendiendo la negociación colectiva especial que en España existe para los CEE y que genera disfunciones de tránsitos hacia el empleo ordinario y en la propia aplicación de la normativa laboral en régimen de igualdad entre los trabajadores discapacitados y los no discapacitados, sirva de ejemplo la STS de 30/03/22, rcud. 2375/20 que cuando la empresa saliente es un CEE y la empresa entrante ya no lo es, no habiendo actividad de convenio colectivo sectorial aplicable, no exige la subrogación de trabajadores para la nueva empresa, entrante que no es CEE precisamente por no tener esa condición.

15 Así se llega a proponer en España una suerte de planes negociados para la promoción del empleo de las personas con discapacidad trayendo mutatis mutandis el modelo que diseño para contrarrestar la discriminación por razón de sexo la LO de igualdad 3/2020 y perfeccionó el RD 901/2020, así ESTEBAN LEGARRETA, R. y otros: «Régimen jurídico» VVAA (Dir. Romero Ródenas, M.J.): *Libro blanco sobre empleo y discapacidad*, cit., pág. 893 y 894. Quizá convenga recordar que ya hubo un mandato para la imposición de este tipo de medidas, antes que la obligación de los planes de igualdad y que cayó en el olvido del regulador normativo. La medida estaba recogida en la Ley 62/2003, cuyos arts. 42 y 43 establecían respectivamente “*Los convenios colectivos podrán incluir medidas dirigidas a combatir todo tipo de discriminación en el trabajo, a favorecer la igualdad de oportunidades y a prevenir el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*” y en el art. 43, bajo la rúbrica de fomento de planes de igualdad figura lo siguiente: “*Los poderes públicos fomentarán la adopción por las empresas y por las organizaciones sindicales y empresariales de planes de igualdad a favor de las personas con discapacidad, mediante los incentivos y medidas de apoyo establecidos para ello*”. Lo cual sin duda cayó en el olvido de negociadores y del propio legislador.

Llama la atención que se indique que no se deben segregar los servicios, ni en la oferta laboral ni los destinados a la formación. Nuevamente late la idea que la protección es aparente cuando se segrega porque, no lo olvidemos, resta las oportunidades del empleo abierto u ordinario a la persona con discapacidad o impide conocer y concurrir a determinadas ofertas laborales.

Estas cuestiones relativas a los principales instrumentos de la política de empleo (orientación, colocación, formación, etc.) se consideran importantes en todas y cada una de las etapas, sea el acceso, prestación de servicios de empleo o la recolocación una vez perdido el empleo. Por supuesto, como ya se ha dicho, en la formación (y en todas las proyecciones formativas, inicial, del o para el empleo, durante toda la vida como aprendizaje permanente, para el reingreso al trabajo, cuando sea necesaria la tutoría a personalizada).

3.6. Promoción de oportunidades y en las distintas facetas de oportunidades de empleo (público e iniciativa emprendedora)

Como para cualquier trabajador es necesario generar oportunidades de empleo y profesionales para los discapacitados, sin descuidar la formación, la dedicación al aprendizaje permanente, programas de tutoría, la relevancia de oportunidades de ascensos, como acaba de subrayarse. Destacando la importancia de la promoción que permite el legítimo derecho a la progresión profesional y el ascenso como los restantes trabajadores. Preocupan a los redactores de la Observación nº 8 las dificultades para la consecución del derecho al trabajo y de la promoción laboral y en especial la de las mujeres discapacitadas, ya hemos mencionado anteriormente el techo de cristal (aquí sí de cristal) para la mujer con discapacidad.

El trabajo por cuenta propia, generar inquietudes de espíritu empresarial y la integración en cooperativas es una vía más de oportunidades de trabajo. Habida cuenta de la importancia de la presencia laboral de los discapacitados en mayor número, también se potencia el paso (o las llamadas transiciones) de la economía informal a la economía formal. Sobre todo, lo que supone la apuesta por el trabajo por cuenta propia o autónomo para el cual se destaca la importancia de recibir información.

También es una oportunidad el empleo público y en este caso se exige que sea paradigma de inclusión laboral de la persona con discapacidad. Espejo donde pueda mirarse el empleo privado. De manera que a las Administraciones, sector público y empresas públicas les corresponde más rigor, más inclusión, ser, en fin, más ejemplo de la diversidad de la sociedad. Diseñándose estrategias e incluso llamando a “crear conciencia”, contratar y también prestar la atención debida a sus empleados con discapacidad. No bastan las cuotas de reserva, pero su implantación sí resulta siempre imprescindible.

Por ello se considera que el eje central y motor de las acciones afirmativas que permitan la inclusión laboral de las personas con discapacidad ha de ser el empleo público: mediante fondos, con el recurso a las cuotas de reserva o fijando concretos objetivos, y además para que ello no caiga en papel mojado se deberá examinar el grado de consecución e informar anualmente de ello, es decir no sólo plantear unos indicadores sino realizar el seguimiento del grado de consecución.

3.7. La promoción del empleo privado

En este caso se refieren a una serie de medidas que pueden realizar los Estados para elevar la presencia de personas con discapacidad en el empleo, dirigidas en este caso a la inclusión laboral en el trabajo por cuenta ajena de la empresa privada. Se reproducen las tradicionales acciones afirmativas como las cuotas de reserva de empleo, pero también se apunta a otras acciones que sirvan de palanca a la reserva de empleo como incentivar la idea de capacidad, desterrando la negatividad de la discapacidad.

Igualmente en la interrelación de la empresa privada con la pública se refiere a medidas que en el acceso a la licitación pública exijan la presencia de personas con discapacidad en la empresa privada, o el diseño de pliegos con lo que conocemos como la cláusula social, es decir, otorgando ventajas a aquellos que o bien emplean a personas con discapacidad o pertenecen al ámbito de la discapacidad. Hasta el punto de mencionarse ayudas que pueden llegar a ser incluso salariales y fiscales. En general se propone que en la orientación de estas medidas se incorpore en un enfoque global de la empresa para la consecución de la promoción del empleo de las personas con discapacidad en la empresa privada.

Se enumeran concretas medidas que son compatibles con la Convención internacional y, entre ellas, cabe destacar la necesidad de incorporar una mirada a la discapacidad y a otros rasgos (edad, sexo) en la organización. Por el contrario, se afirma con rotundidad que las políticas de compra preferencial que supongan tanto la promoción como el apoyo del empleo segregado no son medidas compatibles con el Convenio de 2006 (se refiere a la Convención). Lo que parece todo un aviso a navegantes en el diseño español de la llamada cláusula social en la contratación pública o en las medidas sustitutivas de la cuota de reserva (por poner algunos ejemplos de acciones que pueden colisionar de manera frontal con estas finalidades).

3.8. El ajuste razonable. La importancia en el puesto de trabajo

La Observación viene refiriéndose con cierta reiteración al ajuste razonable, pero dedica un apartado concreto al cumplimiento de la obligación que recoge el art. 27.1 letra i) de la Convención, que exige velar para que se realicen ajustes razonables. Se nos recuerda que el ajuste razonable implica modificaciones e individualización, que sirve para conseguir el desarrollo del trabajo, su ejecución, en condiciones de igualdad con el resto de los trabajadores. Recuerda que corresponde a los Estados ofrecer la necesaria asistencia técnica y financiera al empleador para que puedan llevarse a cabo los ajustes razonables, esto es, que la inclusión laboral del discapacitado que precisa de las medidas del ajuste no debe recaer sólo sobre el empresario, sino que ello incumbe también al Estado no sólo en el seguimiento del cumplimiento de la obligación (medida de policía) sino también gracias a las asistencias y ayudas (medidas financieras).

El ajuste razonable es un derecho de la persona discapacitada que lo necesita, por ello la empresa no podrá denegarlo. Se nos muestran los pasos a seguir para su provisión, indicándose las preferencias de esas medidas ante la necesidad de ajuste razonable sean las expresadas por la persona, esto es se deja a la persona con discapacidad que solicite la solución dentro de las posibles. La exigencia empresarial para implementarlo tiene un límite el de la "carga indebida", o la carga excesiva, y si fuera así frente a esa carga habría que

buscar otra solución, una medida alternativa factible que no suponga esa carga. No seguir estos pasos se considerará una denegación de la adaptación y, como ya se anunció, ello constituye una discriminación (directa).

3.9. Experiencias en empleo ordinario

Tras las afirmaciones previas que indican, por un lado, de que no es visto con buenos ojos el empleo segregado para las personas con discapacidad, por otro, que el entorno de trabajo para cumplir el principio de libre elección sólo puede ser aquel que permite el entorno de trabajo abierto afirmándose que los entornos de trabajo segregados son incompatibles con el derecho pero antes se había indicado que el derecho al trabajo de las personas con discapacidad no se realiza cuando su única oportunidad real es el trabajo segregado.

Probablemente ante la realidad de la pertinaz existencia de trabajo en talleres protegidos se realiza una propuesta de experiencias que deriven a la persona con discapacidad al empleo ordinario, mediante mecanismos de apertura y primera experiencia laboral en este entorno abierto, gracias por ejemplo a figuras como pasantía, becas, aprendizajes, ayudas.

Implantar este tipo de medidas permitirá las conexiones con la empresa, a las que ya no les será ajena la incorporación de personas con discapacidad, pero también se advierte de peligros y por ello, en particular, se propone el control de posibles abusos, en particular de los jóvenes con discapacidad por su especial vulnerabilidad. Se impulsa la presencia en el mercado de trabajo ordinario pero sin dejar de formular las precauciones necesarias, para quizá impedir que la propia persona con discapacidad con malas experiencias en estos programas de capacitación sea la que rechace luego esta inclusión.

3.10. Atender al acceso, mantenimiento y regreso al empleo

La inclusión laboral de la persona con discapacidad necesita de atención en todos los frentes, al inicio, durante la relación laboral y a su término para fomentar el reingreso lo más temprano posible al trabajo con independencia de que sea con el mismo o distinto empleador, para que nunca sea una excusa para perpetuar el empleo protegido, o que este sea la vía de escape ante el fracaso del empleo abierto.

En esta ocasión se insiste en el apoyo para la permanencia, lo que implica de suyo el mantenimiento del empleo de la persona con discapacidad. También se evocan las transiciones, atender a la continuidad en el empleo mediante la recolocación tanto si surge una nueva discapacidad como si se agrava la existente, la idea fuerza es permanecer en el trabajo, en el puesto o pasar a realizar funciones distintas, pero no perder el empleo¹⁶. Y en este orden de cosas se insiste en la necesidad de la rehabilitación del discapacitado.

Se ofrecen múltiples posibilidades para la recolocación, continuación en las mismas funciones, movilidad funcional pero también el empleo en otra empresa. Y específicamente

16 Se trata del único supuesto en el que se señala en la Observación un mal ejemplo español, concretamente en dos asuntos abordados por el Comité: *JM c. España* (2016) y *VFC c. España* (2015) en los cuales reflejó el incumplimiento del Estado de las obligaciones de la Convención de 2006, precisamente al no haberse garantizado la continuidad en el empleo asignando funciones que sí pudiera realizar la persona con discapacidad.

vuelve a insistirse que cualquier programa de regreso al trabajo de los discapacitados no debe promover el empleo protegido en entornos segregados, sino lo contrario.

3.11. Trabajo forzoso (manifestaciones diversas de esclavitud, servidumbre, obligatorio, secuestro y también segregado)

Ya se ha mencionado que la libre elección de empleo contrarresta expresiones de etapas históricas superadas de fórmulas variadas de empleo forzoso, y se reflexiona precisamente sobre los discapacitados, al ser uno de los grupos que tienen mayor riesgo de padecer alguno de estos fenómenos. Por ello, se insiste en evitar el mayor riesgo, la puesta en marcha de actuaciones propias de sensibilización, información, procedimientos de denuncia y también de un régimen de sanciones, así como de la reparación y el resarcimiento del daño.

Cumplir con la Convención y el derecho al trabajo en ella reconocido para las personas con discapacidad debe garantizar el acceso a un trabajo libremente elegido, para eso ha de examinarse que esté presente el consentimiento. Por ello es necesario avanzar en las alternativas al trabajo segregado como única opción, que la persona elija y vaya no contra su voluntad, que las condiciones laborales sigan bajo la idea de consentimiento no explotado, no exista ni explotación ni coerción, se afirma que en el caso de las personas con discapacidad no es suficiente el consentimiento para concluir que la persona no se encuentra en situaciones de esclavitud, servidumbre o trata de seres humanos.

4. LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARA HACER REALES LOS MANDATOS DE LA CONVENCIÓN

4.1. Obligaciones generales

Mediante el recurso a tres verbos en infinitivo se señalan cómo los Estados están llamados a garantizar el progresivo cumplimiento derecho al trabajo, además se indica que los plazos deben ser cortos tras la entrada en vigor de la Convención para el firmante.

Los deberes se concretarán así en la obligación de respetar, que se traduce en cumplir con la Convención de NNUU sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006. Lo cual implica no interferir en el derecho al trabajo, pago de salarios, prohibición trabajo forzoso. Evitar estereotipos para el empleo de las personas con discapacidad. Y también conocer que la discapacidad no es incapacidad para trabajar. Reflexionar sobre esta afirmación es la clave de bóveda de la inclusión laboral del discapacitado, que no sólo incumbe al Estado, también a la ordenación jurídica e incluso a la propia persona cuya decisión no debe ser: al ser discapacitado busco una declaración de incapacidad (lo cual sucede con demasiada frecuencia, sólo basta acercarse a los anales de jurisprudencia).

La segunda obligación es la obligación de proteger, e implica promover los derechos humanos y eliminar la discriminación en todas y cualquiera de sus manifestaciones, al menos las cuatro que se citan (discriminación directa, indirecta, ajuste razonable y acoso por razón de discapacidad).

La tercera es la obligación de cumplir, ello a su vez transita por otros deberes que se concretarán en facilitar, promocionar, promover. Para su consecución será necesaria la investigación, el diseño universal y las tecnologías de apoyo. Cumplir con la Convención

en cuanto al derecho al trabajo y al empleo exige que haya trabajo abierto, esto es, empleo ordinario y que este sea inclusivo y a su vez accesible.

4.2. Concreción de las obligaciones básicas de los Estados

En este caso se marcan unos estándares mínimos para todos los Estados y con su cumplimiento, sólo si se alcanza, podrá entenderse que se respeta el derecho al trabajo y al empleo que contiene el art. 27 de la Convención.

Así, en primer término, se exige la garantía de la no discriminación e igualdad en el empleo. Para ello también resulta imprescindible garantizar los ajustes razonables. Su consecución pasa por el cumplimiento de funciones atribuidas a los Estados, entre ellas la transición hacia el empleo ordinario, la promoción del empleo con apoyo¹⁷, el percibo de remuneración que no sea inferior a los salarios mínimos¹⁸, y que no suponga una pérdida de prestaciones por discapacidad cuando inician o retoman su periplo laboral, ello supone el acceso a pensiones y subsidios.

La presencia de un entorno inclusivo y saludable es irrenunciable para las personas con discapacidad. Como lo es asegurar la igualdad de oportunidades, que incluya también las oportunidades de promoción y desarrollo profesional, así como la obligación de garantizar el acceso a la formación. El compromiso alcanza la obligación de combatir la discriminación por sexo y el acoso.

Algunas de las obligaciones se catalogan como fundamentales en directa vinculación con el derecho a condiciones de trabajo equitativas, así lo es no sólo la anteriormente citada lucha contra la discriminación sino también la fijación de salarios mínimos que permitan una subsistencia digna y cumplan el criterio de suficiencia en los que se tengan en cuenta los elementos tradicionales (factores económicos, indexación al índice de precios, etc.; los requisitos que se recogen para el salario en todos los ordenamientos jurídicos laborales, que esas exigencias también se cumplan cuando se trata de la remuneración o retribución de la persona con discapacidad).

17 Interesantes reflexiones que genera esta observación para el empleo con apoyo en ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Propuesta para el relanzamiento y la consolidación del empleo con apoyo en España (Reflexiones a la luz de la Observación nº 8/2022 del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad, sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo)», *Temas Laborales*, nº 167, 2023, págs. 11 a 46.

18 Sin duda algunas de las decisiones judiciales que entienden que no se vulnera la igualdad retributiva para la persona con discapacidad cuando se le aplica el CC especial de CEE de iniciativa social, permitiendo un salario más bajo a la postre como acontece en la STS de 18/05/22, rc. 47/20 no apreciando discriminación salarial apoyándose en las características singulares de los CEE de economía social y sin ánimo de lucro dando por buenas las diferentes tablas salariales diferenciadas por el origen del CEE sin someterse a los salarios del sector en el caso, no parecen ser en absoluto acordes con esta tajante aseveración de la Observación nº 8. Y, también otras resoluciones que al albur de la identificación del Convenio colectivo de aplicación en caso de subcontratas que apuntan al criterio de la actividad desarrollada por la subcontrata y no de la empresa, la actividad que llevan a cabo los trabajadores de la contrata, aplicando un convenio distinto del resto de los trabajadores por ejemplo STS de 6/10/22, rc. 35/21. La particularidad del CEE que en parte se le puede exigir alguna obligación del CC de la actividad, pero en otras cuestiones se está al CC específico de los CEE, así STS de 28/06/23, rcud. 4205/20 y la aplicación por ejemplo para una mejora voluntaria no del convenio de la actividad sino del CC especial para los CEE aplicando en el caso el propio CC de CEE en STS de 11/04/23, rcud. 2159/20.

En esa lista de obligaciones fundamentales se incorpora el control del tiempo de trabajo aunque se formula mediante el cumplimiento de los descansos, la limitación de las horas de trabajo, el respeto de vacaciones remuneradas así como los festivos.

5. INTERCONEXIÓN DE LA OBSERVACIÓN CON DIVERSOS PRECEPTOS DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En un esfuerzo considerable de vincular el derecho al trabajo y al empleo con múltiples garantías y protecciones reconocidas también en forma de derechos en la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006 se irá deshilando el complejo itinerario que los derechos de contenido laboral muestran con estos otros preceptos. Así, por orden numérico se advierten las ligaciones con el art. 5 referido a la igualdad y no discriminación, el art. 6, que recoge la mirada femenina de la discapacidad y pone énfasis en los peligros de discriminación múltiple e intersectorial, el art. 7 concerniente a la protección del menor, trabajo doméstico, o, en fin, la mayor exposición a trabajos peligrosos en esos ámbitos o por ese colectivo o grupo.

También el art. 8 de la Convención, en este caso sobre la apuesta por campañas de sensibilización que contengan aspectos en favor de la lucha contra el estereotipo de la persona con discapacidad que habla de las dificultades de interacción con compañeros de trabajo, para que ponga en valor la mayor productividad (por la conocida la menor distracción de estas personas) de determinados discapacitados.

El debido respeto de los derechos recogidos en los arts. 9 y 20 de la Convención, sobre la accesibilidad y movilidad personal. El art. 12 referido a la personalidad y capacidad jurídica, que incluye capacidad en la formalización e inicio de la relación laboral, y la toma de decisiones durante la prestación aún asistida, gracias al apoyo que en cada caso se necesite (que se introduce mediante la curatela¹⁹).

Cobra relevancia singular el art. 13 de la Convención de 2006 se detiene en el acceso a la justicia y cita no sólo las cuestiones características del derecho del trabajo sino también las reclamaciones (indemnizaciones). El art. 16 de la citada norma internacional recoge el derecho de las personas con discapacidad a no ser coaccionados, con especial atención a los posibles riesgos por los obstáculos y la comprensión de lo que comporta el consentimiento otorgado en toda su extensión, y a que el mismo, el consentimiento, exista para evitar esclavitud o servidumbre. También se pone énfasis en la evitación de la explotación laboral de los más jóvenes. El art. 19 se refiere a la vida independiente e inclusión de la persona en la comunidad, el trabajo ofrece independencia económica, si bien, en ocasiones serán necesarios apoyos adicionales y de tipo financiero. El art. 22 se centra en la llamada intimidad y su respeto, en este caso se indicará que los empresarios han de obtener el consentimiento del trabajador discapacitado para compartir información sobre

¹⁹ Por ejemplo, en España se abre esta puerta con la aprobación de la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica no habiendo sido precisa la reforma de la legislación laboral, de nuestro Estatuto de los Trabajadores, porque el art. 7 ET reconoce capacidad para contratar con referencias a lo dispuesto en la legislación civil y la contratación de la persona con discapacidad desde la propia Convención no puede entenderse como limitada, precisamente por lo regulado en ese art. 12 de la Convención de 2006, a los que se les reconoce, aunque ésta pueda necesitar ser asistida.

la discapacidad, o que es conocida, y también con aquella que por el uso de información genética reflejase predisposición a determinada discapacidad o deficiencia.

El art. 24 de la Convención aborda la educación inclusiva, siendo esencial para la preparación de la persona con discapacidad para el trabajo y la integración en un empleo ordinario o al menos la participación en el mundo laboral. Respecto del art. 26 se refiere a la protección de la salud y seguridad, destacando la importancia de los programas de habilitación y rehabilitación de las personas con discapacidad.

El art. 28 de la Convención contempla el derecho a la Protección Social, es el otro reverso del derecho al trabajo cuando se pierde el empleo; de ahí que no se olvide citar la necesidad de garantizar adecuada protección al desempleado discapacitado, pero también a quienes trabajan a tiempo parcial, a los eventuales, a los trabajadores por cuenta propia, o aquellos que, siendo personas con discapacidad, se encuentran en la economía informal. Se efectúa un repaso de determinadas situaciones en las que debe ofrecerse algún mecanismo prestacional, con la particularidad de atención cuando la persona con discapacidad no se presenta a oferta de empleo, o cuando surge una emergencia de salud pública necesitados de protección (singular) por sus características, y se señala la necesidad de una respuesta inmediata cuando se cesa en el empleo. Además, se detiene en la importancia de la protección también al cuidador (mayoritariamente mujeres y familiares). Y en el lenguaje y los vocablos de Seguridad Social interesa que se destierren conceptos como la incapacidad para trabajar, o la aptitud. Refleja asimismo que se debe potenciar, conservar y alcanzar en su caso el regreso al empleo — la recolocación —; para ello los modelos de protección social han de incluir mecanismos para su logro, actuaciones flexibles en términos de Seguridad Social que respondan al individuo, a la persona con discapacidad, diseñando al amparo de la flexibilidad puentes, pasarelas o transiciones entre las prestaciones y el trabajo.

Los arts. 27 y 29 de la citada Convención dedicados a derechos colectivos recuerdan la importancia de la negociación colectiva para la atención a las personas con discapacidad en el diseño de políticas de empleo que a los negociadores concierne, además enfatiza la constitución de propias organizaciones de persona con discapacidad en la defensa de sus intereses, así como su participación y consulta, y el necesario apoyo económico para éstas.

Finalmente, el art. 31 de la Convención de 2006 se refiere a aspectos instrumentales pero que permiten conocer datos de las discapacidades (en plural), conocimiento estadístico, seguimiento de los datos y su evaluación. Ello permitirá un más correcto acercamiento a la discriminación por discapacidad y las dificultades de acceso al empleo, así como la agrupación de discapacitados en fórmulas atípicas de trabajo o incluso el porcentaje de presencia en la economía informal. Para finalizar este amplio vínculo con la referencia al art. 32 de la citada Convención de NNUU sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006 que trasciende a los aspectos nacionales para dedicarse a la cooperación internacional, relacionándolo con los ODS, nuevamente la meta 8.5. para volcarse en esfuerzos internacionales de trabajo decente. Cooperación internacional que también es relevante para romper el acceso desigual a las tecnologías allí donde hay escasez de recursos.

6. LA NECESIDAD DE DESCENDER A NIVEL NACIONAL. LOS DEBERES DE CADA ESTADO PARA ADECUAR Y REVISAR SUS ACCIONES EN EL CUMPLIMIENTO DE LA CONVENCIÓN

La Observación n° 8 concluirá con una lista de deberes que incumbe cumplir a los Estados parte para el cumplimiento de las obligaciones que derivan del reconocimiento del derecho al trabajo y al empleo de las personas con discapacidad.

En primer término, encarga que se realicen estudios sobre cómo repercute el capacitismo en las personas con discapacidad, y también adicionalmente que se estudien y conozcan las barreras en el acceso al trabajo. Y estos estudios se realicen desde y con perspectiva de género examinando, por tanto, las cuestiones atinentes de sexo/género, pero también a los otros rasgos que interactúan con la discapacidad como, por ejemplo, la edad y se propongan buenas prácticas. A fin de cuentas, se piden soluciones novedosas que sean fruto de la reflexión de estos estudios — en cada país — para mejorar el nivel de presencia en el empleo de las personas con discapacidad, atendiendo a las circunstancias particulares.

Asimismo, se interesa la consulta a las organizaciones de las personas con discapacidad, y pretende que éstas se involucren en programas y políticas de empleo concretos, revisando esas cuestiones, llegando a expresar la actuación en varios ámbitos. (1) Desde el actuar en la legislación para así derogar aquellas leyes discriminatorias que resulten incompatibles con la Convención de NNUU sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006. (2) Pero también, en una exigencia de uso, más difícil de llevar a la práctica se habla de cambiar costumbres discriminatorias, proponiendo la aprobación de un Código de prácticas para el empleo de las personas con discapacidad, y en él se señalen pautas para la prevención de la discriminación de las personas con discapacidad.

Se incide además en cuestiones que deben ser analizadas para erradicar las discriminaciones en el empleo de los discapacitados al haberse detectado como focos de trato desigual que suponen una rémora la inclusión laboral de las personas con discapacidad, entre ellas la perspectiva de la discriminación múltiple (sexo/género, edad, discapacidad) y en la promoción del empleo juvenil de las personas con discapacidad, sin descuidar los aspectos de seguridad y salud laboral, y enfrentarse a la violencia y acoso en el empleo, prestando igualmente atención al trabajo forzoso, y a las transiciones del trabajo informal a lo formal (y no a la inversa, evitando que las regulaciones y prácticas en su puestas en prácticas supongan expulsiones de las personas con discapacidad del mercado de trabajo formal).

Se apunta y apuesta, al mismo tiempo, por el diseño de una estrategia del empleo e inclusión personas con discapacidad. Y también se presta atención a su integración en el empleo emergente (digital, teletrabajo, pequeña economía, plataformas, empleos verdes, sus sinergias con la inteligencia artificial, etc.).

Se estimula que se reconozca la diversidad, la experiencia y habilidades de las personas con discapacidad y la aportación al empleo. Sin duda, pretendiendo que no se deje de lado el trabajo de la persona con discapacidad en el conjunto de la comunidad.

En la línea de lo no tolerado se refiere a la no explotación de mujeres y niños especialmente y, en general, de las personas con discapacidad; como ya se ha señalado

la lucha contra formas de trabajo forzoso es una constante en la observación al hilo de la libertad de elección de trabajo de las personas con discapacidad.

Respecto del reprobable empleo segregado se hablará de su eliminación gradual. Para ello se reclama una revisión de la legislación del empleo segregado para que transforme sus expresiones que persisten en la segregación, alejadas de la inclusión laboral y sea reconvertido en camino hacia el empleo abierto u ordinario, fijando plazos para su consecución y transiciones. Se hace expresa mención de los talleres protegidos como manifestación de empleo segregado (lo que supondrá la necesaria reflexión interna de los países sobre sus modelos actuales de integración laboral de las personas con discapacidad). Se llama a la revisión legislativa de los enfoques del empleo protegido y la necesidad de la presencia de las personas con discapacidad y sus propias organizaciones representativas para dar ese paso hacia el empleo ordinario.

En fin, se aboga por el cumplimiento de la Convención de NNUU sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006, en todos los ámbitos: público, privado, economía informal (sí también en lo opaco, aunque sorprenda al lector). Se reclaman estadísticas desagregadas con indicadores que permitan conocer y comprender la situación en el empleo de las personas con discapacidad. En aquel marco de actuación, si se lesionan derechos laborales se incide en la importancia de reparar y garantizar el acceso a la justicia del trabajador discriminado por razón de discapacidad, llegándose a indicar que el procedimiento judicial y el administrativo, también, debe reunir unas características (ser accesible, exista asistencia jurídica adecuada y de calidad).

No se olvida la importancia que juega el acceso al trabajo, y la búsqueda de empleo como punta de lanza de la efectividad del derecho al trabajo. Se insiste en la necesidad de diseños específicos y modélicos en el sector público, que puedan servir de guía a la empresa privada²⁰. También se apunta a la necesidad de crear redes para la promoción del empleo para las personas con discapacidad, en particular, que puedan conocer vacantes de puestos de trabajo. Se insta a la redacción de informes de los empresarios, privados y públicos que tengan en cuenta el trabajo de las personas con discapacidad.

No se olvida tampoco de la promoción del empleo, especialmente para las mujeres con discapacidad, la implantación de acciones positivas (cuotas de reserva, fijación de objetivos), la necesidad de combatir estereotipos, y de crear verdaderas oportunidades de empleo a la persona con discapacidad.

Tampoco se descuida la importancia del seguimiento de informes, así como de la transparencia del empleo de los discapacitados. Se reclama que se identifiquen las prácticas no compatibles con la Convención de 2006. Se insta a la constante evaluación, pero también a los Estados a rendir cuentas y cumplir con las obligaciones derivadas de la ratificación de la Convención y al implantar específicas acciones positivas que se acompañen de ayudas (económicas o de otra índole) a los empresarios para alcanzar el derecho al trabajo y al empleo que garantiza el art. 27 de la Convención de NNUU sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006.

20 Como seguidamente se verá la Comisión europea en la Estrategia europea para los años 2021 a 2030 tomará nota de esta idea en su propuesta de actuación modélica en su expresión: “*predicar con el ejemplo*”.

7. LO MÁS ESENCIAL

Para concluir creemos que leer la Observación nº 8 implica no perder de vista cinco aspectos esenciales para los Estados que quieran cumplir con la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad en cuanto a las obligaciones que dimanen de su art. 27. Se trata de: (1) conocer las prácticas de los talleres segregados que se reputan (prácticas) reprochadas y no compatibles con la Convención (pág. 4); (2) implantar acciones afirmativas compatibles con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, consultando a las organizaciones de personas con discapacidad para su diseño (pág. 10); (3) comprender las obligaciones que conciernen a los Estados, tanto las generales como las básicas (págs. 15 y 16); (4) la amplitud del alcance de los ajustes razonables (pág. 11) y, (5) finalmente, los concretos “deberes” para los Estados que se recogen tras el perceptivo estudio y análisis exhaustivo de la situación de las personas con discapacidad en el empleo de cada país (págs. 19 y siguientes).

8. LA ESTRATEGIA EUROPEA SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD 2021-2030

8.1. Una nueva década para continuar por la senda de la integración e inclusión laboral de las personas con discapacidad

La Estrategia para los años 2021 a 2030 se contiene en la Comunicación de la Comisión²¹, y está centrada en la accesibilidad y derechos de las personas con discapacidad. Es una estrategia global, pero cuenta también con aspectos relevantes para el empleo.

En ella, no partiendo de un punto inicial sino ser la continuidad de las políticas inclusivas para los discapacitados la idea motora que recoge (su *leit motiv*) es avanzar en los objetivos de la no discriminación e igualdad en (y para) mejorar la vida de las personas con discapacidad en esta década. Para ello se apoya a los EEMM de la Unión para lograr el cumplimiento de la Convención de NNUU sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006. Así, se nos recuerda que la Unión europea ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 y, en consecuencia, sus disposiciones son parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Lo cual significa, además, que en la interpretación de las normas europeas ésta sea y se realice de manera coherente con la Convención. De ahí la importancia que también cobra la recién analizada Observación nº 8 que, como se ha indicado, aclara las obligaciones dimanantes del art. 27 de la Convención en lo referente al derecho al trabajo y al empleo, y los deberes encomendados a los Estados también lo serán para la Unión.

La Estrategia europea se propone reducir discriminaciones y desigualdades, el apoyo a las personas con discapacidad. Para ello se parte de la necesidad de “capacitar a la persona con discapacidad” para su participación económica, social, y ello teniendo en cuenta las transformaciones que se producen.

Además del apoyo a los EEMM, toda la Estrategia establece un estrecho vínculo con las políticas de igualdad europeas. Se fijan pautas para lograrlo desde el cumplimiento y atención a las obligaciones de la Convención internacional sobre los Derechos de las

21 COM (2021) 101 final, de 3 de marzo de 2021. Nótese que la elaboración de la Estrategia es anterior a la Observación nº 8 del Comité de NNUU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

personas con discapacidad de 2006, pero también atendiendo a la perspectiva de no discriminación, sin olvidar el Pilar Europeo de Derechos Sociales cuyo Principio 17 se refiere a las personas con discapacidad. Europa es, del mismo modo, la Europa de los derechos de personas con discapacidad (incidiendo en hacerles llegar la justicia europea, y el reconocimiento de sus derechos).

Serán importantes todas las políticas multidimensionales (género, infancia, capacitación profesional), así como los recursos económicos, es decir, los fondos puestos a disposición de la Estrategia: FSE, FEDER y también el llamado fondo para la transición justa (FTJ).

Asimismo, se refuerza la idea de *legislar mejor*, recordando que debe cumplirse Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006 y afrontar, tras previamente ser identificadas, las lagunas de legislación de los EEMM. Al mismo tiempo, se plantea que la Comisión europea debe “predicar con el ejemplo²²”. Esto es, ser modelo a seguir en la inclusión laboral de las personas con discapacidad, con visibilidad de integración e inclusión laboral en la institución europea.

En concretos aspectos laborales se indica la relevancia del principio de libre circulación, recordando que exige a las alturas de la integración europea que se dé el paso del reconocimiento mutuo de condición de discapacidad para acrecentar la movilidad laboral de los discapacitados y respetar las libertades europeas²³. A lo que habrá que estar muy atentos.

Igualmente, se recuerda la importancia de una vida digna de los discapacitados evitando el peligro de la vulnerabilidad (y cualquier manifestación de violencia, también en el trabajo, recién aprobado un Convenio nº 190 de la OIT dedicado a esta temática²⁴).

Contiene propuestas para mejorar los indicadores que recoge la situación de las personas con discapacidad, mencionando la debida atención a lo que podríamos denominar las abultadas brechas de la discapacidad (siendo necesarias comparativas de personas con y sin discapacidad). Así se muestra que su participación mercado laboral es sólo el 50,8% frente al 75% de las personas sin discapacidad ¿y en qué mercado? No precisamente mayoritariamente en el empleo ordinario. A la par que, en materia de empleo de las personas con discapacidad, se muestra como preocupación la necesidad imperiosa de reducir los

22 Con medidas concretas para la selección, contratación, empleo y mantenimiento y la mirada en procesos inclusivos, con el compromiso de fomento de la diversidad en materia de recursos humanos con el expreso compromiso de inclusión de personas con discapacidad, la importancia a la infraestructura en cuanto a la accesibilidad de los edificios y comunicación (plan de accesibilidad web, edificios de reciente ocupación, lugares en que celebre actos). Así se recoge en las págs. 29 y siguientes de la citada Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030, COM (2021) 101 final.

23 Lo que, si no lo hubiera cambiado la LGDPCDIS con la nueva redacción dada por la renovada la Ley 3/2023, de empleo, haría repensar algunas apreciaciones jurisprudenciales que limitaban el reconocimiento de discapacidad (y ya no sólo por el *ultra vires* en el que entendieron incurría el art. 4.2 del TRLPDCDIS de 2013, por ejemplo, STS de 29/11/18, en los rcuds. 1827/17 y 239/18 hasta la STS de 27/04/2023, rcud. 3185/20) y sin duda habrá de tenerlo en cuenta ahora la doctrina judicial futura para concretar la condición de persona con discapacidad cuando existe movilidad y, por lo tanto, en aplicación del Derecho de la Unión europea; esa exigencia de reconocimiento mutuo fomentará un diálogo — más abierto y flexible — entre la normativa de discapacidad y la de Seguridad Social a la hora de considerar a una persona como discapacitada.

24 Nos referimos al Convenio nº 190 sobre la violencia y el acoso, (2019).

altos índices de inactivos: 37,6% — que se rebajan al 17,6% si no se trata de personas con discapacidad —, pero también intranquiliza el fuerte abandono laboral. Del mismo modo los discapacitados se sitúan en un alto riesgo de pobreza, del 28,4% (superando en 10 puntos al de las personas sin discapacidad). Finalmente, respecto a políticas vinculadas con el trabajo se apunta a las nuevas capacidades y nuevos puestos para las personas con discapacidad, que vayan al unísono del resto de la población trabajadora, que no pierdan el tren del conjunto de la sociedad. Al tiempo que se insiste en reforzar los estadios previos al trabajo, en especial la educación y formación de la persona con discapacidad para mejorar sus posibilidades de inclusión laboral, su empleabilidad.

8.2. El empleo como prioridad y medidas concretas

En la Estrategia europea el empleo de las personas con discapacidad es una prioridad estratégica. La comunicación deja entrever que aún no se ha hecho lo necesario para garantizar el empleo de las personas con discapacidad, concretamente no para mejorarlo. Debe ser un empleo de calidad, pero ya se aprecia que el trabajo de los discapacitados es insuficiente, las cifras de participación laboral son las más bajas de todas las ratios por colectivos o grupos poblacionales. El discapacitado participa poco en el trabajo y es, al mismo tiempo, de los que abandona más temprano el mundo laboral, como ya se ha indicado. De manera que hay dos frentes que combatir para hacer atractivo el primer acceso laboral de la persona con discapacidad y para incidir en la recolocación ante la pérdida del empleo de los discapacitados.

La regulación europea del ajuste razonable en el empleo para los discapacitados es una acción primordial²⁵, entendiéndolo como tal tanto las modificaciones como las adaptaciones necesarias y adecuadas, pero estas adaptaciones no deben suponer cargas desproporcionadas a los empresarios. Se aprecia que previo al ingreso en el trabajo la etapa educativa y formativa muestra carencias y falta de ajustes razonables que luego lastrarán la incorporación laboral de las personas con discapacidad, por la falta de capacitación y cualificación.

Se propone que en la participación de los jóvenes discapacitados en su integración laboral se aproveche la iniciativa de la Garantía Juvenil (y de ella no sólo sus fondos o recursos económicos). También se revela la importancia de la Economía Social para mejorar la participación laboral de las personas con discapacidad y el papel que juega en el diseño de puente para el empleo ordinario, así como la importancia cuantitativa en generar oportunidades de empleo de las personas con discapacidad. Los EEMM son invitados a que el próximo año, 2024, fijen sus objetivos de aumento de la tasa de empleo de las personas con discapacidad y expongan las medidas que implantarán para reducir las notables brechas por razón de discapacidad en la tasa de empleo.

25 Recuérdese que la Directiva 2000/78/CE que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación se dedica a esta institución en el ámbito precisamente de la discapacidad. Remitimos al art. 5 de la citada Directiva, y no sólo ya diversos los considerandos ofrecen pautas interpretativas de relevancia. Como hemos tenido ocasión de analizar con detalle en SERRANO ARGÜELLO, N.: «La integración laboral de las personas con discapacidad estudiada desde la prohibición de discriminación. El ajuste razonable como medida antidiscriminatoria» VVAA (Dir. Fernández Orrico, F.J.): *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 295-379.

Las decisiones de Empleo y Protección social deberían pivotar en ambos lados de la balanza sobre la idea común de inclusión y no ofrecer escenarios enfrentados. Es importante asimismo que no se abandone la idea de la empresa inclusiva, un reto para esta y las futuras décadas.

Pero por sí solas no sólo las empresas pueden avanzar en la inclusión laboral de los discapacitados, deben realizarse actuaciones públicas de diversa índole de ahí la relevancia de los servicios públicos de empleo para la mejora de personas con discapacidad en las fases de orientación, colocación, formación, recolocación. Son relevantes las acciones positivas y evitar los estereotipos del trabajador con discapacidad. Se deben garantizar ajustes razonables y también poner el foco en las medidas de Seguridad y Salud laboral. Y no olvidar estimular también el empleo autónomo, el trabajo por cuenta propia y el emprendimiento, se señala que en especial para quienes presentan discapacidad intelectual, con los debidos apoyos y aprovechando los recursos y fondos de la Unión.

La readaptación de puestos de trabajo exige que se invierta en la actual Protección Social deficiente, concretamente en determinadas prestaciones la mirada a la jubilación del discapacitado²⁶, la atención a los cuidadores de las personas con discapacidad, la lucha contra la pobreza y el diseño armónico de la renta sustitutiva cuando el empleo se pierde²⁷ (que implica mirar a las prestaciones de Seguridad Social para que no supongan una disuasión laboral de la persona con discapacidad, que conseguida u obtenida una prestación social — de la modalidad que fuera — ya desista de su inclusión laboral).

Finalmente merece reflexionar cómo también la Unión europea ha observado que es elevado el número de personas con discapacidad grave que no trabajan en el mercado ordinario sino en empleo protegido, y hasta reconoce que no todos los regímenes de taller protegido respetan ni las condiciones laborales, ni los derechos de los trabajadores discapacitados, ni tampoco hay cauces para el acceso al mercado ordinario (coincidiendo así con el análisis de la Observación nº 8 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad sobre su derecho al trabajo y al empleo). Aunque sabedora de la relevancia cuantitativa y cualitativa del trabajo en el empleo protegido de los discapacitados en su apuesta, concretamente el paquete para mejorar los resultados del mercado laboral de

26 Alguna actuación reciente se ha llevado a cabo en España en materia de jubilación anticipada para las personas con discapacidad en grado igual o superior al 45% con la modificación por RD 370/2023, del precedente RD 1851/2009, mediante el cual se desarrolló el entonces art. 161.bis LGSS en esta cuestión, actual art. 206 bis LGSS de 2015, aunque las reformas operadas no miran a la finalidad de la norma que se centra en la reducción significativa de la esperanza de vida y más se inclinan hacia requisitos de contributividad al sistema de Seguridad Social y sus consiguientes cotizaciones. Poco se cumple el mandato de la Estrategia europea a los Estados de subsanar los déficits de protección social para los discapacitados, y reducción de desigualdades y la compensación tanto de gastos adicionales como, lo que aquí interesa, el acceso a las prestaciones por discapacidad.

27 Lo que exige revisar las medidas de Seguridad Social en clave de unificar medidas laborales y de Protección Social, que, si bien en España existen algunas pasarelas, por ejemplo, la compatibilidad de prestación y trabajo, en el art. 366.2 LGSS se limitan en el tiempo. Es el caso para la pensión no contributiva de invalidez; al respecto, son de interés las sugerencias y acertadas apreciaciones de FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «Entre la recomendación 18 del Pacto de Toledo (2020) y la realidad legislativa de las pensiones de la Seguridad Social en personas con discapacidad», VVAA *El nuevo pacto de Toledo y su desarrollo legislativo: VI CI y XIX Congreso Nacional de la AESSS*, Laborum, Murcia, 2022, págs. 223-241.

los discapacitados²⁸, establece la necesidad de que el empleo protegido sea de calidad pero sin renunciar al acceso al empleo ordinario, mediante el diseño de vías de acceso. El mencionado *paquete* sobre *el empleo de los discapacitados* se divide en distintos campos o áreas de actuación que refuerzan la inclusión laboral de las personas con discapacidad, el refuerzo incide en las capacidades de los servicios de empleo e integración, la promoción de perspectivas de contratación mediante medidas de discriminación positiva y lucha contra los estereotipos de las personas con discapacidad, buscando a su vez garantizar la adecuación de los puestos de trabajo, sin obviar la permanencia de las personas con discapacidad en el empleo y prevenir las discapacidades asociadas a enfermedades crónicas y también mediante la implantación de los planes de rehabilitación profesional en caso de enfermedad o accidente. Para finalmente, analizar los puestos de trabajo de calidad en el empleo protegido y las vías de acceso al mercado laboral abierto.

9. DOCUMENTOS Y BIBLIOGRAFÍA CONSULTADOS

CABEZA PEREIRO J.: «Los derechos de las personas con discapacidad: el derecho a un trabajo digno». VVAA (Dir. Romero Ródenas, M.J.): *Libro Blanco sobre empleo y discapacidad*. Real Patronato sobre Discapacidad. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, Madrid, 2023.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Observación general núm. 8 (2022) sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo, CRPD/C/GC/8, de 22 de septiembre de 2022.

— Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación, CRPD/C/GC/6, de 26 de abril de 2018.

— Observación general núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, CRPD/C/GC/5, de 27 de octubre de 2017.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones. Una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030. COM (2021) 101 final, Bruselas 3 de marzo de 2021.

Disability Employment Package UE 2022.

ESTEBAN LEGARRETA R. y otros: «Régimen Jurídico». VVAA (Dir. Romero Ródenas, M.J.): *Libro Blanco sobre empleo y discapacidad*. Real Patronato sobre Discapacidad. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, Madrid, 2023:

ESTEBAN LEGARRETA R. y otros: «Derecho del trabajo y Seguridad Social en relación con las personas con discapacidad». VVAA (Dir. Romero Ródenas, M.J.): *Libro Blanco sobre empleo y discapacidad*. Real Patronato sobre Discapacidad. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, Madrid, 2023:

²⁸ Aprobado el 21 de noviembre de 2022, puede consultarse en versión inglesa *Disability Employment Package*, pero aún se encuentra sin desarrollar su concreción en el año 2023.

- ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Propuesta para el relanzamiento y la consolidación del empleo con apoyo en España (Reflexiones a la luz de la Observación nº 8/2022 del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad, sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo)», *Temas Laborales*, nº 167, 2023.
- Joint Commission services – DISABILITY PLATFORM PAPER. Package to improve labour market outcomes of persons with disabilities (disability employment package – “employment package”, 2022 en la URL <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=26060&langId=en>
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «Entre la recomendación 18 del Pacto de Toledo (2020) y la realidad legislativa de las pensiones de la Seguridad Social en personas con discapacidad», VVAA *El nuevo pacto de Toledo y su desarrollo legislativo: VI CI y XIX Congreso Nacional de la AEISS*, Laborum, Murcia, 2022.
- Practitioner toolkit on strengthening PES to improve the labour market outcomes of persons with disabilities, 2022, en la URL <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=26069&langId=en>
- SERRANO ARGÜELLO, N.: «La integración laboral de las personas con discapacidad estudiada desde la prohibición de discriminación. El ajuste razonable como medida antidiscriminatoria». VVAA (Dir. Fernández Orrico, F.J.): *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

CAPÍTULO V

ESTRATEGIAS LEGALES PARA FAVORECER EL ACCESO AL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ MARTÍNEZ
Profesor Contratado Doctor
Universidad de Murcia

1. HACIA UNA COBERTURA LEGAL ADECUADA

La derogada Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, es un precedente lejano de la regulación de las personas con discapacidad al considerar en su artículo 3.uno.c como relación laboral especial, entre otras, “el trabajo de las personas con capacidad física o psíquica disminuida en el grado que reglamentariamente se determine”.

La siguiente norma que trató la discapacidad fue la Constitución Española de 1978, que tras reconocer el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y al pleno empleo (art. 40.1 CE), establece una protección especial para los trabajadores con discapacidad al determinar en su art. 49 que “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. Por tanto, este precepto, que marca toda la política sobre discapacidad, contiene un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo las políticas necesarias a fin de situar a las personas con discapacidad en una posición de igualdad con los demás ciudadanos y trabajadores.

La primera norma que se aprobó después de la CE sobre el trabajo de las personas con discapacidad fue el Estatuto de los Trabajadores de 1980 en el que curiosamente no figuraba en una primera versión ninguna alusión a la relación laboral especial de las personas con discapacidad (como sí hizo la anterior Ley de Relaciones Laborales de 1976); omisión que se subsanó con el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas con discapacidad que trabajen en los Centros Especiales de Empleo¹.

¹ BOE núm. 189, de 8 de agosto.

La Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI)² de 1982 supuso un punto de inflexión en la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores con discapacidad, al convertirse en la primera norma con rango de Ley que desarrolla la previsión constitucional. Dicha norma pretende dar entrada en nuestro sistema jurídico a las declaraciones internacionales sobre integración laboral y social de las personas con discapacidad. Desde entonces se ha despertado una mayor conciencia de la necesidad de adoptar medidas y acciones positivas que permitan la equiparación en el acceso, permanencia y salida de las relaciones laborales de este colectivo³.

La norma fundamental que regula los derechos de las personas con discapacidad es el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con discapacidad y su inclusión social (LGDPD)⁴, la cual traspone la Directiva 2000/78/CE sobre no discriminación en materia empleo.

Aunque el vigente ET de 2015 no ofrece un concepto de trabajador con discapacidad, lo que obliga a la remisión de la normativa general sobre persona con discapacidad, sí hace referencia a ella en multitud de aspectos de las relaciones laborales: interesa conocer los supuestos en que aparece la situación de discapacidad de los trabajadores en el ET, como circunstancia que requiere un tratamiento específico a fin de lograr el objetivo de remover los obstáculos que impiden la equiparación con aquellos otros trabajadores que no presentan discapacidad⁵.

Por su parte, la Ley de Empleo 3/2023, de 28 de febrero⁶, pretende implantar un concepto moderno de la política de empleo, para dotar al sistema de las herramientas de activación adecuadas para mejorar la empleabilidad de las personas demandantes de servicios de empleo durante situaciones de tránsito, desempleo o cese de actividad (la empleabilidad se erige en elemento nuclear de la política de empleo): esta la Ley configura el mantenimiento y la mejora de la empleabilidad como un derecho y un deber de las personas demandantes de los servicios públicos de empleo, desarrollo del “derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente” contemplado por el art. 35 CE citado anteriormente.

Para garantizar la efectividad de dicho derecho-deber y fomentar la proactividad de las personas demandantes de servicios de empleo, la Ley establece la creación de herramientas de apoyo a la toma de decisiones para la mejora de la empleabilidad de las personas basadas en evidencias estadísticas; y junto a dichas herramientas se unirá la valoración de la actitud de las personas, habida cuenta el desarrollo efectivo de aquellas acciones de empleabilidad recomendadas, prestando especial atención a la eliminación de sesgos y estereotipos de cualquier índole, especialmente de género, edad y discapacidad.

2 Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (BOE núm. 103, de 30 de abril).

3 FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «Acciones positivas en las condiciones laborales de personas con discapacidad para un nuevo Estatuto de los Trabajadores», VVAA *El Estatuto de los Trabajadores. 40 años después*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Colección Informes y Estudios (Serie General, núm. 24), Madrid, 2020, pág. 105.

4 BOE núm. 289, de 3 de diciembre.

5 FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: *Inserción laboral de personas con discapacidad y capacidad intelectual límite: diagnóstico y propuestas*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pág. 95.

6 BOE núm. 51, de 1 de marzo.

En el marco del Libro Blanco de Empleo y Discapacidad y en desarrollo de lo señalado en el art. 54 de la Ley de Empleo 3/2023, se establecen las medidas legislativas, los programas y servicios de empleo necesarios en favor de las personas con discapacidad.

2. MEDIDAS CONTENIDAS EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES QUE AFECTAN A TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD

2.1. La relación laboral especial del trabajo en los centros especiales de empleo (art. 2.1.g ET)

2.1.1. Acceso al empleo inclusivo: huida del concepto caritativo de discapacidad

Es un dato constatado que las personas con discapacidad tienen mayores dificultades para encontrar un empleo que el resto de la población, lo cual supone que existe una situación de desigualdad real entre los discapacitados y el resto de los ciudadanos en relación al acceso al mercado de trabajo⁷.

Hay una conciencia creciente de que las dificultades a las que se enfrentan las personas con discapacidad, a la hora de obtener y conservar un empleo, se deben más a la forma en la que el trabajo está estructurado y organizado que a la discapacidad en sí misma, y que esos obstáculos pueden ser superados si se adoptan las medidas adecuadas. Surgen diversas fórmulas para la inserción de las personas con discapacidad en el mercado laboral, tanto el ordinario (que debe ser el paradigma) como el empleo protegido (que debe ser una alternativa al anterior, concebido como pasarela o transición hacia el empleo ordinario)⁸, en las administraciones públicas, en talleres protegidos o como autónomos.

Las personas con discapacidad son aquellas que, teniendo reconocida una minusvalía en grado igual o superior al 33% (y, como consecuencia, una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje), presten sus servicios por cuenta y dentro de la organización de un Centro Especial de Empleo (arts. 1 y 2 RD). Aparte la regulación contenida en el RD 1368/1985, se declaran aplicables los derechos y deberes básicos del ET (art. 9 RD 1368/1985).

La discapacidad puede ser congénita o adquirida, y la persona con discapacidad puede serlo “*ab origine*” o como consecuencia de un contrato de trabajo: el colectivo de personas con discapacidad se compone tanto de los incapacitados permanentes incluidos en la Seguridad Social, como de los no comprendidos y cuya discapacidad empiecen el grado del 33%, idéntico al grado de incapacidad permanente parcial⁹.

7 ALONSO BRAVO, M., BLANCO MARTÍN, J.M.: «La relación laboral de los minusválidos y los Centros Especiales de Empleo», en *Empleo y minusvalía. Marco jurídico de la integración laboral de los minusválidos*. Editorial Feclaps, Valladolid, 1998, pág. 69.

8 En este sentido, CAVAS MARTÍNEZ, E.: «Instrumentos para la promoción del empleo ordinario de las personas con discapacidad intelectual», VVAA (Dir. Fernández Orrico, F. J.) *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 215.

9 DUEÑAS HERRERO, L. J. y PYÑEYROA DE LA FUENTE, A. J.: La Seguridad Social de los minusválidos, en *Marco jurídico de la integración laboral de los minusválidos*. Editorial Feclaps, Valladolid, 1998, pág. 198.

Debemos huir del concepto caritativo de la discapacidad. La Seguridad Social cumple una importante función de compensación en relación con las personas con discapacidad y sus minusvalías, debiendo adaptarse a las nuevas circunstancias y avances, dando respuesta a nuevos problemas como la dependencia. Suele pensarse que las normas de Seguridad Social no facilitan la compatibilidad entre trabajo y cobertura a las personas con minusvalías que desean incorporarse o permanecer en la vida activa, como medio más adecuado para una plena realización personal: compatibilizar el trabajo y la conservación de los derechos y su perfección por la correspondiente cotización no resulta fácil en nuestra Seguridad Social¹⁰.

2.1.2. El trabajo en los Centros Especiales de Empleo, como una relación laboral especial: freno a la realización progresiva del derecho al trabajo

El art. 2.1 ET contempla una serie de relaciones laborales “de carácter especial”, sobre cuya regulación únicamente señala que debe respetar “los derechos básicos reconocidos por la Constitución” (art. 2.2 ET). La regulación especial parte de la necesidad de adaptar o excluir en mayor o menor medida la regulación laboral común ante el fenómeno de expansión, por la flexibilidad del concepto de contrato de trabajo, del ámbito de aplicación del ordenamiento laboral. La apertura g) de dicho art. 2.1 viene contemplando como especial la relación laboral “de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo”.

Este supuesto procede del art. 41 de la derogada LISMI¹¹ y desarrollado por el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo¹².

Los centros especiales de empleo se sitúan en el esquema de la LISMI como una fórmula intermedia entre el acceso de los discapacitados a una actividad laboral ordinaria y el acceso a los Centros Ocupacionales. El art. 41 LISMI y el art. 2 ET configuran la relación laboral que se establece entre los discapacitados y los centros especiales de empleo donde prestan sus servicios como una relación laboral de carácter especial, lo cual supone que el régimen jurídico común contenido en el ET solo es de aplicación con carácter supletorio y en la medida que la normativa específica no haya previsto explícitamente una solución distinta para una regulación concreta¹³.

10 CABRA DE LUNA, M. A.: «Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 50, 2004, págs. 70-71.

11 A su tenor: “Los minusválidos que por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no puedan, provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales, deberán ser empleados en Centros Especiales de Empleo, cuando su capacidad de trabajo sea igual o superior a un porcentaje de la capacidad habitual que se fijará por la correspondiente norma reguladora de la relación laboral de carácter especial de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en Centros Especiales de Empleo”.

12 Dicha ley regula su régimen jurídico.

13 ALONSO BRAVO, M., BLANCO MARTÍN, J. M.: «La relación laboral de los minusválidos y los Centros Especiales de Empleo», cit., pág. 69.

El RD 1368/1985 señala expresamente que quedan excluidas de su ámbito de aplicación las relaciones laborales existentes entre los Centros Especiales de Empleo y el personal no minusválido que preste sus servicios en dichos Centros y la de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en otro tipo de Empresas. La especialidad de esta relación laboral de empleo viene constituida fundamentalmente por los sujetos que asumen las posiciones de trabajador y empresario: sólo unos concretos trabajadores discapacitados y unas empresas organizadas en lo que legalmente se denominan centros especiales de empleo, pueden ser sujetos de esta relación laboral especial.

No se requiere una especial distinción en cuanto al grado de discapacidad del trabajador para poder ser contratado en uno de estos centros especiales, sino tan solo acreditar el grado mínimo para ser considerado como persona con discapacidad, esto es, un 33%, y como consecuencia de ello tengan una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje¹⁴.

No está de más recordar que el derecho al trabajo y al empleo de las personas con discapacidad se contempla en el art. 27 de la Convención de Naciones Unidas de diciembre de 2006, y recientemente se ha presentado una interesantísima observación al mismo¹⁵ que refuerza la idea del precepto de la incorporación de las personas con discapacidad al trabajo abierto, inclusivo y accesible, en igualdad de condiciones con las demás personas, y afirma que no se realiza el derecho cuando la única oportunidad real abierta a las personas con discapacidad es el trabajo en instalaciones segregadas, y con mayor refuerzo indicará que entornos de empleo segregados son incompatibles con el derecho al trabajo que se reconoce en la Convención en el art. 27: estos modelos que segregan conducen a trampas a las personas con discapacidad por ejemplo una elección falsa de empleo frente a la libertad de elección de empleo que tenemos todos¹⁶.

Este artículo 27 CDPD proporciona el marco adecuado para reflexionar sobre la discapacidad y el derecho laboral internacional; más allá del mero reconocimiento de la igualdad de derechos, opciones y oportunidades establece once pasos que los estados deben adoptar para salvaguardar y promover estos derechos relacionados con el empleo: prohibición de discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relacionadas con el empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación, la continuidad en el empleo, la promoción profesional, la remuneración y el resto de los derechos laborales¹⁷.

14 FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «La prevención de riesgos laborales en personas con discapacidad y su vinculación con la específica protección de trabajadores especialmente sensibles» VVAA (Dir. Fernández Orrico, F. J.) *Claves en el empleo de personas con discapacidad intelectual*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 267.

15 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (2022): Observación General núm. 8 (2022) sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo el empleo, de 9 de septiembre 2022, CDPD/C/GC/8.

16 SERRANO ARGÜELLO, N.: «El contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad. A propósito del incuestionable mantenimiento “contracorriente” de la temporalidad para los discapacitados», VVAA (Dir. Fernández Orrico, F. J.) *Claves en el empleo de personas con discapacidad intelectual*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 174-175.

17 BAVIERA PUIG, I.: «La inserción laboral de las personas con discapacidad en la Unión Europea: aspectos comunes y diferenciados», VVAA (Dir. Fernández Orrico, F. J.) *Claves en el empleo de personas con discapacidad intelectual*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 306.

2.2. El derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad (art. 4.2.c ET)

Manejamos dos principios complementarios: el principio de igualdad y el principio de no discriminación. La igualdad como garantía y desarrollo constitucional es un concepto flexible. El Tribunal Constitucional entiende que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, sino solo aquella que carezca de una justificación objetiva y razonable, en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida¹⁸.

La discriminación, tal como es prohibida por el art. 14 CE, impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en aquellos de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana: no siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en dicho art., es claro que la discapacidad física puede constituir una causa real de discriminación. El principio básico de no discriminación, en el ámbito laboral, se encuentra plenamente acogido por nuestro Derecho. Por un lado, el art. 17.1 ET contiene las principales manifestaciones de discriminación en el ámbito laboral siendo el art. básico en relación con la acción positiva¹⁹ para el acceso al empleo de personas con discapacidad²⁰, que posteriormente comentaremos.

Por otro lado, el art. 4.2.c) ET parece limitar el alcance del derecho de los trabajadores con discapacidad a la no discriminación, pues su segundo inciso señala que “tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate” (por tanto, dicha discriminación incluye la discriminación directa e indirecta para el empleo o una vez empleados)²¹: para algunos autores, sería deseable la supresión del inciso final del art. 4.2.c) ET, para alinear con la Convención la norma básica de nuestro ordenamiento laboral y para evitar posibles interpretaciones que entiendan que la falta de aptitud de un trabajador para un puesto de trabajo justifica la discriminación o la denegación de ajustes razonables.

Así pues, la aptitud para el desempeño del trabajo va a ser clave en la integración laboral de las personas con discapacidad, como nos recuerda la relectura atenta de este art., que también se infiere del concepto de persona con discapacidad de la Unión Europea

18 ESCUDERO PRIETO, A. y SERRANO ARGÜELLO, N.: «El acceso al empleo de las personas discapacitadas en el derecho internacional, derecho interno y derecho comparado. Tratamiento especial de los centros ocupacionales», en *Empleo y Minusvalía. Marco jurídico de la integración laboral de los minusválidos*. Editorial Feclaps, Valladolid, 1998, pág. 129.

19 Por medidas de acción positiva se entienden aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad.

20 PÉREZ PÉREZ, J.: *Contratación laboral de las personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*. Lex Nova. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pág. 205.

21 MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L.: «El concepto de discapacidad. Implicaciones de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad para la legislación laboral española», VVAA (Dir. Fernández Orrico, F. J.) *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 72-73.

que se obtiene de la Directiva 2000/78 porqué, a fin de cuentas, la discapacidad es un obstáculo para el ejercicio de la actividad profesional, no es un impedimento ni tampoco la imposibilidad del desarrollo del trabajo. Es más, el control de la vigilancia de la aptitud laboral no puede desvincularse de la vigilancia de salud que se establece en el art. 22 LPRL, conforme a la cual se determinará si el trabajador es apto o no para el trabajo, si puede proseguir con normalidad realizando las funciones de su puesto de trabajo²².

El art 25 LPRL obliga al empresario a tener en cuenta las situaciones de especial sensibilidad a riesgo laboral originadas por una característica personal, estado biológico de la persona trabajadora o discapacidad reconocida: a tal fin debe tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y en función de éstas, adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias; esta previsión supone un genuino derecho a la adaptación del puesto de trabajo²³.

Así pues, el artículo 25 LPRL incluye expresamente como personas especialmente sensibles a determinados riesgos a las personas con discapacidad que presentan diversas características, según el tipo de discapacidad, que requieren la adaptación de su puesto de trabajo para desarrollar la actividad laboral; precisamente este es uno de los principios señeros en materia de prevención: el de adaptación del trabajo a la persona desde una perspectiva preventiva que también tiene su manifestación en el ámbito laboral más cercano a la vertiente temporal de la jornada laboral, en especial de los tiempos de descanso²⁴.

Es necesaria una atención concreta, bien definida, a la discriminación por enfermedad y no es buena la solución actual que pasa por (re) convertir la enfermedad en discapacidad (cotidiano por el intérprete judicial, utilizándose en sede judicial el curioso circunloquio de enfermedad equiparable a la discapacidad)²⁵.

Partimos de la base de que el trabajo debe ajustarse al trabajador para superar la discriminación por razón de discapacidad y, en este sentido, el ajuste razonable es una medida estrella en la que el legislador debe poner más su acento, suprimiendo barreras que faciliten el desempeño de las funciones laborales; y sin él, el empresario, la administración o la propia ley se enfrenta a la consideración de esa ausencia como una discriminación por

22 SERRANO ARGÜELLO, N.: «La integración laboral de las personas con discapacidad estudiada desde la prohibición de discriminación. El ajuste razonable como medida antidiscriminatoria», VVAA (Dir. Fernández Orrico, F. J.) *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 296-297. No se obliga a contratar a quien no sea competente, no esté capacitada o disponible.

23 CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La negociación colectiva como instrumento clave para el fomento del empleo y la adaptación de las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad» VVAA (Dir. Fernández Orrico, F. J.) *Claves en el empleo de personas con discapacidad intelectual*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 205-206.

24 FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «La prevención de riesgos laborales en personas con discapacidad y su vinculación con la específica protección de trabajadores especialmente sensibles», cit., pág. 231.

25 SERRANO ARGÜELLO, N.: «La integración laboral de las personas con discapacidad estudiada desde la prohibición de discriminación. El ajuste razonable como medida antidiscriminatoria», cit., pág. 297. Señala la autora que la prohibición de discriminación ocupa espacios amplios, pues resulta exigible frente a todos, pero se descubre, al profundizar en este motivo, como la prohibición de discriminación por discapacidad muestra unas aristas peculiares, como la mencionada aptitud para el trabajo.

discapacidad, y por tanto ser considerada como una violación de un derecho fundamental²⁶. La exigencia del reconocimiento legal de la situación de discapacidad como condición para la aplicabilidad de los ajustes razonables, es discutible desde la perspectiva del derecho a la igualdad y no discriminación, y por tanto no debería exigirse que la discapacidad esté oficialmente reconocida mediante un certificado de discapacidad o similar, ya que el deber de adaptación debe estar condicionado a exigencias de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

La prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate²⁷. No hay discriminación por razón de discapacidad cuando en la enfermedad está ausente todo elemento de juicio que permita considerar que pudiera tratarse de una limitación de larga duración que impidiera la participación plena y efectiva del trabajador en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, para poder asimilar dicha circunstancia a una discapacidad²⁸.

2.3. La protección frente al acoso por razón de discapacidad (art. 4.2.e ET)

En cuanto al acoso por razón de discapacidad, señala el art. 4.2.e) ET que los trabajadores tienen derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo. Acoso definido como “toda conducta no deseada relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”²⁹. El acoso por razón de discapacidad puede ser causa de despido disciplinario, por considerarse legalmente un incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador. Concretamente, lo que constituye el despido disciplinario en nuestro caso, es el acoso por razón (...) de discapacidad al empresario o a las personas que trabajan en la empresa³⁰.

En este sentido, entendemos por acoso por razón de discapacidad toda conducta no deseada relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo³¹.

26 SERRANO ARGÜELLO, N., La integración laboral de las personas con discapacidad estudiada desde la prohibición de discriminación. El ajuste razonable como medida antidiscriminatoria, cit., p. 313.

27 SSTS 15 mayo 2018, (rec. 1244/2018), y 3 mayo 2016, (rec. 2351/2016).

28 STS 15 septiembre 2020, (rec. 3387/2017).

29 Conforme al art. 2 f) LGDPD.

30 A tenor del art. 54.2.g) ET.

31 Art. 35.7 LGDPD.

2.4. Peculiaridades en los contratos formativos (arts. 11.3.b y 11.4.d ET)

Conviene recordar que los contratos formativos vienen regulados por el ET en los términos derivados del RDL 31/2022, como marco jurídico idóneo para la incorporación de las personas jóvenes al mercado laboral, y presenta dos modalidades: el contrato de formación en alternancia (que permite compatibilizar la actividad laboral retribuida con la formación) y el contrato formativo para para la obtención de práctica profesional (para desempeñar actividad para adquirir práctica profesional adecuada al nivel de estudios alcanzado).

El contrato de formación en alternancia tendrá la duración prevista en el correspondiente plan o programa formativo, con un mínimo de 3 meses y un máximo de 2 años, y exige carecer de la cualificación profesional reconocida por las titulaciones o certificados requeridos para concertar un contrato formativo para la obtención de la en práctica profesional. Por otro lado, el tiempo de trabajo efectivo no podrá ser superior al 65%, durante el primer año o al 85% durante el segundo, de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo de aplicación en la empresa, o, en su defecto, de la jornada legal.

Por su parte, el contrato de trabajo formativo para la obtención de práctica profesional adecuada al nivel de estudios, tendrá una duración no inferior a 6 meses ni exceder de un año (los convenios de ámbito sectorial, estatal o autonómico podrán determinar la duración del contrato atendiendo a las características del sector y de las practicas a realizar). Y el trabajador debe poseer un título universitario o un título de grado medio o superior, especialista, master profesional o certificado del sistema de formación profesional (de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de cualificaciones y de la formación profesional), así como quienes posean un título equivalente de enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo, que habiliten o capaciten para el ejercicio de la actividad laboral. Si bien este contrato debe concertarse dentro de los 3 años siguientes a la terminación de los correspondientes estudios, este plazo se amplía a los 5 años si se concierta con una persona con discapacidad (art. 11.3.b) ET)³². En la anterior regulación el requisito para formalizar un contrato de trabajo en prácticas, exigía una antigüedad del título del trabajador, de como máximo de 5 años, y si se contrataba a un trabajador con discapacidad esa antigüedad se ampliaba a los 7 años. Este periodo dentro del cual se puede realizar este contrato trata de establecer una correcta relación entre la formación teórica recibida por el trabajador en sus estudios y la práctica adquirir a través de este contrato. Además, atendiendo a la redacción del ET, lo que determina el cómputo del plazo no es la obtención del título o el correspondiente certificado que acredite la realización de los estudios, sino el propio hecho de la terminación de los estudios.

Algún autor no ve claro que el aumento del periodo transcurrido desde la obtención del título habilitador suponga una ventaja para las personas con discapacidad, ya que ello complica aún más la práctica de la persona con discapacidad por dos razones: la primera porque esa ampliación del periodo produce un mayor olvido de los conocimientos

32 Se pretende evitar la barrera de la edad en la contratación de los aprendices con discapacidad. En este sentido, SERRANO ARGÜELLO, N.: «La protección a los discapacitados en el trabajo: del perfeccionamiento legal a sus últimos avances a través de la jurisprudencia comunitaria», VVAA (Dir. Cristina Guilarte Martín-Calero) *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 343.

adquiridos, y sobre todo, en segundo lugar porque será imprescindible una actualización de tales conocimientos³³.

El art. 11.4.d) ET matiza que los límites de edad y en la duración máxima del contrato formativo (referido a ambas modalidades) no serán de aplicación cuando se concierte con personas con discapacidad o con los colectivos en situación de exclusión social previstos en el art. 2 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, en los casos en que sean contratados por parte de empresas de inserción que estén cualificadas y activas en el registro administrativo correspondiente. Reglamentariamente se establecerán dichos límites para adecuarlos a los estudios, al plan o programa formativo y al grado de discapacidad y características de estas personas.

Por tanto, una de las particularidades cuando el contrato se formaliza con personas con discapacidad es que el límite máximo de edad, establecido en 30 años, no es de aplicación. La previsión de no exigir este requisito, del límite de edad máxima permitida para celebrar un contrato formativo, puede ayudar a este colectivo a su ocupación laboral, siempre que el empresario, no se limite a ofrecer una formación estándar, sino que tenga en cuenta las necesidades específicas de sus trabajadores con discapacidad respecto a los demás trabajadores, también con este tipo de contrato.

Son interesantes las estipulaciones convencionales que contemplan medidas de acción positiva en materia formativa para este colectivo en aras al objetivo de garantizar el principio de igualdad de trato y de oportunidades en la incorporación a la formación de trabajadores con mayor dificultad de acceso a la misma: en algún caso se ha previsto que las acciones de formación profesional se encuentren debidamente adaptadas a las distintas discapacidades que puedan presentar las personas trabajadoras de tal forma que puedan participar en igualdad de condiciones que el conjunto de la plantilla; excepcionalmente se contempla el derecho preferente de las personas trabajadoras con discapacidad a permanecer en la empresa en caso de ERE o ERTE y a recibir formación para permanecer en la empresa y ser objeto en su caso de medidas específicas de formación profesional o de recolocación; y en algún caso se otorga preferencia en la adjudicación de plazas para participar en cursos de formación a quienes hayan reingresado desde la situación de excedencia por razones de guarda legal y atención a personas mayores dependientes o personas con discapacidad³⁴.

Por otro lado, la Disposición adicional vigésima ET establece una reducción de la cuota empresarial de la Seguridad Social, al establecer que las empresas que celebren contratos formativos con trabajadores con discapacidad tienen derecho a una bonificación de cuotas con cargo a los presupuestos del Servicio Público de Empleo Estatal, durante la vigencia del contrato, del 50% de la cuota empresarial de la Seguridad Social correspondiente a contingencias comunes, previstas para estos contratos. Conviene recordar que a partir del 30 de marzo de 2022, el contrato formativo pasa a ser un único contrato con dos variantes:

33 En este sentido, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «Acciones positivas en las condiciones laborales de personas con discapacidad para un nuevo Estatuto de los Trabajadores», cit., pág. 111. Añade el autor que en lugar de esta ampliación en la antigüedad sería mejor, el establecimiento de la obligación por parte de la empresa de que ofrezca una formación específica que tenga que ver con el trabajo relacionado con los estudios realizados por el trabajador, habida cuenta de las dificultades y barreras que se le puedan presentar al trabajador con discapacidad, sin perjuicio de que incorpore las adaptaciones necesarias en su puesto de trabajo.

34 CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La negociación colectiva como instrumento clave para el fomento del empleo y la adaptación de las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad», cit, págs. 214-215.

el contrato de formación en alternancia y para la obtención de práctica profesional. Sobre estas reducciones, consideramos que existe margen para incrementar el porcentaje de reducción entre un 65% y el 100% de la cuota empresarial, en función del tipo y del grado de discapacidad³⁵.

2.5. Las principales manifestaciones de discriminación en el ámbito laboral (art. 17.1 ET)

El art. 17.1 ET establece que se entienden nulos y sin efectos los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta.

En este sentido merece destacar, por su excepcionalidad, la negociación de una bolsa de horas para favorecer la adaptación personal y social de las personas trabajadoras con discapacidad y garantizar la adecuación de sus características personales y profesionales al puesto de trabajo (Convenio Colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, S.M.E., S.A., de 2020); o la posibilidad de reducción de jornada hasta la mitad de éstas con disminución proporcional de la retribución para personas trabajadoras que por tener reconocido un grado de discapacidad o por razón de larga o crónica enfermedad, no puedan realizar su jornada laboral completa (Convenio Colectivo de trabajo para el personal laboral al servicio del Ayuntamiento de Castellón, para los años 2021-2025)³⁶.

No existe discriminación indirecta en los casos de centros especiales de empleo, cuya actividad es la limpieza de edificios y locales, y se produce la subrogación empresarial, adjudicándose la contrata también a trabajadores sin discapacidad (para que exista dicha discriminación debe existir una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios)³⁷.

Pero se declaró la existencia de trato discriminatorio, por la inclusión de un trabajador con discapacidad por error, en el caso de Resolución de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía y empleo del Principado de Asturias por la que se autorizaba un expediente de regulación de empleo al ser el único trabajador contratado como afectado de discapacidad en una empresa de más de 50 trabajadores, que no se efectuó justificación individualizada de su inclusión en la lista de afectados por expediente de regulación de empleo, siendo así que de cinco trabajadores de su misma categoría permanecen dos en

35 En este sentido, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «Acciones positivas en las condiciones laborales de personas con discapacidad para un nuevo Estatuto de los Trabajadores», cit., pág. 112. Añade el autor la necesidad en este tipo de contratos formativos, de que se le ofrezca al trabajador la posibilidad de adaptar el puesto de trabajo a su situación concreta de discapacidad, y que los costes que ello suponga sean asumidos por el Estado, siempre que se justifiquen debidamente, al objeto de superar las barreras que impidan o dificulten a este colectivo el desempeño de su trabajo en igualdad de condiciones que los demás trabajadores.

36 CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La negociación colectiva como instrumento clave para el fomento del empleo y la adaptación de las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad», cit, págs. 215-216.

37 STSJ Andalucía (Granada) 6 julio 2011, (rec. 1352/2011).

la empresa, lo que supondrá vulneración de la obligación de tener empleados a un 2% de discapacitados, determinando su cese discriminación por tal causa³⁸.

2.6. Integración del trabajador con discapacidad en el sistema ordinario de trabajo a través del contrato temporal de fomento del empleo (art. 17.3 ET)

A pesar de que la reforma laboral de 2021³⁹ acorrala el contrato temporal con medidas de política legislativa que lo rechazan, éstas no inciden sobre la contratación temporal de fomento de los discapacitados, a sabiendas de qué es el motor de su contratación, y arriesgarse a suprimirlo sería tanto como perjudicar a los discapacitados en su colocación y posibilidades reales de empleo, expulsarlos de los (parcos) mecanismos de integración laboral que para ellos es capaz de diseñar el legislador y ofrece el mundo del trabajo.

La utilización de la contratación temporal no causal como medida de fomento del empleo, denominada habitualmente como contratación temporal coyuntural (frente a la estructural o causal), está autorizada por el art. 17 ET al establecer que el Gobierno podrá establecer medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la contratación de trabajadores demandantes de empleo⁴⁰. En la actualidad, se admite para ciertos colectivos con especiales dificultades para acceder al mercado de trabajo; en concreto, solo se admite en dos supuestos, como contrataciones temporales coyunturales vigentes: contrato temporal para fomento del empleo de personas con discapacidad (Disposición Adicional 1ª Ley 43/2006, de 29 diciembre) y el contrato temporal de fomento del empleo en empresas de inserción para los excluidos sociales (art.15 Ley 44/2007⁴¹).

No hay que disociar al discapacitado del resto de la sociedad en su inclusión laboral, porque si bien defendemos el mantenimiento del contrato temporal éste no puede mantenerse como una fórmula cómoda para el legislador que aplica las reglas de contratos indefinidos para los trabajadores, y a algunos trabajadores (a los discapacitados) deja ladeados hacia la temporalidad⁴²: se hace ineludible regular cauces necesarios para evitar que la persona con discapacidad esté permanentemente inmersa en el tiempo en el círculo vicioso de la temporalidad laboral y de la precariedad.

38 STSJ Asturias 1 marzo 2013, (rec. 229/2013).

39 A través del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE núm. 313, de 30 de diciembre).

40 Añadiendo que el Gobierno podrá otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo. La regulación de las mismas se hará previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas.

41 “Las empresas de inserción y los trabajadores que se encuentren en alguna de las situaciones previstas en el art. 2 de esta Ley podrán celebrar el contrato regulado en la Disposición adicional primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, con las peculiaridades establecidas en este art.”

42 SERRANO ARGÜELLO, N.: «El contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad. A propósito del incuestionable mantenimiento “contracorriente” de la temporalidad para los discapacitados», cit., pág. 177.

El ET, a pesar de priorizar la contratación indefinida, no retoca o suprime el contrato temporal para fomento del empleo de personas con discapacidad. En este sentido de regulación inalterada, y conforme a la Disposición Adicional 1ª Ley 43/2006, de 29 diciembre, las empresas pueden contratar temporalmente para la realización de sus actividades, cualquiera que fuere la naturaleza de las mismas, a trabajadores con discapacidad desempleados inscritos en la Oficina de Empleo, con un grado de minusvalía igual o superior al 33% o a pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y a pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Por tanto:

- Respecto al empresario que contrata, puede recurrir a esta tipología de contratos cualquier empresa, cualquiera que sea su naturaleza privada o pública incluidas las Administraciones Públicas en los niveles territoriales e institucionales.
- El contrato permite realizar todo tipo de actividades, cualquiera que sea la naturaleza de las mismas: sean necesidades empresariales temporales o para cubrir necesidades que sean permanentes de la empresa. Conforme a las SSTS 14 julio (rec. 4301/2005) y 11 octubre 2006 (rec. 2238/2005), resulta vigente independiente de la concreta regulación aplicable en cada caso, que este tipo de contratos temporales de fomento al empleo son válidos, a pesar de no estar incluidos en el listado del artículo 15 ET, como consecuencia de la aludida autorización del artículo 17 ET, máxime si su regulación ha sido establecida por norma con rango de ley; y, en consecuencia, su expiración por finalización del tiempo pactado no es constitutiva de despido improcedente⁴³.
- La particularidad reside en el sujeto que ha de ser contratado, pues debe tener la condición de discapacitado. El legislador dedica la atención a la acreditación de dicha condición, permitiendo que sea: por tener reconocido el grado de discapacidad igual o superior al 33%; por su declaración en la Seguridad Social contributiva de incapacidad permanente en sus grados de total, absoluta o gran invalidez; o por la equivalencia a esa incapacidad en la Seguridad Social de los que fueron regímenes especiales para funcionarios por tener reconocida en clases pasivas la pensión de jubilación precisamente por inutilidad (esto es por reconocimiento de una incapacidad permanente para el servicio o inutilidad).
- El legislador exige también, que exista inscripción como demandante de empleo en la oficina pública de empleo al trabajador con discapacidad, pues le preocupa el control de la oferta de empleo de este colectivo más que para otros colectivos demandantes de empleo o desempleados en atención a la necesidad de integración laboral con medidas más exigentes que para otros grupos.

La duración de estos contratos no puede ser inferior a 12 meses ni superior a 3 años (si se concierta por un plazo inferior al máximo establecido puede prorrogarse antes de su terminación por períodos no inferiores a doce meses). Y a su terminación el trabajador tiene derecho a una indemnización de doce días de salario por año de servicio. La contratación temporal de fomento del empleo de las personas discapacitadas es, conforme a la jurisprudencia del TS, una contratación sin causa, pudiendo, por tanto, el

43 SSTS 14 mayo 2020, (rec. 1606/2018).

empresario denunciar válidamente el contrato a la llegada de su término que provocará su extinción.

Otra característica de este contrato exige que en los 12 meses anteriores a la contratación, la empresa contratante no puede haber extinguido contratos indefinidos por: despido reconocido, declarado improcedente o por despido colectivo (el periodo de exclusión se cuenta a partir del reconocimiento o de la declaración de improcedencia del despido o de la extinción derivada del despido colectivo). Así pues, el empresario sí tiene un impedimento legal para la formalización de este contrato de fomento, en la prohibición de sustitución de mano de obra indefinida por temporal; y el lapso temporal obstativo de la contratación se acota a partir de la declaración de improcedencia del despido o de la extinción derivada del despido colectivo, momento de inicio del cómputo de los 12 meses.

Sin una verdadera integración en el mundo laboral la inclusión social de los discapacitados queda baldía pues esta integración dota de reconocimiento a la persona, le posibilita sentirse útil a través del trabajo y les confiere autonomía personal que será distinta en intensidad en atención a su discapacidad y grado (recordemos que según el tipo de discapacidad la inclusión es muy heterogénea pues las personas con discapacidades sensoriales, sean auditivas o visuales, son las que más se han incorporado al trabajo, mientras que quienes sufren discapacidades intelectuales su presencia laboral y realmente reducida)⁴⁴.

2.7. Dirección y control de la actividad laboral por el empresario (art. 20.3 ET)

Entre las adaptaciones que se pueden introducir para facilitar la contratación de personas con discapacidad, hemos citado la adopción de medidas de acción positiva para garantizar la igualdad de oportunidades; junto a ella, otra adaptación consiste en atribuir a la empresa la capacidad de introducir mecanismos de control, con el objetivo de comprobar que el trabajador cumple con sus obligaciones y deberes laborales.

El trabajador está obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario, pudiendo adoptar éste las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad, teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad⁴⁵. Por ello, es importante que conozca cuál es la capacidad real de los trabajadores con discapacidad, para evitar que se produzcan situaciones que excedan de sus posibilidades. En consecuencia, el deber de rendimiento se exprese o no en el contrato, deberá establecerse de modo individualizado⁴⁶.

44 SERRANO ARGÜELLO, N.: «El contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad. A propósito del incuestionable mantenimiento “contracorriente” de la temporalidad para los discapacitados», cit., pág. 147.

45 Art. 20.3 ET.

46 Véase, ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas», en *Trabajo y protección social del discapacitado*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2003.

En este punto se plantea el problema de que la discapacidad sea desconocida por el empresario y el trabajador afectado por alguna discapacidad ejerza su derecho de no querer revelarla (salvo que sea notoria, la empresa no tendrá ocasión de valorar su capacidad real de trabajo de acuerdo con la situación real de capacidad del trabajador, encontrándose en inferioridad de condiciones con respecto a los demás trabajadores)⁴⁷.

2.8. Reducción de jornada de trabajo diaria por cuidado de persona con discapacidad (art. 37.6 ET)

Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre al menos 1/8 y un máximo de la mitad de la duración de aquella⁴⁸.

Esta disposición se encuentra en aproximadamente la mitad de los convenios colectivos que contienen previsiones específicas sobre discapacidad⁴⁹, y no representa mejora o avance alguno respecto a la regulación estatal si bien algunos textos presentan algunas particularidades⁵⁰.

Corresponde al trabajador determinar el horario y el periodo de disfrute de la reducción de jornada, dentro de su jornada ordinaria, si bien los convenios colectivos pueden establecer criterios respecto de la concreción horaria de la reducción de jornada, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. El trabajador, salvo fuerza mayor, debe preavisar al empresario con una antelación de 15 días (o la que se determine en el pacto colectivo aplicable) precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada.

Se admite la exención laboral consistente en no realizar actividad laboral los viernes, a fin de poder desplazarse en la tarde del jueves y permanecer hasta el domingo siguiente, y ello por cuidado del padre (persona con discapacidad física, psíquica o sensorial)⁵¹.

Si la reducción de la jornada está motivada por el cuidado de una persona con discapacidad y además se le reduce proporcionalmente el salario, en función de la reducción de la jornada, es obvio que la capacidad económica se verá reducida en una situación en la que estará especialmente necesitado por la circunstancia de cuidar a una persona con discapacidad (originando no solo una falta de ingresos sino también un aumento de gastos debido a la atención de la persona con discapacidad): convendría una ayuda a través de la Seguridad Social, con una prestación de naturaleza similar a la prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, y que consistiría en

47 FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «Acciones positivas en las condiciones laborales de personas con discapacidad para un nuevo Estatuto de los Trabajadores», cit., pág. 113.

48 Art. 37.6 ET.

49 Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro (2020); Convenio colectivo de Caja Laboral banca seguros SLU (2020); o convenio colectivo nacional del ciclo de Comercio del papel y artes gráficas (2019-2021), entre otros.

50 CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La negociación colectiva como instrumento clave para el fomento del empleo y la adaptación de las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad», cit., pág. 218.

51 STSJ Madrid 9 marzo 2016, (rec. 990/2015).

un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo (la duración deberá limitarse durante un periodo a determinar, que podría ser de 2 y 3 años, en función del tipo y grado de discapacidad)⁵².

2.9. Derechos de preferencia ante movilidades geográficas (arts. 40.5 y 40.7 ET)

Conforme al art. 40.5 ET, para hacer efectivo su derecho de protección a la salud los trabajadores con discapacidad, que acrediten necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de habilitación o rehabilitación médico-funcional o atención, tratamiento u orientación psicológica relacionado con su discapacidad, tienen derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en una localidad en que sea más accesible dicho tratamiento; y ello en los términos y las condiciones previstas para las víctimas de violencia de género y de terrorismo⁵³.

Algunos convenios colectivos se limitan a reproducir de forma más o menos literal esta disposición: sin perjuicio de ello algún convenio ha previsto que en las convocatorias de traslado voluntario será tenida en cuenta la discapacidad o dependencia de la persona trabajadora o de familiares a su cargo hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad⁵⁴.

En este sentido, la empresa está obligada a comunicar a los trabajadores las vacantes existentes y las que se pudieran producir en el futuro cuando se acredite la necesidad. El traslado o el cambio de centro de trabajo tendrá una duración inicial de 6 meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaban los trabajadores. Terminado este periodo, los trabajadores podrán optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo. En este último caso, decaerá la mencionada obligación de reserva.

La movilidad geográfica se rige por lo establecido en el ET, con la única especialidad de que los cambios que conllevan requieren el informe previo del equipo multiprofesional⁵⁵ (en materia de suspensión del contrato rige una completa remisión a lo previsto en el ET)⁵⁶.

Dentro de la movilidad geográfica y con un afán proteccionista, el art. 40.7 ET extiende la prioridad de permanencia en los puestos de trabajo de los representantes legales de los trabajadores a favor de trabajadores de otros colectivos, tales como trabajadores con

52 FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «Acciones positivas en las condiciones laborales de personas con discapacidad para un nuevo Estatuto de los Trabajadores», cit., pág. 116.

53 Previstas en el art. 40.4 ET.

54 CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La negociación colectiva como instrumento clave para el fomento del empleo y la adaptación de las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad», cit, págs. 213-214.

55 Los equipos multiprofesionales realizan un importante papel en el marco de las unidades de apoyo, con importantes funciones encomendadas, como la realización de informes (preceptivos en determinadas circunstancias), o la constatación y valoración de las condiciones en las que los trabajadores con discapacidad desarrollan sus funciones para el centro especial de empleo.

56 SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Especialidades en la discapacidad: empleo protegido y perspectiva de género», VVAA (Dir. Fernández Orrico, F. J.) *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 396.

cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad (mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas).

2.10. Suspensión del contrato por nacimiento y cuidado del menor (art. 45.1.d ET)

Según el art. 45.1.d) ET el contrato de trabajo puede suspenderse, en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de menores de 6 años de edad o de menores de edad mayores de 6 años con discapacidad. Con ello, se amplía la suspensión en los casos en que el menor presente discapacidad y sea mayor de 6 años, si bien, esto será posible hasta que cumpla los 18 años de edad.

Cabe tener presente que hay una prohibición de emplear al trabajador en situación de peligro como medida preventiva, y que atendiendo a la especial sensibilidad que va a tener un carácter temporal, y ante la imposibilidad de adaptar el puesto de trabajo en una primera fase, y de cambiarle a otro puesto en una segunda, se va a suspender el contrato de trabajo por mutuo acuerdo del empresario y trabajador, como medida para prevenir el riesgo⁵⁷.

La cuestión que se plantea, y es importante, es que no se distingue el tipo de discapacidad, pues no es igual una discapacidad física, que una discapacidad intelectual, y dentro de esa distinción también habría que diferenciar el grado de discapacidad: parece razonable que se establezcan tales distinciones, pues en el caso de una discapacidad intelectual con un grado alto de discapacidad debería ampliarse la suspensión sobrepasando incluso los 18 años⁵⁸.

2.11. Excedencia por cuidado de un familiar con discapacidad (art. 46.3 ET)

Tienen derecho a un periodo de excedencia, de duración no superior a 2 años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado del cónyuge o pareja de hecho, o de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad y por afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida.

No parece razonable interpretar la razón de “edad” de la excedencia por cuidado de familiares del párrafo segundo del art. 46.3 ET, en el sentido de que todos los hijos, y concretamente los mayores de 3 años (a los menores de esa edad, sin realizar ahora mayores precisiones, le es plenamente aplicable la excedencia por cuidado de hijos), sin excepción, no pueden valerse por sí mismos: es claro que todos los menores de una determinada edad no pueden valerse por sí mismos en el sentido de que necesitan cuidados y la ley obliga a sus progenitores a atenderlos; pero no parece que sea este el sentido que se quiere dar a la

57 COS EGEA, M.: «Los trabajadores sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial» *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 121/2010 (BIB/2010/2146), pág. 18.

58 FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «Acciones positivas en las condiciones laborales de personas con discapacidad para un nuevo Estatuto de los Trabajadores», cit., pág. 115.

edad, como razón de la imposibilidad de valerse por sí mismo, en la excedencia por cuidado de familiares de este 46.3 ET⁵⁹.

Esta excedencia, cuyo periodo de duración puede disfrutarse de forma fraccionada, constituye un derecho individual de los trabajadores y trabajadoras. No obstante, si dos o más personas trabajadoras de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, la empresa podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas de funcionamiento debidamente motivadas por escrito debiendo en tal caso la empresa ofrecer un plan alternativo que asegure el disfrute de ambas personas trabajadoras y que posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación. Cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo periodo de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando.

El periodo en que la persona trabajadora permanezca en situación de excedencia es computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por la empresa, especialmente con ocasión de su reincorporación (durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo, y transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente).

No obstante, cuando la persona trabajadora forme parte de una familia que tenga reconocida la condición de familia numerosa, la reserva de su puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de 15 meses cuando se trate de una familia numerosa de categoría general, y hasta un máximo de 18 meses si se trata de categoría especial. Cuando la persona ejerza este derecho con la misma duración y régimen que el otro progenitor, la reserva de puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de 18 meses.

En el ejercicio de este derecho se tendrá en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres y, asimismo, evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género.

Tanto en este caso de excedencia como en el de reducción de jornada sería aconsejable proponer que en la reducción de jornada o de la excedencia protegida para la reincorporación al puesto de trabajo, se incluyan no solo familiares con discapacidad del trabajador sino al propio trabajador con discapacidad⁶⁰ (algo que no contempla la actual normativa y que por otro lado parece obvio).

2.12. Ampliación de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y cuidado de menor con discapacidad (art. 48.6 ET)

En el supuesto de discapacidad del hijo o hija en el nacimiento (que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses), adopción, en situación de guarda con fines de adopción o de acogimiento, la suspensión del contrato tendrá una duración adicional de dos semanas, una para cada una de las personas progenitoras (e igual ampliación procederá en el supuesto de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple por cada hijo o hija distinta del primero). En caso de haber una única persona

59 STS 5 febrero 2021, (rec. 2102/2018).

60 SERRANO ARGÜELLO, N.: «La protección a los discapacitados en el trabajo: del perfeccionamiento legal a sus últimos avances a través de la jurisprudencia comunitaria», cit., pág. 326.

progenitora, esta podrá disfrutar de las ampliaciones completas previstas en este apartado para el caso de familias con dos personas progenitoras.

2.13. Prioridad de permanencia en la empresa ante un despido colectivo (art. 51.5 ET)

No existe una prioridad de permanencia legal de las personas con discapacidad en los supuestos de despido colectivo, sino que corresponde a los representantes de los trabajadores, en ejercicio de su autonomía colectiva, a través de convenio colectivo o por medio de acuerdo durante el periodo de consultas, incorporar tal prioridad de preferencia de este colectivo. Lo que el ET dispone es que cabe establecer prioridades de permanencia en el puesto de trabajo en favor de personas con discapacidad, entre otros colectivos, mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado en el periodo de consultas⁶¹.

Desde luego, la propuesta va encaminada en el mismo sentido de equiparar a los trabajadores con discapacidad a la prioridad que disfrutaban en materia de permanencia en la empresa prevista en el art. 51 ET, de los representantes de los trabajadores, sin necesidad de convenio⁶². Por tanto, el ET llama al convenio colectivo para establecer prioridades de permanencia de las personas con discapacidad en los convenios colectivos.

En este sentido, la negociación colectiva debe atender a las personas con discapacidad en sus clausulados con mayor riqueza de contenidos, y que muestre su interés por la plena participación en el mundo laboral de los trabajadores con discapacidad fomentando e instaurando medidas que impidan el despido de la persona con discapacidad o la extinción de la relación laboral⁶³.

Así por ejemplo, la prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate⁶⁴.

2.14. Licencia semanal para buscar nuevo empleo ante una extinción por causas objetivas (art. 53.2 ET)

En el caso del despido por causas objetivas se debe conceder un plazo de preaviso de 15 días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. Pues bien, durante este periodo de preaviso el trabajador, o su representante legal si se trata de una persona con discapacidad que lo tuviera, tiene derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de 6 horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo⁶⁵.

61 Art. 51.5 ET. Señalar que tiene un tratamiento prácticamente igual al supuesto de movilidad geográfica.

62 FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «Acciones positivas en las condiciones laborales de personas con discapacidad para un nuevo Estatuto de los Trabajadores», cit., pág. 115.

63 SERRANO ARGÜELLO, N.: «La integración laboral de las personas con discapacidad estudiada desde la prohibición de discriminación. El ajuste razonable como medida antidiscriminatoria», cit., pág. 362.

64 SSTS 15 mayo 2018, (rec. 1244/2017), y 3 mayo 2016, (rec. 2351/2015).

65 Art. 53.2 ET.

Ahora bien, para que se despidan por causas objetivas a un trabajador con discapacidad en el caso de ineptitud sobrevenida es necesario que se acredite la imposibilidad de adaptar el puesto de trabajo a las restricciones sufridas por el trabajador, y, en este sentido, el art. 52.c) ET debe ser puesto en conexión con la obligación empresarial de adaptar el trabajo a la persona que como principio general de la acción preventiva se establece en el art. 15.1.d) de la LPRL, y que se concreta en el 25.1, pues, de no poner ambas normas en relación, el incumplimiento del deber de prevención empresarial permitiría justificar el despido objetivo por ineptitud⁶⁶.

Como podemos observar, estamos ante un colectivo que carece de voz propia (son los padres o los responsables de la patria potestad o sus tutores quienes alcanzan la voz para que se les reconozcan derechos laborales y sociales: el propio ET hace un guiño en este sentido cuando atribuye capacidades al representante legal concediéndole una licencia semanal para la búsqueda de empleo del trabajador con discapacidad despedido por despido objetivo⁶⁷).

Hay preavisos abreviados, como en el ajuste razonable es un deber empresarial que se puede ejecutar con distintas finalidades, y en cualquier momento de la relación laboral o previamente a la misma, por tanto, se configura como una obligación que se sostiene en el tiempo, y que va desde el momento previo de acceso a la relación laboral⁶⁸ hasta su extinción total⁶⁹ (obligación de tracto sucesivo: el empresario debe adoptar y mantener estas medidas).

2.15. El acoso por razón de discapacidad como causa de despido disciplinario (art. 54.2.g ET)

El contrato de trabajo puede extinguirse por decisión del empresario, mediante despido disciplinario basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador, al considerarse un incumplimiento contractual del trabajador, el acoso por razón de discapacidad al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

66 STSJ Galicia 16 octubre 2017, (rec. 3168/2017).

67 SERRANO ARGÜELLO, N.: «La integración laboral de las personas con discapacidad estudiada desde la prohibición de discriminación. El ajuste razonable como medida antidiscriminatoria», cit., pág. 306.

68 Con el fin de potenciar la promoción profesional, también de quienes disponen de relación laboral de carácter especial en centros especiales de empleo, la cobertura inicial de vacantes y puestos de nueva creación se realizará a través de procesos de promoción interna de trabajadores en activo y excedentes voluntarios. Las personas con discapacidad tendrán derecho a un ajuste razonable de cualquier condición o elemento del sistema de provisión del puesto de trabajo vacante o de nueva creación, a fin de no situarse en situación de desventaja respecto a las personas que no tiene discapacidad. Así lo establece STS 12 julio 2018, FJ 2º, (rec. 82/2017).

69 STJUE 11 abril 2013, Asunto C-335/11: la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de que el empleador no adoptó las medidas apropiadas conforme a la obligación de realizar ajustes razonables prevista en el art. 5 de dicha Directiva.

3. ALGUNAS REFERENCIAS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA LEY DE EMPLEO 3/2023, DE 28 DE FEBRERO

Conforme a la Disposición final segunda de la Ley 3/2023⁷⁰, son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. Las disposiciones normativas de los poderes y las Administraciones públicas, las resoluciones, actos, comunicaciones y manifestaciones de estas y de sus autoridades y agentes, cuando actúen en calidad de tales, utilizarán los términos “persona con discapacidad” o “personas con discapacidad” para denominarlas (ya no se habla de discapacitados o minusválidos).

3.1. Principios de igualdad y no discriminación por razón de discapacidad, como principios rectores de la política de empleo

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce en su art. 26 el derecho a la integración de las personas con discapacidad. Por su parte, el art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea habilita el Consejo para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. La LGDPD recoge en sus arts. 35 y 36 el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación.

Conforme al art. 5 Ley 3/2023, son principios rectores de la política de empleo, entre otros, los principios de igualdad y no discriminación en el acceso y consolidación del empleo y desarrollo profesional por motivo de edad, sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, así como por razón de lengua, dentro del Estado español o cualquier otra condición o circunstancia personal, familiar o social favoreciendo de esta manera la cohesión social.

Por otro lado, el art 39 señala que sin perjuicio de la atención que debe observarse para combatir cualquier causa de discriminación, en la planificación, organización y desarrollo de las acciones de empleabilidad se guardará especial cuidado en evitar discriminaciones por edad, sexo o discapacidad, o por otras razones como orientación sexual, identidad de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social, así como la toma de cualquier decisión que pueda implicar un sesgo o estereotipo negativo de las personas por estos motivos. Además, se evitará el establecimiento de criterios que presupongan que las personas destinatarias son suficientemente mayores, suficientemente jóvenes o referentes al sexo o a la discapacidad de estas.

Las agencias de colocación deberán garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna, directa o indirecta, basada en motivos de edad, sexo, discapacidad, salud, orientación

⁷⁰ Disposición final segunda, bajo la rúbrica “Modificación del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre”.

sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, así como por razón de lengua, dentro del Estado español⁷¹.

El desempeño de la actividad de selección de personal, se debe efectuar con arreglo a los principios de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo por motivo de edad, sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como por razón de lengua dentro del Estado español⁷².

Para garantizar la igualdad real y efectiva en el acceso y consolidación del empleo de las personas trabajadoras jóvenes, con carácter excepcional y en tanto la tasa de desempleo juvenil no se equipare a la tasa de desempleo total, se entenderá que no constituye discriminación por motivos de edad en el ámbito del empleo y la ocupación la configuración de condiciones de trabajo y empleo específicas, si están justificadas, objetiva y razonablemente, por la concurrencia de una finalidad legítima y resultan adecuadas y necesarias para favorecer el acceso y la consolidación del empleo de las personas jóvenes, sin que, en ningún caso, puedan comportar discriminación por razón de sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, así como por razón de lengua, dentro del Estado español o cualquier otra condición o circunstancia personal o social⁷³.

Para garantizar la igualdad real y efectiva en el acceso y consolidación del empleo de las mujeres, con carácter excepcional y en tanto la tasa de desempleo femenino no se equipare a la tasa de desempleo total, se entenderá que no constituye discriminación por motivos de sexo en el ámbito del empleo y la ocupación la configuración de condiciones de trabajo y empleo específicas, si están justificadas, objetiva y razonablemente, por la concurrencia de una finalidad legítima y resultan adecuadas y necesarias para favorecer el acceso y la consolidación del empleo de las mujeres, sin que, en ningún caso, puedan comportar discriminación por discapacidad, salud, orientación sexual, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social⁷⁴.

3.2. Las oportunidades de empleo para personas con discapacidad, como ejes de los instrumentos de planificación de las políticas de empleo

Respecto a la gobernanza, la Ley 3/2023 señala que integran el Sistema Nacional de Empleo todas las estructuras administrativas, recursos materiales y humanos, estrategias, planes, programas e información dirigidos a implementar políticas de empleo, ya sean de titularidad estatal o autonómica. Está conformado por: la Agencia Española de Empleo (el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) se transformará en la Agencia Española de

71 Art. 43 Ley 3/2023.

72 Art. 45.2 Ley 3/2023.

73 Disposición adicional sexta Ley 3/2023.

74 Disposición adicional séptima Ley 3/2023.

Empleo, y tras su creación, será la responsable de poner en marcha la modernización del Portal Único de Empleo, es decir, de la web actual del SEPE) y por los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas. La Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas, deben coordinarse (favoreciendo la convergencia de las políticas de empleo de las diferentes administraciones competentes, a través de los siguientes instrumentos de planificación y coordinación⁷⁵:

- La Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo: Esta estrategia, se enfoca al diagnóstico de la situación y tendencias del mercado de trabajo, con el diseño de un plan integral de políticas activas de empleo, entre otras actuaciones. Se articula en torno a 7 ejes, entre los que destaca el eje 4 (denominado “oportunidades de empleo para personas con discapacidad”): incluye las actuaciones que tienen por objeto incentivar la contratación, la creación de empleo o el mantenimiento de los puestos de trabajo, y las acciones de orientación y acompañamiento individualizado en los puestos de trabajo de las personas con discapacidad).
- El Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno: En línea con la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, se elaborará un plan cada año para la consecución de los objetivos marcados. Se articula en torno a 6 ejes, entre los que destaca el eje 4 (denominado “igualdad de oportunidades en el acceso al empleo). comprende las actuaciones dirigidas a aquellos colectivos que tienen mayor dificultad en el acceso o permanencia en el empleo, con especial consideración a la situación de las personas con discapacidad.
- El Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo: Una red de información común para toda la estructura pública y privada del empleo, para el acceso y tratamiento masivo de datos. Se elaborará un perfil individualizado de cada usuario que le ayude a formarse adecuadamente y/o a encontrar trabajo. Con un tutor que prestará un servicio integral a la persona desempleada.

3.3. Las personas con discapacidad, como colectivo de atención prioritaria para la política de empleo

El Gobierno y las Comunidades Autónomas deben de adoptar, de acuerdo con los preceptos constitucionales y estatutarios, así como con los compromisos asumidos en el ámbito de la Unión Europea y en la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, programas específicos destinados a fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades para el acceso y mantenimiento del empleo y para el desarrollo de su empleabilidad, con el objeto de promover una atención específica hacia las personas integrantes de los mismos en la planificación, diseño y ejecución de las políticas de empleo. En este sentido, se considerarán colectivos vulnerables de atención prioritaria a la hora de encontrar trabajo, a las personas jóvenes y mujeres especialmente con baja cualificación, personas en desempleo de larga duración, personas mayores de 45 años, personas migrantes, o personas con discapacidad, entre otras⁷⁶.

Matiza el legislador que las personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo son: las personas con parálisis cerebral, con

⁷⁵ Art. 11.4 Ley 3/2023.

⁷⁶ Art. 50.1 Ley 3/2023.

trastorno de la salud mental, con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%; así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%.

Nos recuerda el preámbulo de la Ley de Empleo 3/2023 que, sin perjuicio de las medidas contempladas por la LGDPD de 2013, la atención de personas demandantes de servicios de empleo con discapacidad se encauza por múltiples vías: los servicios de empleo procurarán, prioritariamente, el acceso de dichas personas al empleo ordinario, pero también la creación y funcionamiento de centros especiales de empleo y enclaves laborales que faciliten su integración en el mercado de trabajo.

En este sentido, el art. 54 Ley 3/2023 señala que sin perjuicio de otras medidas de generación y mantenimiento del empleo que puedan desarrollarse, los servicios de empleo procurarán, prioritariamente, el acceso de dichas personas al empleo ordinario, el mantenimiento del empleo, la mejora de su empleabilidad a lo largo de su ciclo laboral y su desarrollo profesional, así como la sostenibilidad del empleo protegido. De la relación laboral especial en centros especiales de empleo, las personas con discapacidad pueden ser contratadas laboralmente mediante cualquiera de las modalidades contractuales previstas en la legislación laboral común, en los supuestos y con los requisitos y condiciones propios de cada una de ellas⁷⁷.

Cuando así lo determinen las respectivas Administraciones públicas competentes, los empleados y empleadas públicas al servicio de la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo autonómicos se integrarán en los equipos multiprofesionales de atención a la discapacidad, a los efectos de la mejora de la empleabilidad de las personas con discapacidad. Los servicios públicos de empleo diseñarán y pondrán en marcha acciones positivas dirigidas a las personas con discapacidad. Las medidas más adecuadas del catálogo de instrumentos de empleabilidad, a la vista del perfil de las personas demandantes de servicios de empleo, serán objeto de las adaptaciones necesarias para su plena efectividad. Y la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo autonómicos, así como las entidades privadas y colaboradoras que se determinen reglamentariamente, podrán cooperar en el diseño, organización, puesta en marcha y ejecución de los servicios de empleo con apoyo.

3.4. Equiparación a efectos laborales, entre la incapacidad permanente y la discapacidad del 33%

Es de destacar que la nueva regulación señala que, “a los efectos de esta ley” (ya no es a todos los efectos, por lo que no se equipara completamente el grado de discapacidad expedido por los servicios sociales con la discapacidad que incluye la incapacidad permanente), tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%. Sin perjuicio de lo anterior, se considera que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33% las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y las personas

⁷⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La negociación colectiva como instrumento clave para el fomento del empleo y la adaptación de las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad», cit, pág. 203.

pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Hay una conciencia creciente de que las dificultades a las que se enfrentan las personas con discapacidad, a la hora de obtener y conservar un empleo, se deben más a la forma en la que el trabajo está estructurado y organizado que a la discapacidad en sí misma, y que esos obstáculos pueden ser superados si se adoptan las medidas adecuadas.

La especialidad de la relación laboral en los centros especiales de empleo viene determinada fundamentalmente por los sujetos que asumen las posiciones de trabajador y empresario: sólo unos concretos trabajadores discapacitados y unas empresas organizadas en (centros especiales de empleo), pueden ser sujetos de esta relación laboral especial.

El trabajo debe ajustarse al trabajador para superar la discriminación por razón de discapacidad y, en este sentido, el ajuste razonable es una medida estrella en la que el legislador debe poner más su acento, suprimiendo barreras que faciliten el desempeño de las funciones laborales.

Conviene repensar la contratación temporal de manera completa: la causal o estructural, la coyuntural y de fomento, contrato formativo y asimismo incluir la contratación temporal de las distintas relaciones laborales especiales; ello permitiría también dilucidar el papel que la contratación temporal juega en la integración laboral de las personas con discapacidad: una reforma de la modalidad contractual del contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad exigiría repensar si es necesario poder incorporar a quien no siendo discapacitado legal por no alcanzar el porcentaje del 33% de discapacidad, sí se encuentran en la llamada discapacidad límite. Igualmente tenemos que demandar la acción legislativa para incorporar normativamente una regla que impida la rotación de distintos trabajadores discapacitados en un mismo puesto de trabajo.

Es insuficiente que se otorgue tan solo una semana para cada progenitor en el caso de que el hijo sufra una discapacidad, pues existe una variedad de discapacidades (física, sensorial intelectual, mental) y de grados de discapacidad, por lo que si se quiere ofrecer una ampliación objetiva del descanso en caso de tener hijos con discapacidad, habrá necesariamente que establecer diferentes duraciones en función del tipo y grado de discapacidad, partiendo al menos de una semana para cada progenitor.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO BRAVO, M., BLANCO MARTÍN, J.M.: «La relación laboral de los minusválidos y los Centros Especiales de Empleo», en *Empleo y minusvalía. Marco jurídico de la integración laboral de los minusválidos*. Editorial Feclaps, Valladolid, 1998.
- BAVIERA PUIG, I.: «La inserción laboral de las personas con discapacidad en la Unión Europea: aspectos comunes y diferenciados», VVAA (Dir. Fernández Orrico, F. J.) *Claves en el empleo de personas con discapacidad intelectual*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

- CABRA DE LUNA, M. A.: «Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 50, 2004.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Instrumentos para la promoción del empleo ordinario de las personas con discapacidad intelectual», VVAA (Dir. Fernández Orrico, F. J.) *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La negociación colectiva como instrumento clave para el fomento del empleo y la adaptación de las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad» VVAA (Dir. Fernández Orrico, F. J.) *Claves en el empleo de personas con discapacidad intelectual*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- COS EGEA, M.: «Los trabajadores sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 121/2010 (BIB/2010/2146).
- DUEÑAS HERRERO, L. J. y PYÑEYROA DE LA FUENTE, A. J.: «La Seguridad Social de los minusválidos», en *Marco jurídico de la integración laboral de los minusválidos*. Editorial Feclaps, Valladolid, 1998.
- ESCUDERO PRIETO, A. y SERRANO ARGÜELLO, N.: «El acceso al empleo de las personas discapacitadas en el derecho internacional, derecho interno y derecho comparado. Tratamiento especial de los centros ocupacionales», en *Marco jurídico de la integración laboral de los minusválidos*. Editorial Feclaps, Valladolid, 1998.
- ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas», en *Trabajo y protección social del discapacitado*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2003.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «Acciones positivas en las condiciones laborales de personas con discapacidad para un nuevo Estatuto de los Trabajadores», VVAA *El Estatuto de los Trabajadores. 40 años después*, Edita Ministerio de Trabajo y Economía Social, Colección Informes y Estudios (Serie General, núm. 24), Madrid, 2020.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: *Inserción laboral de personas con discapacidad y capacidad intelectual límite: diagnóstico y propuestas*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «La prevención de riesgos laborales en personas con discapacidad y su vinculación con la específica protección de trabajadores especialmente sensibles» VVAA (Dir. Fernández Orrico, F. J.) *Claves en el empleo de personas con discapacidad intelectual*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L.: «El concepto de discapacidad. Implicaciones de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad para la legislación laboral española», VVAA (Dir. Fernández Orrico, F. J.) *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- PÉREZ PÉREZ, J.: *Contratación laboral de las personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*. Lex Nova. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Especialidades en la discapacidad: empleo protegido y perspectiva de género», VVAA (Dir. Fernández Orrico, F. J.) *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- SERRANO ARGÜELLO, N.: «El contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad. A propósito del incuestionable mantenimiento “contracorriente” de la temporalidad para los discapacitados», VVAA (Dir. Fernández Orrico, F. J.) *Claves en el empleo de personas con discapacidad intelectual*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- SERRANO ARGÜELLO, N.: «La integración laboral de las personas con discapacidad estudiada desde la prohibición de discriminación. El ajuste razonable como medida antidiscriminatoria», VVAA (Dir. Fernández Orrico, F. J.) *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- SERRANO ARGÜELLO, N.: «La protección a los discapacitados en el trabajo: del perfeccionamiento legal a sus últimos avances a través de la jurisprudencia comunitaria», VVAA (Dir. Cristina Guilarte Martín-Calero) *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

CAPÍTULO VI

EL PREPARADOR LABORAL: UNA FIGURA CLAVE EN EL EMPLEO CON APOYO¹

RICARDO ESTEBAN LEGARRETA
*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona*

1. PLANTEAMIENTO. ALGUNOS DATOS SOBRE LOS PROFESIONALES DEDICADOS A LA PREPARACIÓN LABORAL

El preparador laboral es, como apunta el título de este capítulo, una figura fundamental en la puesta en marcha y en la ejecución de proyectos de empleo con apoyo. En este sentido, el artículo 2 del RD 870/2007, de 2 de julio², regulador del programa común caracteriza al empleo con apoyo (en adelante ECA) como un conjunto de acciones de orientación y de acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo que son prestadas por preparadores laborales especializados. Por lo tanto, puede afirmarse que no hay empleo con apoyo sin personas que ejecuten las tareas de preparación laboral. El RD 870/2007 (art.8), regulador del programa común, es muy claro al respecto, teniendo en cuenta que el único concepto subvencionable son los salarios y la cuota patronal a la Seguridad Social de los preparadores laborales³. Asimismo, la actividad de los preparadores laborales se llevará a cabo en la empresa ordinaria, teniendo en cuenta que el empleo con apoyo constituye una medida de integración laboral de las personas con discapacidad en el sistema ordinario de trabajo (art. 1 RD 870/2007). Además, los preparadores laborales centran su actividad en el campo de la inserción laboral de personas con discapacidad

1 El autor desea expresar su agradecimiento por la colaboración y la aportación de datos de diversas personas. De una parte, al Sr Alfonso Gutiérrez, presidente de la Asociación Española de Empleo con Apoyo (AESE) y a la Sra Glòria Canals, miembro de la junta directiva de la *Associació Catalana de Treball amb Suport* (ACTAS), entidad federada a AESE.

2 BOE núm. 168 de 14 de julio de 2007.

3 El artículo 8 del RD 870/2007 señala que *“Las subvenciones establecidas en este artículo se destinarán a financiar costes laborales y de seguridad social que se generen durante el periodo de desarrollo del proyecto de empleo con apoyo”*. En particular, la cuantía subvencionable en concepto de salarios está topada en 33.250 euros.

afectadas de especiales dificultades, que se caracterizan por mostrar bajas tasas de actividad⁴ y de empleo⁵. En este sentido, el perfil básico de las personas usuarias de los programas serían las afectadas de “discapacidad psíquica”⁶, con un grado no inferior al 33 por 100 o personas con discapacidad física en un grado de discapacidad no inferior al 65 por 100, con la excepción de las personas sordas y con discapacidad auditiva, para las que se exige un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por 100.

Las líneas que siguen identifican y abordan diversas claves del preparador laboral. La actual realidad regulada del empleo con apoyo nos exige reflexionar en primer lugar a propósito de la diversidad de modelos de ECA (2), teniendo en cuenta que más allá de la existencia de un programa común (RD 870/2007), hay otros modelos autonómicos de ECA que no son siempre coincidentes en sus contornos. De ahí que quepa hablar de diversidad de modelos regulados de “preparadores laborales”.

Por otro lado (3) se abordará otra característica clave del preparador laboral y es que, se trata de una figura que desempeña su actividad en el marco de un contrato de trabajo. Por lo tanto, se examinarán las previsiones normativas que el programa estatal (RD 870/2007) y los programas autonómicos establecen para garantizar la laboralidad de la actividad, haciéndose referencia a la tipología de los — potenciales — empleadores del preparador laboral. Asimismo, el examen de la figura hace necesario proyectar la mirada sobre (4) las funciones y actividades que definen al preparador laboral y que se encuentran reflejadas en el artículo 2 del RD 870/2007. Por lo demás, el examen normativo de la figura del preparador/a laboral aconseja analizar qué (5) requerimientos formativos exige la normativa reguladora de los programas.

Ahora bien, en perspectiva metodológica se ha de señalar que para obtener una mirada amplia, es conveniente una aproximación a otras actividades regladas cercanas a la “preparación laboral”. En este sentido, puede ser de interés delimitar qué hay de diferente entre el preparador laboral y otras figuras próximas que también proveen de apoyos como son las personas que desarrollan su actividad en unidades de apoyo laboral integradas en los servicios de ajuste personal y social de Centros Especiales de Empleo (en adelante CEE), — reguladas como programa común (art 56 RD 818/2021, de 28 de septiembre, de

4 El documento del INE: *El empleo de las personas con discapacidad. Año 2021*, Madrid, INE, 2022, aporta algunos datos de notable interés referidos al año 2021, el último disponible. Así, en materia de tasa de actividad el documento señala que la tasa de actividad general de las personas con discapacidad estaba en un 26,4%, mientras que la misma tasa en el caso de las personas sin discapacidad alcanzaba el 77,7% ese año. Ahora bien, si focalizamos sobre las personas con discapacidad intelectual y sobre las personas con enfermedad mental observamos que las tasas eran mucho más bajas; respectivamente, del 27,5% y del 29%. Documento accesible en <https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica_C&cid=1254736055502&menu=ultiDatos&idp=1254735976595>.

5 INE: *El empleo de las personas con discapacidad*, cit., aporta una tasa de empleo de las personas con discapacidad del 26,9%, mucho más baja que la de las personas sin discapacidad (66,3%). Sin embargo, el diferencial es todavía más agudo en el caso de las personas con discapacidad intelectual y con trastorno mental en el que las tasas de empleo son, respectivamente, del 17,7% y del 17,2%.

6 La normativa de empleo tiende a ejemplificar, sin pretensión de exhaustividad, perfiles diversos de discapacidad psíquica: este es el caso del RD 870/2007, que se refiere en su artículo 3.1 b) a “*personas con parálisis cerebral, personas con trastorno de la salud mental, personas con discapacidad intelectual o personas con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por 100*”.

programas de empleo⁷⁾ por el RD 469/2006 de 21 de abril⁸ —, o bien la figura del asistente personal de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre⁹, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, una figura que va más allá del empleo pero que también puede contribuir a la empleabilidad de la persona con discapacidad, y que en los últimos tiempos está siendo objeto de especial atención¹⁰. En el fondo, se trataría de figuras que encontrarían encaje en el artículo 19 b] de la CPCD, en el que se recoge el derecho de las personas con discapacidad a contar con una diversidad de servicios de apoyo, que permitan su inclusión en la comunidad y eviten su aislamiento.

Asimismo, como cuestión preliminar conviene llamar la atención sobre el volumen de personas que desempeñan profesionalmente esta actividad en España y sobre sus perfiles. En este sentido, según datos obtenidos de la Asociación Española de Empleo con Apoyo (AESE), en la actualidad habría en España en torno a 1000 personas que desempeñan esta actividad. Se trata de una cifra modesta pero que sin duda podría crecer en un futuro en la medida en la que España proceda a limitar el volumen de puestos de trabajo en Centros Especiales de Empleo¹¹, en aplicación de las exigencias de la Observación núm 8/2022 del Comité Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad — que interpreta el alcance de las obligaciones de los Estados que han ratificado la CPCD¹² — y, sobre todo, en la medida en la que las personas con discapacidad susceptibles de ser acompañadas laboralmente aumenten en general su tasa de actividad, hoy en día muy modesta.

Por lo demás, y de acuerdo con datos obtenidos de algunos estudios dedicados a la actividad de preparación laboral se destaca que nos hallamos ante una actividad fuertemente feminizada y en la que sobresalen mayoritariamente las personas con titulación universitaria y con un cierto bagaje en la asistencia a personas con discapacidad intelectual¹³. Ahora bien, el nivel formativo universitario, que es el mayoritario entre los

7 BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2021.

8 BOE núm. 96, de 22 de abril de 2006.

9 BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006.

10 Al respecto, puede verse la Resolución de 24 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales (BOE núm 128, de 30 de mayo de 2023), por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y la Atención a la dependencia, mediante el que se definen y establecen las condiciones específicas de acceso a la asistencia personal. El examen del acuerdo permite identificar algunos rasgos del asistente personal.

11 Partiendo de datos facilitados directamente por la Subdirección General de Políticas Activas de Empleo del SEPE y referidos a 2021 se constata que de las 98.551 personas con discapacidad que desarrollaban actividad laboral en Centros Especiales de Empleo, 40.280 personas acreditaban discapacidades necesitadas de empleo con apoyo, que en el caso de los Centros se prestan por las unidades de apoyo laboral, a las que más adelante se hará referencia.

12 La Observación núm. 8/2022 ha comportado una importante novedad en su apartado VI (i), recordando a los Estados su obligación de proceder a la “*Eliminación gradual y expedita del empleo segregado, incluidos los talleres protegidos, mediante la adopción de planes de acción concretos, con recursos, plazos y mecanismos de seguimiento que aseguren la transición del empleo segregado al mercado laboral abierto*”.

13 MERCADO GARCÍA, E., ROLDÁN, E. y RIVERA, J.: «El perfil de los preparadores laborales en el empleo con apoyo», *Siglo Cero* núm. 259, 2016, aportan datos de notable interés a partir de entrevistas y una revisión de literatura. Entre otros datos, apuntan a que el 83% de las preparadores laborales son mujeres; que el 87% de las personas que desempeñan esta actividad disponen de titulación superior y en un 78% acreditan una experiencia laboral con personas con discapacidad intelectual superior a dos años.

profesionales en activo, no es coincidente, como se verá con el perfil de preparador laboral reflejado en el programa común, y en algunos programas autonómicos.

2. EL PREPARADOR LABORAL, UNA FIGURA DISPERSA ENTRE EL PROGRAMA COMÚN Y LOS PROGRAMAS PROPIOS DE ALGUNAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Ciertamente, el RD 870/2007, regulador del programa común de empleo con apoyo tuvo la pretensión de consolidar un perfil unificado de ECA y por ende, de preparador laboral¹⁴. No en vano, la exposición de motivos del RD 870/2007 señala que la norma refleja los aspectos esenciales del programa, “*que serán de aplicación a todo el territorio nacional, con base en la competencia del Estado en materia de legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por las Comunidades Autónomas*”. La práctica ha ido por otras derroteros, si tenemos en cuenta que ejerciendo sus competencias en materia de empleo las Comunidades Autónomas han ido diseñando, y por ende regulando programas propios, lo que ha acabado reflejándose en el RD 881/2021, de 28 de septiembre, regulador de los programas comunes de empleo, que consolida una doble posibilidad para las CCAA. Así, las CCAA podrían convocar subvenciones en el marco del programa común — RD 870/2007 — en cuyo caso y con carácter general las convocatorias respetarán el perfil de preparador laboral regulado por el RD 870/2007. A título de ejemplo, este sería el caso de la Orden de Castilla-La Mancha 53/2019, de 5 de marzo¹⁵, de bases de subvenciones de empleo con apoyo, fundamentadas en el programa común.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que las CCAA vehiculen sus competencias en políticas de empleo a través de programas propios de ECA, de modo que esos programas, en su diseño, no estarán obligados a seguir el marco del programa común. Ello da lugar a que algunas CCAA hayan regulado programas propios de empleo con apoyo claramente diferenciados del programa común (RD 870/2007), de modo que no están vinculados por los aspectos esenciales de los programas comunes¹⁶ ni por las cuantías de referencia de las subvenciones (art. 3 RD 881/2021). Por esta razón, las funciones atribuidas y sobre todo la exigencias formativas de los preparadores laborales pueden ser muy diferentes. Este es el caso de algunos programas propios autonómicos cuya regulación será objeto de análisis comparado. A este respecto, se han seleccionado las siguientes normas de bases: la Orden de la Región de Murcia de 20 de junio de 2022¹⁷, el Decreto de bases del País Vasco 168/2019

14 CAVAS MARTÍNEZ, F: «Instrumentos para la promoción del empleo ordinario de las personas con discapacidad», VVAA (Dir. Fernández Orrico, F.J.): *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 266, subraya cómo el RD 870/2007 marca el punto de arranque normativo del Eca

15 Diario Oficial de Castilla-La Mancha núm. 64, de 1 de abril de 2019.

16 De acuerdo con el artículo 1.2 del RD 818/2021, de programas de empleo, son aspectos esenciales de los programas las previsiones recogidas en este Decreto referidas a las siguientes materias: “a) objeto y contenidos mínimos previstos en cada uno de ellos; b) personas destinatarias finales; c) financiación; y d) requisitos específicos y prioridades”.

17 Boletín Oficial de la Región de Murcia núm. 145, de 25 de junio de 2022.

de 29 de octubre¹⁸, la Orden catalana ESS/1120/2017, de 20 de noviembre¹⁹ y la Orden de la Comunidad Valenciana 21/2016 de 20 de octubre²⁰.

Además, y como dato no anecdótico, en la actualidad nos encontramos con contrataciones laborales de preparadores laborales que escapan a la regulación de los programas regulados y subvencionados — estatal o autonómicos — ya que se financian a través del Programa Incorpora, de la Fundación Bancaria La Caixa²¹. Se trata de un programa, caracterizado por la escasez de información accesible pero que aporta recursos extra a muchas entidades promotoras de empleo con apoyo y que otorga una financiación adicional — de en torno a 40.000 euros/año — para cubrir los costos salariales y de Seguridad Social de las personas contratadas como preparadores laborales²². Debe tenerse en cuenta que se trata de una figura — la del preparador financiado con fondos privados —, que discurre con una cierta libertad, si bien saca provecho de la normalización del empleo con apoyo y de la actividad de preparación laboral tras la aprobación del RD 870/2007.

Aunque no se trate de una cuestión central en este capítulo, cabe señalar que la actual dispersión no es satisfactoria porque la profusión de programas autonómicos propios desdibuja el empleo con apoyo y, en ocasiones convierte los programas propios de ECA en un instrumento poco reconocible. A ello contribuye el uso de nomenclatura diferente en las diversas normativas reguladoras de los programas. Por ello, y dada la relevancia del empleo con apoyo, debería defenderse en primer lugar su consideración de servicio, no de programa, ya que el empleo con apoyo es una figura connatural a una idea de continuidad, coincidente con el concepto de servicio de empleo formulado por el RD 7/2015, de 16 de enero²³, regulador de la cartera común de servicios de empleo, sin olvidar que el artículo 41 de la LGDPD habla de servicios, no de programas de ECA. Ahora bien, dada la estrecha vinculación del empleo con apoyo con el derecho constitucional al trabajo (art. 35.1 CE) el ECA debería de distrutar de la condición de servicio común — no autonómico — lo que permitiría garantizar una imagen más nítida, unificada y de mayor solidez del ECA en toda España²⁴.

18 Boletín Oficial del País Vasco núm. 227, de 28 de noviembre de 2019.

19 BOE núm. 283, de 20 de noviembre de 2017.

20 Diario Oficial de la Generalitat Valenciana, núm. 7903, de 25 de octubre de 2016.

21 Para obtener una visión general de la actividad, puede consultarse la página web del Programa Incorpora, centrado en el apoyo laboral a personas con enfermedad mental. <<https://incorpora.fundacionlacaixa.org/lineas-de-actuacion>>

22 Para obtener algún dato mínimamente contrastable de la inversión efectuada en este programa, puede consultarse el documento, Fundación la Caixa: *Valoración cuantitativa del Impacto del Programa Incorpora, 2013*, ejemplar fotocopiado, que indica un retorno social sobre la inversión (SROI) de 156,7 millones de euros. Del documento se deduce que la Fundación La Caixa concedió ayudas en 2012 por valor aproximado de 20,2 millones de euros, un cifra que aplicando los baremos actualizados del RD 870/2007 permitiría contratar actualmente a más de 400 personas. Ahora bien, no se ha logrado acceder a la partida destinada al Programa Incorpora en los últimos años.

23 BOE núm. 31, de 5 de febrero de 2015.

24 Sobre este particular puede consultarse, con mayor detalle, ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Propuestas para el relanzamiento y la consolidación del empleo con apoyo en España», *Temas Laborales*, núm. 167, págs. 29 a 31.

3. LA PREPARACIÓN LABORAL COMO ACTIVIDAD PROFESIONAL CONTRATABLE POR CUENTA AJENA

Un análisis jurídico-laboral de la figura del preparador laboral exige subrayar que el empleo con apoyo constituye en realidad un servicio de cierta complejidad que incluye un importante haz de acciones que en su mayoría, — no en su totalidad — se reflejan en el artículo 2 del RD 870/2007. Por lo tanto, se trata de una actividad que por lo general será impulsada y organizada por entidades sin ánimo de lucro, de manera que los preparadores laborales deben prestar su actividad como trabajadores por cuenta ajena. Y ello no solo porque así lo exija el RD 870/2007 — que solo prevé la financiación de salarios y de cuotas patronales a la Seguridad Social de los preparadores —, sino por razones de complejidad organizativa ya apuntadas, que hacen poco creíble el acoplamiento a los servicios de ECA de profesionales autónomos reales.

En relación con la noción de servicio organizado, el Decreto 168/2019, regulador del programa propio del País Vasco concibe la prestación del servicio en el marco de las denominadas “unidades de empleo con apoyo”, para las que se prevé una composición de al menos un prospector y un preparador laboral. Se trata, este último, de un planteamiento que imita la lógica y la denominación de las unidades de apoyo laboral de los CEE (RD 469/2006). Es más, algunas entidades titulares de servicios empleo con apoyo, llevan a cabo la actividad habiendo constituido agencias privadas de colocación, aunque esto no es muy frecuente ni es exigible a la luz de lo establecido en el artículo 41 de la Ley 3/2023²⁵, de Empleo²⁶. Este último artículo prevé que las entidades que ejecuten programas de empleo podrán llevar a cabo actividades complementarias de intermediación sin la necesidad de constituir agencias de colocación.

En punto a la exigencia de contratación laboral de los preparadores, se ha de señalar que los programas propios de las Comunidades Autónomas están alineados con el RD 870/2007. En particular, la Orden catalana ESS/1120/2017, subraya la obligación de que exista contrato de trabajo entre la entidad promotora y el preparador laboral salvo en el caso que la entidad responsable tenga la condición de cooperativa de trabajo asociado, supuesto en el que se admite el vínculo autónomo entre entidad empleadora y preparador laboral. Asimismo esta orden prohíbe la subcontratación de la preparación laboral, del mismo modo que lo hace la Orden de la Comunidad Valenciana 21/2016 (artículo 7.4) en la que expresamente se prohíbe “la contratación mercantil del personal que ejecute el proyecto”. En perspectiva comparada con la asistencia personal, se observa que la mayor simplicidad de esta última permite la modalidad de prestación autónoma de la asistencia personal, tal y como prevé la Resolución de 24 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales.

25 BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023.

26 El Observatorio Estatal de la Discapacidad (OED): *Realidad, situación, dimensión y tendencias del empleo con apoyo en España en el Horizonte del año 2020*, OED, 2017, pág. 52, detallaba que en torno a mediados de la pasada década solo un 10% de los servicios de ECA funcionaba bajo la cobertura formal de una agencia de colocación. Cabe observar que hoy en día, la Ley 3/2023 de Empleo, deja claro que no existe para las entidades titulares del servicio de ECA la obligación de constituir agencias de colocación, porque el artículo 41 de la Ley acepta que las entidades promotoras de programas de políticas activas podrán realizar actividades de intermediación sin que sea necesaria la constitución de agencias de colocación.

Constatada la exigencia de contrato de trabajo, cabe examinar cuál es el perfil de empleador y organizador de los servicios de ECA. Al respecto, el programa común (RD 870/2007) sugiere una triple tipología de empleador (art. 7). De un lado, podrán ser empleadoras las asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, que tengan por objeto la inserción laboral de las personas con discapacidad, acrediten recursos materiales para desempeñar la actividad y, en fin, dispongan de experiencia acreditada en la actividad. Sin duda este es el empleador-tipo de los preparadores laborales, si bien en el caso del programa de la Comunidad Valenciana (art. 2 a) Orden 21/2016) se especifica la inclusión de las “*corporaciones locales de la Comunidad Valenciana o las entidades de derecho público dependientes o vinculadas a estas que vinieran ejerciendo competencias en materia de empleo*”. En este caso, debe entenderse que se tratará de entidades públicas que impulsen el ECA a través de la puesta en marcha de servicios²⁷, dado que no se deduce que dicha dotación pueda servir para prestar apoyo a los empleados públicos con discapacidad que estén en plantilla de las entidades locales.

A lo anterior se añaden dos posibles entidades empleadoras más (art. 7). De un lado, los CEE que den apoyo a personas que procedan de plantillas del propio Centro o de otros Centros, y transiten hacia el mercado ordinario de trabajo. De otro lado, la regulación común del programa de empleo con apoyo prevé que podrán contratar preparadores laborales las empresas ordinarias. Ciertamente y respecto a las empresas ordinarias, no consta que alguna convocatoria autonómica — de programa propio o de programa común — haya previsto a las empresas como beneficiarias; tampoco lo ha previsto el Programa Incorpora. Ello no obsta el interés por que grandes empresas pudiesen contratar directamente, aunque fuese sin subvención pública, — por ejemplo, en el marco de la responsabilidad social empresarial —, a preparadores laborales para contribuir al éxito de los procesos de inserción²⁸. Lamentablemente no ha sido así hasta ahora, a pesar de que el Decreto regulador del programa común ha sugerido esta posibilidad desde su primera versión en 2007.

La opción de que los CEE puedan contratar preparadores laborales y puedan, por ende, organizar servicios de ECA tiene mayor calado y también un mayor sentido. No en vano, sigue en vigor la previsión de que los CEE sean “*un medio de inclusión del mayor número de personas con discapacidad en la empresa ordinaria*” (art. 43.1 LGDPD) por lo que el ECA sería una herramienta al servicio de la transición. Eso sí, cabe matizar que el RD 870/2007 puede inducir a confusión ya que en sentido estricto será la entidad titular del CEE la que procederá a la contratación de los preparadores laborales²⁹. En cualquier caso se me antoja una posibilidad plausible teniendo en cuenta que los profesionales que desempeñan su actividad en las unidades de apoyo a la actividad productiva de los CEE se limitarán a “asistir” a los trabajadores que transiten al mercado ordinario de trabajo, pero dicha asistencia es transitoria y no constituye propiamente un proceso de “empleo

27 Este sería el caso del servicio denominado *Projecte Trèvol*, impulsado la Mancomunidad de Municipios de la Vall d'Albaida, en la provincia de Valencia. Al respecto puede verse <<https://trevolintegra.com/>>

28 Se trata de una idea propuesta en su día en ESTEBAN LEGARRETA, R. y ROJO TORRECILLA, E.: «Responsabilidad social empresarial y colectivos desfavorecidos», VVAA (Coords Gala Durán, C. y Fernández Amor, J.A.) *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pág.166.

29 Debe tenerse en cuenta que el CEE es una forma de organizar la actividad productiva, con requisitos respecto a la composición de las plantillas, pero no es en sí mismo una entidad jurídica. Al respecto, la Orden de la Región de Murcia de 20 de junio de 2022 remarca esta diferencia (art.4.4).

con apoyo”³⁰, de manera que la consolidación y la permanencia en la empresa ordinaria de personas procedentes de CEE, va a exigir empleo con apoyo “extra” ejecutado por preparadores laborales. En todo caso, tampoco se prohíbe que estos acompañamientos y procedimientos de empleo con apoyo se lleven a cabo por servicios/preparadores laborales no vinculados a los CEE.

De los programas propios examinados, solo dos de ellos contemplan la posibilidad de que las entidades titulares de CEEs puedan contratar a preparadores laborales. Se trata de la Orden de la Region de Murcia de 20 de junio de 2022 y del Decreto vasco 168/2019, si bien en ambos casos se exige una estricta — y razonable — separación entre el CEE y sus unidades de apoyo laboral, de una parte, y el servicio de empleo con apoyo y los preparadores laborales, de otra. Tampoco hay datos a propósito de la concesión de subvenciones a CEE para la contratación de preparadores laborales, si bien cabe intuir que esta puede tener un cierto peso en el País Vasco, donde existen potentes grupos empresariales de alcance provincial gestionando grandes CEE en red, que no reniegan de la transición de sus plantillas a la empresa ordinaria³¹.

4. FUNCIONES DESEMPEÑADAS POR EL PREPARADOR LABORAL. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE ALGUNAS CONDICIONES DE TRABAJO

Con carácter preliminar se ha de destacar que el artículo 2 del RD 870/2007 describe un haz complejo de acciones que debería llevar a cabo el preparador laboral, y que a su vez pretenden describir qué comprende el programa de ECA. Cabe subrayar a este respecto, que el conjunto de acciones son bastante o muy coincidentes con las que se prevén en la normativa reguladora de los programas propios de las Comunidades Autónomas o incluso con las que se atribuyen a las unidades de apoyo a la actividad productiva de los CEE (RD 469/2006). Se trata de un elemento positivo que no concurre en el ámbito de los requisitos formativos de los profesionales de la preparación laboral.

De este modo, podemos identificar al preparador laboral por el conjunto de actividades que integran su desempeño profesional.

4.1. Acciones integrantes del empleo con apoyo y funciones del preparador laboral. El preparador como trabajador polivalente

Antes de entrar a identificar y a comentar cuáles son las funciones o acciones que corresponden a la preparación laboral cabe matizar dos cuestiones importantes. La primera, que el RD 870/2007 no contempla algunas acciones que deberían formar parte

30 En este sentido, el artículo 2 g] del RD 469/2006, regulador del programa común de las unidades de apoyo a la actividad productiva en CEE encomienda a las unidades, entre otras, la función de “*Asistir al trabajador del Centro Especial de Empleo en el proceso de incorporación a Enclaves Laborales y al mercado ordinario de trabajo*”, pero esta implicación se limita a un acompañamiento u orientación, sobre todo en caso de salto a la empresa ordinaria. Confirma estas impresiones el análisis del programa catalán propio, de “*equips multidisciplinars de suport*”, también denominados por el acrónimo EMS (Orden EMT/136/2022, de 10 de junio, Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña núm. 8688, de 14 de junio de 2022) equivalentes a las unidades de apoyo a la actividad productiva en CEE, cuyas funciones al respecto van poco más allá de la orientación.

31 Este es el caso de Gureak en la provincia de Guipúzcoa (<https://www.gureak.com/es/>) y de Lantegi Batuak en la provincia de Vizcaya (<https://www.lantegibatuaak.eus/>).

de un programa completo de empleo con apoyo como a) la prospección o búsqueda e identificación de puestos de trabajo adecuados a las personas usuarias, o b) el desarrollo de acciones formativas necesarias para mejorar su empleabilidad, actividades que más bien no suele desempeñar el preparador laboral³². No en vano, el RD 870/2007 señala que en el marco del empleo con apoyo deberán llevarse a cabo “al menos”, las acciones previstas en su artículo 2. Además, otras decisiones o acciones de carácter más general pueden requerir una mirada de equipo, como es determinar qué persona usuaria acabará cubriendo un puesto u oferta disponible, una decisión que el Decreto 168/2019 del País Vasco atribuye al conjunto de la unidad de apoyo.

De otra parte, el RD 870/2007 parece contemplar una sola tipología de profesional polivalente, mientras que la práctica de los servicios³³ y algunos programas propios permiten identificar una mayor gama de profesionales desempeñando actividad por cuenta de los servicios de ECA, lo que comportará en ocasiones descargar a las personas preparadoras de algunas de las múltiples funciones a ellos atribuidas por el RD 870/2007. A título de ejemplo, ese es el caso del programa de la Región de Murcia — Orden de 20 de junio de 2022— que distingue entre orientador, preparador laboral, técnico de empleo y coordinador de proyecto, o el del Decreto del País Vasco 168/2019, que prevé dos ámbitos profesionales: la prospección y la preparación laboral. Por su parte, el RD 721/2011, de 20 de mayo³⁴, regulador del certificado de profesionalidad de los preparadores laborales se refiere a tres ocupaciones o puestos de trabajo relacionados: preparador laboral, tutor de empleo con apoyo y técnico de acompañamiento laboral.

4.2. Funciones recogidas en el RD 870/2007

Dicho lo anterior, se abordará a continuación un comentario del elenco de funciones del artículo 2 RD 870/2007. En este sentido, y en una suerte de fase inicial³⁵ el preparador laboral debería acometer la “a) Orientación, asesoramiento y acompañamiento a la persona con discapacidad, elaborando para cada trabajador un programa de adaptación al puesto de trabajo”. Una actividad que debería de completarse con el “c) Apoyo al trabajador en el desarrollo de habilidades sociales y comunitarias, de modo que pueda relacionarse con el entorno laboral en las mejores condiciones”. Se trata de un conjunto de acciones que al menos en parte serán anteriores a la contratación laboral de la persona usuaria y que, en algunos esquemas de ECA, se atribuyen a profesionales diferentes del preparador laboral³⁶. En todo caso, son actividades fundamentales para que el acceso a la empresa se lleve a cabo con éxito, aunque se echa de menos una referencia al trabajo con las familias de las personas

32 Por lo contrario, el RD 469/2006, regulador del funcionamiento de las unidades de apoyo a la actividad profesional en los CEE, prevé de un modo más evidente que sus integrantes deberán (art. 2 c) “Desarrollar cuantos programas de formación sean necesarios para la adaptación del trabajador al puesto de trabajo así como a las nuevas tecnologías y procesos productivo”.

33 MERCADO GARCÍA, E., ROLDÁN, E. y Rivera, J.: «El perfil de los preparadores laborales...», ob. cit., págs. 76 y 77 distingue entre los siguientes perfiles profesionales: responsable de empleo; prospector laboral, preparador laboral y técnico de empleo.

34 BOE núm. 149, de 23 de junio de 2011.

35 ARENAS ORTEGA, M^a L. y GONZÁLEZ CELPA, R.: «El preparador laboral en el empleo con apoyo», *Educación y futuro*, núm. 23, pág. 47, describen la fase en la que “se trabaja con la persona para que desarrolle los aspectos de la personalidad que posteriormente facilitarán la incorporación al puesto de trabajo”.

36 A título de ejemplo, la orden de Bases de la Región de Murcia (art. 9.3 a)), segrega la actividad de orientación laboral del núcleo de actividades de la preparación laboral.

usuarias, un elemento que puede condicionar extraordinariamente el éxito de la inserción. Las familias son ignoradas por el RD 870/2007—no así por el RD 469/2006 (art. 2 d)], de unidades de apoyo laboral en CEE —, posiblemente porque el trabajo con las familias nos recuerda que los servicios de empleo con apoyo tienen una evidente componente de Servicio Social³⁷ que el redactor del Decreto ha pasado por alto. Por lo demás, es muy relevante llevar a cabo un análisis preliminar de necesidades potenciales de adaptación del puesto, teniendo en cuenta que posteriormente deberá asesorarse e informar a la empresa sobre la cuestión.

A continuación, entramos en el núcleo duro de las funciones atribuidas a los preparadores laborales, que en general se llevarán a cabo en el ámbito de la empresa³⁸, tras la formalización del contrato de trabajo³⁹. Siguiendo el elenco de acciones del artículo 2 del RD 870/2007 se trataría, de una parte, de las funciones de “mediación” consistentes en “*b) Labores de acercamiento y mutua ayuda entre el trabajador beneficiario del programa de empleo con apoyo, el empleador y el personal de la empresa que comparta tareas con el trabajador con discapacidad*”. Debe observarse que este es otro apartado clave y no exento de dificultades porque exige la identificación de los denominados apoyos naturales⁴⁰, es decir, la persona o personas de la plantilla que sean un referente de confianza para la persona con discapacidad y permitan complementar el apoyo profesional prestado por el preparador laboral⁴¹. Evidentemente, esta actividad permitirá también identificar y eludir riesgos de acoso o de aislamiento social sobre las personas incorporadas. En esta línea, el “acercamiento y mutua ayuda” serán clave para lograr que de un modo progresivo las plantillas de las empresas ordinarias alcancen la condición de inclusivas.

El núcleo duro de la actividad de los profesionales de la preparación laboral (art. 2 RD 870/2007) estaría integrado también por el *d) Adiestramiento específico del trabajador con discapacidad en las tareas inherentes al puesto de trabajo* y por el *e) Seguimiento del trabajador y evaluación del proceso de inserción en el puesto de trabajo*. Ciertamente, el

37 A este respecto, MERCADO GARCÍA, E., ROLDÁN, E. y RIVERA, J.: «El perfil de los preparadores laborales...», ob. cit., págs. 79 y 81, detectan dificultades en el trato y falta de actuaciones específicas para el trabajo con las familias de las personas usuarias.

38 MERCADO GARCÍA, E., ROLDÁN, E. y RIVERA, J.: «El perfil de los preparadores laborales...», ob. cit., pág. 76, caracteriza a los preparadores laborales como los que “*ejecutan acciones vinculadas dentro del ámbito de la empresa*”.

39 En ESTEBAN LEGARRETA, R. “Propuestas para el relanzamiento...”, ob. cit., pág. 37 y ss, se destaca cómo algunos programas admiten el aprendizaje en el puesto de trabajo en la empresa sin la necesaria formalización de contrato de trabajo, a través de la figura de las prácticas prelaborales, no previstas en el programa común. En el caso del programa propio de la Región de Murcia, (art. 9 3 b) Orden de 20 de junio de 2022), las prácticas parecen obligatoriamente relacionadas con acciones formativas vinculadas a titulaciones, cosa que en otros programas no sucede.

40 ARENAS ORTEGA, M^a L. y GONZÁLEZ CELPA, R.: «El preparador laboral en el empleo con apoyo», ob. cit., pág. 46, definen el apoyo natural como “*el apoyo realizado por algún compañero o por el propio entorno identificado previamente para tal fin, por medio del preparador laboral*”.

41 MERCADO GARCÍA, E., ROLDÁN, E. y RIVERA, J.: «El perfil de los preparadores laborales...», ob. cit., pág. 78, señalan algunas dificultades en la captación de los apoyos naturales, como son, entre otros, “*la escasa motivación, o la escasa confianza en las capacidades laborales de la persona en fase de inserción*”, lo que lleva a la asunción del apoyo por la persona encargada de la sección”. En todo caso, la prudencia hace conveniente contar con más de un apoyo natural, para evitar incidencias en caso de ausencia de uno de los apoyos. Este es el planteamiento metodológico seguido por las entidades de la Asociación Catalana de Empleo con Apoyo (ACTAS).

adiestramiento o formación en el puesto sin vinculación obligatoria a una acción formativa, es una figura no demasiado frecuente en nuestra normativa de empleo⁴². Durante el adiestramiento, la persona en fase de integración recibirá — de un modo muy intenso en un primer momento —, formación práctica sobre las funciones a desempeñar en el puesto, formación que sería impartida por el preparador laboral, como regla de principio. Este adiestramiento o formación práctica exige un notable bagaje profesional a los preparadores laborales porque deberán conocer las funciones más relevantes de múltiples puestos de trabajo habitualmente desempeñados por los perfiles de personas usuarias del ECA⁴³. El adiestramiento sería un claro ejemplo de *learning by doing* en el que la persona preparadora debe suplir las carencias de la persona en fase de integración, además de reforzar la búsqueda de apoyos naturales⁴⁴. Tras una primera etapa de consolidación se llevaría a cabo, de forma gradual, una disminución de la presencia en la empresa del preparador laboral a través de un seguimiento más ocasional o discontinuo, cuando la persona usuaria del ECA haya ganado autonomía en el puesto. Ello comporta que la actividad de los preparadores laborales combina en su jornada semanal el seguimiento liviano de trabajadores consolidados en su puesto con procesos de formación práctica o adiestramiento mucho más intensos.

Además, no ha de perderse de vista que la evaluación y el seguimiento pretenderían “*la detección de necesidades y la prevención de posibles obstáculos, tanto para el trabajador como para la empresa que le contrata*”. Ello exige a la persona preparadora una particular atención ya que las incidencias pueden ir desde un cambio en las funciones o en la persona que ejerza el rol de apoyo natural, hasta la agravación de las dolencias de la persona o un repentino brote en una enfermedad mental, por no hablar del deterioro vinculado al envejecimiento de las personas con discapacidad, una contingencia expresamente contemplada en el artículo 2 h) del RD 469/2006, de unidades de apoyo en los CEE, pero que también afecta a los preparadores laborales en la empresa ordinaria. Además, los preparadores laborales ejercen funciones específicas de mediación cuando se imponen sanciones disciplinarias o incluso se decide el despido disciplinario de una persona con discapacidad empleada. Esta circunstancia sirve para recalcar lo delicado que en ocasiones puede suponer el desempeño de la actividad de preparación laboral.

Por lo demás, el artículo 2 del RD 870/2007 atribuye al preparador laboral funciones de f) *Asesoramiento e información a la empresa sobre las necesidades y procesos de adaptación del puesto de trabajo*, una materia de notable interés dado que los perfiles objeto de inserción van a exigir adaptaciones de puesto — de herramientas, de mobiliario —, o adaptaciones de carácter organizativo en forma de pausas específicas, jornadas reducidas u otras. Se trata de una cuestión comprometida, en la que pueden entremezclarse aspectos de adaptaciones o ajustes del artículo 40 de la LGDPD con cuestiones preventivas, dado que los usuarios

42 En este sentido, el contrato de trabajo formativo para la adquisición de práctica profesional adecuada (art. 11.3 ET), se fundamenta también en el aprendizaje en el puesto, si bien hay una gran diferencia en este caso, ya que la persona ha obtenido una titulación con anterioridad a la formalización del contrato de trabajo, circunstancia que no es usual en las experiencias de empleo con apoyo.

43 Algunos modelos sugerirían que el adiestramiento sería llevado a cabo por trabajadores de la plantilla bajo la supervisión de preparador laboral. Así se expresó por parte del Sr Miguel Ángel Agulló Agulló en la ponencia “Aspectos clave para una inserción laboral exitosa en personas con discapacidad intelectual: el modelo de la Asociación Tamarit”, defendida en el Congreso Internacional sobre discapacidad intelectual en el mercado laboral, que ha dado lugar a esta publicación.

44 ARENAS ORTEGA, M^a L. y GONZÁLEZ CELPA, R.: «El preparador laboral en el empleo con apoyo», ob. cit., págs. 47 y 48.

van a tener la consideración de personas trabajadoras sensibles del artículo 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre⁴⁵, de prevención de riesgos laborales. Y se trata de una cuestión doblemente comprometida teniendo en cuenta que pocas Comunidades Autónomas realizan hoy en día convocatorias de subvenciones del programa de adaptación de puestos de trabajo recogido en el artículo 49 del RD 818/2021, de programas comunes de empleo⁴⁶, un aspecto sobre el que las empresas también deberían de recibir asesoramiento del preparador laboral. Además, las necesidades pueden producirse tanto de un modo previo al acceso como de modo sobrevenido y las necesidades deberían detectarse y trabajarse en estrecha colaboración con los servicios de prevención. Por lo demás, el asesoramiento y la información a la empresa sobre otras cuestiones de interés jurídico-laboral como son las obligaciones en materia de cuota de reserva de empleo, beneficios a la contratación o bonificaciones a la cuota patronal de Seguridad Social, corresponderían más bien al personal del servicio de empleo con apoyo que desempeñe funciones de prospección laboral.

Finalmente, cabe señalar que algunos programas propios prohíben taxativamente que el preparador laboral vaya más allá de las funciones o acciones descritas estrictamente como de preparación laboral, que en general son muy coincidentes con las señaladas en el RD 870/2007. Este es el caso del programa catalán SIOAS — la Orden ESS/1120/2017 — mientras que por lo contrario el programa del País Vasco reflejado en el RD 168/2019 tolera una mayor polivalencia, lo que permitiría al preparador laboral desempeñar en paralelo funciones de prospección laboral (art. 24.2). Asimismo, el programa catalán exige que el preparador concentre al menos un 70 por 100 de su actividad en acciones directas con las personas participantes, algo no muy difícil de lograr a la luz del cuadro de funciones previstas.

4.3. Breves apuntes sobre condiciones de trabajo de los preparadores laborales

Se añaden a continuación unos breves apuntes generales en clave jurídico-laboral sobre encaje en el sistema de clasificación profesional y algunas condiciones de trabajo de los preparadores laborales.

4.3.1. Ubicación en los sistemas de clasificación profesional y salarios.

La primera reflexión tiene que ver con la no fácil identificación de las funciones o puesto de preparador laboral en los sistemas de clasificación profesional de los Convenios Colectivos aplicables a las entidades que desempeñan actividad de ECA. Así, el análisis de algunos Convenios no permite identificar (art. 22.2 ET), “*tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades*” que encajen en la preparación laboral. Para ello, se han analizado dos convenios habitualmente aplicados a las entidades vinculadas a la Asociación

45 BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995.

46 El programa común prevé una subvención de referencia de 1800 euros. Lamentablemente, hoy en día apenas hay convocatoria de subvenciones ni del programa común ni de programas propios. Una excepción sería la del País Vasco, que acostumbra a publicar convocatoria de subvenciones de su programa propio — Decreto 168/2019 (art. 16) —, con una subvención máxima de 1000 euros.

Española de Empleo con Apoyo (AESE) y a la Asociación Catalana de Empleo con Apoyo (ACTAS).

En el caso del XV Convenio Colectivo estatal de centros y servicios de atención a personas con discapacidad 2019-2021⁴⁷, de aplicación habitual a las entidades vinculadas a AESE, el sistema de clasificación profesional, vincula los grupo y las funciones o especialidades a determinados niveles formativos. Concretamente, cabría ubicar a los preparadores laborales en el grupo IV, dedicado a personal “complementario auxiliar”⁴⁸. En particular, el grupo se desglosa en puestos de trabajo, lo que permite identificar, como equiparable a la actividad de preparación laboral el puesto de Técnico Superior en Integración Social, que de acuerdo con el Convenio se dedica a “*Programar, organizar, implementar y evaluar las intervenciones de integración social, aplicando estrategias y técnicas específicas (...) actuando en todo momento con una actitud de respeto hacia las personas destinatarias y garantizando la creación de entornos seguros (...)*”. Ahora bien, parecería que el puesto de trabajo está íntimamente vinculado a personas que acrediten el título de Formación Profesional de grado superior de Integración Social, lo que lógicamente no debería ser impedimento para que titulados universitarios u otros titulados de Formación Profesional puedan desempeñar esas funciones y puedan encuadrarse en este grupo profesional/puesto de trabajo. Sin embargo, como veremos, cuando las personas acreditan un título universitario son encuadradas en el grupo III, que engloba al personal complementario titulado.

Por otra parte, también se ha examinado un Convenio Colectivo aplicado habitualmente a las entidades promotoras de ECA de Cataluña vinculadas a la Asociación Catalana de Empleo con Apoyo (ACTAS). Se trata del Convenio Colectivo autonómico de “Asociaciones para centros de formación, rehabilitación, orientación, valoración, autonomía personal, protección y atención a personas con discapacidad para 2013-2016”, que mantiene vigencia sin que se haya cerrado la negociación de un nuevo Convenio. En este caso, el sistema de clasificación profesional es mucho más simple, por no decir tosco, ya que la descripción de los grupos no hace referencia alguna a aptitudes ni a contenido general de la prestación (art. 22.2 ET), sino que los grupos se fundamentan en la acreditación por parte del trabajador de una titulación, siempre que ello vaya acompañado del desempeño de funciones correspondientes a la titulación. Tampoco se señalan con claridad tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades (art. 22.2 ET). Dado que el programa catalán de ECA exige que los preparadores laborales sean titulados universitarios, en la práctica estos profesionales son clasificados subjetivamente en el grupo profesional núm. 1 — titulados universitarios — del Convenio catalán mencionado, en el que obviamente no hay ninguna descripción o referencia a la figura profesional del preparador/a laboral.

Sin duda, la invisibilidad de la preparación laboral de los convenios aplicables a las entidades titulares de servicios, refleja dos circunstancias. De un lado, el escaso peso cuantitativo de los profesionales dedicados a esta actividad. Asimismo, la dispersión en las exigencias formativas según cual sea el programa aplicable — estudiadas en el epígrafe

47 El Convenio se encuentra actualmente en situación de vigencia prorrogada.

48 Este grupo de fundamenta en la realización de funciones de atención (...) “*en la vida diaria mediante estrategias y procedimientos más adecuados para mantener y mejorar la autonomía personal y la relación con el entorno*”.

5 —, contribuye a la invisibilidad de la preparación laboral en los sistemas de clasificación profesional. Aunque debe tenerse en cuenta que en el anterior convenio estatal, el XIV Convenio Colectivo estatal de centros y servicios de atención a personas con discapacidad⁴⁹, sí se mencionaba su sistema de clasificación profesional el puesto de “preparador laboral” como número 9 dentro del grupo profesional IV referido al “Personal de atención directa”⁵⁰.

Por otro lado, es de particular interés examinar los niveles retributivos previstos en la negociación colectiva examinada. De un lado, para el caso del Convenio estatal, la retribución de las personas que desempeñen funciones de Técnico Superior de Integración Social, grupo IV, —revisión de 2023⁵¹—, asciende a un salario base de 1285,97 euros, al que se añadirá el complemento de antigüedad por trienio de 47,13 euros. En el caso del Convenio aplicable a Cataluña, las últimas tablas salariales negociadas corresponden al año 2016, un momento en el que el salario base de las personas del grupo de titulados superiores, aplicable a los preparadores laborales, alcanzaba la cifra de 1798,74, cuantía a la que se añade un complemento de antigüedad de 26 euros por trienio. Dado que el Convenio no se negocia desde hace años, es habitual su actualización mediante pactos individuales, de modo que en la actualidad la retribución salarial puede superar fácilmente los 2000 euros/mes. Ciertamente, las diferencias entre el Convenio estatal y el Convenio aplicable en Cataluña son evidentes y marcan modelos o conceptos diferentes sobre lo que es la actividad profesional de preparación laboral. Ahora bien, en el ámbito de aplicación del XV Convenio estatal de centros y servicios de atención a personas con discapacidad existe una práctica, al menos aplicable en las entidades vinculadas a AESE, de retribuir a los preparadores laborales que acrediten titulación universitaria, con el nivel salarial del grupo III —personal complementario titulado—, lo que comporta un salario base de 1874,76 euros y una retribución por trienio de 80 euros

Por las razones que se apuntan en el epígrafe 5, me inclino por un modelo retributivo más holgado, vinculado en principio a requisitos formativos más exigentes para los preparadores laborales. Ahora bien, ello exigiría un cierto consenso a nivel estatal, a fin de que las subvenciones dedicadas al ECA hagan sostenible ese modelo retributivo, con el objetivo de mantener la calidad de los servicios de empleo con apoyo. A este respecto, sería necesario revisar regularmente el tope previsto de subvención salarial por la contratación de preparadores laborales previsto en el programa común (RD 870/2007), —en atención a su carácter de referencia— que actualmente está en 33.500 euros.

4.3.2. Algunas cuestiones en clave de prevención de riesgos laborales.

En perspectiva preventiva debe tenerse en consideración dos aspectos de interés. De un lado, que deberá prestarse atención a que el preparador laboral es una persona empleada itinerante, que va a prestar sus servicios en organizaciones productivas ajenas a su empleadora, aunque propiamente no realice un servicio para la empresa donde se lleven a

49 BOE núm. 243, de 9 de octubre de 2012.

50 La descripción del puesto era la siguiente: *Competencia general: Interviene en el entorno personal y sociolaboral aplicando la metodología de empleo con apoyo para facilitar el acceso y mantenimiento del puesto de trabajo de las personas con discapacidad, realizando el entrenamiento de las habilidades sociolaborales necesarias para su inserción, manteniendo contactos con el entorno y colaborando en el análisis de puestos de trabajo, así como realizando la gestión de información sobre recursos formativos y sociolaborales existentes en el entorno de acuerdo con las directrices establecidas.*

51 Publicada en el BOE núm. 40 de 16 de febrero de 2023.

cabo el acompañamiento laboral. Creo que esa cuestión es relevante de cara a que el servicio de prevención de la “empresa principal” tenga en cuenta estas circunstancias y, además, la entidad titular del servicio de ECA se coordine preventivamente con las empresas en las que lleve a cabo su actividad de preparación laboral, especialmente en aquellos periodos en los que se constate una presencia continuada de preparador durante el periodo inicial de inserción. Todo ello, de conformidad con lo previsto en el artículo 24.1 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, que exige para estos casos, coordinación en materia de protección y prevención de riesgos, así como en el terreno de la información de los riesgos a los trabajadores. En este sentido, la aprobación del programa estatal (RD 870/2007), facilitó una justificación para la presencia de los preparadores laborales en entornos productivos ajenos, si bien esta circunstancia debe activar las obligaciones de coordinación empresarial en materia preventiva, aunque no exista una conexión directa entre la actividad económica de la empresa que contrata a la persona con discapacidad y la prestación del preparador laboral en sus instalaciones⁵².

Asimismo, otro aspecto destacado de la actividad itinerante de los preparadores laborales es la frecuente exigencia de desplazamientos a lo largo de la jornada para visitar diversos centros de trabajo, en un contexto de una cierta saturación de jornada⁵³. De ahí que en el marco de la planificación de la actividad preventiva (art. 16, Ley 31/1995, de Prevención de riesgos laborales) las entidades titulares de servicios de empleo con apoyo deberían contemplar el riesgo de accidente *in itinere*, particularmente cuando los desplazamientos se produzcan en vehículo a motor⁵⁴, algo habitual en zonas no urbanas.

5. REQUERIMIENTOS FORMATIVOS DE LOS PREPARADORES LABORALES

En lo que respecta a los requerimientos formativos de los preparadores laborales, se detecta una notable disparidad de planteamientos según cual sea la regulación aplicable. Y ello es problemático porque la formación exigida preconfigura aquello que se podrá exigir al profesional que desempeñe actividad de preparación laboral. A este respecto, se señalará a continuación qué formación de partida, qué formación complementaria y qué experiencia se exige en los diversos programas analizados.

5.1. Formación básica y complementaria

El modelo menos exigente es el del RD 870/2007 (art. 7), regulador del programa común, que resalta que los preparadores laborales deberán estar en posesión de una titulación mínima de formación profesional de grado medio o equivalente y acreditar,

52 Como ha señalado DOMÍNGUEZ PEREJÓN, C.: «La coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales», *Temas Laborales* núm 64, pág. 38, se fundamenta a partir de la actividad de dos o más empresas en un mismo centro o espacio de trabajo, con independencia de la conexión productiva entre las empresas implicadas.

53 El documento de la Asociación Catalana de Empleo con Apoyo (ACTAS) sobre el *Programa Acompanya* de ECA, pone de manifiesto las dificultades de efectuar los seguimientos requeridos por el Programa dentro de la jornada de los profesionales de las entidades promotoras de ECA. Documento fotocopiado, de 22 de febrero de 2022.

54 GARCÍA BLASCO, J. y PEDROSA ALQUÉZAR, S.I.: *El accidente in itinere. Un enfoque esencialmente preventivo*, Comares, Granada, 2009, pág. 76, hacen referencia a la implantación de Buenas Prácticas en la utilización de los vehículos y en la conducción.

además, una experiencia previa de al menos un año en actividades de integración laboral de personas con discapacidad que les capacite para la realización de las funciones propias de su puesto. El Decreto 164/2019 (art. 24.5) regulador del programa propio del País Vasco parte de un criterio idéntico en materia de requisitos formativos y muy similar en materia de experiencia previa. Es más, el programa del País Vasco exime de la formación en aquellos casos en los que “*se acredite una experiencia profesional en actividades de formación y/o de acompañamiento para la integración laboral de personas con discapacidad con especiales dificultades de, al menos, cinco años*”. Ciertamente, llama la atención cómo estos dos programas se muestran particularmente tolerantes, considerando que se está exigiendo como requisito mínimo cualquier título de Formación Profesional, — no un título más estrechamente vinculado a las funciones del empleo con apoyo, como podría ser el de Formación Profesional de Integración Social —, al tiempo que se exige experiencia en “*actividades de integración laboral*” de al menos un año, pero sin que necesariamente se trate de actividades de preparación laboral, lo que parece más razonable, como luego se detallará.

Posiblemente, el planteamiento inicial del RD 870/2007 se vio condicionado por la dotación económica para retribuciones y cuota patronal de Seguridad Social, que se toparon inicialmente en una cifra máxima de 19.800 euros para gastos salariales. Este dato no permitía exigir titulación universitaria a los profesionales del ECA. Además, no hay que olvidar que requisitos muy exigentes podían generar en aquel momento problemas a las personas con menor nivel formativo y amplia experiencia profesional en el sector. Sobre este particular también se añadirá alguna consideración más adelante.

A partir de aquí otros programas autonómicos propios muestran un planteamiento tendencialmente híbrido, ya que se mencionan las titulaciones universitarias, una mención que a mi juicio tiene un cierto calado. Este es el caso del programa de la Región de Murcia (art. 10) que para las personas que desempeñen actividad de preparación laboral exige “*estudios universitarios o de formación profesional de grado medio o superior, o equivalente, relacionados preferentemente con aspectos psicosociales como psicología, sociología, educación, trabajo social, etc*”. También sigue un modelo híbrido más inclinado a la exigencia de titulaciones universitarias el programa de la Comunidad Valenciana (Decreto 21/2016), ya que como punto de partida exige titulación universitaria — preferentemente, en Trabajo Social, Psicología, Terapia Ocupacional, Educación Social, Relaciones Laborales o Ciencias del Trabajo —, pero también admitiría la titulación de Formación Profesional de Técnico Superior en Integración Social. Sea cual sea la titulación acreditada, el programa de la Comunidad Valenciana exige experiencia previa de al menos un año en actividades específicas de empleo con apoyo.

En fin, más allá de un planteamiento híbrido, el programa catalán regulado mediante la Orden ESS/1120/2017 sigue una lógica de mayor exigencia en el terreno de la formación básica, ya que se requiere que *Las personas preparadoras laborales del servicio deberán ser licenciados o diplomados universitarios, preferentemente en psicología, pedagogía, psicopedagogía o maestro de educación especial*. Para el caso de otras personas con titulación universitaria no preferente, el programa valorará la formación complementaria en el ámbito de la orientación e inserción profesional “*y será imprescindible la experiencia de un año como mínimo como preparador o preparadora laboral con el colectivo objeto de intervención*”.

Llegados a este punto, no es tarea simple determinar hacia dónde debería llevar la regulación y la exigencia de requisitos formativos para desempeñar actividad de preparación laboral, si bien es evidente que las competencias requeridas van bastante más allá de las exigibles a otros profesionales del apoyo, como es el caso de las personas que desempeñan actividad de asistencia personal, un contexto en el que los requerimientos formativos son más modestos⁵⁵, precisamente porque buena parte de las funciones a desempeñar revisten menor complejidad⁵⁶. A este respecto, pueden destacarse dos elementos que dan relieve a la preparación laboral. El primero, la necesidad de profesionales versátiles⁵⁷ ya que la multiplicidad de competencias necesarias y la exigencia que generan en los profesionales demandan un perfil formativo fuerte y más claramente definido⁵⁸. Además, creo que es relevante el contexto organizativo en el que se desempeña la actividad los profesionales del empleo con apoyo en comparación, por ejemplo, con la actividad desempeñada por las personas que trabajan en las unidades de apoyo laboral de los CEE o con la asistencia personal. A este respecto, a pesar de que la actividad de preparación laboral se lleva a cabo en equipo, los preparadores laborales llevan a cabo el seguimiento simultáneo de diversas personas con discapacidad que trabajan en empresas diferentes.

Por lo tanto, se trata de una actividad “atomizada” y desempeñada en un cierto contexto de lejanía o aislamiento del equipo, circunstancia que parecería aconsejar un relieve formativo más consistente, que dé mayor empaque al profesional en su día a día en las empresas. A título de comparación, la actividad desempeñada en las unidades de apoyo laboral de CEEs no parece comportar las mismas exigencias⁵⁹ teniendo en cuenta que

55 Al respecto, el apartado 4 b) de la Resolución de 24 de mayo de 2023 de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales identifica como habilitantes algunos títulos de Formación Profesional del sistema educativo — por ejemplo, el RD 546/1995 de 7 de abril (BOE núm. 133, de 5 de junio de 1995), por el que se establece el título de Técnico en Cuidados Auxiliares de Enfermería —, pero en general, el listado hace referencia a certificados de profesionalidad. Es más, la previsión es la creación de un certificado de profesionalidad específico para tareas de asistencia personal.

56 La resolución mencionada en la nota anterior remite las funciones de los asistentes personales a la prestación de apoyos en las actividades de la vida diaria, lo que implica, como regla general una actividad profesional de menor complejidad. El anexo II de la Resolución, que contiene la “Propuesta de contenidos básicos de formación para asistentes personales” confirma esta impresión. Así, el módulo I se centra en la introducción a la vida dependiente; el Módulo II en el marco normativo básico en el que se enmarca la asistencia personal; el módulo III tiene por objeto la naturaleza y funciones de la asistencia personal; el módulo IV se centrará en la impartición de “(...) *nociones básicas sobre accesibilidad universal y productos y medios de apoyo* (...)” y el módulo V se refiere a aspectos de salud laboral y primeros auxilios, esta última temática enfocada a la atención a la persona dependiente.

57 *Observatorio Estatal de la Discapacidad (OED): Realidad, situación, dimensión y tendencias del empleo con apoyo en España...* cit., pág. 32, resaltan el carácter versátil de la preparación laboral.

58 Sobre el particular JORDÁN DE URRÍES, B. y PULIDO, R.: *El preparador laboral: análisis del perfil de competencias y necesidades para el diseño de un programa formativo*, AMPANS, Manresa, 2016, pág. 339, destacan cómo de un total de 99 competencias recogidas, 95 muestran un grado de valoración de relevancia muy alta y las cuatro restantes muestran un grado de relevancia alta, al tiempo que apuntan a que 89 de las competencias vienen caracterizadas como de carga alta, una como de carga muy alta y nueve como de carga normal.

59 A este respecto, la normativa estatal (Programa común del RD 469/2006, de 21 de abril, de unidades de apoyo laboral en CEE), exige titulados de Formación Profesional de grado medio. Llama la atención que el programa propio autonómico catalán es menos exigente formativamente con lo profesionales de unidades de apoyo de CEEs que con los preparadores laborales de empleo con apoyo. Para el caso de los técnicos de las unidades de apoyo laboral en CEE, la Orden catalana EMT/136/2022, de 10 de junio, permite que desempeñen esas funciones, titulados de Formación Profesional en Integración Social o

puede haber un mayor soporte recíproco entre los miembros del equipo, que desempeñarán su actividad en las mismas instalaciones y sin tener que tratar permanentemente con una multiplicidad de empleadores; salvo en el caso del apoyo y seguimiento prestado a trabajadores en enclaves o en brigadas que se hagan cargo de contratas. Pero incluso en estos casos, el CEE sigue siendo la entidad empleadora por lo que en sentido estricto no hay una relación directa con un empleador ajeno de las personas con discapacidad apoyadas.

Tras el análisis normativo, mi impresión es que debería de caminar hacia un modelo más unificado y más exigente en materia de requerimientos formativos de los preparadores laborales. Ya se han señalado las dificultades para lograr que el empleo con apoyo tenga la consideración de servicio de la cartera común del sistema nacional de empleo lo que en su caso daría lugar a una regulación homogénea. Sin embargo, de mantenerse el empleo con apoyo en su consideración — de facto — de programa de empleo, sería importante que el Estado y las Comunidades Autónomas, en el marco de la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales, trabajen en un proceso de convergencia regulatoria dado el papel clave representado por el ECA y, por ende, dado el peso y la importancia de los preparadores laborales.

En este sentido, y en base a las consideraciones efectuadas creo que como regla de principio, debería exigirse que los preparadores laborales acrediten titulación universitaria, permitiendo también el acceso a la actividad de preparación laboral a las personas tituladas como técnicas superiores en Integración Social — por el encaje y solidez de esa formación⁶⁰ —, que es lo que plantea el programa propio de la Comunidad Valenciana.

En este punto, es necesario hacer referencia al Certificado de Profesionalidad de integración laboral de personas con discapacidad, regulado mediante el RD 721/2011 de 20 de mayo⁶¹. Se trata de un certificado de profesionalidad de nivel III, que implica una dedicación de 470 horas⁶² y que en las ofertas formativas identificadas en la red acostumbra a impartirse en formato de teleformación. En este sentido, se trata de una titulación que no es contemplada expresamente por ninguno de los programas vigentes, aunque sí indirectamente ya que el programa común y el del País Vasco admiten, titulaciones de formación profesional de grado medio o “asimilables”. Ciertamente, este certificado de profesionalidad no es un título de Formación Profesional de grado medio pero constituye

titulados universitarios en Psicología, Educación Social, Trabajo Social o Terapia Ocupacional. Ahora bien, también se permite que desempeñen esta actividad personas con titulación de ciclo formativo de Formación Profesional de grado medio o superior, específico de la actividad del CEE. Sin duda en este caso, la normativa catalana está pensando en el perfil de “encargados de apoyo a la producción” del RD 469/2006, que parecerían hacerse cargo de la formación o adiestramiento profesional en el puesto.

60 El título de Formación Profesional de Grado Superior de Integración Social comporta, de una parte, una formación de base de las personas que acceden a esta titulación, ya que deberán haber obtenido previamente un título de grado medio, de grado superior, bachillerato o un grado universitario. Además, las competencias trabajadas son bastante o muy próximas a las funciones desempeñadas por un preparador laboral, lo que se deduce de la observación de las competencias recogidas en el artículo 5 del RD 1074/2012, de 13 de julio (BOE núm. 195, de 15 de agosto de 2012), y de su mirada comparada con las funciones que integran la actividad de preparación laboral. Puede consultarse la ficha del título en el sitio web del Ministerio de Educación y Formación Profesional: <<https://www.todofp.es/que-estudiar/loe/servicios-socioculturales-comunidad/integracion-social.html#duracion>>

61 BOE núm. 149 de 23 de junio de 2011.

62 La ficha del SEPE permite identificar los elementos más esenciales del certificado: <https://www.sepe.es/HomeSepe/dam/jcr:f1ee974a-77ec-4bdb-a891-73fc630ee974/SSCG0109_ficha.pdf>

una figura que dados los contenidos y competencias trabajadas cabría considerar como asimilable. Sin embargo, por las razones ya apuntadas, estimo que el certificado de profesionalidad no debería ser considerado en este caso como condición formativa suficiente, más allá de que pudiese tener la utilidad de formación complementaria, como luego se señalará.

Volviendo a la reflexión general, parece razonable además que se prime o se exija a los servicios de ECA que acrediten en sus plantillas un volumen de personas tituladas en estudios universitarios cuyo currículum se adecúe más a las competencias exigidas a los profesionales del sector. En este sentido, tras la revisión de los programas autonómicos parecería prudente priorizar al menos a las personas tituladas en psicología, pedagogía, trabajo social, educación social, magisterio/educación primaria (especialistas en educación especial) o terapia ocupacional sin excluir la preferencia a personas tituladas en Relaciones Laborales/Ciencias del Trabajo, más allá del interés de otros conocimientos más abordados en otras titulaciones universitarias⁶³.

5.2. La formación complementaria

Ahora bien, dado que ninguna de las titulaciones universitarias o de Formación Profesional provee de formación detallada y en volumen suficiente para el desarrollo de las funciones de preparación laboral, parece necesario el seguimiento de formación complementaria, formación que se fundamenta en diplomas específicos sobre el empleo con apoyo o sobre la integración laboral de personas con discapacidad afectadas de especiales dificultades⁶⁴. Es más, dependiendo de los perfiles formativos de partida cabría incluso la posibilidad de ofrecer una formación perfilada para las personas que procedan de titulaciones priorizadas — por ejemplo el título de Formación Profesional de Integración Social o los grados de Psicología y Pedagogía —, y una formación seguramente más intensa para aquellas personas que procedan de titulaciones más generales. En interesante a este

63 Ahora bien, se ha de tener en cuenta que otras titulaciones universitarias comportan un buen conocimiento de la empresa y/o de los procesos productivos — como es el caso de los grados relacionados con la Economía, la Gestión o las Ingenierías —, lo que sería útil para el desempeño profesional de los preparadores laborales. Ahora bien, probablemente no sea razonable o ponderado priorizarlos de cara a la valoración de las solicitudes. Al respecto, la consulta a los contenidos del curso para preparadores laborales de la Universidad de Salamanca (INICO), mencionado en nota posterior, muestra la importancia otorgada a estos contenidos gerenciales y/o de empresa. Por su parte, JORDÁN DE URRÍES, B. y PULIDO, R.: *El preparador laboral: análisis del perfil de competencias...* pág. 343, añaden otras titulaciones relevantes — además de las ya señaladas — en base a lo expresado por los propios preparadores laborales entrevistados en el estudio. En este sentido, apuntan al curso de adaptación pedagógica — actual máster de formación de profesorado — o al máster o postgrado en ciencias sociales.

64 El mejor y más consolidado ejemplo de esta formación complementaria es el caso del Curso de Preparadores Laborales del Instituto de Integración en la Comunidad de la Universidad de Salamanca (INICO) de la Universidad de Salamanca, que ofrece una formación con módulos diversos y una dedicación de 200 horas. Se trata de una acción formativa que no exige titulación previa para acceder. <https://inico.usal.es/cursos_ formacion/formacion-on-line-de-preparadores-laborales-especialistas-en-empleo-con-apoyo/>. Otro ejemplo de formación complementaria es la impartida por la Fundación Pere Tarrés, que ofrece dos cursos, con un volumen global de 80 horas y con un enfoque y contenidos similares al ofrecido por el INICO. Se trata de los cursos de “Inserción laboral de personas con discapacidad” y de “Inserción sociolaboral de personas con trastorno mental”. Puede consultarse más información sobre contenidos en: <<https://www.peretarres.org/es/formacion/cursos-insercion-sociolaboral>>. Por su parte, el Programa Incorpora Salud Mental, prevé también cursos de formación online para las personas que, en el marco de ese programa privado, desempeñan funciones de preparación laboral, si bien la información accesible al público es muy limitada. <<https://incorpora.fundacionlacaixa.org/detalle-curso?articleId=473981>>

repecto cómo en la valoración de las solicitudes de subvenciones, el programa propio de Cataluña — Orden ESS/1120/2017 — tendrá en cuenta la formación complementaria en el ámbito de la orientación e inserción profesional en el caso de preparadores laborales con titulación universitaria no preferente.

En fin, cerrando la cuestión de la formación complementaria, cabría señalar que, aunque este no sea su sentido inicial, el certificado de profesionalidad de empleo con apoyo (RD 721/2011), podría ser una buena herramienta para vehicular la formación complementaria de titulados superiores o de titulados en Integración Social.

5.3. La experiencia profesional como requisito complementario y como condición básica de acceso a la actividad

Lo que quizás hoy en día no parece tan razonable es la exigencia adicional de experiencia profesional previa en el desempeño de la actividad de preparador laboral, una exigencia que se menciona en algunos programas, como es el caso de la regulación del programa de la Comunidad Valenciana, mientras que se matiza en el programa estatal o común donde se exige simplemente experiencia en actividad de integración laboral, pero con carácter más general y sin exigir taxativamente experiencia en la actividad de preparador/a laboral. Cabe apuntar aquí que por definición, las personas aspirantes a desempeñar actividad de preparador/a laboral no dispondrán de esta experiencia en un primer momento por lo que el requisito debería suprimirse, salvo que se obligue a las entidades solicitantes de subvenciones a “desdibujar” o a cuasifalsear las trayectorias profesionales ya que por definición, las personas que se incorporan a la actividad carecerán de la experiencia en sentido estricto. Otra cosa muy diferente será que en sus normas de bases o en sus convocatorias, las Comunidades Autónomas decidan priorizar aquellas solicitudes que muestren un mayor bagaje y experiencia globales entre la plantilla del servicio de ECA.

Finalmente y a pesar de que el programa común acredita ya 15 años de andadura, debería establecerse algunas cautelas si se fija con carácter general la necesidad de titulación superior. En particular, para el caso de personas que han desempeñado una actuación profesional de preparador/ra laboral durante un tiempo significativo y no cuenten con titulación universitaria ni con la titulación de Formación Profesional de Integración Social. Para estos casos, debería admitirse su continuidad en el desempeño de la actividad laboral siempre que se acredite un ejercicio profesional prolongado en la actividad. En este sentido, cabría utilizar el criterio seguido por el programa propio del País Vasco, que admite el acceso a la profesión a personas que acrediten una experiencia profesional de cinco años.

En todo caso, más allá de que documentalmente pueda aportarse prueba del desempeño profesional, parece razonable que las personas que cumplan este requisito de desempeño de la actividad durante un periodo prolongado puedan seguir el procedimiento de acreditación de competencias previsto administrativamente⁶⁵. A este respecto, debe tenerse en cuenta que sería posible el reconocimiento de competencias asimiladas al Certificado de profesionalidad de Inserción Laboral de Personas con Discapacidad regulado mediante el RD 721/2011, ya mencionado.

65 Sobre este particular puede consultarse la página web del Ministerio de Educación y Formación Profesional sobre acreditaciones profesionales. <<https://www.todofp.es/acreditacion-de-competencias.html>>

6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Tras el análisis llevado a cabo, una primera conclusión remarca que el preparador laboral es un elemento clave para la puesta en marcha de proyectos de empleo con apoyo. Sin embargo, nuestro sistema fomenta una multiplicidad de regulaciones — común y autonómicas — de ECA, lo que acarrea una notable dispersión regulatoria del preparador laboral.

Tanto la regulación estatal como los programas propios de las CCAA plantean la exigencia de contratación laboral de los preparadores laborales, lo que es coherente con la prestación de un servicio por cuenta de entidades que organizan un servicio de notable complejidad. Ello no es óbice para que en el caso de otras prestaciones de apoyos más simplificadas, por ejemplo en el caso de la asistencia personal, sí sea posible la contratación de profesionales autónomos.

En lo que concierne a los potenciales empleadores de los preparadores laborales, estos podrán ser entidades sin ánimo de lucro, empresas o CEEs. La entidad sin ánimo de lucro titular de un servicio de ECA será la empleadora por autonomasia, si bien tiene sentido la posibilidad de que las empresas, e incluso los CEE puedan ser beneficiarios de subvenciones de ECA. Sin embargo, el análisis de los programas propios permite constatar que no se prevé en la práctica de los programas, subvenciones para que las empresas contraten directamente a preparadores laborales, lo que no implica una prohibición a su contratación no subvencionada.

Por lo contrario, algunos programas sí prevén expresamente que los CEE puedan acceder a las subvenciones para la contratación de preparadores laborales, lo que tiene un cierto sentido considerando que los profesionales de las unidades de apoyo a la actividad profesional en los CEE, no tienen entre sus cometidos, el apoyo laboral a la transición al medio ordinario de trabajo de los integrantes de sus plantillas. Por lo tanto, esa función debería llevarse a cabo por preparadores laborales en el marco del empleo con apoyo.

En lo que concierne al contenido de las funciones desempeñadas por el preparador laboral se detecta, por un lado una notable similitud entre el planteamiento del programa común (RD 870/2007) y los programas autonómicos, lo que es positivo de cara a favorecer la identidad y reconocibilidad del empleo con apoyo. En todo caso, debe resaltarse que no todas las acciones que conforman el empleo con apoyo deben ser llevadas a cabo por los preparadores laborales, ya que algunas actividades no formarían parte del núcleo funcional básico del ECA, como pueden ser la prospección y la formación de las personas usuarias. Por ello, se observa que puede haber modelos normativos más tendentes a la polivalencia de los preparadores, mientras que otros son más restrictivos. A este respecto, conviene quizás dejar un espacio para que las entidades perfilen cuáles son las competencias de los preparadores laborales, lo que seguramente va a depender del tamaño de la organización.

En todo caso, el contenido de la actividad es rico y de una cierta complejidad, y su núcleo duro estaría integrado por las labores de acercamiento y mediación entre trabajador y plantilla de la empresa usuaria, y de otra parte, el adiestramiento del trabajador con discapacidad en el puesto y su seguimiento y evaluación tras la primera incorporación. En su conjunto, se trata de acciones desempeñadas en la empresa ordinaria.

El análisis de la negociación colectiva aplicable a las entidades titulares de servicios de empleo con apoyo no permite identificar con claridad la actividad de preparación laboral en los sistemas de clasificación profesional. Asimismo, se detecta que no existe un perfil salarial claro en la negociación colectiva, sin perjuicio de que cuando se cuenta con formación universitaria, los preparadores laborales suelen ser retribuidos conforme a salarios correspondientes a grupos de personal titulado superior. Se destacan asimismo, algunos aspectos preventivos-clave que afectarían de modo particular a las personas que desempeñan esta actividad; en particular la necesidad de coordinación entre las entidades titulares de los servicios de ECA y las empresas en las que se lleva a cabo el acompañamiento laboral.

En el terreno de los requisitos formativos, se constata una notable dispersión en la regulación de los programas de ECA, de modo que en primer lugar, debería caminarse hacia un modelo más unificado por las razones ya apuntadas. En este sentido, se han identificado programas poco exigentes, programas híbridos y programas de mayor exigencia de requisitos formativos, que restringen el acceso a la actividad a titulados universitarios. Diversos factores como son la dificultad que implica el desempeño de las funciones de preparación laboral así como su ejecución en entornos productivos cambiantes, hacen conveniente la acreditación de titulación universitaria — remarcándose la preferencia por determinados títulos — o el título de Formación Profesional de Integrador Social. La comparación con otras actividades profesionales de apoyo de menor complejidad, significativamente con la asistencia personal, así lo aconsejan.

Asimismo, una actividad profesional de calidad hace necesario el seguimiento de formación complementaria que permita acompañar la formación general con los requisitos de la actividad de preparador laboral. Además, se detectan requisitos de experiencia profesional que deberían de suprimirse en tanto en cuanto sean impeditivos del acceso a la actividad profesional de preparación laboral. Por lo demás, y tras muchos años de andadura de los programas de empleo con apoyo, el acceso de personas no tituladas a la actividad de preparación laboral debería limitarse a aspirantes con una amplia experiencia profesional previa.

7. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARENAS ORTEGA, M^a L. y GONZÁLEZ CELPA, R.: «El preparador laboral en el empleo con apoyo», *Educación y futuro*, núm. 23.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Instrumentos para la promoción del empleo ordinario de las personas con discapacidad», VVAA (Dir. Fernández Orrico, F.J.) *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- DOMÍNGUEZ PEREJÓN, C.: «La coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales», *Temas Laborales*, núm 64.
- ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Propuestas para el relanzamiento y la consolidación del empleo con apoyo en España», *Temas Laborales*, núm. 167.

- ESTEBAN LEGARRETA, R. y ROJO TORRECILLA, E.: «Responsabilidad social empresarial y colectivos desfavorecidos», VVAA (Coords Gala Durán, C. y Fernández Amor, J.A.) *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- GARCÍA BLASCO, J. y PEDROSA ALQUÉZAR, S.I.: *El accidente in itinere. Un enfoque esencialmente preventivo*, Comares, Granada, 2009
- JORDÁN DE URRÍES, B. y PULIDO, R.: *El preparador laboral: análisis del perfil de competencias y necesidades para el diseño de un programa formativo*, AMPANS, Manresa, 2016
- INE: *El empleo de las personas con discapacidad. Año 2021*, Madrid, INE, 2022.
- MERCADO GARCÍA, E., ROLDÁN, E. y RIVERA, J.: «El perfil de los preparadores laborales en el empleo con apoyo», *Siglo Cero*, núm. 259.
- Observatorio Estatal de la Discapacidad (OED): *Realidad, situación, dimensión y tendencias del empleo con apoyo en España en el Horizonte del año 2020*, Observatorio Estatal de la Discapacidad, 2017.

CAPÍTULO VII

LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL Y SOCIAL DE LAS ENTIDADES DEL TERCER SECTOR DE LA DISCAPACIDAD

MARÍA JOSÉ LOPERA CASTILLEJO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza*

1. INTRODUCCIÓN

Como planteamiento previo, conviene señalar que, con el estudio aquí realizado, se trata de comprobar en qué medida la actual estrategia digital de modernización tecnológica, en cuanto proceso transformador que afecta a las organizaciones integrantes del Tercer Sector, tiende a facilitar el acceso al mercado laboral y el desarrollo profesional de las personas con discapacidad, y se avanza en el objetivo de lograr su inserción laboral. A la par que, con dicha transformación, estas entidades sociales obtienen una ventaja competitiva, e incrementan su valor e impacto como actores relevantes en el mundo digital.

Para lo cual, partiendo del marco legal de apoyo a la modernización de las entidades del Tercer Sector, se contemplan las medidas existentes financiadas a cargo del Fondo Europeo de Recuperación, Transformación y Resiliencia, al igual que las más recientes implementadas de fomento e impulso de las entidades de Economía Social. Lo que requiere tener presente la norma reguladora del Tercer Sector de Acción Social, y también hace preciso ponerla en necesaria relación con el correspondiente marco jurídico estatal, e incluso autonómico, regulador de las organizaciones que integran la denominada «Economía Social». Por ser esta expresión terminológica a la que hacen referencia las más recientes medidas, como son las proyectadas en la Estrategia Española de Economía Social 2023-2027, y las que llevan a cabo el desarrollo del Plan Integral de Impulso a la Economía Social. Todo ello, con la finalidad de poder detectar, tras su correspondiente análisis, si esta promoción actual del conjunto de las entidades de la Economía Social, y su refuerzo con las nuevas políticas públicas que van a incidir en la eficacia de su actividad, resulta decisiva para el logro de la inserción laboral de las personas con discapacidad pertenecientes a las entidades del Tercer Sector.

A estos mismos efectos, se considera necesario realizar una primera referencia al marco histórico, que parte del movimiento asociativo de las personas con discapacidad

intelectual, donde los avances y logros de estas personas, más intensos y notables desde mediados de la década de los noventa, han favorecido el proceso transformador económicamente justo, y su adaptación al nuevo contexto de modernización tecnológica de las entidades sin ánimo de lucro que generan Economía Social, entre las que, ya dejamos establecido, han de situarse las organizaciones del Tercer Sector.

2. EL MOVIMIENTO ASOCIATIVO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL HACIA UNA TRANSICIÓN SOCIOECONÓMICAMENTE JUSTA

El movimiento asociativo de personas con discapacidad intelectual forma parte del sector de las entidades privadas no lucrativas, al que se viene haciendo referencia con diversa terminología: organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro, entidades de acción voluntaria, iniciativa social, o entidades del Tercer Sector. Si bien, las asociaciones de personas con discapacidad intelectual se autodenominan movimiento asociativo, independientemente de la fórmula jurídica que adopte la organización, por considerar el asociacionismo como un valor en sí mismo, que guarda relación con el dinamismo de las estructuras y acciones generadas, como movimiento social que pretende ejercer presión social sobre una o unas determinadas circunstancias, y caracterizarse como instrumento de autoayuda. De manera, que este movimiento ha acogido, tanto a organizaciones generalistas, como a asociaciones específicas, con el denominador común de la discapacidad intelectual, compartiendo valores o planteamientos éticos. Y así, familiares de personas con parálisis cerebral, síndrome X - Frágil, autismo, o síndrome Down, han generado movimientos asociativos específicos.

Cabe, desde luego, considerar el movimiento asociativo como un espacio de participación política de las personas con discapacidad. Agrupaciones, de todo tipo, que representan una comunidad de intereses, al compartir la circunstancia de la discapacidad como relevante, por sus efectos en las oportunidades sociales de los individuos, para construir sobre esta base un movimiento social. Asumiendo un papel preponderante en el desarrollo de la legislación, de la provisión de servicios, así como en la sensibilización social y erradicación de estigmas sociales. Por más que la participación efectiva de las personas con discapacidad intelectual sea notoriamente reducida en el caso del movimiento asociativo de estas personas, al tratarse, la mayoría de los socios, de familiares de personas con discapacidad¹.

Antes del surgimiento de las primeras entidades, las necesidades de las personas con discapacidad eran atendidas por las instituciones de beneficencia. De modo, que la primera entidad fundada en España, la ONCE², tras su nacimiento semipúblico en 1938, ha tenido la capacidad de diversificarse y crear fundaciones, al igual que empresas de servicios abiertos a todas las discapacidades (caso de la Fundación ONCE o Inserta). Mientras que, por su parte, el movimiento asociativo de padres de niños con discapacidad intelectual (en su creación, de protectoras de niños subnormales) tuvo un origen privado, constituyéndose

1 DÍAZ JIMÉNEZ, R.M.: «Evolución del movimiento asociativo de personas con discapacidad intelectual en España». *Revista Actas de Coordinación Sociosanitaria*, núm. 22 (2018), pág. 45-46.

2 Organización Nacional de Ciegos Españoles.

las primeras entidades a finales de la década de los 50 y principios de los 60 del siglo XX, como la Confederación FEAPS³ (actualmente Plena Inclusión), que se creó en 1964⁴.

En el escenario resultante de las transformaciones del Estado de Bienestar, las asociaciones y las familias tienden a adquirir mayor protagonismo, de tal forma que las asociaciones familiares son consideradas como sujetos autónomos característicos del Tercer Sector. Reivindican derechos y reconocimiento social, asumiendo un rol protagonista en la producción de bienestar, y proporcionan la atención especializada, para las personas con discapacidad intelectual, con el apoyo de la financiación pública, aportaciones propias y otras fuentes privadas⁵.

Bien es cierto que los avances y logros de las personas con discapacidad intelectual han sido más intensos desde mediados de la década de los noventa. Con lo que, ya en 1995, el movimiento asociativo de personas con discapacidad intelectual, representado en la organización que más asociaciones acoge, Plena Inclusión, propició un cambio histórico, materializado en un Congreso que se celebró en Toledo, en noviembre de 1996, y que permitió la puesta en marcha de su primer Plan Estratégico, cuya finalidad era que el conglomerado de asociaciones, que componían esta entidad, unificara criterios, decidiendo una misión y cultura organizativa común. Constituyendo, así, un proceso de cambio, con repercusión significativa, desde la Misión FEAPS 1996: «mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad intelectual y sus familias», hasta la Misión Plena Inclusión 2016: «contribuir desde su compromiso ético, con apoyos y oportunidades, a que cada persona con discapacidad intelectual o del desarrollo, y sus familias, puedan desarrollar su proyecto de calidad de vida, así como promover su inclusión como ciudadana de pleno derecho en una sociedad justa y solidaria».

El itinerario estos años de las personas con discapacidad ha ido de la institucionalización a la comunidad y, de esta, a las familias que, para sobrevivir en un entorno competitivo, se unen y se organizan, pero pierden parte de su identidad, teniendo que funcionar como empresas cualificadas y competitivas. Con lo que la intervención del Tercer Sector en los Servicios Sociales ha conformado un modelo que potencia el ejercicio de su función de producción y prestación de servicios, pero debilita la participación social, reduciéndose su papel reivindicativo⁶. Si bien, han surgido plataformas de representación de intereses, de lo que constituye un claro ejemplo el CERMI⁷, constituido en 1997, y expresión articulada del movimiento asociativo para todas las entidades del sector de todos los tipos de discapacidad en España, que desarrolla una acción política representativa en defensa de los derechos e intereses del colectivo, teniendo un poder de influencia significativo en las decisiones políticas, tanto en el ámbito estatal, como en el autonómico⁸.

3 Confederación Española de Organizaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual o del Desarrollo.

4 DÍAZ VELÁZQUEZ, E.: *El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad en España. Un estudio sobre la desigualdad por razón de la discapacidad*. Colección CERMI, núm. 76, Editorial Cinca, Madrid, 2017, pág. 430-431.

5 DÍAZ JIMÉNEZ, R.M.: «Evolución del movimiento asociativo...», cit., pág. 47-48.

6 DÍAZ JIMÉNEZ, R.M.: «Evolución del movimiento asociativo...», cit., pág. 48-49.

7 Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad.

8 DÍAZ VELÁZQUEZ, E.: *El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad ...*, cit., pág. 441.

Ocorre, no obstante, que el valor del asociacionismo, en el caso de la discapacidad intelectual, se ha visto eclipsado por el crecimiento de los servicios de atención directa y sus necesidades de gestión, con la profesionalización y la necesidad de una visión empresarial del movimiento asociativo, donde la técnica y la gestión ha ido ganando terreno a la buena voluntad y al voluntarismo. De manera también, que la financiación de las asociaciones condiciona decisivamente las expectativas laborales, al encontrarse en menor riesgo de precarización con una financiación estable. Con todo lo cual, las entidades sociales, siendo conscientes del poder de transformación social, se han planteado tener un posicionamiento claro, teniendo en cuenta el entorno social, así como que deben disponer de capacidad, conocimiento técnico, medios y recursos para la defensa de los derechos de las personas y sus familias, a fin de promover cambios en políticas y prácticas, a favor del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad intelectual⁹.

3. LA NORMATIVA REGULADORA DE LAS ENTIDADES DEL TERCER SECTOR DE ACCIÓN SOCIAL

La Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social¹⁰, tiene por objeto regular las entidades que lo componen, reforzando su capacidad como interlocutores ante la Administración General del Estado, respecto de las políticas públicas sociales, así como definir las medidas de fomento que los poderes públicos podrán adoptar en beneficio de estas organizaciones. Dicha Ley se aplica a todas las entidades del Tercer Sector de Acción Social de ámbito estatal, siempre que actúen en más de una comunidad autónoma o en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla¹¹.

El concepto de entidades del Tercer Sector de Acción Social se contiene en el art. 2 de la Ley 43/2015, que las define como aquellas organizaciones de carácter privado, surgidas de la iniciativa ciudadana o social, bajo diferentes modalidades, que responden a criterios de solidaridad y de participación social, con fines e interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos civiles, así como de los derechos económicos, sociales o culturales de las personas y grupos que sufren condiciones de vulnerabilidad, o que se encuentran en riesgo de exclusión social. Considerándose que, en todo caso, son entidades del Tercer Sector de Acción Social las asociaciones, las fundaciones, así como las federaciones o asociaciones que las integren, siempre que cumplan con lo previsto en esta Ley.

Dado que dichas organizaciones, según se ha advertido que expresa el mencionado concepto legal, pueden surgir bajo diferentes modalidades, la propia normativa reguladora señala¹² que las entidades del Tercer Sector de Acción Social se regirán por la legislación específica que sea aplicable en función de la forma jurídica que hayan adoptado. Sin que la consideración de entidades del Tercer Sector de Acción Social, conforme a lo establecido en esta Ley, excuse del cumplimiento de todos los requisitos y condiciones que establezca dicha legislación específica.

9 DÍAZ JIMÉNEZ, R.M.: «Evolución del movimiento asociativo...», cit., pág. 52 y 60.

10 BOE de 10 de octubre de 2015.

11 Arts. 1 y 3 de la Ley 43/2015, de 9 de octubre.

12 Disposición final primera de la Ley 43/2015, de 9 de octubre.

Se aprecia, en definitiva, que aun constituyendo el núcleo básico de este Tercer Sector las asociaciones y fundaciones, la diversificación institucional es una de las vías de desarrollo del Tercer Sector de la discapacidad. Donde ha predominado inicialmente, de modo abrumador, la fórmula asociativa, surgiendo también otras modalidades como las fundaciones, sobre todo, al decidir algunas asociaciones crear entes fundacionales para fines específicos¹³.

La normativa reguladora también establece¹⁴ una serie de principios rectores de la actuación de las entidades que integran el Tercer Sector de Acción Social de ámbito estatal, con independencia de su naturaleza jurídica, entre los que se incluyen: ser de naturaleza jurídica privada; no poseer ánimo de lucro y tener carácter altruista; actuar de modo transparente; contribuir a hacer efectiva la cohesión social; actuar de modo que se observe efectivamente, en su organización, funcionamiento y actividades, el principio de igualdad de oportunidades y de trato y no discriminación, con especial atención al principio de igualdad entre mujeres y hombres; así como llevar a cabo objetivos y actividades de interés general, y, en todo caso, una serie de actividades de interés social, entre las que se menciona la atención a las personas con necesidades educativas o de inserción laboral.

Son estas entidades del Tercer Sector, a las que también se viene haciendo referencia como «Economía Social», en la que debe entenderse incluida toda la economía generada desde el conjunto de organizaciones del Tercer Sector¹⁵, y que abarca entidades que presentan principios y características comunes, como la primacía de las personas y de la finalidad social o medioambiental sobre el beneficio, y una gobernanza democrática o participativa. Por lo que cabe advertir la utilización de diversa terminología: «empresas de economía social», «empresas sociales»¹⁶, «empresas solidarias», como igualmente se hace mención a las «entidades del Tercer Sector Económico», que está constituido por empresas que venden productos o servicios sin fin lucrativo, que pretenden fomentar un empleo de calidad, beneficiando a la Comunidad en la que actúan, o bien integrar a personas con discapacidad.

Dado, así, que ampliamente se utiliza la expresión «Tercer Sector» para referirse a las entidades de la Economía Social, viniéndose a identificar ambos conceptos — hasta

13 CASADO PÉREZ, D.: «Tercer Sector y Discapacidad. Discapacidad y Tercer Sector», VVAA (Dir. Pérez Bueno, L. C.) *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social. Estudios en Homenaje a Paulino Azúa Berra*. Colección CERMI, núm. 47, Editorial Cinca, Madrid, 2010, pág. 497.

14 Art. 4 de la Ley 43/2015, de 9 de octubre.

15 ALBERICH NISTAL, T.: «Asociaciones y Movimientos Sociales en España: Cuatro Décadas de Cambios». *Revista de Estudios de Juventud*, núm. 76 (2007), pág. 75.

16 A las «empresas sociales», se refiere el art. 3 del Anteproyecto de Ley Integral de Impulso de la Economía Social, que fue aprobado el 11 de abril de 2023 en Consejo de Ministros, incorporando esta nueva fórmula asociativa, para la realización de actividades que satisfagan necesidades no atendidas por el mercado, con lo se pretende actualizar el marco normativo del sector de la Economía Social, y ahondar en la clasificación de las entidades que conforman dicho sector (Exposición de Motivos, I). Ocurre, sin embargo, a nuestro juicio, que la amplitud y ambigüedad del término «empresas sociales», aun añadiéndose después que tendrán dicha consideración cuando reúnan una serie de requisitos, como la realización de actividades que «satisfagan necesidades no atendidas por el mercado», no permite identificar claramente que se está haciendo referencia con dicha terminología a las entidades del Tercer Sector de acción social. Ni tampoco, por tanto, queda despejado que dichas entidades formen parte del conjunto de la Economía Social, a los importantes efectos de considerar que les resultan aplicables las medidas de promoción y mejora que expresamente refieren a esta última.

llegar incluso a confundirse —, conviene señalar que el marco jurídico común para el conjunto de entidades que integran la Economía Social, con pleno respeto a la normativa específica aplicable a cada una de ellas, lo establece la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social¹⁷, donde se denomina «Economía Social» al conjunto de las actividades económicas y empresariales que, en el ámbito privado, llevan a cabo aquellas entidades que, de conformidad con los principios recogidos en el art. 4, persiguen el interés colectivo de sus integrantes, bien el interés general económico o social, o ambos¹⁸.

Entre los principios orientadores de la actuación de las entidades de Economía Social, incluye la norma¹⁹ la primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que con relación a sus aportaciones al capital social. Teniendo, asimismo, dichas entidades, como otro de los principios orientadores de su actuación²⁰, la promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, y la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad.

La Ley se refiere expresamente²¹ a las entidades que forman parte de la Economía Social, considerando como tales a las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores, las sociedades agrarias de transformación y las entidades singulares creadas por normas específicas que se rijan por los principios establecidos en el artículo 4²². Asimismo, podrán formar parte de dicha Economía aquellas entidades que realicen actividad económica y empresarial, cuyas reglas de funcionamiento respondan a los principios enumerados en dicho precepto, y que sean incluidas en el catálogo de entidades establecido en el art. 6 de esta Ley 5/2011. Si bien, en todo caso, las mencionadas entidades se regularán por sus normas sustantivas específicas.

Por lo demás, el marco legal promocional de estas empresas de Economía Social viene a mejorar su reconocimiento jurídico, al declarar la Ley «entidades prestadoras de

17 BOE de 30 de marzo de 2011.

18 Art. 2 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo. Si bien, esta definición aparece redactada, de forma más completa, en alguna de las normativas autonómicas recientes: así, en el art. 3 de la Ley 7/2022, de 1 de diciembre, de Economía Social de Aragón (BOE de 9 de enero de 2023), al añadir, en su párrafo segundo, que, a los efectos de esta ley, el concepto de economía social incluye, asimismo, el modelo económico que abarca al conjunto de entidades y grupos de la sociedad civil que desarrollan actividades económicas, empresariales y sociales, desde el ámbito privado, regidos por los valores, principios e intereses citados.

19 Art. 4 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo.

20 Art. 4. c) de la Ley 5/2011, de 29 de marzo.

21 Art. 5 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo.

22 Listado que ha venido a ampliarse en alguna legislación autonómica, dado que, según el art. 5. h) de la ya mencionada Ley 7/2022, de 1 de diciembre, de Economía Social de Aragón, forman también parte de la Economía Social de Aragón las plataformas tecnológicas creadas por autónomos, cooperativas, asociaciones y entidades de economía social aragonesas que desarrollen una actividad económica, empresarial y social, y se rijan por los valores y principios orientadores establecidos en la presente Ley.

Servicios de Interés Económico General»²³ los Centros Especiales de Empleo y las Empresas de Inserción, constituidas y calificadas como tales según su normativa reguladora. De manera que, asimismo, posibilita extender esta declaración a cualesquiera otras entidades de la Economía Social que tengan por objeto igualmente la inserción laboral de colectivos en riesgo de exclusión, conforme a lo que se establezca reglamentariamente.

Debiendo tenerse en cuenta, por otra parte, que la Ley 43/2015, del Tercer Sector de Acción Social, también prevé²⁴ una serie de medidas de fomento de estas entidades, con el fin de apoyar y promover sus principios rectores, garantizar su sostenibilidad, promoviendo la diversificación de las fuentes de financiación e impulsando la responsabilidad social empresarial. Al igual que contempla²⁵ medidas que garanticen la participación del Tercer Sector en las distintas políticas sociales, de empleo, de igualdad y de inclusión, diseñadas en favor de las personas y grupos vulnerables y en riesgo de exclusión social. Así como reconocer a dichas entidades del Tercer Sector, con arreglo a los procedimientos que reglamentariamente se establezcan, su condición de entidades colaboradoras de la Administración General del Estado. Lo mismo que potenciar y facilitar las iniciativas de cooperación entre empresas y entidades del Tercer Sector de Acción Social.

A su vez, la Ley 5/2011, de Economía Social, también tiene por objeto determinar las medidas de fomento a favor de las entidades que integran la Economía Social, en consideración a los fines y principios que le son propios. Para lo cual, se parte²⁶ del reconocimiento como tarea de interés general de la promoción, estímulo y desarrollo de dichas entidades y de sus organizaciones representativas. De manera, que los poderes públicos tendrán como objetivos de sus políticas de promoción de la Economía Social, entre otros, remover los obstáculos que impidan el inicio y desarrollo de una actividad económica de las entidades que la integran²⁷; promover los principios y valores de estas entidades; promocionar la formación y readaptación profesional en el ámbito de las entidades de la Economía Social; facilitar el acceso a los procesos de innovación tecnológica y organizativa a los emprendedores de estas entidades; o involucrar a estas últimas en las políticas activas de empleo, especialmente en favor de los sectores más afectados por el desempleo, mujeres, jóvenes y parados de larga duración²⁸.

Se aprecia, en definitiva, que el Tercer Sector de Acción Social y la Economía Social comparten un conjunto de principios y valores: básicamente, la igualdad, solidaridad y justicia social, por más que haya también elementos diferenciadores que conviene tener presente. Así, mientras que el Tercer Sector se personifica jurídicamente

23 Art. 5. 4. de la Ley 5/2011, de 29 de marzo.

24 Art. 6. 1. a), b) y c) de la Ley 43/2015, de 9 de octubre.

25 Art. 6. 1. e), f) y m) de la Ley 43/2015, de 9 de octubre.

26 Art. 8. 1. de la Ley 5/2011, de 29 de marzo.

27 Art. 8. 2. a) de la Ley 5/2011, de 29 de marzo. Si bien, en la normativa autonómica más reciente, como la Ley 7/2022, de 1 de diciembre, de Economía Social de Aragón, el objetivo o reto de las políticas públicas, de fomento y difusión de la economía social en Aragón, no consiste únicamente en remover los obstáculos que impidan el inicio y desarrollo de “una actividad económica” de dichas entidades, sino también, como en esta norma queda más ampliamente expresado, “de una actividad no de mercado” (art. 8, c) de la Ley 7/2022), sin ánimo de lucro, de la economía social, mediante medidas, entre otras de simplificación normativa y administrativa, e incorporación de soluciones basadas en las tecnologías de la información y las comunicaciones.

28 Art. 8. 2. c), d), e), y g) de la Ley 5/2011, de 29 de marzo.

mediante organizaciones en forma de asociación o fundación, la Economía Social pivota esencialmente sobre fórmulas jurídicas de cooperativa, sociedades laborales, cofradías de pescadores, y otras compartidas por ambas, como los centros especiales de Empleo o las empresas de inserción²⁹.

Con todo, hay que seguir teniendo presente que el Tercer Sector ha de acometer nuevos retos para ganar capacidad como actor social³⁰, y convertirse en un actor social relevante en las políticas de inclusión, estando sin duda relacionados dichos retos con conseguir más autonomía económica y política, y con la necesidad de contar con nuevos impulsos. Aunque resulta igualmente imprescindible que, en dicho Sector, se produzca una transformación profunda desde la perspectiva, no solo de su actividad y su sistema de organización, sino también profundizando en las cuatro funciones que le definen en esencia como actor político y social: en su función de interlocutor en las políticas de inclusión, para el diseño, seguimiento y evaluación de dichas políticas; también, como prestador de servicios, donde claramente se precisan dotaciones económicas suficientes y estables; como agente sensibilizador, movilizador y de denuncia; y finalmente, como canal de participación.

Sucede, además, que, al no facilitarse la cooperación, debido a la atomización característica del Tercer Sector, habrá de procurarse la articulación interna y cohesión, para fortalecer alianzas con agrupaciones de entidades y distintas plataformas sectoriales que operan en un mismo ámbito, adquiriendo un papel representativo. También, con el objetivo de reforzar el diálogo e intercambio de conocimientos y recursos, a través de la participación activa de los diversos sujetos que integran la Economía Social, posibilitando una coordinación y cooperación entre ellos, y una mayor integración multinivel. Todo ello, a favor de una acción más unitaria y global del Sector, que le permita situarse como actor clave en la articulación de las comunidades, la educación en valores sociales, la provisión de servicios, y la satisfacción de las necesidades materiales y culturales de los ciudadanos.

Precisamente a fin de superar estos retos, y tras el Plan de Acción de la Unión Europea para la Economía Social, aprobado por la Comisión Europea en 2021³¹, la Comisión ha presentado en 2023 una propuesta de Recomendación del Consejo para que los Estados miembros diseñen y pongan en práctica estrategias globales para la economía social³², que promuevan un entorno propicio para esta en todos los ámbitos pertinentes, adaptando los marcos políticos y jurídicos. Dicha propuesta, sobre el desarrollo de las «condiciones marco» de la Economía Social, tiene por objeto crear condiciones favorables para que las

29 LORENZO GARCÍA, R. de: «La Ley del Tercer Sector de Acción Social: una primera visión panorámica». *Revista Española del Tercer Sector*, núm. 34 (2016), pág.164.

30 FRESNO, J.M.: «El tercer sector no lucrativo como agente social de las políticas de inclusión» VVAA (Dir. Pérez Bueno, L. C.) *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social. Estudios en Homenaje a Paulino Azúa Berra*. Colección CERMI, núm. 47, Editorial Cinca, Madrid, 2010, pág. 540-543.

31 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Construir una economía que funcione para las personas: un plan de acción para la economía social», COM (2021) 778 final.

32 Propuesta de Recomendación del Consejo sobre el desarrollo de condiciones marco para la economía social, Strasbourg 13.6.2023, COM (2023) 316 final. Habiéndose alcanzado un acuerdo político, sobre dicha Recomendación, en sesión del Consejo de la Unión Europea, de 9 de octubre de 2023. Al respecto, ARRIETA IDIAKEZ, F. J.: «Nuevos retos para fomentar la economía social tras el acuerdo político alcanzado por el Consejo de la Unión en relación con la recomendación sobre el desarrollo de condiciones marco para la economía social». *Briefs AEDTSS*, núm. 57 (2023), pág. 1-4.

organizaciones integrantes de esta Economía prosperen y crezcan, y sensibilizar sobre su potencial, en particular en lo que respecta a la creación de puestos de trabajo de calidad, el apoyo a la innovación y la inclusión social. Se propone, así, por la Comisión, entre otras concretas medidas, diseñar políticas del mercado laboral que apoyen a las personas trabajadoras de las empresas sociales (por ejemplo, a través de la formación), promuevan el emprendimiento social, y garanticen unas condiciones de trabajo justas a través del diálogo social y la negociación colectiva. También, mejorar el acceso a la financiación pública y privada, incluidos los fondos de la Unión Europea. Al igual que aprovechar las oportunidades que ofrecen las normas sobre ayudas estatales para apoyar la Economía Social, incluidas las disposiciones relativas a las ayudas a la puesta en marcha, la reintegración de las personas trabajadoras desfavorecidas, y el apoyo a las infraestructuras locales. O incluso, las medidas tendentes a sensibilizar sobre dicha Economía y sus contribuciones, en particular a través de la investigación y los datos.

Con lo cual, entre los principales cambios introducidos en la propuesta de la Comisión, que reflejan las peticiones de los Estados miembros, destaca el poner de relieve el papel que desempeña la Economía Social en apoyo de unas transiciones digital y ecológica justas, y de la cohesión social.

4. LA NECESARIA MODERNIZACIÓN DE LAS ENTIDADES DEL TERCER SECTOR MEDIANTE LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL HUMANISTA Y LA INNOVACIÓN SOCIAL COMPETITIVA

El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España, aprobado mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, de 27 de abril de 2021³³, define las prioridades para materializar la inversión procedente de los Fondos de Recuperación Next Generation, EU. De manera, que estos fondos, que se articulan a través del mecanismo de Recuperación y Resiliencia, como instrumento de financiación orientado a resultados, ofrecen una excelente oportunidad que, sin duda, ha de aprovecharse para poner en marcha inversiones y reformas que conduzcan a un desarrollo más sostenible y resiliente, desde el punto de vista económico, social y medioambiental.

Es precisamente, en la línea de inversión «C22.I.2: Plan de Modernización de los Servicios Sociales: Transformación tecnológica, innovación, formación y refuerzo de la atención a la infancia», donde se contempla la financiación, por parte de Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, de medidas que conduzcan a la modernización tecnológica de las entidades del Tercer Sector. Dado que estas entidades juegan un papel fundamental en la prestación de servicios sociales personalizados, especialmente dirigidos a quienes tienen necesidades que precisan atención continuada, que requiere contar con equipamientos digitales y medios tecnológicos modernos que les hagan eficientes y redunden en una mayor calidad. Por lo que España se ha comprometido a que una parte de los fondos del Plan de Recuperación sea destinada a la modernización tecnológica de las entidades del Tercer Sector, constituyendo así, este compromiso de implementación transformadora, una oportunidad extraordinaria para que el sector no lucrativo pueda

33 Publicado por Resolución de 29 de abril de 2021, BOE de 30 de abril de 2021.

cumplir eficazmente su misión, incrementando su valor e impacto, a la vez que se generan oportunidades de desarrollo social y laboral para las personas con discapacidad.

De modo también, que el PERTE³⁴, aprobado por Consejo de Ministros, de 31 de mayo de 2022, ya vino orientado a impulsar el sector de la Economía Social, que reúne a entidades con criterios sociales y equitativos, que tienen un objetivo de bienestar social, promueven el empleo comunitario, y defienden los intereses de colectivos diversos, entre los que se encuentran las entidades del Tercer Sector de acción social.

En el mencionado PERTE, ha venido a enmarcarse la Orden DSA/1110/2022, de 17 de noviembre³⁵, por la que se establecen las bases y se convocan subvenciones para el apoyo a la modernización de las entidades del Tercer Sector, financiadas a cargo de Fondo Europeo de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Justificándose, en la parte inicial explicativa de la misma Orden, la necesidad de hacer hincapié en la idea de modernización tecnológica como proceso transformador que afecta a las organizaciones del Tercer Sector en todas sus dimensiones, y del que resulta un cambio de la propia cultura existente, por más que su implantación cuente con especiales dificultades, dadas las situaciones de las personas con las que se trabaja y los contextos en los que se actúa. Con lo cual, se pretende destacar que no se trata solo del mero uso o de implementar herramientas digitales, sino de cambiar las propias organizaciones para adaptarlas al nuevo contexto de transformación digital que es clave para la transformación social³⁶. Por lo que resulta necesario promover, en el conjunto del Sector, un proceso decidido de transformación e impulso de la modernización de las organizaciones, que les permita seguir siendo un actor relevante en el mundo digital del futuro, y también desempeñar un papel crucial en nuestras sociedades, en ámbitos que van desde la economía circular hasta los servicios sociales.

Podrán tener la condición de beneficiarias aquellas entidades de ámbito estatal, con personalidad jurídica propia, que estén válidamente constituidas en el momento de presentar la solicitud de ayuda, siempre que pertenezcan a las entidades del Tercer Sector de Acción Social, tal y como vienen definidas en los arts. 2 y 3 de la Ley 43/2015, de 9 de octubre, que reúnan los requisitos que seguidamente se mencionan³⁷, entre ellos, estar legalmente constituidas como entidades de ámbito estatal y disponer de solvencia económica y financiera suficiente para garantizar la ejecución de las actuaciones previstas en la solicitud.

Respecto a la actividad financiable, se establece³⁸ que la convocatoria financiará proyectos que contemplen, en todo caso, estas dos líneas de acción: La línea de acción 1: Mejorar la intervención social y/o promover la innovación social a través de actuaciones de transformación digital que contribuyan a la modernización de los servicios sociales, y la Línea de acción 2: Estrategia de transformación digital. De manera, además, que deberán

34 Proyecto Estratégico para la Recuperación y Transformación Económica de la Economía Social y de la Economía de los Cuidados.

35 BOE de 19 de noviembre de 2022.

36 Ampliamente expuesto en qué consiste la transformación digital, y por qué es clave para la acción social, en el «Libro Blanco de la Transformación Digital del Tercer Sector», de abril de 2022, pág. 22 y ss., editado por la Fundación Telefónica, que se puede descargar libremente desde su sitio web <www.fundaciontelefonica.com>

37 Art. 4.1. de la Orden DSA/1110/2022, de 17 de noviembre.

38 Art. 5 de la Orden DSA/1110/2022, de 17 de noviembre.

desarrollar acciones en, al menos, dos de las siguientes líneas de acción: Línea de acción 3: Digitalización de los procesos y flujos internos de los procesos de la entidad para acelerar la acción social; Línea de acción 4: Potenciar el apoyo y la participación de la base social; y Línea de acción 5: Incrementar las competencias digitales de los y las profesionales, de las personas beneficiarias/participantes y de las personas voluntarias de la entidad.

Al igual que todos los proyectos deberán incluir criterios transversales que habrán de asegurarse en todas sus acciones³⁹, tales como ciberseguridad en todas las implementaciones digitales que se desarrollen, accesibilidad universal e interoperabilidad de las soluciones tecnológicas propuestas, uso ético de la tecnología en el desarrollo del proyecto, el grado en el que las soluciones tecnológicas que se proponen son ambientalmente seguras y energéticamente sostenibles, o también, promover en dichas acciones, de forma efectiva, la perspectiva de género.

Se trata de implementar, en definitiva, una estrategia digital transformadora, que implica utilizar la tecnología para optimizar el modelo operativo de las entidades sociales, y que también alcanza a la cultura y a la forma en la que dichas entidades crean valor, incidiendo claramente en la eficacia de su actividad, al brindarles una excelente oportunidad para conseguir una ventaja competitiva y maximizar su impacto.

5. LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE ECONOMÍA SOCIAL 2023-2027: EJES ESTRATÉGICOS Y LÍNEAS DE ACTUACIÓN EN LA PROMOCIÓN DE LAS ENTIDADES DEL TERCER SECTOR

El desarrollo de la Estrategia Española de Economía Social 2023-2027⁴⁰ se enmarca en la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, que prevé la puesta en marcha de instrumentos que impulsen a las entidades de Economía Social, con especial atención a los que apoyen activamente el empleo en los sectores más desfavorecidos y con arraigo en su territorio.

En cuanto a su misión, se trata de fortalecer y desarrollar la Economía Social a través del impulso de sus entidades y empresas; de la visibilización de sus elementos diferenciales como modelo empresarial; y de la puesta en valor de la aportación a la sostenibilidad económica, social y medioambiental de este modelo de organización. Mientras que su visión es la de posicionar a la Economía Social como referente del modelo empresarial centrado en las personas, y comprometido con la resolución de los retos de la sociedad; capaz de realizar una contribución significativa a la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible, de manera especial a través de la cohesión social y territorial; y también capaz de generar crecimiento económico y empleo de calidad, aprovechando las oportunidades que se originan en los sectores emergentes, e incorporando esquemas de innovación social a estos.

Para lo cual, se ha procedido a la identificación de ejes estratégicos, tomando como herramienta de referencia el análisis DAFO⁴¹ de la Economía Social, elaborado a partir de diversas fuentes secundarias y primarias, y con el refrendo de los principales actores

39 Art. 5 de la Orden DSA/1110/2022, de 17 de noviembre.

40 Aprobada por Resolución de 17 de mayo de 2023, BOE 1 de junio de 2023.

41 Debilidades, Amenazas, Fortalezas, Oportunidades.

relacionados con el Sector. Así, se identifican tres ejes de actuación prioritarios de carácter temático y un eje de actuación prioritario de carácter transversal que, en conjunto, aglutinan la práctica totalidad de debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades consideradas claves para la Economía Social por sus principales actores: el Eje 1. Visibilización y participación institucional de la Economía Social; el Eje 2. Mejora de la competitividad; el Eje 3. Emprendimiento y sectores emergentes; y el Eje 4. Sostenibilidad social y territorial. De forma que, en cada una de las estrategias, se incluyen las distintas acciones, organizadas en torno a líneas de actuación. Mientras que, ya en el Anexo I, aparece la correspondencia entre los resultados del análisis DAFO y los ejes estratégicos.

Con lo que la Estrategia Española de la Economía Social aspira ser un planteamiento vivo, capaz de adaptarse a los retos que se enfrente dicha Economía y, en general, la sociedad española. Si bien, todos los compromisos que se deriven de la aplicación de la Estrategia quedan condicionados a las disponibilidades presupuestarias existentes, y se requiere realizar el seguimiento con frecuencia anual, de cara a contar con información periódica que pueda utilizarse en una evaluación intermedia y una final.

En el Eje 1. Visibilización y participación institucional de la Economía Social, la Línea de actuación 1. Reforzar la visibilización, a nivel institucional y en el marco normativo, tiene ya como objetivo aumentar el conocimiento de la Economía Social dentro de las Administraciones Públicas estatales, regionales y locales, a fin de alcanzar una mayor eficiencia y mejor adaptación de la normativa a las características de esta Economía. Quedando referida, la Línea de actuación 2, a impulsar el reconocimiento de la Economía Social entre los agentes sociales y la sociedad en su conjunto, con los objetivos de difundir su modelo económico, y su contribución a una economía centrada en las personas, y a un crecimiento más sostenible entre la población.

Respecto a este necesario impulso del reconocimiento de la Economía Social entre los agentes sociales, se viene ya hace tiempo sosteniendo⁴² que resultan imprescindibles las alianzas entre las entidades del Tercer Sector con los agentes sociales. En el más amplio sentido de que todas las organizaciones que representan a los ciudadanos tienen que poder trasladar y defender sus planteamientos y sus necesidades ante los poderes públicos. Por lo que diálogo civil (en cuanto canaliza la participación de la sociedad civil organizada) y diálogo social no deben estar contrapuestos, sino que se requiere realizar, por parte del Tercer Sector, un mayor esfuerzo de alianza y de complicidad con el mundo empresarial y con los sindicatos, así como evitar y sustituir actitudes excluyentes por las de respeto y cooperación.

Debe, por tanto, tenerse en cuenta que, más allá de los cambios normativos, la negociación colectiva ha de contribuir al establecimiento de un marco equitativo para el desarrollo de las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad, propiciando aquellas actuaciones que eliminen los obstáculos con los que se encuentran en su vida laboral y, en su caso, acudiendo a la inclusión de acciones positivas cuando se constate la existencia

42 LORENZO GARCÍA, R. de: «Cambio social y tercer Sector» VVAA (Dir. Pérez Bueno, L.C.) *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social. Estudios en Homenaje a Paulino Azúa Berra*. Colección CERMI, núm. 47, Editorial Cinca, Madrid, 2010, pág. 478. Coincidiendo en que el Tercer Sector pueda formar parte del diálogo social, para avanzar en el reconocimiento de su papel en el diseño de las políticas de Estado que conciernen a la cohesión e inclusión social, FRESNO, J.M.: «El tercer sector no lucrativo como agente social...», cit., pág. 536.

de situaciones desiguales de partida, vinculadas a las condiciones laborales. Para lo cual, se propone⁴³ desarrollar, en los convenios colectivos, medidas como las de contribuir a la transversalización de la discapacidad en el ámbito de la negociación colectiva, consiguiendo un mayor conocimiento y toma de conciencia de los distintos agentes que intervienen en los procesos de negociación colectiva sobre los elementos que se han de incorporar para la inclusión, la no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad en el ámbito laboral. Especialmente también, para abordar, desde la negociación colectiva, la problemática de la discapacidad sobrevenida, con el objetivo de establecer las medidas necesarias para mantener el empleo. De modo que, con este tratamiento transversal de la discapacidad, se logre superar la inclusión aislada y parcial de algunas cláusulas que, con frecuencia hasta ahora, suelen limitarse a reproducir cuestiones de estricto cumplimiento legal o reglamentario.

5.1. Identificación de las entidades del tercer sector económico como ecosistema clave dentro de la actualización de la estrategia industrial de la Unión Europea

A efectos de identificar el papel relevante de las organizaciones de Economía Social en casi todos los ámbitos sociales, y en la actualización del nuevo modelo de industria en Europa, merece destacarse que, desde hace ya varios años, sobresale el rol de creador de empleo e innovación social que reconoce la Comisión Europea a las entidades del Tercer Sector, cuyas propuestas de mejora de los Programas Nacionales de Reformas en materia social han venido siendo bien acogidas por el Gobierno, e integradas en los documentos remitidos a Bruselas. De manera también, que el reconocimiento del importante papel que desempeñan ha venido acompañado de un mayor respaldo jurídico y económico⁴⁴.

Resulta así que, desde este papel protagonista en políticas europeas e internacionales de las entidades de Economía Social, ya el Eje 1 de la Estrategia Española de Economía Social 2023-2027, contempla la Línea de actuación 3. Consolidar la presencia de la Economía Social en la Agenda de las instituciones internacionales. Teniendo como objetivos de la Acción 3.1 Participación de los agentes representativos de esta Economía, en foros internacionales, el incorporar a la Economía Social en la agenda internacional del Gobierno de España como un actor empresarial; a la par que afianzar el rol de España como agente de la promoción de dicha Economía en la agenda de las Instituciones Europeas, y las Organizaciones internacionales.

Advirtiéndose, a su vez, que el objetivo de su Acción 3.2 es el de incorporar en la agenda de la Comisión Europea y el Consejo de la Unión propuestas a favor del desarrollo de la Economía Social en las políticas comunitarias. Mientras que la Acción 3.4. Reforzar la cooperación con terceros países, y en especial con los de la región Iberoamericana y de la región euro-mediterránea, presenta como objetivo el de potenciar la Economía Social en estas Regiones, e incrementar los lazos institucionales y empresariales. Y entre las actuaciones concretas, reforzar o establecer acuerdos de cooperación en el ámbito de la Economía Social con países de América Latina y el Mediterráneo. Por su parte, la Acción

43 Propuesta de desarrollar una serie de medidas, en los convenios colectivos, que contiene el Capítulo XIII del V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, registrado y publicado por Resolución de 19 de mayo de 2023, BOE de 31 de mayo de 2023.

44 LORENZO GARCÍA, R. de: «La Ley del Tercer Sector de Acción Social...», cit., pág.162.

3.5. Colaborar con la OIT, en la aplicación de la Resolución relativa al trabajo decente y la Economía Social y solidaria, tiene como objetivo apoyar en la puesta en marcha de la estrategia y un plan de acción de la OIT, al respecto.

En el Eje 2. Mejora de la competitividad, la Línea de actuación 6. Elevar los niveles de internacionalización de la Economía Social tiene por objetivos, de su Acción 6.1, investigar si las empresas y entidades integrantes de esta Economía presentan necesidades específicas en su proceso de internacionalización, que requieran actuaciones diferenciales. O también, facilitar que dichas empresas y entidades puedan disponer de un espacio de encuentro, con potenciales socios y entidades de los países de destino, que puedan compartir los mismos intereses. Según resulta de su Acción 6. 3, que contempla un Programa específico de internacionalización para las empresas y entidades de la Economía Social dedicadas a colectivos vulnerables y/o sin ánimo de lucro.

A este respecto, repárese también en que ya se encuentra previsto, en nuestra normativa autonómica más reciente de Economía Social⁴⁵, prestar el asesoramiento integral para el diseño de un plan completo de internacionalización adaptado a los distintos sectores de las empresas de la Economía Social, así como la impartición de cursos de formación dirigidos a las personas trabajadoras de estas entidades que les permitan adquirir las habilidades necesarias para su internacionalización. Al igual que se prevé proporcionar asesoramiento a dichas entidades para desenvolverse en los circuitos y mecanismos particulares de las licitaciones y concursos internacionales, prestando atención a las demandas específicas del sector.

Dentro del mismo Eje 2, relativo a la mejora de la competitividad, la Línea de actuación 7. Aumentar la innovación, y la transformación digital de la Economía Social, incluye en sus acciones la realización de planes de digitalización orientados a las empresas y entidades integrantes de dicha Economía, con el objetivo, fijado en la Acción 7.3, de promover su transformación digital. Lo que cabe comprobar que se encuentra en perfecta consonancia con los objetivos, de las políticas de promoción de la Economía Social de los poderes públicos autonómicos⁴⁶, para impulsar y fomentar las iniciativas dirigidas a incentivar la innovación tecnológica, social y empresarial de las entidades que forman parte de dicha Economía, facilitando la implantación en I+D+I, el impulso de la economía digital y las nuevas tecnologías, e incentivando su participación en los sectores emergentes.

45 Art. 15. 3. y 4. de la ya citada Ley 7/2022, de 1 de diciembre, de Economía Social de Aragón.

46 Así, en el art. 16. 1 de la Ley 7/2022, de 1 de diciembre, de Economía Social de Aragón. Una muestra de la implantación de tecnología avanzada es la iniciativa de puesta en marcha, financiada con cargo a los fondos europeos, del programa desarrollado por la Fundación DFA y el Gobierno de Aragón para alargar la vida y autonomía en el hogar de las personas mayores, con discapacidad y dependientes, gracias a la teleasistencia avanzada y la tecnología (*Heraldo de Aragón*, 15 de octubre de 2023, pág. 5). Existiendo también en el ámbito municipal actuaciones concretas, como la que resulta del Convenio de Colaboración del Ayuntamiento de Zaragoza y Atades, con la puesta en marcha una campaña de sensibilización para la inserción sociolaboral de personas con discapacidad intelectual, autismo y capacidad intelectual límite con el desarrollo de un itinerario laboral individualizado. El convenio cuenta con cinco líneas de actuación dedicadas a la inserción laboral, el desarrollo de planes formativos para personas con trastorno autista y capacidad intelectual límite, y la incorporación de personas con discapacidad a través de empleo protegido en servicios municipales <<https://www.atades.org/campana-insercion-sociolaboral/>>, consultado el 15 de octubre de 2023.

La Línea de actuación 8. Impulsar la actualización de competencias y la recualificación profesional en la Economía Social presenta como objetivos adecuar, de forma permanente, la cualificación y las competencias de las personas trabajadoras a las necesidades de las empresas y entidades de dicha Economía, en el marco previsto por la legislación de empleo vigente. Incluyendo, como actuaciones concretas, mantener actualizadas las especialidades formativas más relevantes para la Economía Social, incorporar una regulación específica de programas formativos — sectoriales y transversales — destinados a las personas trabajadoras de estas entidades⁴⁷; o también, diseñar una formación para el emprendimiento, bajo fórmulas de Economía Social, en sectores emergentes (sector de los cuidados, sostenibilidad, sector digital, sanidad...) de calidad⁴⁸. De tal manera, que existe ya el claro compromiso de los poderes públicos, en sus políticas de fomento de la Economía Social y de las entidades del Tercer Sector, de promocionar la formación y readaptación profesional en el ámbito de estas entidades⁴⁹. Teniendo, asimismo, en el ámbito autonómico⁵⁰, el objetivo de promover y apoyar aquellas acciones formativas que contribuyan a mejorar la competitividad de las entidades y empresas que constituyen la Economía Social.

5.2. Cooperación interna e intersectorial de las entidades sociales: la creación del hub de vanguardia referente con impacto internacional

Desde el análisis que, ya durante estos últimos años, se ha venido realizando de la situación de las entidades del sector de la discapacidad, al valorar sus retos, una de las posibles soluciones, o tendencias para el futuro de dichas entidades, consiste precisamente en potenciar la colaboración, y presentación conjunta de propuestas, entre las diversas organizaciones del Tercer Sector de Acción Social y de la Economía Social⁵¹.

Siendo destacable actualmente, en el marco del Eje 2 de la Estrategia Española de Economía Social 2023-2027, la Línea de actuación 9. Aumentar la cooperación intra e intersectorial de las empresas y entidades integrantes de esta Economía, que tiene, entre sus objetivos, elevar los niveles de participación de dichas empresas y entidades en plataformas y foros para cooperación empresarial, y la innovación social. Como igualmente pretende incrementar el emprendimiento y la cooperación internos entre empresas de Economía Social, con actuaciones concretas como promover acuerdos de colaboración entre las diversas familias de dicha Economía; o la formación de personal técnico y directivo de las empresas de Economía Social a través de las Universidades⁵². En tanto que la Línea de actuación 10. Aumentar la transformación verde, de las mencionadas entidades, orienta

47 Acción 8.1 de la Línea de actuación 8, Eje 2, de la Estrategia Española de Economía Social 2023-2027.

48 Acción 8.2 de la Línea de actuación 8, Eje 2, de la Estrategia Española de Economía Social 2023-2027.

49 Art. 8. 2. d) de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, y art. 6. 1. g) de la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social.

50 Art. 15. 2 de la Ley 7/2022, de 1 de diciembre, de Economía Social de Aragón.

51 Así, en este sentido, MARBÁN GALLEGO, V., MONSERRAT CODORNÍU, J., MORÁN ALÁEZ, E., RODRÍGUEZ CABRERO, G.: *El sector de la discapacidad: realidad, necesidades y retos futuros* VVAA (Dir. Rodríguez Cabrero, G.). Colección CERMI, núm. 59, Editorial Cinca, Madrid, 2012, pág. 126.

52 Acciones 9.1 y 9.2 de la Línea de actuación 9, Eje 2, de la Estrategia Española de Economía Social 2023-2027.

sus objetivos hacia el aumento de la eficiencia energética de estas, o también al fomento la economía circular en dichas empresas y entidades de Economía Social⁵³.

Al igual que también entre las potenciales soluciones, que se han venido apuntando para el futuro de las entidades del sector de la discapacidad, se encuentra incentivar la colaboración público-privada entre las entidades del Tercer Sector de la Discapacidad y las Administraciones públicas, dando preferencia a las fórmulas de los convenios de colaboración y a los contratos de gestión de los servicios públicos⁵⁴.

Con lo que, a este respecto, hay que tener actualmente presente el Convenio marco con la Confederación Empresarial Española de la Economía Social para la definición del régimen jurídico de la colaboración para la creación del HUB de Vanguardia referente en Economía Social⁵⁵. De manera, que su creación responde a la intención de difundir el conocimiento y reforzar las buenas prácticas del sector de la Economía Social, su innovación, inter-cooperación, capacidad de adaptación a las transiciones verde y digital, e internacionalización. En cuanto se considera clave configurar un HUB de Vanguardia para el impulso de la Economía Social, un ecosistema especializado en construir una nueva economía justa, sostenible y equitativa, basada en la «democracia económica» y apoyada en la transformación digital y medioambiental; tratándose de un HUB que, entre sus objetivos identifique y plantee estrategias, nuevas fórmulas de economía inclusiva y nuevos modelos de emprendimiento colectivo derivados de dicha transformación digital y medioambiental, que integre la inteligencia colectiva formada por la investigación de otros centros, las organizaciones representativas del Sector, sus entidades y las Administraciones Públicas, de modo que se pueda trabajar como una red de redes

Las partes, en el impulso del HUB de Vanguardia, son el Ministerio de Trabajo y Economía Social y CEPES⁵⁶, como organización empresarial de ámbito estatal representativa y referente de la Economía Social en España, dinamizadora y aglutinadora de las diversas actuaciones económicas existentes bajo el concepto de la Economía Social, integrando a 30 organizaciones que, entre otros intereses — como los de las Cooperativas, Sociedades Laborales, Centros Especiales de Empleo, o Empresas de Inserción —, representan los de las Asociaciones del Sector de la Discapacidad.

Entre los compromisos a adquirir, por dichas partes, en los convenios específicos de desarrollo del Convenio marco, se encuentra fomentar el impulso de la Economía Social y su internacionalización, para la generación de un tejido económico, inclusivo y sostenible, así como la atracción de talento a las empresas y entidades de la Economía Social. A la par que reforzar el diálogo e intercambio de conocimientos y recursos, a través de la participación de los diversos sujetos que integran esta Economía, posibilitando una coordinación y cooperación entre ellos, y una mayor integración multinivel⁵⁷. De modo

53 Acciones 10.1 y 10.3 de la Línea de actuación 10, Eje 2, de la Estrategia Española de Economía Social 2023-2027.

54 MARBÁN GALLEGOS, V., MONSERRAT CODORNÍU, J., MORÁN ALÁEZ, E., RODRÍGUEZ CABRERO, G.: *El sector de la discapacidad...*, cit., pág. 127.

55 Publicado por Resolución de 24 de julio de 2023, de la Secretaría General Técnica, BOE de 27 de julio de 2023.

56 Confederación Empresarial Española de la Economía Social.

57 Cláusula Segunda. 1 y 3 del Convenio Marco.

que, para impulsar las actuaciones que se recogen en este Convenio Marco, se promoverá una estrecha colaboración con las instituciones y entidades implicadas, para la consecución de los objetivos fijados por las partes; creándose una Comisión de Seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del Convenio, y de los compromisos adquiridos por los firmantes⁵⁸.

En la implementación de actuaciones acordes con esta línea, para la realización de actividades conjuntas de colaboración que faciliten la inclusión social de las personas con discapacidad, cabe situar el Convenio entre el Real Patronato sobre Discapacidad y entidades privadas sin ánimo de lucro, como la Fundación Universia⁵⁹, que tiene como objetivo promover el estudio y la investigación en cualquier ámbito que contribuya al bienestar general y al desarrollo inclusivo y sostenible de la sociedad, con una especial atención al ámbito del mundo universitario. Y persigue, entre sus principales fines, fomentar el emprendimiento responsable, así como impulsar la innovación y el desarrollo tecnológico de la sociedad, con especial atención a la transformación tecnológica y digital estratégica de la Universidad. De modo también que, mediante la realización del Estudio sobre Universidad y Discapacidad, se pretende recabar información sobre las salidas laborales que son preferentes para los estudiantes universitarios con discapacidad, su valoración de los servicios de empleo, y otros factores relacionados con la empleabilidad. Tratando de conocer, en definitiva, los impactos en la empleabilidad de estas personas, a fin de incrementar sus opciones de acceso a un empleo de calidad y acorde con la educación obtenida.

5.3. La presencia de las entidades de la economía social en las nuevas iniciativas de emprendimiento y sectores emergentes

Enmarcada en el Eje 3. Emprendimiento y sectores emergentes, de la Estrategia Española de Economía Social 2023-2027, la Línea de actuación 11. Aumentar la presencia de la Economía Social, en las nuevas iniciativas de emprendimiento, tiene como objetivos ampliar la formación para el emprendimiento, en dicho ámbito económico, en los currículos educativos de enseñanzas no universitarias; y actuaciones concretas, como fomentar la inclusión, en los planes de estudios de enseñanzas universitarias, de formación específica del emprendimiento con fórmulas de Economía Social⁶⁰.

Cabe, así, observar que, particularmente referido al ámbito discapacidad y su incorporación a la agenda formativa universitaria, esta generación de conocimiento a favor del cambio social favorecerá que el alumnado pueda ver en esta materia un ámbito para ejercer sus competencias, así como una esfera de progreso profesional. Lo que requiere impulsar el desarrollo de competencias profesionales, a través de experiencias formativas, y creación de programas de prácticas para la inserción laboral y la creación de empleo, con especial atención a las personas con discapacidad⁶¹.

58 Cláusulas Tercera y Quinta del Convenio Marco.

59 Resolución de 20 de septiembre de 2023, del Real Patronato sobre Discapacidad, por la que se publica el Convenio con la Fundación Universia, para la realización del VI Estudio sobre Universidad y Discapacidad, BOE 26 de septiembre de 2023.

60 Acción 11.1 de la Línea de actuación 11, Eje 3, de la Estrategia Española de Economía Social 2023-2027.

61 Como uno de los principales fines que persigue la Fundación Universia, recogido en el Convenio publicado por la citada Resolución de 20 de septiembre de 2023, del Real Patronato sobre Discapacidad.

De relevancia, también resulta que el Ministerio de Hacienda y Función Pública haya firmado un convenio con la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación para lanzar un sello de empleabilidad en las Universidades españolas con el que acreditarán los niveles de empleo generados por cada centro. Iniciativa a la que se han sumado la CEOE y las organizaciones sindicales, que funcionará a través de una evaluación externa de las habilidades y competencias de los estudiantes que acaben sus grados, en ámbitos como la lingüística, los conocimientos digitales, la capacidad emprendedora, o la resolución de problemas para el desarrollo sostenible⁶².

En cuanto a la Línea de actuación 12. Mejorar la integración de la Economía Social en el ecosistema innovador y en el emprendimiento de base tecnológica, tiene como objetivos introducir empresas integrantes de dicha Economía en los ecosistemas de apoyo al emprendimiento innovador ya consolidados. Con actuaciones concretas, como fortalecer la imagen de la start up de Economía Social, a través de destacar sus impactos sociales y modelo diferencial de funcionamiento, y posicionarla estratégicamente en la opinión pública⁶³.

A su vez, en la Línea de actuación 13. Reforzar la posición competitiva de la Economía Social en los sectores emergentes, lo que se pretende es desarrollar un marco jurídico estable y cierto que permita a esta Economía contribuir a los retos fundamentales en los sectores emergentes, con actuaciones concretas como realizar una propuesta de adecuación del marco normativo para que propicie la colaboración público-privada con las empresas y entidades de la Economía Social. También, actuaciones dirigidas a desarrollar un Plan de Innovación social de la Economía Social en los sectores emergentes, organizado por misiones; y con el objetivo de continuar desarrollando el PERTE de la Economía Social y de los Cuidados, de manera que se emprenda un proceso de modernización y digitalización de las empresas de Economía Social que operan en este sector, y se impulse la competitividad de dichas empresas⁶⁴.

Encontrándose, por su parte, integrada en el Eje 4. Sostenibilidad social y territorial, de la Estrategia española de Economía Social, la Línea de actuación 14. Avanzar en la igualdad de género en la Economía Social, en cuanto al fomento de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el acceso al empleo en esta Economía, tiende a velar por la participación real de las mujeres, en igualdad de oportunidades que los hombres, en las entidades y empresas que la integran; y, entre sus actuaciones concretas, apoyar la integración de las mujeres, en situación o riesgo de vulnerabilidad, a través de la Economía Social y el emprendimiento colectivo. A la vez que otras acciones refieren al apoyo al empoderamiento de las mujeres, y el acceso a puestos de responsabilidad, y de toma de decisiones, en esta Economía, o al apoyo a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la racionalización de horarios⁶⁵.

62 <<https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Prensa/En%20Portada/2023/Paginas/20230801-SELLO-UNIVERSIDADES.aspx>>

63 Acción 12.1 de la Línea de actuación 12, Eje 3, de la Estrategia Española de Economía Social 2023-2027.

64 Acciones 13.1, 13.2 y 13.3 de la Línea de actuación 13, Eje 3, de la Estrategia Española de Economía Social 2023-2027.

65 Acciones 14.2, 14.3 y 14.5 de la Línea de actuación 14, Eje 4, de la Estrategia Española de Economía Social 2023-2027.

Con lo que, a la vista del contenido de este Eje 4, claramente destaca el refuerzo del papel de las mujeres como agentes de cambio en el mercado laboral y el cumplimiento de las condiciones igualitarias entre mujeres y hombres, al que decididamente contribuyen los principios que rigen las bases de la Economía Social.

5.4. El fomento de la igualdad de oportunidades en colectivos con dificultades de acceso al empleo: la transversalización de la igualdad de género y de la discapacidad

Enmarcada en el Eje 4. Sostenibilidad social y territorial, de la Estrategia española de Economía Social 2023-2027, la Línea de actuación 15. Fomentar la igualdad de oportunidades, en colectivos con dificultades de acceso al empleo, tiene como objetivo, de su Acción 15.1, favorecer la creación de empleo inclusivo, en el empleo ordinario y en el protegido, con actuaciones concretas, como apoyar la difusión del Sello de Inclusión Social, regulado en el RD 636/2022, de 26 de julio⁶⁶, y fomentar la percepción por entidades que cumplan con los requisitos.

Adviértase que esta Línea de actuación guarda relación, a su vez, con el Eje 4 definido en el art. 13. 3. d) de la Ley 3/2023, de Empleo⁶⁷, relativo a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, comprendiendo actuaciones dirigidas a aquellos colectivos que tienen mayor dificultad en el acceso o permanencia en el empleo, con especial consideración a la situación de las personas con discapacidad. Y que igualmente incluye la promoción de la igualdad en el acceso al empleo entre mujeres y hombres en el acceso, permanencia y promoción en el empleo, así como la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; tratando de integrar el principio antidiscriminatorio en todas las acciones, no solo por razón de género, sino también por discapacidad, edad, ideología o convicciones, etc. Por lo que, dado que existe mayor presencia de mujeres en sectores de mayor especialización de estas entidades de la Economía Social, como el de los cuidados, la sanidad, o la educación, parece claro que ha de prestarse especial atención a la incidencia, respecto a la transformación social de estas entidades, de la transversalización de la igualdad de género en las políticas activas de empleo⁶⁸.

La Línea de actuación 16. Favorecer el relevo generacional en la Economía Social tiene como objetivo acercar a las personas jóvenes los valores de esta Economía, encontrándose, entre sus actuaciones concretas, la de fomentar la incorporación de tales valores como competencias transversales en las diferentes etapas educativas⁶⁹. Al igual que otro de sus objetivos es facilitar el acceso de las personas jóvenes a prácticas en empresas de Economía Social, fomentando los acuerdos de colaboración con estas empresas para ofertar prácticas a jóvenes⁷⁰.

66 BOE de 27 de julio de 2022.

67 Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, BOE de 1 de marzo de 2023.

68 Debiendo, al respecto, destacarse la novedad que constituye este programa de transversalización de la igualdad de género en las políticas activas de empleo — anexo V — en el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2023, que se aprueba por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 23 de mayo de 2023, publicado por Resolución de 29 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, BOE de 6 de junio de 2023.

69 Acción 16.1 de la Línea de actuación 16, Eje 4, de la Estrategia Española de Economía Social 2023-2027.

70 Acción 16.3 de la Línea de actuación 16, Eje 4, de la Estrategia Española de Economía Social 2023-2027.

A su vez, en la Línea de actuación 18. Apoyar la Responsabilidad Social Empresarial, y la incorporación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en la Economía Social, se trata de fomentar actuaciones sobre dicha responsabilidad social y la incorporación de los mencionados Objetivos en esta Economía, teniendo como fin facilitar herramientas para el diseño, gestión y seguimiento de tales actuaciones. También, la promoción de los valores de la Economía Social — Inclusión social, solidaridad, igualdad de oportunidades, cohesión social, cohesión territorial y respeto al medioambiente⁷¹ — y su alineación con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, a través de campañas de comunicación⁷².

Conviene señalar que, sobre esta cuestión, ya se ha venido sosteniendo⁷³ que el impulso de la responsabilidad social corporativa constituye una gran oportunidad, no solo para las empresas, sino también para otras organizaciones, las ONG en general, que desean incorporar la sostenibilidad y la responsabilidad social en temas de discapacidad, como un elemento más dentro de una globalidad. Siendo, además, capaces de incrementar el nivel de confianza y relación con el mundo empresarial en el desarrollo efectivo de la responsabilidad social corporativa, de modo que las empresas perciban a las organizaciones del Tercer Sector como vehículos adecuados para llevar a cabo sus iniciativas. E incluso, de forma tal que dichas empresas, al plantearse el modelo de intervención para mejorar la inserción laboral de las personas que pertenecen a los colectivos a los que apoyan, en lugar de realizarlo de manera directa, decidan implementarlo a través de las propias entidades que, ya al venir trabajando con dichas personas, son las conocedoras de sus necesidades reales, por las que han de venir definidos los planes de acción empresariales⁷⁴.

Ha de tenerse en cuenta, por lo demás, que, entre las medidas de fomento de las entidades del Tercer Sector de Acción Social de ámbito estatal, contempladas en la Ley reguladora de las entidades del Tercer Sector de Acción Social, se encuentra la de impulsar la responsabilidad social empresarial⁷⁵. Como también la normativa autonómica de las entidades de economía social señala⁷⁶ que la Administración de la Comunidad Autónoma

71 Como una muestra del compromiso con el medio ambiente, y la apuesta por la sostenibilidad de estas entidades, sirva de ejemplo la actuación que llevó a cabo Fundación DFA para reducir su impacto medioambiental, suscribiendo un contrato con una compañía eléctrica para abastecerse de energía verde en sus principales edificios <<https://www.fundaciondfa.es/comunicacion/actualidad/fundacion-dfa-reduce-su-impacto-medioambiental-1>> consultado el 21 de octubre de 2023.

72 Acciones 18.2 y 18.3 de la Línea de actuación 18, Eje 4, de la Estrategia Española de Economía Social 2023-2027.

73 DURÁN LÓPEZ, A.: «Prólogo» VVAA (Coord. Moreno Rodríguez, R.) *Discapacidad vs empleo, aspectos a considerar para la inclusión en el empleo ordinario*. Editorial Dykinson, Madrid, 2016, pág.14.

74 Sirva, así, de ejemplo el modelo por el que se apostó, al considerarlo más eficaz, en la Fundación constituida por del Grupo inmobiliario GMP, con la específica misión de mejorar las condiciones de vida de las personas con discapacidad intelectual y daño cerebral adquirido en España, según explica FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. F.: «¿Es posible atender desde la empresa las necesidades provenientes del Tercer Sector?», VVAA (Coord. Moreno Rodríguez, R.) *Discapacidad vs empleo, aspectos a considerar para la inclusión en el empleo ordinario*. Editorial Dykinson, Madrid, 2016, pág. 68-69.

75 Art. 6. 1. c) de la Ley 43/2015, de 9 de octubre.

76 Así, respecto a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, el art. 13 y la disposición adicional tercera, que contemplan la creación de un distintivo que sirva de fomento a la responsabilidad social empresarial y sostenibilidad, de la Ley 3/2022, de 13 de junio, de Economía Social de Canarias, BOE de 14 de octubre de 2022. También se refiere al impulso de la responsabilidad social empresarial, en las entidades de la economía social de Aragón, el art. 14 de la ya citada Ley 7/2022, de 1 de diciembre, de Economía Social de Aragón. Añadiendo el art. 17, de la misma Ley 7/2022, que la Comunidad Autónoma

impulsará y fomentará la implantación efectiva de planes que refuercen la responsabilidad social empresarial en las entidades de economía social, entendidos como el conjunto de compromisos voluntarios, de diverso orden económico, social ambiental y de buen gobierno adoptados por las mismas, que constituyen un valor añadido al cumplimiento de la legislación aplicable y de los convenios colectivos, contribuyendo a la vez al progreso social u económico en el marco de un desarrollo sostenible. De manera, que tienen la consideración de empresas socialmente responsables de la Comunidad Autónoma aquellas que, además del cumplimiento estricto de las obligaciones legales vigentes, hayan adoptado la integración voluntaria en su gobierno y gestión, en su estrategia y en sus políticas y procedimientos, los valores y códigos éticos de las preocupaciones sociales, laborales, medioambientales y de respeto a los derechos humanos que surgen de la relación de diálogo transparente con sus grupos de interés, responsabilizándose así de las consecuencias y los impactos que derivan de sus acciones.

Entre algunas recientes actuaciones en esta materia de responsabilidad social, cabría mencionar que la Confederación Española de Personas con Discapacidad Física y Orgánica, donde más del 10% de la plantilla está conformada por personas con discapacidad, cuenta con el reconocimiento específico en la categoría Premium del certificado Bequal, que determina su grado de compromiso en materia de Responsabilidad Social Corporativa y Discapacidad, en áreas esenciales como la estrategia y liderazgo, el compromiso de la alta dirección hacia las personas con discapacidad, el cumplimiento de la normativa y las políticas inclusivas y de igualdad de oportunidades en todos los procedimientos de selección, acceso al empleo, promoción profesional y formación. Al tiempo que también acredita el alineamiento de la entidad en su contribución al cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, especialmente el Objetivo 8, sobre trabajo decente y el 10, sobre reducción de desigualdades, promoviendo la inclusión social, económica y política de todas las personas⁷⁷.

En definitiva, cabe destacar, a la vista de las actuaciones incluidas en los Ejes anteriores, que han quedado incorporados también los objetivos estratégicos establecidos en la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024. Particularmente, el objetivo estratégico 2: coherencia con la transformación productiva, donde se incluye, como objetivo específico 1, acompañar, con el conjunto de políticas activas de empleo, las estrategias públicas dirigidas al cambio de modelo productivo, su modernización y digitalización. Situando, en el objetivo específico 2, aprovechar el potencial del empleo hacia la consecución de un crecimiento sostenible y para la transición económica y digital, al igual que en sectores no tradicionales como las industrias creativas, culturales, de cuidados y de innovación; con especial atención, a la actividad económica y el emprendimiento en territorios en situación de despoblación o transición productiva.

de Aragón promoverá el reconocimiento social de las entidades de economía social mediante premios, distinciones, campañas de difusión o eventos con la participación de los principales actores y con la finalidad de dar publicidad a la actividad que desarrollan las entidades de economía social aragonesas, incorporando nuevas ideas y nuevos proyectos provenientes del sector y de las Administraciones públicas.

77 Según se recoge en la Resolución de 15 de junio de 2023, del Real Patronato sobre Discapacidad, por la que se publica el Convenio con la Confederación Española de Personas con Discapacidad Física y Orgánica, para la realización del proyecto «Jornada sobre discapacidad física orgánica», BOE de 26 de junio de 2023.

Debiendo también tenerse en cuenta que las actuaciones incluidas en los Ejes, ya analizados, de la Estrategia Española de Economía Social 2023-2027 guardan consonancia con lo previsto en el Plan Anual para el Fomento de Empleo Digno 2023⁷⁸, donde, respecto a los Servicios y programas de políticas de activación para el empleo, se encuentra el fomento de la economía social y del emprendimiento colectivo.

6. EL PLAN INTEGRAL DE IMPULSO A LA ECONOMÍA SOCIAL PARA LA GENERACIÓN DE UN TEJIDO ECONÓMICO INCLUSIVO Y SOSTENIBLE

La Orden TES/869/2023, de 22 de julio, establece las bases reguladoras de las ayudas para el Plan Integral de Impulso a la Economía Social para la Generación de un Tejido Económico, Inclusivo y Sostenible, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia⁷⁹. De manera que esta Orden, con base en la Adenda⁸⁰ al Plan de Recuperación, concreta el régimen jurídico aplicable, teniendo por objeto establecer las bases reguladoras de la concesión de subvenciones o ayudas públicas, en régimen de concurrencia competitiva, para la realización de proyectos en materia de Economía Social, financiados con fondos provenientes de la Unión Europea, en concreto del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, enmarcándose dicha Orden en el PERTE de la Economía Social y de los Cuidados⁸¹.

Entre las actuaciones concretas que se proyectan realizar para impulsar, potenciar y reforzar el sector de la Economía Social, se encuentran las encaminadas a crear y consolidar las entidades de economía social con carácter innovador, incidiendo en el emprendimiento juvenil; las de apoyo a la modernización tecnológica de las empresas de la economía social, mediante la creación de plataformas digitales, la automatización de procesos y el uso de herramientas tecnológicas con el fin de mejorar el bienestar de la ciudadanía, especialmente en las zonas rurales; o las de impulso a las transiciones sostenibles e inclusivas de empresas de la economía social, y «focalizada en la atención de colectivos en situación de vulnerabilidad»⁸².

Conviene, por lo demás, destacar, en línea con lo que ya se indicó anteriormente en el apartado referido a la necesaria modernización tecnológica de las entidades del Tercer Sector, que también las medidas del Plan Integral ahora referidas, más allá de implementar herramientas digitales, han de conducir decididamente hacia un proceso de transformación e impulso de dicha modernización que afecta a las organizaciones del Tercer Sector en todas sus dimensiones, cambiándolas para adaptarlas al nuevo contexto de transformación tecnológica, en el que no solo se transforma las actividades diarias, sino también la cultura y la forma en la que las entidades crean valor y lo comunican.

78 Aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 23 de mayo de 2023, publicado por Resolución de 29 de mayo de 2023, BOE 6 de junio de 2023.

79 BOE de 26 de julio de 2023.

80 Aprobada por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 6 de junio de 2023, publicado por Resolución de 6 de junio de 2023, BOE de 7 de junio de 2023.

81 Art. 1 de la Orden TES/869/2023, de 22 de julio.

82 Art. 5. b), c) y e) de la Orden TES/869/2023, de 22 de julio.

Con lo cual, resulta claro que ha de tratarse de innovación en materia de organización, entendida como aplicación de un nuevo método organizativo a los procesos comerciales, la organización del centro de trabajo, o las relaciones exteriores de una empresa⁸³, pero no de meros cambios en la estrategia de gestión. O bien, deberá producirse una innovación en materia de procesos, entendiéndose por tal la aplicación de un método de producción o suministro nuevo, o significativamente mejorado, incluidos cambios en cuanto a técnicas, equipos o programas informáticos⁸⁴. Se tratará, en definitiva, de utilizar la tecnología para optimizar los procesos y el modelo operativo de las entidades sociales, a fin de mejorar su alcance e impacto.

Merece también resaltarse, en lo que puede considerarse una verdadera oportunidad para el logro de protagonismo en políticas europeas y organismos internacionales, que la Comisión Europea ha dejado reconocido que la Economía Social constituye el núcleo del ecosistema «Economía Social y de proximidad», uno de los catorce sistemas industriales identificados en la actualización de la estrategia industrial de la Unión Europea, según aparece en su Comunicación «Actualización del nuevo modelo de industria 2020: Creación de un mercado único más sólido para la recuperación de Europa»⁸⁵.

De modo, además, que la Comisión Europea ya aprobó, el 9 de diciembre de 2021 un Plan de Acción para la Economía Social, en su Comunicación «Construir una economía que funcione para las personas: un plan de acción para la economía social»⁸⁶. Señalándose, en dicho Plan, que su objetivo es fomentar la innovación social, apoyar el desarrollo de la Economía Social, e impulsar su poder transformador social y económico, proponiendo una serie de acciones para el período 2021-2030.

Finalmente, cabe señalar que podrán ser beneficiarias de las ayudas, referidas en la Orden para el Plan Integral de Impulso a la Economía Social, las entidades que cumplan los requisitos establecidos en la convocatoria de ayudas efectuadas al amparo de las bases reguladoras, y siempre que se engloben dentro de alguna de las siguientes categorías: las entidades representativas de cooperativas, de sociedades laborales, de empresas de inserción, y de cualesquiera otras entidades de la Economía Social; las entidades de la Economía Social que realicen actuaciones en el ámbito nacional de acuerdo con lo que se recoge en la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social; y también las agrupaciones de entidades cuando cumplan lo dispuesto en el art. 11 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, de Subvenciones, y el art. 67 del RDL 36/2020, de 30 de diciembre⁸⁷. De manera, así, que, según el art. 11. 3. de la Ley 38/2003, podrán acceder a la condición de beneficiarias las agrupaciones de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, las comunidades de bienes, o cualquier otro tipo de unidad económica o patrimonio separado que, aun careciendo de personalidad jurídica, puedan llevar a cabo los proyectos, actividades o comportamientos, o que se encuentren en la situación que motiva la concesión de la subvención.

83 Considerándose «empresa» toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica (art. 4. a) de la Orden TES/869/2023, de 22 de julio).

84 Art. 4. f) y g) de la Orden TES/869/2023, de 22 de julio.

85 COM/2021/350 final.

86 COM/2021/778 final.

87 Art. 6. a), b) y c) de la Orden TES/869/2023, de 22 de julio.

7. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

El Tercer Sector de acción social ha de seguir aprovechando los nuevos impulsos para convertirse en un actor social relevante en las políticas de inclusión, particularmente en la inserción laboral de las personas con discapacidad intelectual, aun en un contexto de crisis económica y otras circunstancias sociales que puedan afectar al sector en su sostenibilidad. Una excelente oportunidad representa, actualmente, poder contar con fondos europeos que garantizan una financiación pública que robustece dicha sostenibilidad, con la implementación de medidas que van a incidir en la eficacia de su actividad, desde el marco promocional y de impulso de la Economía Social, donde se incluye también la economía generada desde el Tercer Sector de acción social y el movimiento organizado de la discapacidad como parte de este.

Si bien, para aprovechar esta oportunidad que se ofrece a las entidades de la Economía Social, de beneficiarse del decisivo impulso que representa contar con la financiación europea, convendría que una necesaria reforma del marco normativo de estas entidades dejase clarificado que el Tercer Sector forma parte del conjunto de organizaciones integrantes de la Economía Social. Lo que, desde luego, no parece alcanzarse si se opta por incluir términos como «empresas sociales», de enorme amplitud y ambigüedad. Por lo cual, desde nuestra óptica, se propone que, en una futura ley de actualización del marco regulador, a fin de evitar inseguridades jurídicas, se incluya en la clasificación de las entidades una expresa referencia al «Tercer Sector de Acción Social», o cualquier otro término que se considere adecuado por aglutinar ambos conceptos, como puede ser «Tercer Sector económico». Siendo preciso, en todo caso, que, al utilizarse en esa futura norma una terminología que resulte identificativa, quede así claramente expresada su pertenencia a la Economía Social y, consiguientemente con ello, se le pueda considerar beneficiario, también al Tercer Sector, de cuantas medidas de fomento y estímulo se implementen, para el conjunto de las entidades sociales, con cargo a la financiación destinada a apoyar su modernización y transformación tecnológica.

Queda fuera de duda, por lo demás, que la tecnología resulta clave para la inclusión laboral y social de las personas con discapacidad intelectual, al influir positivamente en el acceso al mercado laboral y su desarrollo profesional, con la mejora de su calidad de vida global. De manera, también, que, para el desarrollo de la tecnología y la innovación, mediante una estrategia digital transformadora, urge en la actualidad aprovechar las oportunidades que ya ofrecen las normas sobre ayudas estatales para fomentar e impulsar la Economía Social y el Tercer Sector, incluidas las disposiciones relativas a las ayudas a la puesta en marcha, la reintegración de las personas trabajadoras desfavorecidas, y el apoyo a las infraestructuras locales.

Parece igualmente claro que el Tercer Sector debe continuar acometiendo nuevos retos para ganar capacidad como actor social, y convertirse en un actor social relevante en las políticas de inclusión, estando relacionados, estos desafíos, con el logro de mayor autonomía económica y política, y con la necesidad de contar con nuevos impulsos, como los ya recientemente incluidos en la Propuesta de Recomendación del Consejo europeo para promover la economía social, al proponer la Comisión Europea medidas concretas a los Estados para desarrollar estrategias globales para la economía social, adaptando los marcos políticos y jurídicos, a fin de crear empleo de calidad, apoyar la innovación y

la inclusión social. Por más que resulte también imprescindible que, en el Tercer Sector, se produzca una transformación y adaptación profunda, desde la perspectiva de ajuste de su actividad y sistema de organización, a las nuevas circunstancias económicas, profundizando en las funciones que definen en esencia como actor político y social: básicamente, como interlocutor en las políticas de inclusión, para el diseño y seguimiento de dichas políticas; incluso para que, más allá de los cambios normativos, pueda participar con los agentes sociales en los procesos de negociación colectiva, proporcionándoles un mayor conocimiento y concienciación sobre las cuestiones que han de incorporarse para la inserción de las personas con discapacidad en el ámbito laboral. Sin perjuicio de avanzar, también, en la función de prestador de servicios, y de continuar desempeñando sus funciones como agente movilizador, y como canal de participación.

Dado, además, que la atomización característica del Tercer Sector no facilita la cooperación, habrá que intensificar los esfuerzos para procurar la articulación interna y cohesión, así como para fortalecer alianzas con agrupaciones de entidades y distintas plataformas sectoriales que operan en un mismo ámbito. Con el decidido objetivo de reforzar el diálogo e intercambio de conocimientos y recursos, a través de la participación de los diversos sujetos que integran la Economía Social, para posibilitar una coordinación y cooperación entre ellos, a favor de una acción más unitaria y global del Sector, que le permita definitivamente situarse como actor clave en la articulación de las comunidades, o en la provisión de servicios.

Hay que tener presente también, a la hora de fijar ámbitos de actuación prioritaria en beneficio de estas entidades sociales, que necesariamente habrá de atenderse a la creación de oportunidades de acceso a nuevos empleos en nuevos sectores, tomando como referencia la transformación hacia un contexto verde, sostenible, colaborativo y digital. De manera, que se impulse el acceso al empleo de calidad en sectores emergentes, como la economía digital, economía circular, economía verde, o del cuidado, donde esta apuesta por una economía sostenible y eficiente resulte también rentable, por realizar una buena labor para la sociedad. Con posibilidad, además, de que se conceda tratamiento específico a los colectivos más vulnerables, o con especiales dificultades en el mundo laboral, muy particularmente, para impulsar el acceso al empleo las personas jóvenes con discapacidad.

Ha de considerarse, en definitiva, la inserción laboral de las personas con discapacidad como una política integral que, más allá del acceso a un empleo, asegure el derecho al trabajo, en toda su extensión, conforme a los estándares recogidos en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Para lo que resulta preciso detectar la existencia de oportunidades generadoras de empleo, sin que resulte suficiente con poner exclusivamente el foco en la empleabilidad de las personas, como conjunto de competencias y cualificaciones que refuerzan su capacidad para aprovechar las oportunidades de formación con miras a encontrar un trabajo decente, y adaptarse a la evolución de la tecnología. Sino que habrá que proceder, más adecuadamente, abordando conjuntamente ambos factores: el de la empleabilidad de las personas, y el de las oportunidades de acceso al empleo que se ofrecen.

Todo ello permitirá construir unas entidades de Economía social sólidas, con base en las capacidades, que puedan contribuir a la creación de empleo de calidad y a la reducción de la exclusión social. Desde el entendimiento, también, de que la garantía de una

educación inclusiva y de calidad, además de suponer el acceso, permanencia y progreso en la educación, ofrece la posibilidad de obtener un trabajo digno y acorde con la educación obtenida, e incrementa las opciones de acceso a un empleo de calidad. Muestra clara, a fin de cuentas, de que las entidades del Tercer Sector, en cuanto agentes de transformación social, con espíritu cada vez de mayor innovación, resultan ser actores clave para la educación en valores sociales, y desempeñan un papel crucial en nuestra sociedad.

8. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALBERICH NISTAL, T.: «Asociaciones y Movimientos Sociales en España: Cuatro Décadas de Cambios». *Revista de Estudios de Juventud*, núm. 76 (2007).
- ARRIETA IDIAKEZ, F. J.: «Nuevos retos para fomentar la economía social tras el acuerdo político alcanzado por el Consejo de la Unión en relación con la recomendación sobre el desarrollo de condiciones marco para la economía social». *Briefs AEDTSS*, núm. 57 (2023).
- CASADO PÉREZ, D.: «Tercer Sector y Discapacidad. Discapacidad y Tercer Sector» VVAA (Dir. Pérez Bueno, L. C.) *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social. Estudios en Homenaje a Paulino Azúa Berra*. Colección CERMI, núm. 47, Editorial Cinca, Madrid, 2010.
- DÍAZ JIMÉNEZ, R.M.: «Evolución del movimiento asociativo de personas con discapacidad intelectual en España». *Revista Actas de Coordinación Sociosanitaria*, núm. 22 (2018).
- DÍAZ VELÁZQUEZ, E.: *El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad en España. Un estudio sobre la desigualdad por razón de la discapacidad*. Colección CERMI, núm. 76, Editorial Cinca, Madrid, 2017.
- DURÁN LÓPEZ, A.: «Prólogo» VVAA (Coord. Moreno Rodríguez, R.) *Discapacidad vs empleo, aspectos a considerar para la inclusión en el empleo ordinario*. Editorial Dykinson, Madrid, 2016.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. F.: «¿Es posible atender desde la empresa las necesidades provenientes del Tercer Sector?», VVAA (Coord. Moreno Rodríguez, R.) *Discapacidad vs empleo, aspectos a considerar para la inclusión en el empleo ordinario*. Editorial Dykinson, Madrid, 2016.
- FRESNO, J.M.: «El tercer sector no lucrativo como agente social de las políticas de inclusión» VVAA (Dir. Pérez Bueno, L. C.) *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social. Estudios en Homenaje a Paulino Azúa Berra*. Colección CERMI, núm. 47, Editorial Cinca, Madrid, 2010.
- LORENZO GARCÍA, R. de: «La Ley del Tercer Sector de Acción Social: una primera visión panorámica». *Revista Española del Tercer Sector*, núm. 34 (2016).
- LORENZO GARCÍA, R. de: «Cambio social y tercer Sector» VVAA (Dir. Pérez Bueno, L.C.) *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social. Estudios en Homenaje a Paulino Azúa Berra*. Colección CERMI, núm. 47, Editorial Cinca, Madrid, 2010.

MARBÁN GALLEGO, V., MONSERRAT CODORNÍU, J., MORÁN ALÁEZ, E., RODRÍGUEZ CABRERO, G.: *El sector de la discapacidad: realidad, necesidades y retos futuros* VVAA (Dir. Rodríguez Cabrero, G.). Colección CERMI, núm. 59, Editorial Cinca, Madrid, 2012.

CAPÍTULO VIII

EL COMPROMISO CON LA RESPONSABILIDAD SOCIAL Y LA SOSTENIBILIDAD COMO MEDIO DE INCLUSIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

INMACULADA BAVIERA PUIG

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Navarra*

1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad — señalaba el profesor Alejandro Llano — “es una dimensión constitutiva de la libertad”, y de la libertad humana surge la fuerza creadora de las empresas como realidades socialmente relevantes, ya que solo en su proyección social se alcanza la plena realización de la libertad humana. La aceptación del falso reparto donde la ética se restringe a la esfera personal y rige la pura objetividad económica en el ámbito público, procede de una falsa antropología que está en la base del aumento de la corrupción en amplios sectores políticos y económicos, así como de la irresponsabilidad social de buena parte de los ciudadanos, lo que afecta “muy negativamente a la configuración de las empresas como auténticas organizaciones humanas”¹. En este sentido, la primera responsabilidad social de una empresa es el respeto a la verdad, o la “limpieza ética interna”, alejada del arrogante afán de lucro por parte de directivos y auditores (como aquellos que se vieron envueltos en casos de “contabilidad creativa”: Enron, Madoff, entre otros) donde, “como sucede en las guerras, la primera baja es la verdad”².

Para moralizar el ambiente interno de la organización — señalaba asimismo el profesor Llano — no se puede ahogar a la empresa a base de una acumulación normativa de imposible cumplimiento, lo que podría conducir a su paralización, además de que el nivel moral de una empresa no reside en la existencia de muchas normas. Más bien, “el ambiente en el cual la capacidad de innovación y la cultura de responsabilidad brotan con fuerza no es otro que el de la libertad personal y comunitaria”. Si bien el mejor clima para

1 LLANO, A.: «Responsabilidad y humanismo en la empresa actual». *Cuadernos de Empresa y Humanismo*, núm. 116 (2011), págs. 85-86. Nota sobre el autor: El profesor Alejandro Llano es catedrático de Metafísica y fue rector de la Universidad de Navarra entre 1991 y 1996.

2 LLANO, A.: «Responsabilidad y humanismo en la empresa actual»..., cit., pág. 92.

obtener un ambiente de trabajo estimulante y creativo es la confianza, no es algo que se pueda exigir, sino que se inspira. Para ello, y para aspirar a la excelencia, se requiere de estructuras flexibles (como indicó Chester Banard en su obra “Las funciones del ejecutivo”), así como de una visión humanista, en la que el esquema organizativo de la empresa “debe estar al servicio de las personas, y no a la inversa”³. Y todo ello con una especial atención a los derechos humanos⁴.

Este autor advertía que tales consideraciones acerca del humanismo empresarial, no solían “ser bien recibidas por los utilitaristas de las corporaciones, bajo el pretexto de su experiencia pragmática”, aunque también comenzaba a ser obvio que el empresario pragmático a ultranza era una figura que pertenecía al pasado, que tenía poco futuro⁵. Y es que “nunca la persona plenifica más sus posibilidades como cuando logra la armonía y el equilibrio con las demás y concurre con ellas, no en el alcance de un objetivo individualista — y por ello siempre parcialísimo — sino en el logro de un bien común”. Además, el pragmático o utilitario olvida que lograr frutos a costa del hombre que los produce supone más bien una forma de tiranía. En definitiva, el profesor Llano insistía en que “el gran desafío de la responsabilidad social de la empresa sólo puede ser aceptado por las personas dotadas de una auténtica humanidad”⁶. Pues, con razón, advertía Gandhi del peligro de soñar con sistemas tan perfectos donde nadie necesitara ser bueno⁷.

Al hilo de estas consideraciones, realizadas hace años, contemplamos el desarrollo, no solo de la responsabilidad social en las empresas, sino del auge de los indicadores e informes de sostenibilidad, así como de las inversiones con impacto social. A continuación, trataremos estas cuestiones centrándonos en el ámbito de la inclusión laboral de las personas con discapacidad.

2. FORMACIÓN DEL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA

Se ha reflexionado ampliamente en torno al valor concreto que deben aportar las empresas a nuestra sociedad, desde crear valor para los propietarios y a otras partes interesadas en la empresa como empleados, clientes y proveedores, hasta toda la sociedad en la que opera la empresa. En este sentido, el concepto de responsabilidad social de las empresas (RSE) se refiere a la creencia generalizada de que su responsabilidad va más allá de los accionistas o inversores de la empresa, e incluye a los consumidores, empleados, la comunidad en general, el gobierno y el entorno natural⁸. Cabe adelantar que algunos autores señalan que se trata de un fenómeno controvertido⁹.

Los resultados de la encuesta del milenio sobre RSE, en la que participaron mil personas de 23 países, revelaron la importancia que los ciudadanos conceden actualmente a la RSE. Según la encuesta, esperan que las empresas demuestren con sus acciones su

3 LLANO, A.: «Responsabilidad y humanismo en la empresa actual»..., cit., págs. 93-94.

4 LLANO, A.: «Responsabilidad y humanismo en la empresa actual»..., cit., págs. 97-98.

5 LLANO, A.: «Responsabilidad y humanismo en la empresa actual»..., cit., pág. 106.

6 LLANO, A.: «Responsabilidad y humanismo en la empresa actual»..., cit., pág. 107.

7 SCHUMACHER, E.F.: *Lo pequeño es hermoso*. Hermann Blume, Madrid, 1990, pág. 21.

8 SAGE *brief guide to corporate social responsibility*. SAGE Publications, Los Angeles-London, 2012, pág. vii.

9 WICKERT, C., RISI, D.: *Corporate social responsibility*. Cambridge University Press, Cambridge (2019), pág. 1.

compromiso con los valores de la sociedad en materia social, medioambiental y económica; aíslen plenamente a la sociedad de las repercusiones negativas de sus acciones; compartan los beneficios con las principales partes interesadas, así como con los accionistas; y demuestren que la empresa puede ser más rentable haciendo lo correcto (“doing well by doing good”). En consecuencia, al considerarse la RSE como una expectativa global, requiere una respuesta global y estratégica¹⁰.

El concepto de RSE es en gran medida producto del siglo XX, especialmente en Estados Unidos, aunque a lo largo de la historia podemos encontrar ejemplos de la preocupación de la empresa por la sociedad¹¹. Las referencias a la preocupación por la RSE aparecieron durante los años treinta y cuarenta, época en la que se publicaron: “The Functions of the Executive” (C.I. Barnard, 1938); “Social Control of Business” (J.M. Clark, 1939); y “Measurement of the Social Performance of Business” (T. Kreps, 1940)¹². Pero centrándonos en los años siguientes, podemos destacar las siguientes figuras en el ámbito académico:

2.1. Howard R. Bowen

Su obra “Social responsibilities of the businessman” (1953) marcó el inicio de la era moderna de la RSE¹³, hasta el punto de ser considerado el padre de la RSE¹⁴. Este se planteaba qué responsabilidades para con la sociedad cabía esperar que asumieran los empresarios, en cuanto que las acciones de las empresas más grandes afectaban a la vida de los ciudadanos en muchos aspectos¹⁵:

“When the far-reaching scope and consequences of private business decisions are recognized, some questions naturally arise: Are businessmen, by virtue of their strategic position and their considerable decision-making power, obligated to consider social consequences when making their private decisions? If so, do they have social responsibilities that transcend obligations to owners or stockholders?”

The answer to both these questions is clearly yes. Hundreds of leading businessmen have publicly affirmed, in speeches and by the written word, their keen sensibility of their “social responsibilities”. And it is becoming increasingly obvious that a freedom of choice and delegation of power such as businessmen exercise would hardly be permitted to continue without some assumption of social responsibility. True, we do not necessarily depend entirely, or even largely, upon a sense of social responsibility to secure socially desirable behavior on the part of businessmen. Businessmen are controlled by competition, by custom, and by law. Nevertheless, we do and must depend

10 SAGE brief guide to corporate social responsibility..., cit., págs. vii-viii.

11 CARROLL, A.B.: «Corporate social responsibility: Evolution of a definitional construct». *Business & Society*, Vol. 38, núm. 3 (1999), pág. 268.

12 CARROLL, A.B.: «Corporate social responsibility: Evolution of a definitional construct»..., cit., pág. 269.

13 CARROLL, A.B.: «Corporate social responsibility: Evolution of a definitional construct»..., cit., pág. 269. Cabe señalar que el título de la obra sugiere que aparentemente no había mujeres de negocios o, al menos, no eran reconocidas en ese momento (*Ibidem*).

14 CARROLL, A.B.: «Corporate social responsibility: Evolution of a definitional construct»..., cit., pág. 270.

15 CARROLL, A.B.: «Corporate social responsibility: Evolution of a definitional construct»..., cit., págs. 269-270.

*also on their assuming a large measure of responsibility if the economic system of free enterprise is to continue and to prosper*¹⁶.

La necesidad de los empresarios de considerar, dada su posición estratégica y su considerable poder de decisión, las consecuencias sociales de sus decisiones privadas, así como sus responsabilidades sociales más allá de las obligaciones para con los propietarios o accionistas, resulta afirmativa según Bowen. Si bien los empresarios están controlados por la competencia, la costumbre y la ley, para que el sistema económico de libre empresa continúe y prospere deben asumir un alto grado de responsabilidad¹⁷.

Por ello se cuestionaba cuáles eran exactamente las responsabilidades sociales que cabía esperar que asumieran los empresarios. En otras palabras, se trataba de averiguar lo que constituía la buena ciudadanía para una empresa, conocer las decisiones empresariales que favorecían los fines de la sociedad moderna y cuáles los perjudicaban, los criterios para juzgar las decisiones de los empresarios, así como las disposiciones institucionales o jurídicas que favorecían que los empresarios asumieran sus responsabilidades sociales¹⁸.

Bowen reafirma la idea de que la libertad de decisión económica para millones de empresarios privados, que caracteriza al sistema estadounidense de libre empresa, puede justificarse en la medida que sea buena para toda la sociedad. Esto es, si favorecen el bienestar general, al impulsar el progreso y un alto nivel de vida, y si contribuyen a la justicia económica. De tal modo que, cuando se consideran propuestas para su modificación, se tiene en cuenta el interés público¹⁹. Ahora bien, si las elecciones realizadas y los poderes ejercidos por los empresarios no contribuyen al bienestar general (conducen a abusos o perjudican a otros individuos), los empresarios deben revisar su comportamiento voluntariamente o someterse a controles²⁰.

Al hilo de estas consideraciones, ofreció una primera definición de RSE, o como refiere el título de su obra, "Social responsibilities of businessmen", siempre referido a las grandes empresas de Estados Unidos, en el marco del sistema económico capitalista²¹:

"It refers to the obligations of businessmen to pursue those policies, to make those decisions, or to follow those lines of action which are desirable in terms of the objectives and values of our society. This definition does not imply that businessmen as members of society lack the right to criticize the values accepted in society and to work toward their improvement. Indeed, in view of their great power and influence, they may well have an obligation to do so. It is assumed, however, that as servants

16 BOWEN, H.R: *Social responsibilities of the businessman*, University of Iowa Press, Iowa, 2013, págs. 4-5.

17 BOWEN, H.R: *Social responsibilities of the businessman...*, cit., págs. 4-5.

18 "But there is much less agreement on the subsequent and more specific question of precisely what are the social responsibilities which businessmen may be expected to assume. The question may be stated in other ways: What constitutes good citizenship for a business enterprise? How does a moral enterprise behave? What kinds of business decisions promote the ends of modern society and what kinds detract? What are the criteria by which the decisions of businessmen should be judged? What kind of institutional or legal arrangements will best promote the assumption by businessmen of their social responsibilities? To what extent do the interests of business in the long run merge with the interests of society?" (BOWEN, H.R: *Social responsibilities of the businessman...*, cit., pág. 5).

19 BOWEN, H.R: *Social responsibilities of the businessman...*, cit., pág. 5.

20 BOWEN, H.R: *Social responsibilities of the businessman...*, cit., pág. 6.

21 BOWEN, H.R: *Social responsibilities of the businessman...*, cit., págs. 6-7.

of society, they must not disregard socially accepted values or place their own values above those of society. Synonyms for social responsibility are “public responsibility”, “social obligations”, and “business morality”.

2. The term doctrine of social responsibility refers to the idea, now widely expressed, that voluntary assumption of social responsibility by businessmen is, or might be, a practicable means toward ameliorating economic problems and attaining more fully the economic goals we seek”²².

Por tanto, se refiere a las obligaciones de los empresarios de tomar decisiones o seguir líneas de actuación que sean deseables en términos de los objetivos y valores de nuestra sociedad, lo que no implica que los empresarios, como miembros de la sociedad, no tengan derecho a criticar los valores aceptados socialmente y de trabajar para mejorarlos. De hecho, tienen la obligación de hacerlo por su gran poder e influencia, de ahí su “responsabilidad pública” y sus “obligaciones sociales”, que implican una “moralidad empresarial”. Así, la asunción voluntaria de la responsabilidad social por parte de los empresarios puede constituir un medio viable para mejorar los problemas económicos y alcanzar más plenamente los objetivos económicos perseguidos²³.

En sus memorias académicas (“Academic recollections”, 1988), Bowen aparece como un economista que experimentó directamente los efectos de la Gran Depresión y en el que causaron impacto los debates de su época acerca del patrón oro y de la “revolución keynesiana”. Howard Bowen también trabajó unos años en la gestión privada y en puestos de gobierno, durante los cuales demostró valor e integridad a la hora de superar la adversidad. Como decano de la Facultad de Empresariales (“College of Commerce and Business Administration”) de la Universidad de Illinois se encargó de reformar los planes de estudio, momento en el que fue acusado de ser “antiempresarial” y demasiado blando con el comunismo. Esta controversia motivó que tuviera que dejar su puesto en 1950, lo que fue recordado como un caso de depuración académica en el contexto del “maccarthismo” (“academic McCarthyism”)²⁴.

Justo después de este episodio escribió su libro “Social responsibilities of the businessman” (1953), que bien puede considerarse una consecuencia lógica de los trabajos anteriores de Bowen. Algunas ideas estaban esbozadas en su libro anterior “Toward social economy” (“Hacia una economía social”, 1948), donde demuestra que era consciente de las tendencias crecientes en la economía de Estados Unidos, como el crecimiento sin precedentes del tamaño y la concentración de las empresas desde finales del siglo XIX, la rápida profesionalización de la gestión, o la separación entre propiedad y control. En el último capítulo de “Toward social economy” muestra la debilidad de los “dogmas” capitalista y socialista, por lo que señala el camino a seguir (“the way ahead”): la búsqueda de soluciones que tengan “en cuenta las sutilezas de la naturaleza humana y las tradiciones y valores éticos” de la sociedad²⁵: “In the United States today, the means to orderly and

22 BOWEN, H.R: *Social responsibilities of the businessman...*, cit., pág. 6.

23 BOWEN, H.R: *Social responsibilities of the businessman...*, cit., pág. 6.

24 GOND, J.P: «Introduction to the new edition» BOWEN, H.R: *Social responsibilities of the businessman...*, cit., pág. xii.

25 GOND, J.P: «Introduction to the new edition» BOWEN, H.R: *Social responsibilities of the businessman...*, cit., pág. xii.

intelligent attack on the weaknesses of our system are at hand. We have a long and vigorous democratic tradition. (...) The solutions, of course, must take into account the subtleties of human nature and the traditions and ethical values of our society”²⁶.

Por todo lo anterior, no sorprende que el Consejo Nacional de Iglesias (que incluía 29 organismos eclesiásticos protestantes y ortodoxos de Estados Unidos) se pusiera en contacto con él para trabajar como consultor general. La génesis de su libro “Social responsibilities of the businessman” (1953) fue el resultado de un encuentro entre una organización religiosa y un economista institucional y del bienestar. Los estudios de Bowen y otros autores formaban parte de un proyecto que pretendía ofrecer a los pensadores protestantes un corpus de temas y de principios que algunos concibieron como respuesta a la encíclica *Rerum Novarum* publicada por el Papa León XIII en el año 1891. Llegados a este punto, para Bowen merece la pena explorar la responsabilidad social como innovación para abordar potencialmente los fallos del libre mercado, a la par que constituye una alternativa parcial al socialismo²⁷.

El hecho de que Bowen se haya basado en la economía del bienestar, y haya adoptado la perspectiva de un responsable político en lugar de un gestor, hace que sus reflexiones estén en consonancia con el pensamiento empresarial y político actual sobre la RSE, pese a los drásticos cambios sociales en los que hoy en día operan las empresas. Desde la publicación de “Social responsibilities of the businessman” en 1953, y bajo la influencia de las ideas de Friedman, la RSE se ha convertido en un instrumento para maximizar los beneficios. Se ha descuidado evaluar si se creaba bienestar para otras partes interesadas, además de los accionistas, habiéndose adoptado el punto de vista de los ejecutivos, en lugar de las perspectivas de los empleados o de la sociedad. En este contexto, la RSE puede ser un antídoto contra la excesiva “gerencialización” y puede ayudar a las empresas a alcanzar los objetivos de justicia social y prosperidad económica, creando bienestar más allá de las empresas y sus accionistas. Bowen señalaba que las empresas no sólo producen “bienes y servicios”, sino también “condiciones de trabajo”, y destacaba la necesidad de invertir en responsabilidad social para mejorar el bienestar de los empleados. Asimismo, reconoció que el ansia de poder impregna la responsabilidad social, de ahí la necesidad de controlar el poder empresarial a través del contrapoder, como son los sindicatos, para evitar un enfoque paternalista de la RSE²⁸.

2.2. Keith Davis

En los años posteriores se produjo un crecimiento significativo de los intentos de formalizar la RSE. Uno de los autores más destacados fue Keith Davis quien, frente a autores como Milton Friedman (que seguía la doctrina económica clásica del libre mercado y se oponía a la idea de la responsabilidad social), formuló la siguiente definición:

26 BOWEN, H.R: *Toward Social Economy*. Rinehart & Company Inc, New York, 1948, pág. 329. Esta obra fue publicada cuando ocupaba el cargo de Decano en el *College of Commerce and Business Administration* de la Universidad de Illinois.

27 GOND, J.P.: «Introduction to the new edition» BOWEN, H.R: *Social responsibilities of the businessman...*, cit., pág. xiii.

28 GOND, J.P.: «Introduction to the new edition» BOWEN, H.R: *Social responsibilities of the businessman...*, cit., pág. xiii-xiv.

“The concept of social responsibility is not an easily defined one. For purposes of this discussion it refers to the firm’s consideration of, and response to, issues beyond the narrow economic, technical, and legal requirements of the firm. It is the firm’s obligation to evaluate in its decision-making process the effects of its decisions on the external social system in a manner that will accomplish social benefits along with the traditional economic gains which the firm seeks”²⁹.

De este modo, se refiere a la consideración y respuesta de la empresa a cuestiones “que van más allá de los estrechos requisitos económicos, técnicos y jurídicos de la empresa”. La empresa debe evaluar, en lo procesos de toma de decisiones, la repercusión externa de sus decisiones de manera que se obtengan beneficios sociales junto a las tradicionales ganancias económicas perseguidas por las empresas. En otras palabras, significa que la responsabilidad social empieza donde acaba la ley (“It means that social responsibility begins where the law ends”), ya que no se limita a cumplir los requisitos mínimos legales, sino que asume una obligación social que va más allá de las exigencias de la ley (“It is a firm’s acceptance of a social obligation beyond the requirements of the law”)³⁰.

Desde la década de los sesenta, Davis destacaba que la importancia de la responsabilidad social derivaba de la repercusión de las decisiones y acciones del empresario sobre los demás. Si la empresa es una unidad económica de la sociedad, existe una importante obligación para con la comunidad en lo que respecta a la evolución económica y al bienestar público (como es el empleo). Además, el empresario tiene obligación de “fomentar y desarrollar los valores humanos (como la moral, la cooperación, la motivación y la autorrealización en el trabajo)”, los cuales “no pueden medirse en una escala de valor económico”. Por todo ello, el término “responsabilidad social” hace referencia a las obligaciones socio-económicas y a las socio-humanas para con los demás³¹.

Una guía a largo plazo de los empresarios para actuar con responsabilidad social en cada situación es hacer realidad la dignidad humana, la creatividad y el potencial de los hombres libres (“To fulfill the human dignity, creativity, and potential of free men”), esto es, desarrollar el clima adecuado para su crecimiento. En este aspecto, los empresarios son responsables en la medida de su poder social³². Se trata de la famosa “Ley de hierro de la responsabilidad” (“Iron Law of Responsibility”), según la cual “las responsabilidades sociales de los empresarios deben ser proporcionales a su poder social” (“it can be said that social responsibilities of businessmen need to be commensurate with their social power”)³³. Davis también sostenía que, si la responsabilidad social tendía a equipararse con el poder social, el hecho de eludir las responsabilidades conduciría a la pérdida de poder empresarial. Por ello, era necesario reflexionar para poder trazar el camino correcto, pues el “precio de la libertad social es su ejercicio responsable” (“The price of social freedom is its responsible

29 DAVIS, K.: «The case for and against business assumption of social responsibilities». *The Academy of Management Journal*, vol. 16, núm. 2 (1973), págs. 312-313.

30 DAVIS, K.: «The case for and against business assumption of social responsibilities»..., cit., pág. 313.

31 DAVIS, K.: «Can business afford to ignore social responsibilities?». *California Management Review*, vol. 2, núm. 3 (1960), págs. 70-71.

32 DAVIS, K.: «Can business afford to ignore social responsibilities?»..., cit., pág. 75.

33 CARROLL, A.B.: «Corporate social responsibility: Evolution of a definitional construct»..., cit., pág. 271; DAVIS, K.: «Can business afford to ignore social responsibilities?»..., cit., pág. 71.

exercise”)³⁴. Por la relevancia de sus aportaciones en las primeras definiciones de RSE, Davis ha sido considerado segundo finalista, después de Bowen, como padre de la RSE³⁵.

Avala lo anterior el hecho de que sus aportaciones gozan de gran actualidad. En efecto, en el contexto de una sociedad en continuo cambio, el vigor de las empresas depende de su aceptación de nuevas responsabilidades socio-humanas. Entre ellas Davis destaca como “más fructíferas”: “hacer que el trabajo tenga sentido, desarrollar al máximo el potencial de las personas, preservar la creatividad y la libertad, y hacer realidad la dignidad humana” (“Some of the more fruitful avenues of interest are: making work meaningful, developing persons to their fullest potential, preservation of creativity and freedom, and fulfillment of human dignity”)³⁶. Davis confía en la capacidad del liderazgo empresarial para abordar cuestiones de responsabilidad social, desarrollando respuestas flexibles a las necesidades de la sociedad, al estar preparadas para el cambio ya que, si no lo hace, agotará su patrimonio en valores humanos y espirituales y terminará en la bancarrota social (“but if it does not do so, it will use up its capital in human and spiritual values, which is a sure way to go socially bankrupt”)³⁷.

Entre los argumentos a favor de la responsabilidad social se destaca el interés propio de las empresas a largo plazo. En otras palabras, la sociedad espera que las empresas realicen una serie de bienes sociales si esperan obtener beneficios a largo plazo. Por tanto, si la empresa es sensible a las necesidades de su comunidad, ésta favorecerá el desarrollo de su actividad, creando un mejor entorno para las empresas: será más fácil y de más calidad la contratación de mano de obra, se reducirán la rotación y el absentismo, e incluso como resultado de las mejoras sociales la delincuencia disminuirá. Davis reconoce que este argumento es “un sofisticado concepto de maximización del beneficio a largo plazo”, pero es que el hecho de gastar dinero en programas sociales se traduce en la obtención de más beneficios para las empresas:

“This argument is actually a sophisticated concept of long-run profit maximization. It seems a contradiction to suggest that spending money for social programs will actually result in more profit for the business, but this is the normal result of the better community and better society which these programs bring. Truly low-cost production in the long run depends on the accomplishment of these social goods; therefore, the firm which does not contribute to them will be inviting lower profits sometime in the future”³⁸.

Otros argumentos a favor de la RSE son, por ejemplo: la imagen pública, la viabilidad del negocio, evitar regulaciones gubernamentales, las normas socioculturales bajo las que opera la empresa, el interés de los accionistas, que los problemas se pueden convertir en beneficios³⁹, y que es mejor prevenir que curar:

34 DAVIS, K.: «Can business afford to ignore social responsibilities?»..., cit., págs. 75-76.

35 CARROLL, A.B.: «Corporate social responsibility: Evolution of a definitional construct»..., cit., pág. 271.

36 DAVIS, K.: «Can business afford to ignore social responsibilities?»..., cit., pág. 76.

37 DAVIS, K.: «Can business afford to ignore social responsibilities?»..., cit., pág. 76.

38 DAVIS, K.: «The case for and against business assumption of social responsibilities»..., cit., pág. 313.

39 DAVIS, K.: «The case for and against business assumption of social responsibilities»..., cit., págs. 313-317.

“One final point is that prevention is better than curing. If business delays dealing with social problems now, it may find itself constantly occupied with putting out social fires so that it has no time to accomplish its primary goal of producing goods and services. Since these social problems must be dealt with at some time, it is actually more economical to deal with them now before they grow into major conflagrations and consume most of man-agement’s time”⁴⁰.

La cuestión de la RSE se desarrolló en Estados Unidos y en la mayoría de las demás naciones económicamente desarrolladas. Otras naciones menos desarrolladas se irían alineando gradualmente gracias a las presiones sociales y a los esfuerzos de Naciones Unidas. La RSE se convirtió en un sello distintivo de una civilización global madura⁴¹. Las definiciones de RSE empezaron a proliferar en la década de los setenta, desarrollándose el enfoque de la capacidad de respuesta social de las empresas, destacando autores como Carroll, Steiner, Davis, Eells y Walton. En los años ochenta, se llevaron a cabo intentos de medir y llevar a cabo investigaciones sobre la RSE, también relativos a marcos teóricos alternativos, lo que prosperó en los años siguientes⁴². Con todo, esta cuestión excede el objeto de este trabajo, por lo que nos centraremos en el estudio de algunos de los organismos internacionales más relevantes y en el desarrollo de enfoques alternativos.

3. EL DESARROLLO DE LA RSE EN LA UNIÓN EUROPEA: HACIA LA INTEGRACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD

Si bien el concepto de RSE se desarrolló originalmente en Estados Unidos, en el ámbito de las grandes corporaciones, en el año 1995 un grupo de empresas publicó la “Declaración europea de las empresas contra la exclusión social”, en respuesta al llamamiento en 1993, del entonces Presidente de la Comisión Europea, Jacques Delors, para que las empresas europeas participaran en la lucha contra la exclusión social. Esta declaración dio lugar a la creación de una red europea de 57 empresas, *CSR Europe* (“Corporate Social Responsibility Europe”), cuyo objetivo era el intercambio de buenas prácticas en materia de responsabilidad social⁴³.

Un hito importante fue el anuncio del cierre de la planta belga de la empresa francesa de automóviles Renault en 1997. El Grupo de Alto Nivel sobre las implicaciones económicas y sociales del cambio industrial, presidido por Pehr Gyllenhammar, que se creó en respuesta a las conclusiones del Consejo Europeo en la Cumbre sobre el Empleo de Luxemburgo, celebrada en noviembre de 1997, recomendó en su informe final que las empresas con más de mil empleados debían publicar un informe sobre la gestión del cambio, de modo que dieran cuenta del impacto de sus actividades sociales⁴⁴.

40 DAVIS, K.: «The case for and against business assumption of social responsibilities»..., cit., pág. 317.

41 DAVIS, K.: «The case for and against business assumption of social responsibilities»..., cit., pág. 321.

42 CARROLL, A.B.: «Corporate social responsibility: Evolution of a definitional construct»..., cit., págs. 291-292.

43 RENNAUT, A.: «Corporate social responsibility in Europe: A chance for social dialogue?». *Corporate social responsibility: Myth or reality? - Labour Education*, 2003/1, No. 130, International Labour Office, Geneva (2003), pág. 35; BRONCHAIN, P. (editor): *Towards a sustainable corporate social responsibility*. European foundation for the improvement of living and working conditions, Dublin, 2003, pág. 7. La recepción del concepto de RSE no significa que la Unión Europea no dispusiera de otros mecanismos de responsabilidad social empresarial en los distintos Estados miembros.

44 BRONCHAIN, P. (editor): *Towards a sustainable corporate social responsibility*..., cit., pág. 7.

El Grupo abogaba por un enfoque según el cual el cambio industrial debía anticiparse y gestionarse mediante acciones voluntarias y fomentadas mediante incentivos. La legislación establece estándares mínimos, pero las soluciones elaboradas mediante acuerdos voluntarios eran más efectivas que la imposición de penas y sanciones. El grupo destacaba la importancia de desarrollar un diálogo social constructivo a todos los niveles, como mejor manera de adaptarse al cambio de forma continua y para afrontar las crisis provocadas por la reestructuración industrial. El informe también sostenía que para reforzar la capacidad de cambio debía garantizarse la empleabilidad de la fuerza laboral, de forma compartida entre los empleadores, los trabajadores y los gobiernos⁴⁵.

3.1. El Libro Verde de la Comisión en el contexto internacional

En la Cumbre del Consejo Europeo que se celebró en Lisboa en el año 2000, se hizo un llamamiento especial al sentido de responsabilidad social de las empresas, en el marco de la estrategia de empleo, para que la Unión Europea fuera “la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social”. En ese mismo año, se adoptó en el Consejo de Niza la Agenda de política social, que subrayaba la importancia de la RSE. La definición de un marco común se impulsó por medio del Libro Verde publicado por la Comisión en julio de 2001⁴⁶. El Libro Verde subraya que la RSE supone “la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”, esto es, no “solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá de su cumplimiento invirtiendo «más» en el capital humano, el entorno y las relaciones con los interlocutores”, lo que puede tener un impacto directo en la productividad y en la competitividad de las empresas⁴⁷.

Todo ello refleja las mayores expectativas de los ciudadanos en el papel de las empresas, en consonancia con la estrategia de desarrollo sostenible aprobada por el Consejo Europeo de Gotemburgo de junio de 2001, esto es, “que a largo plazo, el crecimiento económico, la cohesión social y la protección medioambiental avancen en paralelo”⁴⁸. En el ámbito de las políticas internacionales de los mercados, el enfoque europeo de RSE debe reflejar y estar integrado en iniciativas como el Pacto Mundial de las Naciones Unidas (“UN Global Compact”, 2000); la Declaración tripartita de la OIT sobre las empresas multinacionales y la política social (“ILO’s Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy”), y las directrices de la OCDE para las empresas multinacionales (“OECD Guidelines for Multinational Enterprises”). De este modo, una de las dimensiones de la RSE implica obligaciones en el ámbito de los derechos humanos, y afecta a las cadenas de suministro mundiales⁴⁹. Estos marcos internacionales contribuyeron

45 WEBER, T.: *High Level Group on industrial change presents interim report*, 27.5.1998. Disponible en <<https://www.eurofound.europa.eu/en/resources/article/1998/high-level-group-industrial-change-presents-interim-report>>.

46 BRONCHAIN, P. (editor): *Towards a sustainable corporate social responsibility...*, cit., pág. 7.

47 COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Libro Verde «Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas»*, COM(2001) 366 final, Bruselas, 18.7.2001, pág. 7.

48 COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Libro Verde...*, cit., pág. 4.

49 COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Libro Verde...*, cit., págs. 6,14.

a incorporar el concepto de empresas y desarrollo sostenible, así como los actuales criterios ESG (siglas de “Environmental, Social, Governance”) en la Unión Europea.

La idea de que un crecimiento económico ilimitado necesita ser cuestionada por “la disponibilidad de recursos básicos” y por “la capacidad del medio ambiente para absorber satisfactoriamente el grado de interferencia que implica” fue manifestada por Ernst Friedrich Schumacher, por medio de su obra “Lo pequeño es hermoso”⁵⁰. Es indicativo el texto subtítulo “Una economía como si la gente tuviera importancia” de este libro, publicado por vez primera en 1973, por el cual Schumacher ha sido considerado como un “profeta de la sostenibilidad”⁵¹. Así, afirmaba:

¿Vamos a seguir aferrándonos a un estilo de vida que crecientemente vacía al mundo y devasta a la naturaleza por medio de su excesivo énfasis en las satisfacciones materiales, o vamos a emplear los poderes creativos de la ciencia y de la tecnología, bajo el control de la sabiduría, en la elaboración de formas de vida que se encuadren dentro de las leyes inalterables del universo y que sean capaces de alentar las más altas aspiraciones de la naturaleza humana? Estas son las preguntas que deberían haber ocupado nuestra atención durante muchas décadas en el pasado y que ahora están planteadas muy claramente, por no decir brutalmente”⁵².

En este sentido, señalaba que era necesario estudiar la “economía de la permanencia”, con proyección a largo plazo, lo cual no es compatible con una “actitud depredadora”. Para ello, trae a colación a Gandhi cuando señala que “la tierra proporciona lo suficiente para satisfacer las necesidades de cada hombre pero no la codicia de cada hombre”⁵³. Llama la atención la actualidad de su mensaje:

“El fomento y la expansión de las necesidades es la antítesis de la sabiduría. Es también la antítesis de la libertad y de la paz. Todo incremento en las necesidades tiende a incrementar la dependencia de las fuerzas exteriores sobre las cuales uno no puede ejercer ningún control y, por lo tanto, aumenta el temor existencial. Sólo reduciendo las necesidades puede uno lograr una reducción genuina de las tensiones que son la causa última de la contienda y de la guerra”⁵⁴.

Por tanto, el hombre debe recuperar la conciencia de su dependencia del mundo natural, que el fin último de la actividad económica no puede ser el consumo, y que el mundo actual de producción puede destruir la naturaleza y generar una sociedad que mutila al ser humano⁵⁵.

El concepto de desarrollo sostenible se introdujo en el ámbito de Naciones Unidas en 1987, por medio del informe titulado “Nuestro futuro común”, también conocido por “Informe Brundtland”, en honor a la presidenta de la Comisión Mundial sobre Medio

50 SCHUMACHER, E.F.: *Lo pequeño es hermoso...*, cit., pág. 27.

51 FERNÁNDEZ RIQUELME, S.: «Lo pequeño puede ser bello. La economía social de E.F. Schumacher». *La Razón Histórica*, nº 38 (2018), págs. 8, 13.

52 SCHUMACHER, E.F.: *Lo pequeño es hermoso...*, cit., pág. 7.

53 SCHUMACHER, E.F.: *Lo pequeño es hermoso...*, cit., pág. 29.

54 SCHUMACHER, E.F.: *Lo pequeño es hermoso...*, cit., pág. 29.

55 FERNÁNDEZ RIQUELME, S.: «Lo pequeño puede ser bello...», cit., pág. 15.

Ambiente y Desarrollo⁵⁶. El informe definió desarrollo sostenible como la capacidad de la humanidad de garantizar la satisfacción de las necesidades presentes “sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”⁵⁷. Era necesario una nueva era de crecimiento económico vigoroso y, al mismo tiempo, que fuera sostenible desde el punto de vista social y medioambiental⁵⁸. Por ello, recaía una especial responsabilidad en organismos financieros como el Fondo Monetario Internacional, el cual debía apoyar objetivos de desarrollo a más largo plazo que los actuales: crecimiento, objetivos sociales e impactos medioambientales⁵⁹. El informe también apuntaba que se debía trabajar para eliminar las discapacidades de los grupos desfavorecidos, muchos de los cuales vivían en zonas ecológicamente vulnerables⁶⁰.

Un hito en la integración de la discapacidad en la promoción del desarrollo sostenible se produjo en la declaración de Copenhague, fruto de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social de 1995, celebrada en Copenhague. El Programa de Acción adoptado por la Cumbre tenía como uno de sus objetivos la toma de “medidas eficaces para poner fin a todas las formas de discriminación de jure y de facto contra las personas con discapacidades” (Anexo II, capítulo I, apdo. B.15, apdo. i) e incluía que todas las personas con discapacidades tuvieran acceso a la rehabilitación y a otros servicios para una vida independiente, y a una tecnología de asistencia que les permitiera desarrollar al máximo su bienestar, independencia y participación en la sociedad (Anexo I, apdo. C, sexto compromiso, apdo. n). Así, la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social de 1995 subrayó el reforzamiento mutuo de las dimensiones económicas, sociales y ambientales como componentes del desarrollo sostenible (Anexo I, apdo. 6)⁶¹.

La Cumbre Mundial de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en el año 2002, asumió el compromiso de promover y fortalecer “el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección ambiental, pilares interdependientes y sinérgicos del desarrollo sostenible”⁶². Para ello, reconocía la importancia de promover la solidaridad humana, y hacía un llamamiento para fomentar el diálogo y la cooperación mutua⁶³. También debía hacerse frente a cuestiones relativas a la mejora de la salud “prestando particular atención a las mujeres y los niños, así como a los grupos vulnerables de la sociedad, como las personas con discapacidad, las personas de edad y las poblaciones

56 <<https://www.are.admin.ch/are/en/home/media/publications/sustainable-development/brundtland-report.html>>

57 “Humanity has the ability to make development sustainable to ensure that it meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs” (UNITED NATIONS: *Report of the world commission on environment and development: Our common future*, A/42/427, 1987, apdo. 27).

58 “These links between poverty, inequality, and environmental degradation formed a major theme in our analysis and recommendations. What is needed now is a new era of economic growth - growth that is forceful and at the same time socially and environmentally sustainable” (UNITED NATIONS: *Report of the world commission...*, cit., Prólogo de la Presidenta).

59 UNITED NATIONS: *Report of the world commission...*, cit., apdo. 77.

60 UNITED NATIONS: *Report of the world commission...*, cit., apdo. 39 (III. Strategic Imperatives).

61 NACIONES UNIDAS: *Informe de la cumbre mundial sobre desarrollo social*, Copenhague, 6 a 12 de marzo de 1995, A/CONF.166/9, 19.4.1995.

62 NACIONES UNIDAS: *Informe de la cumbre mundial sobre el desarrollo sostenible*, Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002, Nueva York, 2002, apdo. 5, pág. 1.

63 NACIONES UNIDAS: *Informe de la cumbre mundial sobre el desarrollo sostenible...*, cit., apdo. 17, pág. 3.

autóctonas”⁶⁴. Es importante subrayar que la Cumbre de Johannesburgo centró la atención en la “universalidad de la dignidad humana”⁶⁵.

La reiteración de los aspectos económicos, sociales y ambientales en el desarrollo sostenible, como elemento fundamental del marco general de las actividades de las Naciones Unidas, se plasmó en el documento final de la Cumbre Mundial 2005⁶⁶. Este texto también reconocía que “la paz y la seguridad, el desarrollo y los derechos humanos” constituyen “los pilares del sistema de las Naciones Unidas y los cimientos de la seguridad y el bienestar colectivos”⁶⁷. Asimismo, subrayaba la necesidad de garantizar el disfrute pleno de sus derechos sin discriminación alguna a las personas con discapacidad, e incidía en la conclusión del entonces proyecto de convención sobre los derechos de las personas con discapacidad⁶⁸.

Con respecto al mencionado Pacto Mundial de las Naciones Unidas (“UN Global Compact”, 2000), es una iniciativa internacional para apoyar, mediante la acción colectiva voluntaria, los diez principios en los ámbitos de los derechos humanos, las condiciones de trabajo, el medio ambiente y la lucha contra la corrupción. También pretende promover las acciones en apoyo de los objetivos de la ONU⁶⁹. En el año 2004, al amparo de este Pacto Mundial y con la colaboración de distintas instituciones financieras, se elaboraron una serie de directrices y recomendaciones sobre cómo integrar mejor las cuestiones medioambientales, sociales y de gobierno corporativo en la gestión de activos. Las instituciones que suscribieron el informe final (“Who cares wins”), destacaron que, en un mundo globalizado, interconectado y competitivo, la calidad con que se gestionaban estas cuestiones (gestionando adecuadamente los riesgos o anticipándose a las medidas reguladoras) estaba vinculada a la obtención de mejores resultados, al aumento del valor para el accionista, contribuyendo además al desarrollo sostenible de las sociedades en las que operan. Todo ello podía tener un fuerte impacto en la reputación corporativa⁷⁰.

Entre las recomendaciones del informe cabe destacar el liderazgo otorgado a las empresas para que apliquen políticas medioambientales, sociales y de gobierno corporativo, y que faciliten información e informes al respecto. Para ello, anima a mencionar estas cuestiones explícitamente en el informe anual de las empresas. Asimismo, se pide a los gestores de activos que integren la investigación sobre estos aspectos en sus decisiones de inversión y animen a los intermediarios y a las empresas a proporcionar una mejor información al respecto. También se anima a considerar estas cuestiones (medioambientales,

64 NACIONES UNIDAS: *Informe de la cumbre mundial sobre el desarrollo sostenible...*, cit., apdo. 53, pág. 43.

65 NACIONES UNIDAS: *Informe de la cumbre mundial sobre el desarrollo sostenible...*, cit., apdo. 18, pág. 3.

66 ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS: *Documento final de la cumbre mundial 2005*, A/RES/60/1, de 24.10.2005, apdo. 10.

67 ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS: *Documento final de la cumbre mundial 2005...*, cit., apdo. 9.

68 ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS: *Documento final de la cumbre mundial 2005...*, cit., apdo. 129.

69 THE GLOBAL COMPACT: *Who cares wins. Connecting financial markets to a changing world (Recommendations by the financial industry to better integrate environmental, social and governance issues in analysis, asset management and securities brokerage)*. Swiss Federal Department of Foreign Affairs-United Nations, 2004, pág. viii.

70 THE GLOBAL COMPACT: *Who cares wins...*, cit., pág. i.

sociales y de gobierno corporativo) a los administradores de fondos de pensiones y a sus asesores⁷¹.

En este contexto de integración del análisis financiero, el informe invita a los legisladores a configurar marcos jurídicos transparentes, los cuales deberían exigir un grado mínimo de revelación de información y de rendición de cuentas por parte de las empresas sobre cuestiones medioambientales, sociales y de gobernanza. La formulación de normas específicas debería basarse en iniciativas voluntarias impulsadas por el mercado, como la de “Global Reporting Initiative” (GRI), de manera que contribuyan a formar un marco informativo conforme a sus necesidades. El informe “Who cares wins” también anima a GRI a cooperar estrechamente con las asociaciones nacionales e internacionales de analistas financieros⁷². Los estándares GRI siguen siendo los estándares de informes de sostenibilidad más utilizados a nivel mundial⁷³.

El informe de la OIT del año 2007, relativo a la promoción de empresas sostenibles, señalaba que la cuestión de la RSE no era algo nuevo, pero había cobrado mayor importancia en los últimos años. Así, uno de los primeros instrumentos internacionales que abarcan la dimensión social de la actividad empresarial, la Declaración tripartita de principios de la OIT sobre las empresas multinacionales y la política social, formulada en 1977, que había sido actualizada en 2006, enfocaba la principal contribución de las empresas para el desarrollo sostenible en el empleo productivo y en la creación de puestos de trabajo decentes, esto es, en la creación y el crecimiento de empresas viables⁷⁴. El informe también advierte de la necesidad de políticas que fortalezcan la independencia económica y atajen los perjuicios y desigualdades, por ejemplo, en materia de discapacidad, como parte integrante del enfoque de promoción del desarrollo sostenible en el sector privado⁷⁵.

Las Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales sobre conducta empresarial responsable (las Líneas directrices), constituyen recomendaciones que proporcionan principios y estándares reconocidos internacionalmente de buenas prácticas. Las Líneas directrices fueron publicadas en 1976 y revisadas en 2011 y 2023. Su observancia por parte de las empresas es voluntaria y, aunque no son jurídicamente vinculantes, pueden estar reguladas legalmente o estar recogidas en compromisos internacionales. El respeto de las leyes nacionales es la primera obligación de las empresas, ya que las Líneas directrices no sustituyen ninguna regulación nacional, aunque en muchos casos van más allá de lo exigible por las leyes⁷⁶. El objetivo es garantizar que la actividad empresarial se desarrolle en armonía con las políticas públicas; el fortalecimiento de la confianza mutua entre las empresas y las sociedades en las que desarrollan su actividad; “promover el comercio y la inversión responsables y, de este modo, multiplicar los beneficios del comercio y la inversión a través de la participación y mejora continuas en todos los mercados del mundo”; y potenciar que las empresas multinacionales contribuyan “al progreso económico, ambiental y social con

71 THE GLOBAL COMPACT: *Who cares wins...*, cit., págs. ii-iii, 32.

72 THE GLOBAL COMPACT: *Who cares wins...*, cit., págs. iv, 33.

73 <<https://www.globalreporting.org/about-gri/>>

74 CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Informe VI: La promoción de empresas sostenibles*. Ginebra, 2007, pág. xiv.

75 CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Informe VI...*, cit., pág. 51.

76 OECD: *Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales sobre conducta empresarial responsable*. OECD Publishing, París, 2023, págs. 3, 10, 12.

miras a lograr un desarrollo sostenible⁷⁷. En el marco de la contratación local de la fuerza de trabajo por parte de las multinacionales, y de proporcionarle una capacitación, las Líneas directrices impulsan a las empresas a invertir en capacitación y educación permanente, garantizando la igualdad de oportunidades de acceso a la educación por parte de las mujeres y otros grupos vulnerables entre los que incluye a las personas con discapacidades⁷⁸.

3.2. La estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre RSE

Con objeto de dar una mayor visibilidad política a la RSE y puesto que se basa en un comportamiento voluntario, la Comisión decidió que podía lograr mejor sus objetivos si colaboraba más estrechamente con las empresas europeas, por lo que anunció su apoyo a la creación de una Alianza Europea para la RSE (que favorece el crecimiento sostenible y la creación de mejores empleos). Se trataba de un proceso político y no jurídico, para lo que pedía ayuda a empresas de todos los tamaños, para hacer de Europa un “polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas”⁷⁹.

En el año 2011, la Comisión presentó la estrategia renovada de la UE para 2011-2014, y una nueva definición de RSE que incluía la “responsabilidad de las empresas por su impacto en la sociedad”, partiendo del respeto de la legislación aplicable y de los convenios colectivos como requisito previo. La comunicación de la Comisión incidía una vez más en que, para asumir plenamente su responsabilidad social, las empresas debían aplicar, “en estrecha colaboración con las partes interesadas, un proceso destinado a integrar las preocupaciones sociales, medioambientales y éticas, el respeto de los derechos humanos y las preocupaciones de los consumidores en sus operaciones empresariales y su estrategia básica”. Y ello con objeto de “maximizar la creación de valor compartido para sus propietarios/accionistas y para las demás partes interesadas y la sociedad en sentido amplio”; e “identificar, prevenir y atenuar sus posibles consecuencias adversas”⁸⁰.

La Estrategia renovada indicaba como principios y directrices para la RSE, especialmente en las grandes empresas, los mencionados principios del Pacto Mundial de las Naciones Unidas, la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y las Líneas Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales, así como la norma de orientación ISO 26000 sobre responsabilidad social y los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos⁸¹.

Un incentivo importante de la RSE son las consecuencias positivas en el mercado. En este sentido, la UE ha impulsado políticas en el ámbito del consumo, la contratación pública y la inversión. En el año 2011, la Comisión publicó una guía sobre una contratación pública socialmente responsable (CPSR), que indicaba la manera de integrar consideraciones sociales y medioambientales en la contratación pública, sin que se discriminase a las

77 OECD: *Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales...*, cit., págs. 10-14.

78 OECD: *Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales...*, cit., pág. 35.

79 COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa un polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas*, COM(2006) 136 final, Bruselas, 22.3.2006, apdos. 1-2.

80 COMISIÓN EUROPEA: *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas*, COM(2011) 681 final, Bruselas, 25.10.2011, apdo. 3.1, pág. 7.

81 COMISIÓN EUROPEA: *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014...*, cit., apdo. 3.2, pág. 8.

PYMES⁸². La segunda edición de la guía, como una herramienta eficaz para promover el desarrollo sostenible⁸³, indica a modo de ejemplo una serie de objetivos sociales para aplicarlos a la contratación pública, a saber: alentar las oportunidades de empleo justas y la inclusión social (en concreto “oportunidades de participación social y empleo para las personas con discapacidad, entre otras cosas mediante entornos de trabajo inclusivos y accesibles”); promover el trabajo digno; ofrecer oportunidades a la economía social y a las empresas sociales (por ejemplo, a base de “promover la inclusión social reservando contratos para empresas sociales cuyo objetivo es la integración laboral o para aquellos operadores que cuentan con al menos un 30% de trabajadores desfavorecidos o con discapacidad”); garantizar la observancia de los derechos sociales y laborales (como los convenios fundamentales de la OIT, y a través de la lucha contra la discriminación por motivos, entre otros, de discapacidad); o el respeto a los derechos humanos. En el ámbito de la accesibilidad y diseño universales, respalda el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), por lo que los compradores públicos deberán esforzarse por el reconocimiento de las necesidades de las personas con discapacidad y “garantizar servicios públicos efectivos que tengan en cuenta los objetivos de inclusión social y profesional”⁸⁴.

De acuerdo con la guía, la CPSR busca garantizar, en primer lugar, el cumplimiento de las obligaciones jurídicas en el ámbito social. La declaración 22 del Tratado de Ámsterdam indicaba que las instituciones comunitarias debían tener cuenta las necesidades de las personas con discapacidad, en la elaboración de medidas destinadas al establecimiento progresivo del mercado interior. El Tratado de Lisboa se comprometió a combatir la exclusión social y la discriminación y, en este sentido, “la magnitud de la contratación pública y su importancia para el mercado interior la convierten en una herramienta valiosa para hacer realidad estos objetivos”. La CPSR también puede contribuir al cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (ODS). Conforme a la guía, la CPSR puede ayudar a los compradores públicos al cumplimiento de las obligaciones establecidas en las Directivas sobre contratación pública y otras leyes, a fomentar mercados con conciencia social, a la gobernanza socialmente responsable, a detectar los riesgos de incumplimiento de las normas del Derecho social y laboral y a garantizar un gasto público efectivo⁸⁵.

En cuanto a la integración y la inclusión de colectivos a menudo marginados en la actividad del mercado, como las personas con discapacidad, la CPSR “puede generar oportunidades para las empresas propiedad de dichos colectivos, así como opciones de formación y empleo”, de modo que se refuerzan mutuamente las consideraciones sociales y económicas. Así, las empresas sociales prestan servicios públicos y generan valor añadido mediante resultados y efectos sociales⁸⁶. A estos efectos, se consideran personas con discapacidad, de acuerdo con la CDPD, “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan

82 COMISIÓN EUROPEA: *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014...*, cit., apdo. 4.4, pág. 12.

83 COMISIÓN EUROPEA: *Adquisiciones sociales: una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas (2.ª edición)*, C 237, DOUE 18.6.2021, apdo. 1.1, pág. 5.

84 COMISIÓN EUROPEA: *Adquisiciones sociales: una guía...*, cit., apdo. 1.2, págs. 6-8.

85 COMISIÓN EUROPEA: *Adquisiciones sociales: una guía...*, cit., apdo. 1.3, págs. 9-11.

86 COMISIÓN EUROPEA: *Adquisiciones sociales: una guía...*, cit., apdo. 1.3, pág. 10.

impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Estas pueden obtener un reconocimiento oficial de su discapacidad a través del marco jurídico nacional o de la Tarjeta Europea de Discapacidad⁸⁷.

Como ejemplo de integración laboral de las personas con discapacidad, la guía cita el caso de la adjudicación de un contrato reservado a una empresa social que trabaja con personas discapacidad, en el departamento de Vendée (Francia), para operar un centro de consolidación de productos agrícolas orgánicos, dirigido al almacenamiento, tratamiento, envasado y reparto de comidas a centros de enseñanza secundaria. El objetivo era facilitar el acceso a productores locales, de modo que se adquiriesen productos sostenibles y de calidad a menor precio. A las personas con discapacidad también se les ofrecía apoyo médico y social. Todo ello permitió que el departamento de Vendée obtuviese un impacto social positivo, al garantizar el uso de alimentos orgánicos producidos localmente, ya que cada año se repartieron más de 1.800.000 comidas a 31 centros de enseñanza secundaria. Además, este modelo abarca las tres dimensiones del desarrollo sostenible: medioambiental, social y económico⁸⁸.

Otro ejemplo de inclusión de cláusulas sobre integración profesional en los contratos, también dirigidos a personas con discapacidad, es el caso de la región de Valonia (Bélgica), que tiene como objetivo que el 100% de sus contrataciones públicas sean responsables. Para ello, desarrolló cláusulas sociales estándar que tuvieron que incluirse en las licitaciones. Así, las empresas se comprometían a facilitar oportunidades de formación a personas desempleadas cuando llevasen a cabo obras públicas, bien directamente por medio de prácticas, o bien subcontratando labores concretas a empresas sociales donde al menos el 50% de los empleados fueran personas con discapacidad o desfavorecidas, como los desempleados de larga duración. El resultado es una integración profesional de forma asociativa entre el comprador público, las empresas, incluidas las sociales, y las organizaciones de formación. La región de Valonia ha creado un servicio de asistencia para ayudar en la integración de este tipo de cláusulas en las licitaciones y en su ejecución⁸⁹.

En el caso de España, cabe destacar la publicación del Real Decreto 667/2023, de 18 de julio, por el que se crea la Comisión Interministerial para el desarrollo y mejora de la inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública⁹⁰. Con respecto a la discapacidad, señala expresamente que el Programa Nacional de Reformas para el año 2017, con objeto de luchar contra el desempleo y promover la inclusión social, recogía el “Seguimiento del Plan de Acción de la Estrategia Española de Discapacidad 2014-2020”, cuya continuación es la Estrategia Española de Discapacidad 2022-2030, así como medidas específicas relativas al empleo, la educación, la salud o promoción de la autonomía personal. Además, la Estrategia de Desarrollo Sostenible 2030, aprobada en el año 2021, recoge explícitamente la relevancia de la contratación pública sostenible, por medio de la inclusión de criterios sociales y ambientales para el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030⁹¹.

87 COMISIÓN EUROPEA: *Adquisiciones sociales: una guía...*, cit., apdo. 4.3, págs. 41-42.

88 COMISIÓN EUROPEA: *Adquisiciones sociales: una guía...*, cit., apdo. 4.3, págs. 42-43.

89 COMISIÓN EUROPEA: *Adquisiciones sociales: una guía...*, cit., apdo. 5.2, pág. 62.

90 BOE núm. 171, de 19.7.2023.

91 Preámbulo del Real Decreto 667/2023, de 18 de julio, por el que se crea la Comisión Interministerial para el desarrollo y mejora de la inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública.

Sobre la inclusión laboral de las personas con discapacidad, el Preámbulo del Real Decreto 667/2023 trae a colación el artículo 1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, que prevé en su apartado 3 la incorporación de criterios sociales y medioambientales en la contratación pública, y “facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social”. Y, entre las prohibiciones de contratar destaca la prevista en el artículo 71.1.d) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público: “en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del 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, en las condiciones que reglamentariamente se determinen”.

En definitiva, por medio de este Real Decreto 667/2023 se aborda la creación de la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública, adscrita al Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. Cuenta con la representación de todos los ministerios, del Consejo Nacional de la Discapacidad, de la Comisión para el Diálogo Civil con la Plataforma del Tercer Sector, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación y de las organizaciones sindicales más representativas. Su función consistirá en el análisis, seguimiento y evaluación de la aplicación de las cláusulas sociales en la contratación pública en lo relativo a la información, accesibilidad y diseño universal, prescripciones técnicas, criterios de adjudicación, condiciones especiales de ejecución, comercio justo o los contratos reservados, entre otras cuestiones⁹².

4. EL CONTENIDO SOCIAL Y LA DISCAPACIDAD EN LOS INFORMES DE SOSTENIBILIDAD

El “Libro Blanco sobre empleo y discapacidad” señala que la adopción de políticas de RSE, que ha adquirido un protagonismo cada vez mayor, supone la incorporación de manera voluntaria de preocupaciones sociales en sus relaciones comerciales, por lo que se valora a una entidad no solo por su patrimonio y beneficios, sino también por el cumplimiento de estándares sociales superiores a los normativos. Este tipo de acciones redundan en una mejor calidad del empleo, lo que resulta especialmente importante para las personas con más dificultades para acceder al mercado de trabajo, esto es, las personas con discapacidad. La puesta en marcha de este tipo de iniciativas admite fórmulas tan diversas como los instrumentos de “soft law” en el caso de los códigos de conducta, las inversiones socialmente responsables o las memorias sociales e informes de sostenibilidad⁹³.

92 Preámbulo del Real Decreto 667/2023, de 18 de julio, por el que se crea la Comisión Interministerial para el desarrollo y mejora de la inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública.

93 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Capítulo V: El mercado de trabajo de las personas con discapacidad» VVAA (Dir. Romero Ródenas, M.J.): *Libro Blanco sobre empleo y discapacidad*. Real Patronato sobre Discapacidad. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, Madrid, 2023, págs. 480-481. Para un exhaustivo análisis de la RSE y la inclusión laboral de las personas con discapacidad en el panorama español, me remito a ESTEBAN LEGARRETA, R., ROJO TORRECILLA, E.: «Responsabilidad social empresarial y colectivos desfavorecidos» VVAA (Coords. Fernández Amor, J.A., Gala Durán, C.): *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2009, págs. 131-175.

Pues bien, en los últimos años la Unión Europea ha reforzado el deber de información por parte de las empresas. En concreto, la Comisión señaló la necesidad de aumentar la transparencia de la información social y medioambiental en su Comunicación titulada «Acta del Mercado Único — Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza — “Juntos por un nuevo crecimiento”» adoptada el 13 de abril de 2011⁹⁴. Esta necesidad se reiteró por medio de la ya comentada “Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas”, adoptada el 25 de octubre de 2011. El Parlamento Europeo también reconoció la importancia de que las empresas divulgasen información sobre la sostenibilidad (factores sociales y medioambientales) para aumentar la confianza de los inversores y los consumidores, por medio de las Resoluciones de 6 de febrero de 2013 sobre RSE: “Comportamiento responsable y transparente de las empresas y crecimiento sostenible” y “Promover los intereses de la sociedad y un camino hacia la recuperación sostenible e integradora”⁹⁵. La primera resolución de 2013 destacaba la necesidad de mejorar la transparencia y la eficacia de las políticas de RSE, y en ese marco compartía “el objetivo de atribuir mayor importancia a los aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública” y sugería “la eliminación del criterio de adjudicación al precio más bajo y una mayor responsabilidad en la cadena de subcontratación” (apdo. 17). Para ello, reconocía la importancia de la difusión de la información sobre sostenibilidad, como los factores sociales y medioambientales (apdo. 21). También destacaba que la responsabilidad social no podía “ser un mero instrumento de marketing”, y que la única manera de desarrollar plenamente la RSE era integrándola “en la estrategia global de la empresa y aplicarla y hacerla realidad en sus operaciones y su estrategia financiera cotidiana” (apdo. 23)⁹⁶.

En este contexto, “el Parlamento Europeo instó a la Comisión a presentar una propuesta legislativa sobre divulgación de información no financiera por parte de las empresas”, de modo que permitiera “una gran flexibilidad en la actuación para tener en cuenta la naturaleza multidimensional de la responsabilidad social de las empresas (RSE) y la diversidad de políticas de RSE aplicadas por las empresas”⁹⁷. Esta debía tener un nivel suficiente de comparabilidad para los inversores y ofrecer a los consumidores la información necesaria sobre las repercusiones de las empresas en la sociedad⁹⁸. También tenía que establecer los requisitos legales mínimos acerca del alcance de la información que se debía poner a disposición del público y de las autoridades en la Unión⁹⁹. Con respecto a las cuestiones sociales y de personal, “la información facilitada en el estado puede hacer referencia a las medidas adoptadas para garantizar la igualdad de género, la aplicación de

94 COM(2011) 206 final, Bruselas, 13.4.2011.

95 Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, DOUE L330, 15.11.2014, considerandos 1-3; FUNDACIÓN ONCE, GLOBAL REPORTING INITIATIVE: *La discapacidad en los informes de sostenibilidad. Elaboración de informes empleando los estándares GRI (Global Reporting Initiative)*, 2019, págs. 13 y ss.

96 PARLAMENTO EUROPEO: *Resolución de 6 de febrero de 2013, sobre responsabilidad social de las empresas: comportamiento responsable y transparente de las empresas y crecimiento sostenible (2012/2098(INI))*, DOUE C24, 22.1.2016.

97 Directiva 2014/95/UE..., cit., considerando 3.

98 Directiva 2014/95/UE..., cit., considerando 3.

99 Directiva 2014/95/UE..., cit., considerando 5.

convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, las condiciones de trabajo, el diálogo social, el respeto del derecho de los trabajadores a ser informados y consultados, el respeto de los derechos sindicales, la salud y seguridad en el lugar de trabajo y el diálogo con las comunidades locales, y/o las medidas adoptadas para garantizar la protección y el desarrollo de esas comunidades.” También podría incluir información acerca de la prevención de las violaciones de los derechos humanos¹⁰⁰. Estos nuevos requisitos de divulgación solo se aplicaron a determinadas grandes empresas y grupos, por medio de la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014¹⁰¹.

En el año 2017 la Comisión presentó las Directrices sobre la presentación de informes no financieros¹⁰². Con el incremento de la transparencia de las sociedades, se esperaba un mejor rendimiento, en términos financieros como no financieros, lo que conduciría “a un crecimiento y un empleo más sólidos” y a una mayor confianza de las partes interesadas, en especial de los inversores y los consumidores¹⁰³. Con respecto a las cuestiones sociales y relativas al personal, indicaba las siguientes: la aplicación de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo; las cuestiones de diversidad (entre las que se encontraba la discapacidad); cuestiones laborales (como la consulta y/o la participación de los trabajadores, las condiciones de empleo y trabajo); relaciones sindicales; gestión del capital humano (reestructuración, carrera y empleabilidad, sistema de remuneración y formación); salud y seguridad en el trabajo; relaciones con los consumidores y en concreto con los vulnerables; comercialización e investigación responsables y el desarrollo de las comunidades locales. A estos efectos, indicaba explícitamente como ejemplo el número de personas con discapacidad empleadas y, como marcos internacionales en los que basarse, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social (OIT), o la norma ISO 26000¹⁰⁴. En el ámbito del respeto de los derechos humanos, las directrices señalaban la conveniencia de que las sociedades divulgasen “información significativa sobre los impactos potenciales y reales de sus actividades en los derechos humanos individuales”. El compromiso con el respeto de los derechos humanos incluye las normas fundamentales en materia laboral. La información puede hacer referencia a los derechos de los niños, las mujeres o las personas con discapacidades, entre otros¹⁰⁵.

La Ley 11/2018, de 28 de diciembre, de información no financiera y diversidad¹⁰⁶, trae a colación en su Preámbulo la Directiva 2014/95/UE, en tanto que “la divulgación de información no financiera o relacionada con la responsabilidad social corporativa

¹⁰⁰ Directiva 2014/95/UE..., cit., considerando 7.

¹⁰¹ Directiva 2014/95/UE..., cit., considerando 13.

¹⁰² COMISIÓN EUROPEA: *Directrices sobre la presentación de informes no financieros (Metodología para la presentación de información no financiera)*, DOUE C215, 5.7.2017.

¹⁰³ COMISIÓN EUROPEA: *Directrices sobre la presentación de informes no financieros...*, cit., pág. 2.

¹⁰⁴ COMISIÓN EUROPEA: *Directrices sobre la presentación de informes no financieros...*, cit., págs. 15-16.

¹⁰⁵ COMISIÓN EUROPEA: *Directrices sobre la presentación de informes no financieros...*, cit., págs. 16-17.

¹⁰⁶ Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad (BOE núm. 314, de 29.12.2018). Un análisis de esta norma puede encontrarse en el estudio: FUNDACIÓN ONCE, KPMG: *Reporte de información no financiera y discapacidad en la Unión Europea. Un análisis exhaustivo del caso de España*, 2021, especialmente págs. 17 y ss.

contribuye a medir, supervisar y gestionar el rendimiento de las empresas y su impacto en la sociedad”, lo que “resulta esencial para la gestión de la transición hacia una economía mundial sostenible que combine la rentabilidad a largo plazo con la justicia social y la protección del medio ambiente” (considerando 3, Directiva 2014/95/UE). Por ello, algunas empresas deben preparar un estado de información no financiera que recoja cuestiones medioambientales, sociales, del personal, de respeto de los derechos humanos y sobre la lucha contra la corrupción. Respecto a las cuestiones sociales y relativas al personal, traslada de alguna manera las indicaciones contenidas en las Directrices sobre la presentación de informes no financieros (2017): “la información facilitada en el estado puede hacer referencia a las medidas adoptadas para garantizar la igualdad de género, la aplicación de convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, las condiciones de trabajo, el diálogo social, el respeto del derecho de los trabajadores a ser informados y consultados, el respeto de los derechos sindicales, la salud y seguridad en el lugar de trabajo y el diálogo con las comunidades locales y las medidas adoptadas para garantizar la protección y el desarrollo de esas comunidades” (Preámbulo). Esta información se detalla en el artículo 49.6 del Código de Comercio, relativo al “estado de información no financiera consolidado”, apartados II (cuestiones sociales y relativas al personal) y III (respeto de los derechos humanos). En concreto, deberá incluir información significativa sobre la no discriminación e inclusión de los empleados con discapacidad y sobre la accesibilidad universal de las personas con discapacidad. El artículo 49.6.II fue ampliado por el artículo segundo de la Ley 5/2021¹⁰⁷, con respecto a las relaciones sociales, para incluir los “mecanismos y procedimientos con los que cuenta la empresa para promover la implicación de los trabajadores en la gestión de la compañía, en términos de información, consulta y participación”. El artículo 49.6, apdo. e) del Código de Comercio, con objeto de facilitar la comparación de la información, señala que los indicadores deberán cumplir con las directrices de la Comisión Europea en esta materia y los estándares GRI¹⁰⁸.

La divulgación de información no financiera o relacionada con la responsabilidad social corporativa, a la que hacía referencia la Ley 11/2018 de información no financiera y diversidad¹⁰⁹, muestra los problemas de delimitación entre los diferentes conceptos en juego. En este sentido, se ha llegado a considerar que los criterios ESG son una evolución natural de la RSE, donde la sostenibilidad social es una especie de “antesala de futuras regulaciones positivas jurídicamente vinculantes a nivel supranacional o interno” que previamente se sustentaban en principios o valores que promovían buenas prácticas¹¹⁰. También se ha considerado que el último estadio de la RSE “consiste en su transformación normativa”, y que el deber de elaborar los estados de información no financiera no puede ser

107 Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas (BOE núm. 88, de 13.4.2021).

108 Sobre la aplicación de estos estándares, *vid.*: FUNDACIÓN ONCE, KPMG, GLOBAL REPORTING INITIATIVE: *Disability in sustainability reporting. Updated guide. Aligning disability reporting with the GRI Universal Standards 2021, 2023*, especialmente págs. 10 y ss.

109 Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio... cit.

110 VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: «El contenido social y laboral de la ESG: un comentario preliminar sobre la sostenibilidad social en la actividad económica empresarial» VVAA (Coords. Paz Arias, J.M., Delgado Arrabal, M.L.): *Estudios jurídicos sobre sostenibilidad: Cambio climático y criterios ESG en España y la Unión Europea*. Aranzadi, Cizur Menor, 2023, págs. 512, 515.

“soft law”¹¹¹. Otros han advertido del posible fin de la RSE¹¹² con motivo de la propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937¹¹³. Esta propuesta tiene por finalidad “garantizar que las empresas que operan en el mercado interior contribuyan al desarrollo sostenible y a la transición hacia la sostenibilidad de las economías y las sociedades mediante la identificación, prevención, mitigación, eliminación y minimización de los efectos adversos potenciales o reales sobre los derechos humanos y el medio ambiente relacionados con las propias operaciones de las empresas, sus filiales y sus cadenas de valor”¹¹⁴. La propuesta de Directiva considera que, mediante el uso de las normas voluntarias internacionales sobre conducta empresarial responsable, un número cada vez mayor de empresas de la UE utiliza la diligencia debida de la cadena de valor como herramienta para identificar los riesgos y reforzar la resiliencia ante cambios repentinos. Esto proporciona a las empresas una ventaja competitiva, además de responder a la creciente presión del mercado para que las empresas actúen de manera sostenible frente a los consumidores e inversores. De acuerdo con la propuesta de Directiva, el hecho de que estos procesos se basen en normas voluntarias no genera seguridad jurídica, ni para las empresas ni para las víctimas de los posibles daños. Por ello los Estados miembros han estado configurando marcos jurídicos sobre la diligencia debida de las empresas. La legislación de la Unión en esta materia evitaría la fragmentación derivada de la actuación de los distintos Estados miembros y crearía una igualdad de condiciones para las empresas dentro de la Unión¹¹⁵.

A efectos prácticos, para facilitar la preparación del estado de información no financiera (en adelante “EINF”) anual, requerido por la Ley 11/2018 de información no financiera y diversidad, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital elaboró una guía informativa. Entre las cuestiones suscitadas considera que “las memorias de sostenibilidad o de Responsabilidad Social Corporativa, podrían ser, en una primera aproximación, tan solo una parte de lo exigido por la Ley respecto al EINF, si bien parece que difícilmente estas memorias, con la información que han venido recogiendo hasta el momento, puedan corresponderse exactamente con el EINF que debe recoger información sobre un conjunto más amplio de materias”. Sin embargo, “la propia Ley no se cierra a que la entidad pueda presentar la información equivalente a la información no financiera en otro informe, ya sea la Memoria de Sostenibilidad o de Responsabilidad Social Corporativa, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 49 del Código de Comercio”¹¹⁶.

111 BATALER, J.: «Desmontando tópicos sobre la responsabilidad social de la empresa». *Revista de Derecho Mercantil*, Aranzadi, núm. 323/2022 (BIB 2022\586).

112 SALAS FUMÁS, V.: «¿El final de la responsabilidad social empresarial? Comentario a la Directiva europea sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad». *Documentos de trabajo y notas técnicas*, Funcas (marzo 2022), pág. 2.

113 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, COM(2022) 71 final, Bruselas, 23.2.2022.

114 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida..., cit., apdo. 1 (considerando 14).

115 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida..., cit., apdo. 1 (Contexto de la propuesta: Razones y objetivos de la propuesta).

116 MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL- INSTITUTO DE CONTABILIDAD Y AUDITORÍA DE CUENTAS: *Guía informativa sobre la aplicación de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades*

Un hito importante es la Directiva (UE) 2022/2464¹¹⁷, sobre información corporativa en materia de sostenibilidad, conocida como “Corporate Sustainability Reporting Directive” (CSRD), que ha establecido la preferencia por el término “información sobre sostenibilidad” en lugar de “información no financiera” (considerando 8). Esta Directiva adopta medidas para mejorar la información requerida por la Directiva 2014/95/UE, con objeto de alcanzar un “marco de presentación de información sólido y asequible, acompañado de prácticas de auditoría eficaces, para garantizar la fiabilidad de los datos y evitar el blanqueo ecológico y el doble cómputo” (considerando 13). La presentación de estos informes también afectará a las pequeñas y medianas empresas, a excepción de las microempresas, “habida cuenta de la creciente importancia de los riesgos relacionados con la sostenibilidad” (considerando 21). Estas exigencias serán obligatorias, de manera progresiva, a partir de 2024.

Centrándonos en las personas con discapacidad y en su inclusión laboral, cabe destacar como ejemplo de buenas prácticas en RSE a la empresa Repsol, cuyo “Informe de gestión integrado (2022)” señala que excede los requisitos legales, con un 2,16% de empleados con un grado de discapacidad igual o superior al 33%. En total, cuenta con 486 empleados con discapacidad. Además, ha firmado un acuerdo de colaboración con Down España en 2022, para fomentar la inclusión laboral — en estaciones de servicio — de personas con discapacidad intelectual¹¹⁸. Otro buen ejemplo es el Grupo Inditex, con un empleo directo de 1698 personas con discapacidad, que ha crecido progresivamente en los últimos años, por lo que en España ya no emplea medidas alternativas, como la colaboración con centros especiales de empleo, donaciones y acciones de patrocinio. Además, para impulsar la contratación directa, Inditex ha anunciado en enero de 2023 que doblará el número de personas con discapacidad en la plantilla, lo que significará la contratación adicional de 1500 personas con algún tipo de discapacidad. En definitiva, “el objetivo de Inditex es superar siempre las cuotas de personas con discapacidad fijados por la legislación de los diferentes mercados en los que opera”. Caso de no existir una normativa específica, el Grupo se ha fijado la meta de alcanzar, por lo menos, el 2% de empleados con discapacidad. Además, la empresa se ha adherido a la “ILO Global Business and Disability Network”, una red global de empresas para promover la inclusión laboral de las personas con discapacidad¹¹⁹.

5. CONCLUSIÓN

La progresiva obligación de informar en materia de sostenibilidad, auspiciada por Naciones Unidas, y la propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, distan mucho de la inicial implantación en la UE del moderno concepto de RSE, elaborado en el entorno académico de Estados Unidos. En aquellos años de configuración se incidía en la primacía de la libertad personal, en este caso de los grandes empresarios, quienes tenían que ser conscientes de las consecuencias de sus

de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad, 2021, págs. 9-10.

117 Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n° 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas, DOUE L322, 16.12.2022.

118 GRUPO REPSOL: *Informe de gestión integrado 2022*, pág. 95.

119 GRUPO INDITEX: *Memoria Anual 2022*, pág. 154.

decisiones, al afectar a un número considerable de ciudadanos. Esta actitud era necesaria para que el sistema económico de libre empresa pudiera continuar y prosperar, aun estando controlados por la competencia, la costumbre y la ley. Se entendía en clave humanista, en aras de humanizar la actividad de las grandes corporaciones, desde la perspectiva de la justicia económica, del bienestar general y del bien común, aunque en el contexto del maccarthismo académico fuera malinterpretado, como en el caso de Bowen, economista que experimentó directamente los efectos de la Gran Depresión, y es considerado padre del actual concepto de RSE.

La primacía de la libertad responsable de todos los implicados en la actividad empresarial (empresarios, trabajadores, inversores...) también ha sido puesta de relieve por Davis, considerado como otro pionero de la moderna RSE. Este consideraba la importancia de la contribución al bienestar público a través de la creación de empleo, y la obligación del empresario de fomentar valores, no medibles económicamente, aunque con evidentes repercusiones hasta nuestros días, como la moral, la cooperación, la motivación y la autorrealización en el trabajo. Davis también estableció como guía a largo plazo de los empresarios, para actuar con responsabilidad social en cada situación, el “hacer realidad la dignidad humana, la creatividad y el potencial de los hombres libres”, esto es, desarrollar el clima adecuado para su crecimiento, con la consiguiente mejora del entorno en el que operan las empresas. Esto es especialmente relevante en el caso del empleo de las personas con discapacidad y de su correcta inserción en el empleo, por encima de las cifras y de la progresiva y compleja medición en los informes corporativos y de sostenibilidad. Si bien estos informes pueden apoyar la consecución de avances sociales y medioambientales, también hay que tener en cuenta que las excesivas regulaciones en torno a estas cuestiones no son indicadoras del nivel moral, y pueden paralizar la actividad económica. El correcto equilibrio y la compleja delimitación entre lo voluntario y lo vinculante debe ser abordado desde distintas perspectivas, especialmente la académica, siendo este trabajo una humilde contribución.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS: *Documento final de la cumbre mundial 2005*, A/RES/60/1, de 24.10.2005.
- BATALLER, J.: «Desmontando tópicos sobre la responsabilidad social de la empresa». *Revista de Derecho Mercantil*, Aranzadi, núm. 323/2022 (BIB 2022\586).
- BOWEN, H.R: *Toward social economy*. Rinehart & Company Inc, New York, 1948.
- *Social responsibilities of the businessman*. University of Iowa Press, Iowa, 2013.
- BRONCHAIN, P. (editor): *Towards a sustainable corporate social responsibility*. European foundation for the improvement of living and working conditions, Dublin, 2003.
- CARROLL, A.B.: «Corporate social responsibility: Evolution of a definitional construct». *Business & Society*, Vol. 38, núm. 3 (1999).

COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Libro Verde «Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas»*, COM(2001) 366 final, Bruselas, 18.7.2001.

— *Poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa un polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas*, COM(2006) 136 final, Bruselas, 22.3.2006.

COMISIÓN EUROPEA: *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas*, COM(2011) 681 final, Bruselas, 25.10.2011.

— *Directrices sobre la presentación de informes no financieros (Metodología para la presentación de información no financiera)* (2017/C 215/01), DOUE C215, 5.7.2017.

— *Adquisiciones sociales: una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas (2ª edición)*, C 237, DOUE 18.6.2021.

CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Informe VI: La promoción de empresas sostenibles*. Ginebra, 2007.

DAVIS, K.: «Can business afford to ignore social responsibilities?». *California Management Review*, vol. 2, núm. 3 (1960).

— «Case for and against business assumption of social responsibilities». *The Academy of Management Journal*, vol. 16, núm. 2 (1973).

ESTEBAN LEGARRETA, R., ROJO TORRECILLA, E.: «Responsabilidad social empresarial y colectivos desfavorecidos» VVAA (Coords. Fernández Amor, J.A., Gala Durán, C.): *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ RIQUELME, S.: «Lo pequeño puede ser bello. La economía social de E.F. Schumacher». *La Razón Histórica*, nº 38 (2018).

FUNDACIÓN ONCE, GLOBAL REPORTING INITIATIVE: *La discapacidad en los informes de sostenibilidad. Elaboración de informes empleando los estándares GRI (Global Reporting Initiative)*, 2019.

FUNDACIÓN ONCE, KPMG: *Reporte de información no financiera y discapacidad en la Unión Europea. Un análisis exhaustivo del caso de España*, 2021.

FUNDACIÓN ONCE, KPMG, GLOBAL REPORTING INITIATIVE: *Disability in sustainability reporting. Updated guide. Aligning disability reporting with the GRI Universal Standards 2021*, 2023.

GOND, J.P.: «Introduction to the new edition» BOWEN, H.R.: *Social responsibilities of the businessman*, University of Iowa Press, Iowa, 2013.

GRUPO INDITEX: *Memoria Anual 2022*.

GRUPO REPSOL: *Informe de gestión integrado 2022*.

- LLANO, A.: «Responsabilidad y humanismo en la empresa actual». *Cuadernos Empresa y Humanismo*, núm. 116 (2011).
- MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL- INSTITUTO DE CONTABILIDAD Y AUDITORÍA DE CUENTAS: *Guía informativa sobre la aplicación de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad*, 2021.
- NACIONES UNIDAS: *Informe de la cumbre mundial sobre desarrollo social*, Copenhague, 6 a 12 de marzo de 1995, A/CONF.166/9, 19.4.1995.
- *Informe de la cumbre mundial sobre el desarrollo sostenible*, Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002, Nueva York, 2002.
- OECD: *Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales sobre conducta empresarial responsable*, OECD Publishing, Paris, 2023.
- PARLAMENTO EUROPEO: *Resolución de 6 de febrero de 2013, sobre responsabilidad social de las empresas: comportamiento responsable y transparente de las empresas y crecimiento sostenible (2012/2098(INI))*, DOUE C24, 22.1.2016.
- RENNAUT, A.: «Corporate social responsibility in Europe: A chance for social dialogue?». *Corporate social responsibility: Myth or reality? - Labour Education*, 2003/1, No. 130, International Labour Office, Geneva (2003).
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Capítulo V: El mercado de trabajo de las personas con discapacidad» VVAA (Dir. Romero Ródenas, M.J.): *Libro Blanco sobre empleo y discapacidad*. Real Patronato sobre Discapacidad. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, Madrid, 2023.
- SAGE *brief guide to corporate social responsibility*. SAGE Publications, Los Ángeles-London, 2012.
- SALAS FUMÁS, V.: «¿El final de la responsabilidad social empresarial? Comentario a la Directiva europea sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad». *Documentos de trabajo y notas técnicas*, Funcas (marzo 2022).
- SCHUMACHER, E.F.: *Lo pequeño es hermoso*, Hermann Blume, Madrid, 1990.
- THE GLOBAL COMPACT: *Who cares wins. Connecting financial markets to a changing world (Recommendations by the financial industry to better integrate environmental, social and governance issues in analysis, asset management and securities brokerage)*. Swiss Federal Department of Foreign Affairs-United Nations, 2004.
- UNITED NATIONS: *Report of the world commission on environment and development: Our common future*, A/42/427, 1987.

VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: «El contenido social y laboral de la ESG: un comentario preliminar sobre la sostenibilidad social en la actividad económica empresarial» VVAA (Coords. Paz Arias, J.M., Delgado Arrabal, M.L.): *Estudios jurídicos sobre sostenibilidad: Cambio climático y criterios ESG en España y la Unión Europea*. Aranzadi, Cizur Menor. 2023.

WEBER, T.: *High Level Group on industrial change presents interim report*, 27.5.1998.

WICKERT, C., RISI, D.: *Corporate social responsibility*. Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

CAPÍTULO IX

MEDIDAS PARA LA INSERCIÓN LABORAL DE LAS MUJERES CON DISCAPACIDAD

RAQUEL POQUET CATALÁ

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia*

1. INTRODUCCIÓN

Según datos del Instituto de la Mujer, un 60% de las personas con discapacidad son mujeres. Además, el último informe publicado por el INE sobre “Empleo de personas con discapacidad”¹ permite observar que, aunque aparentemente se muestra una tasa de empleo entre hombres y mujeres con discapacidad paritaria, sin embargo, la tasa de actividad de las personas con discapacidad muestra una diferencia importante de las mujeres, con un porcentaje del 43,9% frente al de los hombres con un 56,1%. Este dato muestra que el volumen de mujeres con discapacidad que se encuentran fuera del mercado laboral es considerable.

El Informe de la Fundación ADECCO² manifiesta de forma clara el descenso de la contratación de personas con discapacidad en el año 2020, por efecto, sin duda, de la crisis sanitaria. Pero, además, el informe del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), “Derechos humanos y discapacidad”³, señala expresamente que la pandemia ha afectado en mayor medida a las mujeres con discapacidad. En cierta forma, tiene sentido si se tiene en cuenta que la crisis sanitaria del COVID-19 afectó especialmente a la hostelería, turismo, enseñanza y comercio.

Por tanto, las mujeres con discapacidad tienen una tasa de empleo mucho más baja en comparación con las mujeres sin discapacidad, y también una tasa de actividad muy inferior a la de las mujeres sin discapacidad y a la de los hombres con discapacidad.

1 Disponible en <https://www.ine.es/prensa/epd_2021.pdf>

2 Disponible en <<https://fundacionadecco.org/informes-y-estudios/el-empleo-de-las-personas-con-discapacidad/>>

3 Disponible en <<https://back.cermi.es/catalog/document/file/72mwb-derechos-humanos-y-discapacidad.-informe-espana-2022---accesible.pdf>>

Aunque en estos últimos años, se ha producido un avance en los derechos de las personas con discapacidad, en este ámbito, la brecha entre mujeres y hombres se ha ampliado. Se genera un importante obstáculo en relación con sus posibilidades de acceso al empleo, especialmente, teniendo en cuenta los prejuicios sociales y culturales que existen al respecto, llevando al extremo de padecer exclusión social.

Para ello, la Administración impulsa y fomenta su inserción a través de diversos programas y medidas. Todo ello con el fin de conseguir la autonomía personal y plena integración social.

2. CONCEPTUALIZACIÓN

Delimitar el término de “discapacidad”, “diversidad funcional”, o “minusvalía”, entre otros, es sustancial, pues, como es sabido, el lenguaje ha contribuido históricamente a la discriminación de determinados colectivos socialmente vulnerables como son, singularmente, las personas que presentan una discapacidad.

Debe manifestarse, en primer lugar, que el término “minusválido” o “minusvalía” se encuentra obsoleto y fuera del uso social por considerarse que tiene unas connotaciones negativas y discriminatorias. En el mismo sentido, con el término “disminuido” o “persona disminuida”, que, sin embargo, aún se recoge en el art. 49 CE cuando hace referencia a “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”. De igual forma, el término “discapitado”, el cual identifica la discapacidad con la persona, lo cual favorece una estigmatización social de este colectivo de personas⁴.

La OMS define la discapacidad como la restricción o ausencia, debido a una deficiencia, de la capacidad para realizar una actividad dentro del margen que se considera normal para un ser humano. En 1980 publicó la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías, donde se establece una clara relación entre deficiencia, discapacidad y minusvalía. Según esta la “deficiencia” es “toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica”; por su parte, la “discapacidad” supone “toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano”; mientras que la “minusvalía” hace referencia a aquella “situación desventajosa para un individuo determinada consecuencia de una deficiencia o una discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol que es normal en su caso (en función de su edad, sexo o factores sociales y culturales)”⁵.

No obstante, esta clasificación recibió críticas por considerarla unidimensional y el predominio de una perspectiva negativa centrada en las deficiencias de la persona. Por ello, en 2001 hizo pública una nueva versión de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías, la CIDDM-2, denominada “Clasificación Internacional de Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud” (CIF). Esta segunda clasificación ofrece un lenguaje unificado y estandarizado. A diferencia de la anterior que se basaba en las consecuencias de las enfermedades, esta segunda se basa en los componentes de la salud.

4 MONTROYA MEDINA, D.: «Discapacidad y género: el reto del empleo» VVAA (Dir. Montoya Medina, D.): *Medidas para la inserción laboral de mujeres con discapacidad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 32.

5 OMS: *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías, Manual de Clasificación de las consecuencias de la enfermedad*. IMSERSO Madrid, 1980, pág. 62.

Así define la discapacidad “para denominar a un fenómeno multidimensional, resultado de la interacción de las personas con su entorno físico y social”⁶. La discapacidad es un “término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una condición de salud) y sus factores contextuales (factores ambientales y personales)”⁷.

Así, la discapacidad, no era otra cosa que la falta de la capacidad para realizar algo, que el resto de los integrantes del grupo social podían hacer sin necesitar apoyo y que era, hasta cierto punto, considerado vital.

Este término planteó diversos problemas, especialmente en relación con la incorporación de la persona con discapacidad a la sociedad, lo cual marcó el inicio del reconocimiento de sus capacidades como ser. Sin embargo, trajo consigo la necesidad de romper estereotipos y emprender una lucha no solo a nivel social, sino a nivel legal también.

En el 2001, tomando en cuenta la necesidad de un nuevo planteamiento resultado de una construcción socializada, la OMS publicó la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF). En ella, esta organización revaloriza las expresiones que se utilizaron hasta la fecha e incorpora conceptos, estándares y métodos que consideran la discapacidad en términos globales, relacionándola con una interacción multidireccional entre la persona y el contexto socio-ambiental en el que se desenvuelve⁸.

Con el fin de evitar estos prejuicios se ha abogado por utilizar el término “personas con discapacidad”, término utilizado por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU, de 13 de diciembre de 2016. Esta expresión es más inclusiva y no tiene efectos estigmatizantes, al favorecer la inclusión y la igualdad entre las personas con discapacidad y las personas sin discapacidad. También es utilizado este vocablo por la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; y por la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud de la OMS⁹. A nivel nacional es utilizado por el RD 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.

En este sentido, el art. 1 Convención ONU define a las personas con discapacidad como “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Como un tipo específico de las personas con discapacidad, el art. 6 c) RDL 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, define las “personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo” como aquellas personas

6 OMS: *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*. CIF, Madrid, 2001, pág. 262.

7 OMS: *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*. CIF, Madrid, 2001, pág. 231.

8 SAMANIEGO DE GARCÍA, P.: *Aproximación a la realidad de las personas con discapacidad en Latinoamérica*. Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, Madrid, 2006.

9 Disponible en <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43360/9241545445_spa.pdf>

con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental, con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%; así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%.

Sin embargo, en los últimos años se está utilizando otro término mucho más inclusivo que evita hacer referencia a la expresión “discapacidad”, que es el de “personas con diversidad funcional”. Esta dicción es, a diferencia de las anteriores, mucho más neutra e inclusiva, ya que no hace referencia alguna a limitaciones o minusvalías, sino que se enfoca hacia un aspecto mucho más integrador, como es la diversidad funcional. Es decir, con este término se favorece que la persona no sea socialmente percibida como un individuo que tiene su capacidad de actuación limitada o restringida, sino como un sujeto capaz de desempeñarse igual que el resto, aunque lo haga con procedimientos, técnicas o instrumentos de apoyo que no precisan aquellos.

En definitiva, con esta expresión se aboga por una perspectiva más positiva poniendo el énfasis en las diferentes capacidades, aptitudes y habilidades de la persona y no en sus limitaciones. Además, con el término “personas con diversidad funcional” se evita la clasificación binaria de las personas entre personas con capacidad y personas con discapacidad, abogando por un modelo mucho más integrador e inclusivo donde tienen cabida una gran diversidad de personas¹⁰.

Este vocablo, según el Foro de Vida Independiente y Diversidad (2005), va referido a la diferencia de funcionamiento de una persona al realizar las tareas habituales (moverse, leer, comunicarse, relacionarse, etc.) de manera diferente a la mayoría de la población. Este término se ajusta a una realidad en la que una persona funciona de manera diferente en comparación con la mayoría de la sociedad. Tiene en cuenta la diferencia de la persona y la falta de respeto de las mayorías, que en sus procesos sociales y en su entorno, no tienen en cuenta esta diferencia.

Se aboga por el término “diversidad funcional” como la primera denominación en la historia que carece de un carácter negativo, ya que pone énfasis en la diferencia o diversidad, valores que enriquecen y engrandecen a la sociedad actual. La diversidad funcional, en lugar de partir de una insuficiencia, lo hace desde una originalidad, potencialmente creativa y enriquecedora, reclamando un cambio de visión¹¹.

De cualquier forma, un sector doctrinal¹² considera que el término “diversidad funcional” es eufemístico, y lleva a confusión y desdibuja, en cierta forma, la realidad social y las necesidades de las personas con discapacidad. En realidad, considero también, que, aunque esta expresión pretende dar una visión más integradora y positiva, resulta, en cierta forma, imprecisa y vaga, ya que el citado punto de vista positivo tiene un efecto colateral que conlleva a minusvalorar la importancia que se merece este colectivo y su debida consideración social, especialmente, en todas las necesidades que requieren para su correcta integración. Es decir, este vocablo conduce a ser relacionado con la idea de

10 LOZANO, J.: «¿Diversidad funcional o discapacidad?». Disponible en <<https://vivva.es/diversidad-funcional-discapacidad/>> [blog], 2019

11 LÓPEZ MAINIERI, W.: «Discapacidad o diversidad funcional: ¿quién decide?». *Autonomía Personal*, núm. 24 (2019), pág. 36.

12 MONTROYA MEDINA, D.: «Discapacidad y género: el...», cit., pág. 35.

que estas personas no cuentan con ninguna limitación y, por consiguiente, no necesitan ninguna tutela especial. El término “diversidad funcional” puede resultar muy polémico ya que puede conducir a un incremento de la invisibilidad del grupo y a generar una gran confusión e inseguridad jurídica. Esto, finalmente, provoca una rebaja en la protección del colectivo que sigue siendo necesaria en muchas ocasiones.

De hecho, como se ha indicado, las normas internacionales y comunitarias utilizan el término “personas con discapacidad” y no “personas con diversidad funcional”.

3. SISTEMAS PARA LA ATENCIÓN A LA DISCAPACIDAD

A la hora de establecer un modelo de tratamiento de la discapacidad existen, básicamente, dos sistemas, el individualista, y el social, aunque cada uno de ellos posee diferentes variables.

Por un lado, el modelo individualista centra su atención en la persona, de tal forma que el problema de la discapacidad se vincula al individuo, ya sea en forma de tragedia o de enfermedad. Dentro de este sistema se subdiferencia el modelo moral o religioso y el médico o rehabilitador.

El modelo individualista moral o religioso es el más antiguo, y se basa en considerar la discapacidad a partir de creencias religiosas, de tal forma que el padecimiento de enfermedades se explica en base a las fuerzas espirituales. Se consideraba que la discapacidad era un castigo de los dioses por un pecado cometido, y, en este contexto, la persona con discapacidad era considerada como inútil, como un ser improductivo y prescindible respecto del cual no había ningún otro tipo de actuación diferente que no fuera la aceptación resignada¹³.

Asimismo, dentro de este modelo se ha diferenciado entre el submodelo eugenésico y el de marginación. El eugenésico se basa en la aplicación de políticas eugenésicas, mientras que en el de marginación, la medida a adoptar es apartar de la sociedad a la persona con discapacidad, la cual es directamente marginada. Ambos modelos se basan, en el fondo, en equiparar a la persona con discapacidad “como un animal salvaje. Las malformaciones y deficiencias determinan la consideración de la persona con discapacidad como un monstruo, que debe ser expulsado de la sociedad. La deformidad y la deficiencia se consideran una expresión de desorden y, por tanto, de algo antinatural, malo, feo y enfermo; y también, en otras culturas tradicionales, como signo de alejamiento de Dios, como desgracia o castigo divino. La consecuencia es la negación de la condición de persona y su exclusión o supresión, bien mediante su desaparición física, bien apartándola de la vida social”¹⁴.

Por su parte, el modelo médico o rehabilitador, surge con el auge de las ciencias médicas, bajo el cual se adaptan las primeras normas internacionales en materia de discapacidad. Este modelo sitúa las causas de la discapacidad en el campo científico o médico, abandonando la idea de que la discapacidad pueda tener su origen en la religión, y cataloga a las personas con discapacidad como enfermas, lo cual significa que no son

13 AGUADO DÍAZ, A.: *Historia de las deficiencias*. Escuela Libre Editorial-Fundación ONCE, Madrid, 1995, pág. 32.

14 PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Cinca, Madrid, 2008, pág. 37.

objeto de marginación o exclusión, sino que se busca su rehabilitación o medicalización. Por consiguiente, las personas con discapacidad son tratadas como un animal doméstico, produciéndose dicha domesticación diagnóstica y terapéutica a través de las ciencias médicas, especialmente a través de la psiquiatría en el caso de la discapacidad intelectual. Así, “la persona con discapacidad deja de ser excluida del mundo humano y adquiere la categoría de ser humano, pero enfermo. Frente a la exclusión prima ahora la reclusión o domesticación de la persona con discapacidad”¹⁵.

Como contrapartida a los modelos individualistas, surge el social, el cual se construye a partir de la lucha que inician las propias personas con discapacidad en defensa de sus derechos. Este modelo representa un ideal a alcanzar, siendo el modelo que se ha trasladado al plano jurídico, concretamente en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El modelo social parte de la premisa de que la discapacidad no está tanto en las limitaciones que puede tener un individuo, sino más bien en el modo en cómo la sociedad garantiza el acceso de las personas con discapacidad a bienes e instituciones sociales. Por consiguiente, la discapacidad no es una cualidad de la persona o un atributo natural, sino el producto de construcciones sociales que dan lugar a situaciones de exclusión y de discriminación.

De esta forma, el sistema social aboga por actuar en el entorno que es el que impone determinados patrones sociales de actuación a las personas con discapacidad. Si es la sociedad la que con sus barreras crea la discapacidad, no debería ser la persona con discapacidad la que se adapte a la sociedad, sino que es la sociedad la que debe modificar sus estructuras para conseguir la plena participación de las personas con discapacidad. Y, en este ámbito, los poderes públicos son los que tiene un papel fundamental.

Además, este modelo rechaza la asociación de la discapacidad con la enfermedad, considerando que “las personas con discapacidad no carecen de capacidades, sino que funcionan de una manera que no es la habitual; las personas con discapacidad pueden desempeñar las mismas funciones que cualquier persona, pero lo hacen de un modo distinto al que se considera como usual: no carecen de nada, simplemente, pueden hacer lo mismo que cualquiera pero de un modo un tanto diferente”¹⁶.

Este sistema se basa en considerar a la persona con discapacidad como sujeto de derechos, y la discapacidad no es entendida como una condición personal, sino como una situación en la que se encuentran las personas como resultado de la interacción de estas con deficiencia y barreras debidas a la actitud y el entorno. Por ello, este modelo social postula la necesidad de adoptar una serie de políticas normativas de atención a la discapacidad basadas, entre otras, en políticas públicas que hagan que las personas con discapacidad se convierten en sujetos con derechos, lo que exige la superación de las barreras sociales y políticas que impiden su participación activa en la sociedad.

15 SEOANE, J.A.: «¿Qué es una persona con discapacidad?». *Ágora-Papeles de Filosofía*, núm. 30/1 (2011), pág. 144.

16 FERREIRA, M.A.: «De la minus-valía a la diversidad funcional: un nuevo marco teórico-metodológico». *Política y Sociedad*, núm. 1 (2010), pág. 58.

4. MARCO NORMATIVO

4.1. Normas reguladoras

A nivel internacional destaca, en primer lugar, la Convención Internacional de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006¹⁷. Esta Convención, calificada como el primer tratado internacional del S. XXI sobre derechos humanos, tiene como fin proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Por Decisión 2010/48/UE, esta Convención, forma parte, además, del ordenamiento comunitario.

La Convención, en el indicado fin de protección de los derechos humanos, considera que los “derechos humanos” son todos aquellos que pretende promover y asegurar a las personas discapacitadas para garantizar su ejercicio en iguales condiciones que el resto de las personas. Pretende, en definitiva, garantizar que las personas con discapacidad disfruten de sus derechos individuales en iguales términos que las personas sin discapacidad.

Esta Convención ha cambiado el paradigma en torno a la consideración de las personas con discapacidad en el sentido de que han dejado de ser meras beneficiarias de la asistencia social, para pasar a ser un colectivo de personas con derechos, y con protagonismo en el diseño de los programas y políticas públicas. Representa una respuesta internacional a la necesidad de eliminar toda forma de discriminación social, normativa e institucional de las personas con discapacidad¹⁸. Y uno de los objetivos fundamentales de esta Convención es, sin duda, la inserción laboral de las mujeres con discapacidad.

De hecho, la Agenda 2030, recoge en su ODS núm. 12 la necesidad de reducir la desigualdad por motivos de discapacidad y la importancia de su incorporación al mercado de trabajo, todo ello como instrumento para combatir la pobreza y la exclusión social.

En este sentido, el art. 3 Convención recoge en sus apartados b), c), e) y g) los principios de “participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad”, el de “igualdad de oportunidades”, el de “igualdad entre el hombre y la mujer” o la “no discriminación”, entre otros. Esto se relaciona con lo recogido por nuestra CE en su art. 9.2 que hace referencia a la importancia de alcanzar una sociedad con participación plena y efectiva de las personas en igualdad de condiciones.

El art. 27 Convención recoge un grupo de mandatos normativos relativos al trabajo y el empleo de las personas con discapacidad. Así, hace referencia a la interdicción de la discriminación en el empleo, el acceso a programas de orientación técnica y vocacional, a la formación profesional y continua, la promoción del empleo en el sector público y el privado, el trabajo por cuenta propia, las medidas de inserción en el mercado de trabajo y las de apoyo para la búsqueda, orientación y retorno al empleo, las acciones formativas, y las de promoción de la adquisición de experiencia profesional, entre otras.

Pero, además, la Convención, siendo consciente de la situación de desventaja en la que se encuentran las mujeres con discapacidad en el mercado de trabajo en relación con los hombres, subraya, en su apartado s) del preámbulo, la necesidad de incorporar la perspectiva de género en todas las acciones destinadas a promover el pleno disfrute

¹⁷ Fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007.

¹⁸ MONTÓYA MEDINA, D.: «Discapacidad y género: el...», cit., pág. 39.

de los derechos y libertades fundamentales por parte de las personas con discapacidad. Especialmente se hace hincapié en el reforzamiento de los mecanismos de tutela de las mujeres con discapacidad en el acceso al mercado de trabajo y su mantenimiento.

A nivel comunitario, con el Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, se modifica el art. 13 TCEE (actual art. 19 TFUE) introduciendo una referencia expresa a la discriminación por discapacidad. Posteriormente, en 2000, se adopta la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹⁹, así como el programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006). Asimismo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁰ prohíbe en su art. 21 toda discriminación por razón de discapacidad. Concretamente, recoge este precepto que “se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”. Este precepto supuso un avance considerable al contemplar de forma expresa la “discapacidad” como posible situación de discriminación.

Asimismo, el art. 26 Carta de Derechos Fundamentales reconoce el derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.

Posteriormente, se aprueba el Reglamento (CE) 1107/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo, donde se recogen normas de protección y asistencia para las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo.

Asimismo, como se ha indicado, en 2007, la UE firma la Convención de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad.

A nivel nacional, se aprueba, en primer lugar, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI). Posteriormente, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU), y el RD Legislativo 1/2013, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Esta última realiza una refundición y armonización de lo establecido en las dos normas predecesoras, junto con la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

El RD Legislativo 1/2013 supuso así la consagración de un modelo donde las personas con discapacidad son auténticos sujetos de derechos, reconociéndose desde el derecho a la igualdad de oportunidades, al derecho a la protección de la salud, a la educación, a la vida independiente, a la protección social, o al trabajo, entre otros.

También es importante la Ley 3/2023, de 28 de febrero, Ley de Empleo, la cual está relacionada con el cumplimiento de la Reforma 5 “Modernización de políticas activas de empleo” del Componente 23 “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo

19 De 27 de noviembre.

20 De 18 de diciembre de 2000.

dinámico, resiliente e inclusivo” incluido en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Esta Ley de Empleo recoge, entre los colectivos vulnerables de atención prioritaria, las personas con discapacidad (reconociendo como personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo a las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental, con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%; así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%); o las personas con capacidad intelectual límite.

Por último, el RD Legislativo 1/2023 introduce determinados cambios que persiguen, por una parte, simplificar el sistema de incentivos y aumentar su eficacia y, por otra, impulsar la contratación indefinida y el mantenimiento del empleo estable y de calidad de las personas y colectivos considerados vulnerables o de baja empleabilidad, y, excepcionalmente, que tales medidas puedan tener por objeto la contratación temporal limitada a incentivar el tránsito de las situaciones formativas en prácticas o mediante contrato laboral, en contratos indefinidos, así como la contratación temporal directamente vinculada a la conciliación familiar y laboral.

Las personas destinatarias de la contratación laboral incentivada se clasifican en dos grupos. Por un lado, las personas de atención prioritaria que figuren registradas en los servicios públicos de empleo como demandantes de empleo en situación laboral de desempleadas. Por otro lado, las personas que, en los supuestos previstos en el propio RD Legislativo, vean transformados sus contratos en indefinidos; o mejorada su contratación por conversión de contratos indefinidos a tiempo parcial en indefinidos a tiempo completo, o de contratos fijos discontinuos en indefinidos ordinarios.

4.2. Soft law

Junto a las normas legales, juegan un papel crucial las políticas públicas que se formulan para conseguir la inserción de las personas con discapacidad, especialmente, cuando se trata de mujeres. En este contexto, podemos encontrar tanto iniciativas estatales, como autonómicas y locales dirigidas a favorecer la inserción laboral de las mujeres con discapacidad, siendo los poderes públicos los ejes para que dichas medidas se hagan realidad.

De cualquier forma, no debe olvidarse el papel de la negociación colectiva, la cual, en el fomento de la inserción laboral de las mujeres con discapacidad, presta especial atención a aquellos sectores donde existe mayor índice de ocupación femenina.

El marco de todas estas políticas se halla en la citada Estrategia Europea sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2021-2030, que fija el marco base de las políticas públicas y los ejes sobre los que deben girar. Su antecedente lo constituye la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020²¹, la cual establece un marco de acción a escala europea y nacional para abordar las situaciones de hombres, mujeres y niños con

21 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras» (COM/2010/0636 final).

discapacidad, con el fin de capacitarles para que puedan disfrutar de todos sus derechos y beneficiarse de una participación en la sociedad.

La Estrategia Europea sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2021-2030, la cual, basándose en la anterior, pretende avanzar hacia una situación en la que, con independencia de su sexo, origen racial o étnico, religión o creencias, edad u orientación sexual, todas las personas con discapacidad en Europa puedan hacer valer sus derechos humanos; disfruten de igualdad de oportunidades y de participación en la sociedad y la economía; puedan decidir dónde, cómo y con quién viven; puedan circular libremente en la Unión, independientemente de sus necesidades de ayuda y no sufran discriminación. Además, esta Estrategia tiene en cuenta la diversidad de las discapacidades, entre las que cabe mencionar las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, que, a menudo, resultan invisibles.

No obstante, cabe destacar que esta Estrategia, vinculada íntimamente a la Agenda 2030, no contiene ninguna medida específica dirigida a la lucha contra la exclusión social de las mujeres con discapacidad. Sin embargo, dentro de los ODS se recogen diferentes objetivos que tienen como fin la inclusión social de las mujeres con discapacidad, como el 10.2 que establece “potenciar y promover la inclusión social, económica y política de todas las personas, independientemente de su edad, sexo, discapacidad, raza, etnia, origen, religión o situación económica u otra condición”.

A nivel nacional, el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, de 27 de abril de 2021, no contempla tampoco ninguna medida específica para la inserción laboral de las mujeres con discapacidad, ni siquiera, para las personas con discapacidad en general, pero sí contiene algunas previsiones específicas para el empleo de las mujeres. Así, el componente 22, titulado “Plan de Choque para la economía de los cuidados y refuerzo de las políticas de inclusión”, tiene como fin, entre otros, “proteger y cuidar a las mujeres con discapacidad de la violencia machista”, y el componente 23 del plan “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo” tampoco recoge previsiones específicas para las personas con discapacidad.

Por otro lado, la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024²² sí recoge medidas para la inserción laboral de las personas con discapacidad. Como es sabido, la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo constituye uno de los instrumentos de coordinación del Sistema Nacional de Empleo, junto con los Planes Anuales de Política de Empleo, y el Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo.

La Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, aunque no contiene un paquete de medidas específicas de activación del empleo de las personas con discapacidad, sí prevé modificaciones legislativas puntuales dirigidas a facilitar el empleo de ciertos colectivos dentro de la población con discapacidad.

Como desarrollo, el RD 818/2021, de 28 de septiembre, regula los programas comunes de activación del empleo, los cuales vienen definidos en su art. 2.1 como “un conjunto de medidas dirigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas, al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas y al fomento del espíritu empresarial

22 Aprobado por RD 1069/2021, de 4 de diciembre.

y de la economía social, desarrolladas y ejecutadas por los servicios públicos de empleo como acciones concretas y puntuales de activación o reactivación para el empleo respecto de personas y colectivos prioritarios, de acuerdo con las circunstancias del mercado de trabajo y las disponibilidades presupuestarias para su realización”.

Entre estos programas se recoge un programa de inserción laboral de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo; y un programa de inclusión laboral de personas con discapacidad en el mercado de trabajo protegido.

Junto a esto programas de activación del empleo que tienen carácter estatal, las comunidades autónomas, en el ejercicio de sus competencias en políticas activas de empleo, pueden regular programas para el fomento del empleo.

5. MEDIDAS PARA LA INTEGRACIÓN LABORAL DE LAS MUJERES CON DISCAPACIDAD

5.1. Cuota de reserva

La cuota de reserva es una medida que fue incorporada por la Ley 13/1982. El art. 42.1 RD Legislativo 1/2013 exige que todas las empresas, públicas y privadas, que ocupen un número de personas trabajadoras igual o superior a 50, que el 2% de su plantilla sean personas trabajadoras con discapacidad, con independencia del número de centros de trabajo que tenga la empresa y cualquiera que sea la modalidad de contrato laboral que vincule a las personas trabajadoras con la empresa.

Esta medida, como se ha indicado, se aplica tanto a las empresas privadas como a las entidades públicas. Pero cuando se trata de acceso al empleo público con la Administración, a través de las ofertas de empleo público, el art. 59.1 EBEP exige reservar en dichas ofertas un 7% de las vacantes a personas con discapacidad.

Ambas previsiones tienen su fundamento en el art. 49 CE que exige a los poderes públicos una política de “prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”. Ante su eventual duda de inconstitucionalidad, el TC²³ ya se ha pronunciado señalando que esta cuota de reserva para personas con discapacidad para las empresas privadas que superen la plantilla de 50 personas trabajadoras es constitucional en base a que la igualdad material resulta un bien jurídico tutelado por la CE, y que la efectividad de esta, en ocasiones, solo puede garantizarse atemperando la igualdad formal ante la ley.

23 STC 269/1994, de 3 de octubre, que señala que “no siendo cerrado el elenco de factores diferenciales en el art. 14 CE es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación. Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 OIT) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas. De ahí, la estrecha conexión de estas medidas, genéricamente, con el mandato contenido en el art. 9.2 CE, y, específicamente, con su plasmación en el art. 49 CE (...) Por ello no resulta admisible un argumento que tiende a ignorar la dimensión social del problema y de sus remedios, tachando a estos de ilegítimos por su impacto desfavorable, sobre sujetos individualizados en los que no concurren los factores de discriminación cuyas consecuencias se ha tratado de evitar”.

Esta cuota de reserva del 2% constituye, sin duda, una medida que más exigente y rigurosa es en la creación de puestos de trabajo para personas con discapacidad, puesto que impone obligatoriamente a las empresas que tengan una plantilla igual o superior a 50 personas trabajadoras a contratar a personas con discapacidad. Las subvenciones y las bonificaciones, sin embargo, no tienen ese carácter impositivo, puesto que son voluntarias para las empresas en el sentido de que no se obliga a ninguna empresa a contratar a personas con discapacidad, sino que, en este caso, son bonificaciones y subvenciones que tienen un carácter de fomento.

De cualquier forma, cabe señalar que, en la práctica, no siempre se cumple con esta previsión legal²⁴. Prueba de ello es la existencia de expedientes sancionadores de la Administración Laboral, iniciados por la Inspección de Trabajo, frente a empresas que se muestran reacias a aplicar esta exigencia normativa. Muchas empresas evitan la contratación de personas con discapacidad por desconfiar de su aptitud y desconocer realmente el potencial laboral de este colectivo. También por temor a una ralentización de la producción por su presumible menor rendimiento, y a un mayor índice de absentismo por razón de su discapacidad²⁵.

Además, la previsión normativa del art. 42 RD Legislativo 1/2013 plantea algunos interrogantes. De hecho, la Inspección de Trabajo aprobó un Criterio Técnico 98/2016, de 24 de junio, sobre actuaciones en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, que trata de disipar las dudas interpretativas de dicho precepto.

En primer lugar, se ha planteado si, en las empresas que formen parte de un grupo de empresas, el número de personas trabajadoras sobre el que se debe aplicar la cuota del 2% se deben computar respecto del grupo en su conjunto o respecto de cada empresa que forma parte del mismo de forma individual. Si atendemos a la literalidad del art. 42.2 RD Legislativo 1/2013, este precepto no hace referencia a los grupos, sino que únicamente se refiere a “empresas públicas y privadas”, por lo que se deduce que el cómputo de la plantilla se debe hacer sobre cada empresa, con independencia de que pertenezca o no a un grupo. El Criterio Técnico 98/2016 también se pronuncia en esta misma dirección, pues como la finalidad de la medida es que se incorporen personas trabajadoras en las empresas, si se entendiese que el cómputo lo es en relación con el grupo, este podría decidir en qué empresas del grupo se incorporarían y en cuales no, de tal forma que podrían existir empresas que no tuviesen a ninguna persona con discapacidad.

En segundo lugar, se ha discutido cómo debe realizarse el cómputo de la plantilla. El art. 42.1 RD Legislativo 1/2013 hace referencia a que el cómputo lo sea “cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincula a los trabajadores de la empresa”, es decir, con independencia del tipo de contrato que tengan las personas trabajadoras con la empresa, y con independencia de si se trata de un contrato indefinido o temporal, o

24 LAMARCA, I.: «El papel de la sociedad en la integración de las personas con enfermedad mental», *Norte de Salud Mental*, núm. 34 (2009), pág. 36; GIL Y GIL, J.L.: «Protección jurídico-laboral de las personas con discapacidad». *Anuario Facultad de la Universidad de Alcalá*, V (2012), pág. 32.

25 CASTRO MEDINA, R.: «Discapacidad, género e inclusión laboral. Incentivos sociolaborales para el autoempleo y el emprendimiento en Andalucía». *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 4 (2022), pág. 229; OCAÑA MALO, M.A.: «Discriminación salarial y discapacidad: de los datos a la política de empleo», MILLÁN CALENTI, J.C.: *Inclusión socio-laboral y envejecimiento en las personas con discapacidad intelectual*. Instituto Gallego de Iniciativas Sociales y Sanitarias, La Coruña, 2003, pág. 340.

de si es a jornada completa o a tiempo parcial. No obstante, cuando se trata de personas trabajadoras temporales, cabe diferenciar según tengan un contrato de duración superior o inferior a un año. En este sentido, cuando tengan un contrato superior a un año computan como si fueran personas fijas de plantilla. Cuando tengan un contrato inferior a un año, se computan según el número de días trabajados en el periodo de referencia, de tal forma que cada 200 días o fracción computa como una persona trabajadora más, sin que el cociente nunca pueda ser superior al número de personas trabajadoras temporales que se computan.

Por otro lado, en relación con las personas trabajadoras cedidas por empresas de trabajo temporal, cabe entender que como dichas personas trabajadoras no están contratadas por la empresa usuaria ni forman parte de su plantilla, no computarían.

En tercer lugar, en cuanto al periodo a tener en cuenta para determinar si se alcanza o no el umbral de 50 personas trabajadoras, hay que estar a las previsiones reglamentarias establecidas por la disposición adicional 1ª RD 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de las personas trabajadoras con discapacidad. De esta forma, podría pensarse que el cómputo se realiza en relación al número de personas trabajadoras que cuenta la empresa en un momento determinado, pero dado que lo habitual es que la plantilla de cualquier empresa tenga oscilaciones y cambios en el número de personas trabajadoras, el precepto exige, para hacer el cómputo, tener en cuenta el promedio de personas trabajadoras contratadas en la totalidad de los centros de trabajo durante los 12 meses anteriores.

En cuarto lugar, en cuanto al momento en que debe efectuarse el cómputo de dicho periodo de 12 meses a efectos de establecer si la empresa queda obligada o no a tener la citada cuota, la disposición final 1ª RD 364/2005, únicamente indica “los doce meses anteriores”, sin precisar el dies a quo, es decir, el momento a partir del cual deben computarse dichos 12 meses. Según el Criterio Técnico 98/2016, se establece que se trata de una obligación “constante, variable y viva en su aplicación”, por lo que cabe entender que la empresa debe efectuar dicho cómputo con regularidad, especialmente, cuando existan incrementos de plantilla.

En quinto lugar, se plantea cómo se aplica el porcentaje del 2%, es decir, cuando tras determinar que existe obligación de aplicar la cuota de reserva, el cociente que se obtiene es un número con decimales. El Criterio Técnico 98/2016 señala que debe seguirse una interpretación finalista, en el sentido de que si la norma exige aplicar el 2% cuando la empresa tenga “50 o más trabajadores” se pueden despreciar los decimales y aplicar una escala de 50 en 50 personas trabajadoras, de tal forma que, si la empresa cuenta con una plantilla de entre 50 y 99, deberá contratar a una persona trabajadora con discapacidad; si tiene entre 100 y 149, a dos personas trabajadoras, y así sucesivamente.

En sexto lugar, en relación con la acreditación del cumplimiento de la cuota de reserva, se duda de si son o no computables las personas con discapacidad cedidas por una empresa de trabajo temporal. Al respecto, el art. 42.1 RD Legislativo 1/2013 señala que “igualmente se entenderá que están incluidos en dicho cómputo los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal”.

Estas personas trabajadoras cedidas de la ETT además, computan en esta a efectos de acreditar el cumplimiento de la obligación legal, pues así lo indica el Criterio Técnico 98/2016 que señala que “los trabajadores con discapacidad de la empresa de trabajo temporal se computan en la misma en un doble sentido”. Es decir, para la ETT, computan tanto para determinar el número de personas trabajadoras en plantilla a efectos de determinar el nacimiento o no de la obligación legal, como para acreditar que se cumple con la indicada cuota de reserva. Y, para la empresa usuaria, computan únicamente a efectos de acreditar el cumplimiento de la obligación legal.

Por último, cabe indicar que el propio art. 42.1 RD Legislativo 1/2023 prevé una excepción a la obligatoriedad de dicha reserva para personas con discapacidad. El citado precepto establece que la empresa puede quedar exenta de esta obligación, ya sea de forma parcial o total, a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial, o de forma voluntaria por la empresa debidamente comunicada a la autoridad laboral. Para poder acogerse a esta excepción, la empresa debe aplicar una serie de medidas alternativas reguladas en el RD 364/2008²⁶.

De cualquier forma, la empresa requiere, de forma previa, obtener del Servicio Público de Empleo la “declaración de excepcionalidad” (art. 1.3 RD 364/2005). Esta declaración puede concederse cuando concurren los siguientes motivos. Por un lado, cuando la empresa no pueda incorporar a una persona trabajadora con discapacidad por la imposibilidad de los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación de atender a la oferta de empleo presentada, ya sea por la inexistencia de personas demandantes de empleo con discapacidad inscritas en la ocupación indicada, o aun existiendo, no hubieran estado interesadas en las condiciones de trabajo ofrecidas en la oferta (art. 1.2 a RD 364/2005). Esta previsión puede ser utilizada por las empresas diseñando ofertas de trabajo con una condiciones tales que difícilmente sean aceptadas por las personas trabajadoras²⁷. Por otro lado, también es posible aplicar la excepción cuando la empresa acredite la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifiquen una especial dificultad para incorporar a personas trabajadoras con discapacidad en su plantilla (art. 1.2 b RD 364/2005).

Una vez presentada la solicitud de declaración de excepcionalidad por la empresa, el Servicio Público de Empleo debe resolver en el plazo de los dos meses siguientes. El silencio administrativo se entiende como positivo.

En cuanto a las medidas alternativas que la empresa puede implementar a cambio de quedar exenta de la reserva del 2% vienen reguladas en el RD 364/2005, siendo, por un lado, la concertación de un contrato civil o mercantil con un centro especial de empleo o con una persona trabajadora autónoma con discapacidad para “el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier otro tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa que opta por esta medida” o para “la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa”. Por otro lado, otra

26 Para RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía». *Relaciones Laborales*, núm. 1 (2000), pág. 54, la introducción de estas medidas supone un abandono del objetivo principal de la cuota de reserva, que es el fomento del empleo ordinario, amparado por el considerable grado de incumplimiento de la norma.

27 FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «Cuotas de reserva y ajustes razonables para trabajadores con discapacidad en el ámbito laboral ordinario». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 195 (2017), pág. 11.

medida alternativa puede ser la “realización de donaciones y de acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad”, debiéndose realizar dichas donaciones a fundaciones o asociaciones de utilidad pública cuyo objeto social sea la formación profesional o inserción laboral de personas con discapacidad. Por último, también se puede aplicar la medida consistente en la “constitución de un enclave laboral, previa suscripción del correspondiente contrato con un centro especial de empleo”.

Como se observa, la primera medida requiere una oferta de empleo que es desatendida por la imposibilidad de encontrar personas con discapacidad para el puesto de trabajo ofertado; sin embargo, la segunda requiere una causa, ya sea técnica, organizativa o de producción, y su acreditación. De esta forma, para la empresa es más fácil acudir a la primera causa de excepción²⁸.

Además, para evitar posibles elusiones en el cumplimiento de las medidas alternativas, el art. 2.2 RD 364/2005 exige que la empresa aporte un importe mínimo de la inversión necesaria. En el caso de la primera y tercera medida, esto es, la concertación de un contrato civil o mercantil con un centro especial de empleo o con una persona trabajadora autónoma, o la constitución de un enclave laboral, se exige, como mínimo, “tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del dos por ciento”. En el caso de la segunda medida, se exige como mínimo “1,5 veces el IPREM anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del dos por ciento”.

5.2. Subvenciones y bonificaciones

El RD 818/2021 recoge un conjunto de ayudas y subvenciones para fomentar la contratación indefinida de personas con discapacidad, su tránsito desde el empleo en centros especiales de empleo a empresas del mercado ordinario, la adaptación de los puestos de trabajo y la realización de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo a través de preparadores laborales.

5.2.1. Subvenciones por la contratación de personas con discapacidad en el mercado ordinario

En primer lugar, el RD 818/2021 recoge subvenciones para la inserción laboral de personas con discapacidad en el mercado de trabajo ordinario para la contratación por tiempo indefinido de personas con discapacidad. Así el art. 48 diferencia en función de si la persona beneficiaria es una persona con discapacidad o persona con discapacidad con mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo.

El citado art. 48.1 establece en su apartado a) una subvención de 5500 euros para la contratación indefinida inicial o conversión de contrato temporal en indefinido. Y, cuando se trata de una mujer — para la contratación indefinida inicial —, la subvención se incrementa a 6000 euros, con lo que se introduce, de esta forma, la perspectiva de género. Este incremento también se prevé cuando la persona contratada es mayor de 45

²⁸ PÉREZ PÉREZ, J.: *Las excepciones a la cuota de reserva de trabajadores con discapacidad: las medidas alternativas*. Lex Nova, Valladolid, 2015, pág. 7. También STSJ Madrid, sala de lo contencioso-administrativo, de 15 de octubre de 2015, st. núm. 599/2015.

años o pertenece a cualquier otro colectivo vulnerable que determine el Servicio Público de Empleo. Pero en este último caso, el enfoque de género desaparece, ya que esta subvención lo es para cualquier persona con discapacidad con independencia de su sexo.

Por otro lado, cuando la contratación indefinida inicial se celebre con personas con discapacidad con mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo, la subvención es de 7000 euros, incrementándose a 7500 euros si la persona discapacidad es mujer, o bien mayores de 45 años o pertenece a cualquier otro colectivo vulnerable que determine el Servicio Público de Empleo. Tienen la consideración de personas con discapacidad con mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo “las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental o con discapacidad intelectual, incluidas las personas con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento” (art. 5 RD 818/2021). Esta ayuda no contempla la conversión de contratos temporales suscritos con personas con discapacidad con mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo en indefinidos. Además, esta ayuda, aunque incorpora la perspectiva de género, no la mantiene en los supuestos de contratación de personas discapacitadas mayores de 45 años o pertenecientes a colectivos vulnerables.

En tercer lugar, el art. 48.1 b) RD 818/2021 prevé la posibilidad de incrementar las anteriores cuantías hasta 2000 euros cuando la contratación se efectúa por una persona trabajadora autónoma o una cooperativa o sociedad laboral que contrate su primera persona empleada. De esta forma, además de favorecer el empleo de personas con discapacidad, persigue fomentar el emprendimiento y la iniciativa empresarial.

En cuarto lugar, este incremento también se recoge para las personas trabajadoras con discapacidad que procedan de un enclave laboral. El enclave laboral se configura como una subcontratación entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, un centro especial de empleo para realizar obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de la empresa ordinaria y para cuya realización un grupo de personas trabajadoras con discapacidad del centro especial de empleo son desplazadas de forma temporal al centro de trabajo de la empresa ordinaria o colaboradora (art. 1.2 RD 290/2004). De esta forma, se regula una subvención para contratar de forma directa, por cualquier empresa, a aquellas personas trabajadoras con discapacidad que han prestado servicios en su centro de trabajo a través de un enclave laboral, configurando así una transición del empleo protegido en los centros especiales de empleo al empleo ordinario consiguiendo así una integración real en el mercado de trabajo de las personas con discapacidad. En definitiva, con esta subvención se pretende fomentar la transición del empleo protegido en los centros especiales de empleo al empleo ordinario para favorecer una integración real en el mercado de trabajo de las personas trabajadoras con discapacidad, especialmente de aquellas que tengan especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo. Para que se trate de una verdadera transición entre el enclave y la empresa ordinaria, la contratación debe realizarse sin solución de continuidad.

Entre las personas con discapacidad con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo, el RD 290/2004 prevé de forma expresa a las mujeres con discapacidad reconocida igual o superior al 33% (art. 6.2 c) RD 290/2004). Como se observa, vuelve a aparecer la

perspectiva de género, ya que se incluyen a las mujeres entre el colectivo de personas con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo, y se incluyen también en la plantilla que se exige para ser un centro especial de empleo, pues el art. 6.1 RD 290/2004 exige que, al menos, el 60% de las personas trabajadoras del enclave presenten especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo, y el art. 6.2 c) contempla que el colectivo de mujeres con discapacidad represente hasta el 50% del 60% de personas trabajadoras del enclave.

Por otro lado, para favorecer la transición entre el trabajo en los centros especiales de empleo y el trabajo ordinario en la empresa, el art. 48.1 b) RD 818/2021 subvenciona la contratación de personas que procedan directamente de centros especiales de empleo sin pasar por un enclave laboral. Sin embargo, para que sea considerada una transición, la persona trabajadora debe acreditar una antigüedad mínima en el centro especial de empleo de 6 meses y que no hayan transcurrido más de 3 meses desde que causase baja en el mismo. En este caso, la subvención es de 5500 euros y 6000 si se trata de mujeres, mayores de 45 años u otro colectivo vulnerable.

Además, de estas subvenciones para la contratación indefinida de personas con discapacidad, el RD 818/2021 recoge una subvención de 1800 euros por persona contratada para adaptar el puesto de trabajo y dotarle de medios de protección personal frente a los riesgos laborales (art. 49). Se duda de si esta cuantía es fija o es máxima. Atendiendo a su finalidad, cabe entender que tiene un carácter máximo, pues el precepto recoge que la cuantía reconocida, en ningún caso, podrá rebasar el coste real de la medida introducida²⁹.

También se subvencionan los costes salariales y de Seguridad Social por la contratación de personas preparadoras laborales contratadas por entidades promotoras de empleo con apoyo. La cuantía de la subvención varía en función del tipo y grado de discapacidad, oscilando entre 2500 y 6000 euros anuales por cada persona trabajadora con apoyo contratada.

5.2.2. Subvenciones para la contratación de personas con discapacidad en centros especiales de empleo

En primer lugar, existe una subvención de hasta 12.000 euros para la contratación inicial por tiempo indefinido y la transformación de un contrato temporal en contrato indefinido de personas con discapacidad (art. 53 RD 818/2021). Lógicamente, se establecen determinados requisitos para poder acceder a esta subvención, que son precisados por el Servicio Público de Empleo. No se exige, sin embargo, que el contrato se celebre a jornada completa, pudiendo ser a tiempo parcial, aunque en este último caso, lógicamente, la subvención se reduce en proporción a la jornada contratada.

Como se ha indicado esta cuantía de 12.000 euros constituye un máximo, de forma que el Servicio Público de Empleo Estatal puede fijar un importe inferior o adecuar las cuantías en función de la inversión que suponga la creación de los nuevos puestos de trabajo. También se puede ajustar el importe de la subvención en función de la ratio de personas con discapacidad en el centro especial de empleo con respecto al total de la plantilla, de los tipos y grados de discapacidad y su pertenencia a colectivos como el de mujeres, mayores de 45 años o cualquier otro que fije la convocatoria. También se exige que la contratación suponga un incremento neto de la plantilla fija con discapacidad en el

29 MONTÓYA MEDINA, D.: «Discapacidad y género: el...», cit., p. 65.

centro especial de empleo y a que el contrato se mantenga, como mínimo 12 meses salvo sustitución por otra persona con discapacidad con un contrato de idénticas características.

En segundo lugar, se establece también una subvención para los propios costes salariales de las personas con discapacidad (art. 54 RD 818/2021). Se recogen unas cuantías mínimas subvencionables en función del tipo y grado de discapacidad. Así, cuando se trata de personas trabajadoras con discapacidad que presenten especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo, y que sean contratadas con contrato indefinido, la cuantía mínima de la subvención es del 55% del SMI. Esta cuantía es del 50% del SMI cuando el contrato sea temporal, siempre que alcance la duración mínima que señale el Servicio Público de Empleo.

En el caso de que la persona con discapacidad con especiales dificultades de acceso al empleo sea mujer, la subvención mínima pasa a ser el 60% del SMI (también cuando lo sea una persona mayor de 45 años). Como se observa, se introduce aquí la perspectiva de género.

Si se trata de una persona con discapacidad física o sensorial con un grado inferior al 65% y contrato indefinido, la cuantía mínima de la subvención se reduce al 50% del SMI. Si el contrato es temporal, la cuantía mínima baja al 40% siempre que su duración sea, al menos, la establecida por el Servicio Público de Empleo. En este caso, no se establece diferenciación alguna para el caso de que la persona sea mujer.

En estos casos, como se ha señalado, se trata de cuantías mínimas, por lo que es posible que el Servicio Público de Empleo pueda incrementarlas en la convocatoria correspondiente.

En tercer lugar, se regula una subvención para la adaptación de puestos de trabajo y la dotación de medios de protección individual y eliminación de barreras arquitectónicas. En este caso, la cuantía es también de 1800 euros por persona con discapacidad contratada y también tiene un carácter máximo (art. 55 RD 818/2021).

En este sentido, el TC³⁰ ha establecido una doctrina sobre el alcance de la obligación empresarial de realizar ajustes razonables en los puestos de trabajo ocupados por personas trabajadoras con discapacidad. El TC señala que el incumplimiento empresarial de dicha obligación priva de legitimidad, por discriminatoria, la adopción de medidas disciplinarias motivadas por posibles insuficiencias en el desempeño de sus funciones por la persona trabajadora. Además, hace referencia a la importancia de la obligación empresarial, la cual no solo rige cuando sea solicitada de forma expresa por la persona trabajadora, sino también, aunque no exista solicitud expresa.

En cuarto lugar, se recogen como subvencionables los costes laborales y de Seguridad Social vinculados a los servicios de ajuste personal y social que prestan las unidades de apoyo a la actividad profesional. Estos servicios de ajuste personal y social se definen como aquellos “que permitan ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que las personas trabajadoras con discapacidad de los centros especiales de empleo tengan en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo” (art. 43.2 RD Legislativo 1/2013). Estas unidades de apoyo son equipos multiprofesionales de los centros especiales de empleo que, a través de una labor

30 STC 51/2021, de 15 de marzo.

de auxilio a las personas trabajadoras con discapacidad, desarrollan dichos servicios de ajuste para favorecer la incorporación de las mismas a su puesto de trabajo, así como su permanencia y progresión (art. 1.2 RD 469/2006, de 21 de abril, por el que se regulan las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los Centros Especiales de Empleo).

Las personas destinatarias de estos servicios de apoyo son las personas con discapacidad que tengan especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo, es decir, las afectadas por parálisis cerebral, personas con trastorno de la salud mental, personas con discapacidad intelectual o personas con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%; o personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 %.

La cuantía de la subvención en este caso es de 1440 euros anuales por cada persona trabajadora con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo, contratada por tiempo indefinido o mediante contrato temporal de duración igual o superior a 6 meses. Esta cuantía de 1440 euros se reducirá proporcionalmente en función de la duración de los contratos y de la duración de la jornada en el supuesto de que el contrato sea a tiempo parcial.

Como se observa, en esta subvención no se recoge ninguna previsión específica para las mujeres.

5.2.3. Bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social

Ante todo, cabe destacar que la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 ya se refería a la necesidad de reformar la normativa reguladora de las bonificaciones como incentivos a la contratación, es decir, reordenar los incentivos con objeto de favorecer la inserción laboral de las personas que se ven alejadas del mercado de trabajo, especialmente, las mujeres. En este sentido, el componente 23.R7 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, subraya que “las subvenciones y bonificaciones a la contratación, que suponen alrededor del 25% del gasto total en políticas activas del mercado de trabajo, no han logrado resolver los problemas estructurales del mercado laboral español demostrándose poco eficaces para lograr un impacto que perdure en el tiempo. Por ello, se debe llevar a cabo una revisión de la misma, que permita liberar recursos para reforzar la personalización de las políticas activas (...) en aras de alcanzar la máxima eficacia y eficiencia en su aplicación”.

En este sentido, es cuando se aprueba el RD Legislativo 1/2023 que modifica el plan de incentivos y la Ley 3/2023, Ley de Empleo. La L 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, también regula bonificaciones mensuales en la cuota empresarial a la Seguridad Social para la contratación de personas con discapacidad.

En primer lugar, el art. 2 L 43/2006 establece que cuando se contrate de forma indefinida, se tiene derecho a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, de su equivalente diario por persona trabajadora contratada, de 375 euros/mes (4500 euros/año) durante toda la vigencia del contrato. La misma bonificación se disfrutará en el supuesto de transformación en indefinidos de los contratos temporales de fomento del empleo celebrados con personas con discapacidad, o de transformación en indefinidos de contratos formativos suscritos con trabajadores con discapacidad.

Esta bonificación se incrementa a 425 euros/mes (5100 euros/año) si la persona trabajadora con discapacidad es una persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental, o con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33%; o bien cuando sea una persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65%.

Además, la indicada bonificación se incrementa en 100 euros/mes (1200 euros/año) o en 70,83 euros/mes (850 euros/año), cuando la persona con discapacidad tenga 45 o más años o si se trata de una mujer, respectivamente.

En segundo lugar, para el caso de que las personas con discapacidad sean contratadas mediante el contrato temporal de fomento del empleo, la bonificación asciende a 291,66 euros/mes (3500 euros/año) durante toda la vigencia del contrato. No obstante, si se trata de personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33%; o personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65%, la bonificación es de 341,66 euros/mes (4100 euros/año). Y en el caso de que la persona trabajadora tenga 45 o más años, o si se trata de una mujer, la bonificación se incrementa, en ambos supuestos, en 50 euros/mes (600 euros/año), siendo tales incrementos compatibles entre sí.

Cabe tener en cuenta que para tener derecho a estos beneficios las personas trabajadoras con discapacidad deberán tener un grado de minusvalía igual o superior al 33%, o la específicamente establecida en cada caso. Se consideran también incluidas las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, así como las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

En tercer lugar, en el caso de este último grupo de personas trabajadoras con discapacidad que sean contratadas por un centro especial de empleo, mediante un contrato indefinido o temporal, incluidos los contratos formativos, se aplicarán las bonificaciones del 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta. La misma bonificación se disfrutará por los centros especiales de empleo en el supuesto de transformación en indefinidos de los contratos temporales de fomento de empleo de personas con discapacidad o de transformación en indefinidos de los contratos de duración determinada o temporales, incluidos los formativos suscritos con personas trabajadoras con discapacidad. Esta previsión es coherente con lo efectuado por el RD 828/2021 en relación con las subvenciones al incentivar con cuantías más elevadas la contratación a través de centros especiales de empleo.

En cuarto lugar, el art. 14 RD Legislativo 1/2023 prevé una bonificación en la cotización de la aportación empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes y por contingencias profesionales, así como a la cotización por los conceptos de recaudación conjunta de desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, de 128 euros al mes durante 4 años cuando se contrate de forma indefinida a personas con capacidad intelectual límite. A tal efecto, se consideran personas con capacidad intelectual límite aquellas que se determinan en el art. 2 RD 368/2021, de 25 de mayo, sobre medidas de

acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite, es decir, aquellas personas inscritas en los Servicios Públicos de Empleo como demandantes de empleo no ocupadas que acrediten oficialmente, según los baremos vigentes de valoración de la situación de discapacidad, al menos, un 20% de discapacidad intelectual y que no alcancen el 33%.

En quinto lugar, el art. 15 RD Legislativo 1/2023 regula una bonificación para la contratación indefinida de personas trabajadoras que son readmitidas tras haber cesado en la empresa por incapacidad permanente total o absoluta de 138 euros/mes durante un período de dos años, siempre y cuando la citada readmisión no responda a un derecho de las personas trabajadoras a reincorporarse al puesto de trabajo. Esta bonificación también es de aplicación en los supuestos de personas mayores de 55 años con incapacidad permanente reincorporadas a su empresa en otra categoría, así como de personas mayores de esa edad que recuperan su capacidad y pudieran ser contratadas por otra empresa.

5.2.4. Bonificación por la contratación indefinida o la incorporación como persona socia en cooperativas o sociedades laborales

Esta bonificación, incluida por el RD Legislativo 1/2023, va dirigida o bien a la contratación indefinida o bien a la incorporación como persona socia en la cooperativa o sociedad laboral de las personas que desarrollen formación práctica en las empresas, ya sea a la finalización o durante el desarrollo de la misma. En tal caso, se tiene derecho a una bonificación en la cotización de 138 euros/mes durante durante toda la vigencia del contrato (art. 25 RD Legislativo 1/2023).

Cabe matizar que, por un lado, como se observa se está haciendo referencia a que la persona que se incorpore debe desarrollar formación práctica y, por otro lado, en el caso de que sea incorporación como persona socia en la cooperativa, la citada bonificación sólo será de aplicación cuando dicha entidad haya optado por un régimen de Seguridad Social propio de personas trabajadoras por cuenta ajena.

En este caso, a pesar de su recién creación, no se diferencia entre que sean hombres o mujeres, por lo que no existe perspectiva de género en la citada bonificación.

Por otro lado, también se prevé una bonificación por la incorporación de personas trabajadoras como socias trabajadoras o de trabajo a cooperativas y sociedades laborales, en cuyo caso, se prevé una bonificación de 147 euros/mes durante el primer año y de 73 euros/mes durante los dos años restantes.

Cabe tener en cuenta que esta bonificación requiere, por un lado, que las cooperativas o sociedades laborales hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de personas trabajadoras por cuenta ajena, y que la persona con discapacidad sea menor de 35 años y tenga reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%.

Además, como se observa, a diferencia del anterior caso, no se exige tampoco que la incorporación o contratación comporte formación práctica. Y, de igual forma, que, en el anterior caso, no existe perspectiva de género.

5.3. Programas públicos de inserción laboral

El Instituto de las Mujeres, dependiente del Ministerio de Igualdad, promueve el Programa CLARA que tiene como objetivo incrementar la empleabilidad de las mujeres en situación de riesgo o exclusión, que tienen especiales dificultades para la inserción laboral, a través de una mejor cualificación para el empleo.

De esta forma, este programa va dirigido, concretamente, a los siguientes colectivos: víctimas de violencia de género, responsables de núcleos familiares, mayores de 45 años sin titulación, jóvenes, personas pertenecientes a minorías étnicas, inmigrantes, personas con discapacidad o reclusas. Como se observa, pues, entre el grupo de mujeres a que va destinado este programa se hayan las mujeres con discapacidad, aunque no se trata de un programa exclusivo para este colectivo.

El Programa CLARA consiste en el diseño de un itinerario integrado y personalizado de inserción laboral y social, atendiendo a las necesidades específicas de cada mujer. Se lleva a cabo mediante una metodología interactiva, enfocada desde la perspectiva de género, en la que se trabajan aspectos personales y profesionales de las mujeres participantes a partir de las diferentes actuaciones dirigidas a incrementar su autoestima, la formación ocupacional, la intermediación laboral y la inserción en el mercado de trabajo.

Estos itinerarios constan de cuatro fases, y con una duración de entre 8 y 12 meses. En una primera fase se trabaja la motivación, mediante el refuerzo de aspectos subjetivos como la autoestima, la asertividad, la autovaloración de las propias actitudes y aptitudes, etc. En una segunda fase, dirigida a la definición del perfil profesional, se informa a las personas participantes de las profesiones en las que pueden tener más posibilidades de inserción laboral, de las ofertas de trabajo, la oferta formativa, etc. La tercera fase se enfoca a la formación de las personas participantes en función de su perfil profesional. La última fase tiene como fin acompañar a las personas en la búsqueda activa de empleo, ya sea por cuenta propia o ajena, ofreciendo asesoramiento e información.

6. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Como se observa, existen diferentes ayudas, subvenciones y programas en las que las mujeres con discapacidad pueden ser beneficiarias. No obstante, no todos estos programas van dirigidos de forma exclusiva a este colectivo, ni todas las subvenciones y bonificaciones integran la perspectiva de género.

En este sentido, se proponen las siguientes propuestas de mejora³¹. En primer lugar, utilizar la denominación “personas con discapacidad” para referirse a este colectivo, desapareciendo pues los términos “disminuidos”, “discapacitados”, “minusválidos”, etc. Ello requiere la modificación, por consiguiente, de algunas normas legales como la L 13/1982, el RD 1451/1983, e incluso la CE, cuyo art. 49 hace referencia a “disminuidos”.

En segundo lugar, y teniendo en cuenta que el tejido empresarial de España se sienta fundamentalmente en pequeñas empresas con una plantilla poco numerosa, debería modificarse el art. 42 RD Legislativo 2/2013 para modificar la cuota del 2%, exigiendo dicha

31 En el mismo sentido, lo ha propuesto MONTROYA MEDINA, D.: «Discapacidad y género: el...» *cit.* p. 86 y ss.

reserva a las empresas que cuenten con una plantilla igual o superior a 25 trabajadores, en vez de 50.

En tercer lugar, y relacionado con la anterior medida, para asegurar su cumplimiento efectivo, se debería intensificar la sanción asociada a su incumplimiento, pues aunque el art. 15.3 LISOS califica dicha actuación como infracción grave y el art. 46 LISOS lo sanciona de forma accesoria con la pérdida de las ayudas o bonificaciones derivadas de la aplicación de programas de empleo o de formación profesional para el empleo, debería añadirse otra sanción como la inhabilitación para contratar con la Administración y la imposibilidad de acceder a dichas ayudas públicas durante 2 años. Esto exigiría modificar el art. 46 LISOS, así como también el art. 71 L 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Este último precepto prohíbe contratar con las entidades del sector público a las empresas sancionadas por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad. De hecho, el art. 129 regula la información sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente, empleo, condiciones laborales y de “contratar a un porcentaje específico de personas con discapacidad”, donde se establece que el órgano de contratación podrá señalar en el pliego el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre inserción sociolaboral de las personas con discapacidad, y también “la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad”. También el art. 145.2 L 9/2017, contempla la posibilidad para el órgano de contratación de valorar la calidad de la oferta presentada para la contratación con arreglo a criterios sociales y, entre ellos, se halla la inserción sociolaboral de las personas con discapacidad. Como se puede observar, esta última sanción accesoria, sería mucho más efectiva para el cumplimiento de la cuota de reserva.

En cuarto lugar, se debería incluir la perspectiva de género en las diferentes bonificaciones, subvenciones y ayudas, ya que, como se ha indicado, existen subvenciones que sí prevén un incremento de la cuantía económica cuando la persona contratada sea una mujer, pero otras no. Por ello, sería necesario que se llevara a cabo dicha previsión de perspectiva de género en todas las ayudas para así fomentar de forma efectiva la contratación por las empresas.

Por último, sería recomendable la inclusión de cláusulas de contratación de personas con discapacidad en los convenios colectivos. En tal sentido, los Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva deberían promover el establecimiento de estas cláusulas en la negociación de los convenios para que las empresas se comprometieran a la contratación de este colectivo.

7. BIBLIOGRAFÍA

AGUADO DÍAZ, A.: *Historia de las deficiencias*. Escuela Libre Editorial-Fundación ONCE, Madrid, 1995.

CASTRO MEDINA, R.: «Discapacidad, género e inclusión laboral. Incentivos sociolaborales para el autoempleo y el emprendimiento en Andalucía». *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 4 (2022).

- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «Cuotas de reserva y ajustes razonables para trabajadores con discapacidad en el ámbito laboral ordinario». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 195 (2017).
- FERREIRA, M.A.: «De la minus-valía a la diversidad funcional: un nuevo marco teórico-metodológico». *Política y Sociedad*, núm. 1 (2010).
- GIL Y GIL, J.L.: «Protección jurídico-laboral de las personas con discapacidad». *Anuario Facultad de la Universidad de Alcalá*, V (2012).
- LAMARCA, I.: «El papel de la sociedad en la integración de las personas con enfermedad mental». *Norte de Salud Mental*, núm. 34 (2009).
- LÓPEZ MAINIERI, W.: «Discapacidad o diversidad funcional: ¿quién decide?». *Autonomía Personal*, núm. 24 (2019).
- LOZANO, J.: «¿Diversidad funcional o discapacidad?». Disponible en: <https://vivva.es/diversidad-funcional-discapacidad/> [blog], 2019.
- MONTOYA MEDINA, D.: «Discapacidad y género: el reto del empleo», (Dir. Montoya Medina, D.): *Medidas para la inserción laboral de mujeres con discapacidad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- OCAÑA MALO, M.A.: «Discriminación salarial y discapacidad: de los datos a la política de empleo», MILLÁN CALENTI, J.C.: *Inclusión socio-laboral y envejecimiento en las personas con discapacidad intelectual*. Instituto Gallego de Iniciativas Sociales y Sanitarias, La Coruña, 2003.
- OMS: *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías, Manual de Clasificación de las consecuencias de la enfermedad*. IMSERSO, Madrid, 1980.
- *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*. CIF, Madrid, 2001.
- PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Cinca, Madrid, 2008.
- PÉREZ PÉREZ, J.: *Las excepciones a la cuota de reserva de trabajadores con discapacidad: las medidas alternativas*. Lex Nova, Valladolid, 2015.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía». *Relaciones Laborales*, núm. 1 (2000).
- SAMANIEGO DE GARCÍA, P.: *Aproximación a la realidad de las personas con discapacidad en Latinoamérica*. Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, Madrid, 2006.
- SEOANE, J.A.: «¿Qué es una persona con discapacidad?». *Ágora-Papeles de Filosofía*, núm. 30/1 (2011).

CAPÍTULO X

MUJERES CON DISCAPACIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LA PROVINCIA DE ALICANTE

CAROLINA BLASCO JOVER

*Prof^a Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante*

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LOS DATOS ESTADÍSTICOS Y EL MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA

Las personas con discapacidad conforman un grupo vulnerable y numeroso al que se le ha mantenido habitualmente y tal vez por la prevalencia de ciertos prejuicios en conocidas condiciones de exclusión social y laboral. De hecho, si se comprueba el informe del INE para el año 2021 sobre “El empleo de las personas con discapacidad” se evidencia que la tasa de actividad de las personas de 16 a 64 años con discapacidad oficialmente reconocida era 43,6 puntos inferior a la de la población sin discapacidad (34,6%). Por su parte, la tasa de empleo de las personas con discapacidad fue del 26,9%, más de 39 puntos inferior a la de las personas sin discapacidad (66,3%). Por lo que respecta a la tasa de paro, ésta superó en más de seis puntos a la de la población sin discapacidad (22,2% frente a 14,7%). Estos datos, junto el que arroja el porcentaje de personas afiliadas con discapacidad respecto del total de afiliados (1,52%)¹, evidencian las dificultades propias que este colectivo debe afrontar cuando decide emplearse. Y a ello añádanse los efectos de una situación sanitaria como la que hemos padecido. Así, de atender ahora al estudio “Efectos y consecuencias de la crisis de la COVID-19 entre las personas con discapacidad 2021”, elaborado por el Observatorio sobre discapacidad y mercado de trabajo en España², se constata que el porcentaje de ocupados descendió 3,4 puntos porcentuales a raíz de la pandemia, siendo la pérdida de empleo más notable entre los que trabajaban a jornada completa. A su vez, el porcentaje de desempleados se incrementó en 7,5 puntos, mientras que para la población sin discapacidad la tasa de paro se incrementó en tan sólo 1,57

1 1,57% en 2022. El crecimiento que experimenta la afiliación de personas con discapacidad en 2022 es superior a la media nacional en 2,87 puntos porcentuales, ya que el total de trabajadores ocupados afiliados se incrementó en un 3,9%, mientras que el colectivo de afiliados con discapacidad lo hizo en un 6,77% respecto a la misma fecha del año anterior.

2 Disponible en <https://www.odismet.es/informes-publicaciones>

puntos comparando los datos del primer trimestre de 2020 y 2021. No obstante, cierto es que, siempre según este estudio, se advirtió una ligera mejoría sobre los resultados del anterior informe (del año 2020), en el cual el número de desempleados ascendía al 53% de los encuestados, cuatro puntos por encima de la medición del año 2021. A estos datos, también se añade que la situación generada por la COVID-19 fue responsable de la pérdida de empleo en el 12,9% de los casos y, respecto a los que llevaban tiempo buscando empleo, el 66,5% indicó que dicha búsqueda superaba el año (de ellos el 56% tenía más de 45 años), lo que evidencia la notable presencia de desempleo de larga duración entre el colectivo. De hecho, en el conjunto de personas con discapacidad, se registraron 79.523 personas en dicha circunstancia, el 53,7% del total de desempleados, un dato muy superior al mostrado por la población general (38,7%).

Los resultados referenciados son, ciertamente, demoledores. Un país avanzado como España, con sus particularidades a nivel de mercado de trabajo y con — por qué no decirlo — un sector servicios muy potente en muchas de sus autonomías (como sucede en la Valenciana), no puede permitirse disponer de un *stock* de personas con discapacidad perfectamente válidas para prestar servicios que no puedan emplearse o, lo que es peor, que ni siquiera lo intenten por el mero hecho de las trabas que en el acceso al empleo se encuentran. La situación, además, puede agravarse en el caso de las mujeres. Ciertamente es que los datos, al menos del año 2021, demuestran que, a diferencia de lo que ocurre en la población general, las mujeres con discapacidad tenían más presencia activa en el mercado laboral que los hombres (35,3%, frente a 34,2%). De hecho, en la población sin discapacidad la tasa de actividad masculina superó a la femenina en más de 10 puntos. En cuanto a la tasa de empleo de los hombres con discapacidad, ésta fue 0,5 puntos inferior a la de las mujeres (27,1% frente a 26,6%). En cambio, entre la población sin discapacidad, la tasa de empleo masculina superó a la femenina en 12 puntos. Pues bien, aunque ciertamente la estadística arroja unos resultados esperanzadores para el empleo femenino que habrá que constatar si se mantienen, ello no puede esconder el hecho de que las mujeres con discapacidad pueden llegar a padecer lo que se conoce como discriminación múltiple y verse apartadas del entorno laboral ya no sólo por su discapacidad, sino también por su género. De hecho, si como muestra un botón, obsérvense los resultados de la tasa de paro de las mujeres con discapacidad con respecto a los hombres en esa misma situación. Así, la tasa de paro en las mujeres en el año 2019 era del 24,6% frente al 23,4% de la correspondiente a los hombres; en el año 2020, la tasa de paro de las mujeres era del 22,4% mientras que la propia de los hombres era del 22,1%; y en el año 2021, la tasa de paro de las mujeres era del 23% mientras que la propia de los hombres era del 22%.

La fotografía que dejan estos resultados requiere, sin duda, de acciones concretas que pongan en valor tanto el empleo de las personas con discapacidad como, en concreto, el empleo de las mujeres que se encuentran en esta situación. A mayor abundamiento, además, es que la consecución de unas cifras más óptimas ahondaría en la mejora de la percepción de las empresas por parte de sus empleados y de la colectividad en general, afrontaría el reto de eliminar prejuicios y trabas sociales y, al límite, aumentaría la autoestima del colectivo en su conjunto, empujándole a buscar más oportunidades de empleo. El marco normativo para alcanzar estos ideales existe, al menos sobre el papel. De este modo, el art. 1 del 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 es muy claro cuando expresa cuál es la finalidad de la norma: “garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España”.

Por su parte, los arts. 35 a 47 de la mencionada norma prevén toda una serie de garantías y derechos de las personas con discapacidad y obligaciones para los empresarios y poderes públicos a fin de incentivar la generación de empleo de este colectivo y contribuir, de este modo, a eliminar las trabas invisibles con las que se enfrenta en el momento de acceder al trabajo. Así, tras explicitarse los principios básicos del derecho al trabajo (que se podrá ejercer a través del empleo ordinario, del empleo protegido y del empleo autónomo) y a la igualdad de trato, se erige como finalidad de la política de empleo “aumentar las tasas de actividad y de ocupación e inserción laboral de las personas con discapacidad, así como mejorar la calidad del empleo y dignificar sus condiciones de trabajo, combatiendo activamente su discriminación”. Para ello, se conmina a las administraciones públicas competentes a fomentar “sus oportunidades de empleo y promoción profesional en el mercado laboral, promoviendo los apoyos necesarios para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo”. Así mismo, se encomienda a los servicios públicos de empleo y de las agencias de colocación debidamente autorizadas “la orientación y colocación en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad que se encuentren en situación de búsqueda de empleo”.

En lo que atañe al empleo ordinario, que es el que, a efectos de este trabajo interesa, el art. 39 dispone que las empresas podrán contar con una serie de ayudas, “que podrán consistir en subvenciones o préstamos para la contratación, la adaptación de los puestos de trabajo, la eliminación de todo tipo de barreras que dificulten su acceso, movilidad, comunicación o comprensión en los centros de producción, la posibilidad de establecerse como trabajadores autónomos, bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social y cuantas otras se consideran adecuadas para promover la colocación de las personas con discapacidad, especialmente la promoción de cooperativas y otras entidades de la economía social”.³ Además, habrán de cumplir con una serie de obligaciones. Así, de un lado, la adaptación del puesto de trabajo cuando se requiera y la mejora de la accesibilidad de la empresa “con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario” (art. 40) y, de otro lado, contar con una cuota de reserva, si emplean a 50 o más trabajadores, de, al menos, el 2% para personas con discapacidad (art. 42).⁴ Con todo, se prevé una excepción a esta regla,

3 Así, por ejemplo, existen toda una serie de reducciones o bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social que se destinan a la inserción laboral de las personas con discapacidad. Con ellas se pretende facilitar al empresario la decisión de contratar a un trabajador discapacitado en su empresa, pues su inserción en la empresa le puede repercutir de forma positiva a nivel económico.

4 Además, en las ofertas de empleo público se deberá reservar “un cupo para ser cubierto por personas con discapacidad, en los términos establecidos en la normativa reguladora de la materia” (art. 42.2). Ese cupo

pues las empresas “podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior (...), bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente”.

Con estas directrices y medidas, se pretende generar empleo de calidad en el colectivo de las personas discapacitadas. No obstante, ello sobre el papel, puesto que previsiones como la exoneración de la cuota de reserva, si bien se entienden desde la perspectiva de la libertad de empresa, contribuyen a que, en la práctica, el empleo de las personas con discapacidad se articule a través del denominado empleo protegido, esto es, centros especiales de empleo y enclaves laborales. Los datos estadísticos, como antes se ha visto, avalan esta conclusión y muestran otra realidad, una en la que es necesaria una acción legislativa más contundente y una mayor implicación por parte del empresariado español. Mayor implicación o sensibilidad hacia este problema por parte de la iniciativa privada que bien podría encauzarse a través del instrumento que supone la negociación colectiva, articulándose, a nivel de empresa o de sector, toda una batería de previsiones destinadas a lograr, de manera muy concreta, la inserción laboral de las personas con discapacidad y, especialmente, de las mujeres que acusan esta circunstancia. Al efecto, no debe olvidarse que el art. 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres contempla la elaboración obligatoria de un plan de igualdad en tres supuestos muy específicos: cuando la empresa cuente con 50 o más trabajadores, cuando así lo disponga el convenio colectivo aplicable y cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan. Pues bien, siendo ello así y toda vez que el art. 46.2.a) de la mencionada norma dispone que una de las materias sobre las que debe realizarse un diagnóstico de situación antes de la elaboración de dicho plan es el proceso de selección y contratación de personal, no es difícil imaginar que pueda utilizarse este instrumento que habilita la Ley de igualdad para lograr la interdicción de discriminaciones en el acceso al empleo por razón de género, pero también, por razón de discapacidad. De este modo, la negociación colectiva, más allá de otras medidas que podrían afectar al colectivo en general de personas con discapacidad, podría erigirse como una herramienta eficaz para favorecer el empleo de las mujeres en esta situación. Veamos si, al menos en la provincia de Alicante — que mantiene una tasa de empleo femenino en torno al 48% —, los convenios han incluido cláusulas de este tipo, cláusulas que, a la postre, hayan considerado como objetivo posible el empleo en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad en general y de las mujeres con discapacidad en particular. Ello permitirá, de un lado, evaluar con cierta garantía de certeza la hondura con la que se recoge y verifica en la negociación colectiva la idea-fuerza de afrontar la realidad de este colectivo y, por otro, la detección de carencias o deficiencias en la regulación que merecerían ser objeto de subsanación.

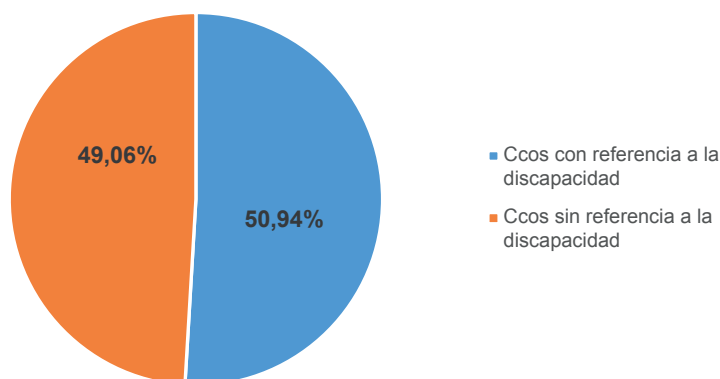
se fija, como mínimo, en el 7%, del cual, al menos, el 2% debe ser cubierto por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto, por personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad (art. 59 EBEP).

2. PREVISIONES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LA PROVINCIA DE ALICANTE⁵

2.1. La regulación en los convenios colectivos provinciales de sector

A octubre de 2023, existen un total de 53 convenios colectivos de sector en la provincia de Alicante⁶ y, tras su análisis, la conclusión que se puede extraer es que ninguno de ellos contempla medidas específicas para fomentar o favorecer la inserción laboral de las mujeres con discapacidad. No hay siquiera una referencia aunque fuera testimonial. Con todo, sí que es posible encontrar disposiciones convencionales que tratan sobre el empleo de las personas con discapacidad, sin hacer distinción alguna entre hombres o mujeres. Sin embargo, salvo en contadas ocasiones, no parece existir una voluntad negocial de la que se pueda extraer un compromiso real para procurar la inserción laboral de las personas en esta situación. Veamos.

Del total de los convenios de sector analizados, 27 de ellos (50,94%) hacen alguna referencia, aunque sea mínima, al empleo de las personas con discapacidad. Muy gráficamente, se puede ver aquí la proporción:



Clasificándolos en función del tipo de cláusulas que, al efecto, en ellos aparecen, puede hablarse de seis grupos de convenios: 1) los que hacen referencia a la cuota de reserva (o a las medidas complementarias que permiten exonerarse de esta obligación); 2) los que, con ocasión de la capacidad disminuida de uno de sus trabajadores, prevén la adaptación del puesto de trabajo; 3) los que hacen alguna alusión a la discapacidad con ocasión de la regulación de los contratos formativos; 4) los que contienen alguna previsión acerca de la vigilancia y control de la actividad laboral teniendo en cuenta la discapacidad de la persona trabajadora; 5) los que hacen alusión expresa a la prohibición de discriminación por razón

5 Los convenios que se han analizado han sido los provinciales de sector y de empresa que se encuentran disponibles para su consulta en la base de datos propia de la Diputación de Alicante que envía al Boletín Oficial de la Provincia: <<https://sede.diputacionalicante.es/convenios-colectivos/>> Se han dejado al margen los convenios correspondientes a los Ayuntamientos y a la Diputación Provincial.

6 Se ofrece el listado al final de este trabajo con su referencia al BOP.

de discapacidad; y 6) los que introducen alguna otra previsión distinta a las anteriores, incluidas aquellas que mejoran lo previsto legalmente para contribuir a paliar los efectos de la discapacidad.

De esta forma, existe, en primer lugar, un 37,03% de convenios que hacen mención a la cuota de reserva. Con todo, hay que resaltar que la referencia que a ella se hace en dos convenios ha de entenderse de forma implícita por remisión a la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. De este modo, el art. 15 del convenio de Industrias de hormas, tacones, pisos, plantas y cuñas de plástico dispone que “el ingreso de los trabajadores/as se ajustará a las normas legales generales sobre colocación y a las especiales para los Trabajadores/as de edad madura, minusválidos, cabezas de familia numerosas, etc”. Por su parte, el art. 41 del convenio de Preparadores de especias, condimentos y herboristería señala que “las empresas incluidas en el ámbito de actuación del presente convenio, atenderán a las circunstancias especiales de las personas con discapacidad, colaborando en su integración y accesibilidad, así como en general el respeto al derecho al trabajo que determina el Capítulo VI de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social”. Ciertamente, son alusiones genéricas, confusas que requerirían de una mejor redacción, pero la remisión a la norma específica sobre la materia puede dar a entender que las empresas de ese sector respetarán, en la medida de lo posible, el cumplimiento de la cuota de reserva. En el resto de convenios⁷, la alusión se hace de forma más concreta, disponiendo un porcentaje del 2% de la plantilla para que pueda ser cubierto por personas con discapacidad. Ello no obstante y, haciéndose eco de la posibilidad de exoneración que se prevé legalmente, se explicita que tal obligación podrá sustituirse por las medidas alternativas que establecen en la normativa vigente, disponiendo algunos convenios⁸ que ello ocurrirá cuando, para cubrir aquel porcentaje, no se haya presentado ningún candidato con discapacidad adecuado al puesto de trabajo.

Por su parte, un 48,14% de los convenios que contienen alguna referencia a la inserción laboral de las personas con discapacidad hacen mención a la movilidad funcional del trabajador, a su recolocación, a fin de poder ofrecerle un puesto adaptado a su capacidad residual. Así, en algunos convenios se contempla la posibilidad de trasladarlo a otro puesto “con la retribución que le corresponda con la categoría profesional últimamente alcanzada”⁹, “la más alta alcanzada”¹⁰, la acorde a las nuevas tareas¹¹ o la de origen si tuviera

7 Convenios de Supermercados, Oficinas y despachos, Comercio mayorista de alimentación, Industrias, comercio, talleres y fabricación de óptica, Industria de la Hostelería, Comercio de minoristas, mayoristas y exportadores de calzado y artículos de piel y viaje, Muebles, cestería y artículos de mimbre y junco y Centros y Servicios Veterinarios.

8 Convenios de Supermercados, Oficinas y despachos, Comercio mayorista de alimentación, Industrias, comercio, talleres y fabricación de óptica, Comercio de minoristas, mayoristas y exportadores de calzado y artículos de piel y viaje, Muebles, cestería y artículos de mimbre y junco y Centros y Servicios Veterinarios.

9 Convenios de Almacenistas importadores de madera, Asentadores y mayoristas de frutas, hortalizas y plátanos (éste prevé que la movilidad se efectúe en el mismo centro), Comercio del Metal, Comercio de Vidrio y Cerámica (también con la obligación de que la movilidad se efectúe en el mismo centro), Limpieza de edificios y locales y Limpieza de edificios y locales de los centros dependientes del Servicio Valenciano de la Salud y de la Diputación Provincial.

10 Convenios de Muebles, cestería y artículos de mimbre y junco y Establecimientos de hospitalización.

11 Convenios de Comercio y manufacturas de vidrio plano y Construcción y obras públicas.

que ocupar un puesto de trabajo perteneciente a un grupo profesional inferior.¹² Otros simplemente hacen alusión a la posibilidad de colocación en un nuevo puesto de trabajo.¹³

En lo que atañe a los convenios que contemplan previsiones acerca de la discapacidad en los contratos formativos, éstos representan un 22,22% del total. Simplemente se limitan a transcribir lo que disponía o dispone a estos efectos, el art. 11 ET, en la redacción que estaba o está vigente del mismo cuando se publicaron los correspondientes convenios. Así, en cuanto al contrato para la formación se prevé que el máximo de edad no se tendrá en cuenta para concertarlo cuando la persona candidata tenga alguna discapacidad¹⁴ y, por lo que afecta a los contratos en prácticas, se prevé que éstos deban concertarse dentro los siete o cinco años siguientes a la finalización de los estudios si se concertan con persona con discapacidad.¹⁵

Otro grupo de convenios, el 11,11%, hace referencia a que el poder de vigilancia y control de empresario debe tener en cuenta la discapacidad de la persona trabajadora.¹⁶ De este modo, se explicita que “la empresa podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de las personas trabajadoras con discapacidad en su caso”. Ciertamente, la alusión es tan genérica que convendría que se matizara en futuras revisiones de estos convenios para que no se entienda como un simple principio programático.

Los convenios, por su parte, que contemplan alguna previsión, de forma expresa, sobre la prohibición de discriminación por razón de discapacidad representan el 22,22%.¹⁷ En algunos, no obstante, se matiza que ello siempre que la persona en cuestión se halle en condiciones de aptitud para desarrollar el trabajo de que se trate.¹⁸ De destacar es la previsión, más concreta, del convenio de Relleno y aderezo de aceitunas que anima a los empresarios a lograr tal objetivo haciendo uso de las medidas que están a su disposición, entre ellas, “las subvenciones y desgravaciones que ofrecen las diferentes Administraciones Públicas, así como los fondos nacionales e internacionales”.

Por último, un 11,11% de los convenios introducen alguna otra previsión distinta a las anteriores, incluyendo aquellas que mejoran lo previsto legalmente para contribuir a paliar los efectos negativos que sobre la inserción laboral conlleva la discapacidad. Así,

12 Convenio de Industrias transformadoras de materias plásticas.

13 Convenios de Exhibición cinematográfica y Fabricantes de muñecas, auxiliares y afines.

14 Convenios del Comercio de curtidos y artículos para el calzado, Comercio del Metal, Construcción y obras públicas, Industria, servicios y tecnologías del sector del metal, Relleno y aderezo de aceitunas y Salas de bingo.

15 Convenios del Comercio de curtidos y artículos para el calzado, Comercio del metal y Relleno y aderezo de aceitunas.

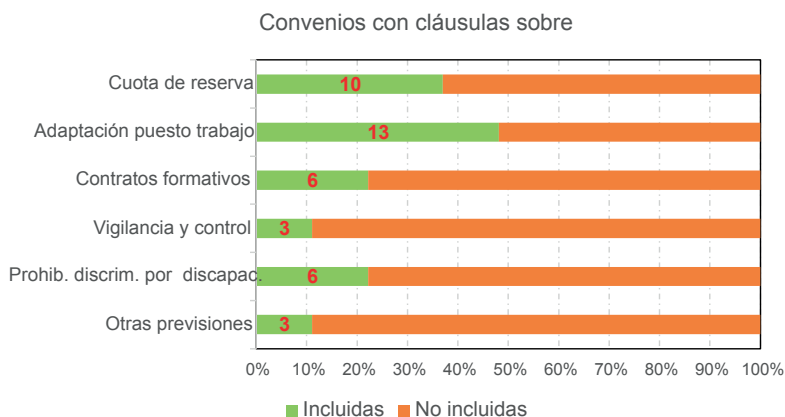
16 Convenios del Comercio de curtidos y artículos para el calzado, Construcción y obras públicas y Preparadores de especias, condimentos y herboristerías.

17 Convenios de Comercio de muebles, cestería y artículos de mimbre y junco, Industrias transformadoras de materias plásticas, Comercio mayorista de alimentación, Industria, servicios y tecnologías del sector del metal, Preparadores de especias, condimentos y herboristería y Relleno y aderezo de aceitunas.

18 Convenios de Comercio de muebles, cestería y artículos de mimbre y junco, Industrias transformadoras de materias plásticas, Comercio mayorista de alimentación y Relleno y aderezo de aceitunas.

el art. 52 del convenio de Construcción y obras públicas se contempla un complemento por discapacidad cuyo importe varía en función del grado de discapacidad reconocido.¹⁹ Por su parte, en la Disposición adicional primera del convenio de Industria, servicios y tecnologías del sector del metal se prevé la recomendación de fomentar la contratación indefinida de determinados colectivos, entre ellos, el de las personas con discapacidad.²⁰ Finalmente y aunque se limita a reiterar lo previsto legalmente, el art. 18 del convenio de Industrias transformadoras de materias plásticas alude a la movilidad geográfica en caso de discapacidad y a la prioridad de permanencia que pueden establecer los convenios de empresa en favor de determinados colectivos, entre ellos, el de personas con discapacidad.

La recopilación de todos estos datos se muestra de forma más palmaria en el gráfico siguiente:



Al margen de todo lo anteriormente explicado, también existen convenios, 36 sobre los 53, que hacen referencia al principio de igualdad o no discriminación.²¹ Algunos, cierto es

19 Así, se dispone que “1. Los trabajadores que, reconocidos por el organismo oficial correspondiente, acrediten los grados de discapacidad que se recogen a continuación, percibirán como complemento personal las cantidades que se detallan: Grados de discapacidad comprendido entre el 13 por 100 y 22 por 100, 17,96 euros, entre el 23 por 100 y 32 por 100, 25,36 euros y entre el 33 por 100 o superior, 35,94 euros 2. El grado de discapacidad será único y generará, por tanto, el derecho a un solo complemento no pudiendo, en consecuencia, acumularse al grado ya existente otro superior que pudiera reconocerse con posterioridad. Si el grado de discapacidad se redujese el complemento a percibir se acomodará al nuevo tanto por ciento reconocido. 3. En el supuesto de que por la empresa se viniese ya abonando un complemento, ayuda o prestación que responda a la compensación de situaciones análogas a la establecida en el presente artículo, aquélla podrá aplicar al pago de este complemento personal la cantidad que ya venga abonando por similar concepto sin que, por tanto, se genere el derecho a un pago duplicado”.

20 En concreto, se dispone que “Se recomienda a todas las empresas que tenga que contratar nuevo personal que presten especial atención al paro cualitativo de cada localidad y comarca, concediendo prioridad en la contratación a jóvenes, mujeres mayores de 45 años, así como los discapacitados, beneficiarios de prestaciones por desempleo, de nivel contributivo o asistencial inscritos en las oficinas de empleo de la Comunidad Valenciana”.

21 Convenios de Actividades agropecuarias, Ciclo Integral del Agua de la Provincia de Alicante, Empresas distribuidoras de gases licuados del petróleo, Comercio de almacenistas de materiales para la construcción y saneamiento, Empresas de captación, elevación, conducción, tratamiento, desalinización, depuración y distribución de aguas, Centros y servicios veterinarios, Comercio de curtidos u artículos para el calzado,

que de una forma genérica, pero, en tanto que impera el mandato constitucional contenido en el art. 14 CE, la discapacidad, aunque implícita, también debe entenderse como causa prohibida de discriminación.²² Otros convenios, por su parte, realizan esa alusión genérica, pero insisten en la igualdad de género y en la prohibición de discriminación por esta causa.²³ Finalmente, otro grupo simplemente hacen referencia a esa igualdad entre hombres y mujeres o, al límite, remiten a la Ley Orgánica de Igualdad.²⁴ Estas alusiones no carecen de valor y han de mencionarse en un trabajo como éste, pues, como antes se ha dicho, en tanto que la mujer discapacitada puede sufrir discriminación no sólo por discapacidad, sino también por género, es interesante comprobar que la igualdad de sexo y la prohibición de discriminación por esta causa forma parte del contenido negocial habitual en los convenios provinciales de sector. Por lo demás, por la misma causa, no pueden dejar de mencionarse a los 25 convenios que sobre 53 aluden a los planes de igualdad.²⁵ La mujer discapacitada, no por el hecho de su discapacidad, pero sí por el hecho de su género, se verá tutelada también por estas previsiones.²⁶ Con todo, ha de insistirse en la conveniencia de que los planes de igualdad contemplen, de forma específica, la problemática de la mujer discapacitada, puesto que su situación no es comparable a la de una mujer que no presenta discapacidad alguna.

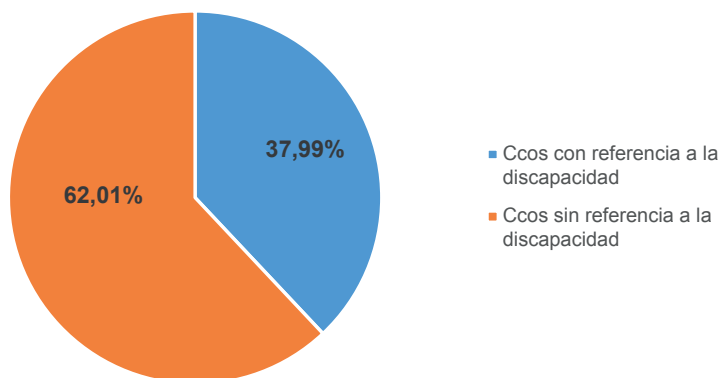
Comercio del Metal, Comercio de minoristas, mayoristas y exportadores de calzado y artículos de piel y viaje, Comercio textil, Consignatarios de buques, Construcción y obras públicas, Empresas depuradoras de aguas residuales, Empleados de fincas urbanas, Sector de la estiba, Exhibición cinematográfica, Fabricantes de muñecas, auxiliares y afines, Garajes, aparcamientos y estaciones de lavado y engrase, Hostelería, Industria, servicios y tecnologías del sector del metal, Industrias, comercio, talleres y fabricación de óptica, Industrias de panadería, Industrias de hormas, tacones, pisos, plantas y cuñas de plástico, Manipulación de frutos secos, Limpieza de edificios y locales, Limpieza de edificios y locales de los centros dependientes del Servicio Valenciano de la Salud y de la Diputación Provincial, Mármoles, piedras y granitos, Odontólogos y estomatólogos, Oficinas de farmacia, Oficinas de despachos, Preparadores de especias, condimentos y herboristería, Salas de bingo, Supermercados, Tintorerías, Transporte de mercancías por carretera y Transporte de viajeros por carretera.

- 22 Así, por poner un par de ejemplos, convenios de Empresas de captación, elevación, conducción, tratamiento, desalinización, depuración y distribución de aguas y del Comercio del metal.
- 23 Así, por ejemplo, convenio de Comercio de minoristas, mayoristas y exportadores de calzado y artículos de piel y viaje y convenio de Limpieza de edificios y locales.
- 24 Así, como botones de muestra, sirvan el convenio de Empleados de fincas urbanas y el convenio de Salas de Bingo.
- 25 Convenios de Comercio del mueble, cestería y artículos de mimbre y junco, Empresas distribuidoras de gases licuados del petróleo, Comercio de almacenistas de materiales para la construcción y saneamiento, Centros y servicios veterinarios, Comercio de curtidos y artículos para el calzado, Comercio de minoristas, mayoristas y exportadores de calzado y artículos de piel y viaje, Comercio textil, Construcción y obras públicas, Fabricantes de muñecas, auxiliares y afines, Garajes, aparcamientos y estaciones de lavado y engrase, Industrias de la madera y el corcho, Industrias de hormas, tacones, pisos, plantas y cuñas de plástico, Industrias transformadoras de materias plásticas, Limpieza de edificios y locales, Limpieza de edificios y locales de los centros dependientes del Servicio Valenciano de la Salud y de la Diputación Provincial, Mármoles, piedras y granito, Comercio mayorista de alimentación, Oficinas y despachos, Preparadores de especias, condimentos y herboristería, Relleno y aderezo de aceitunas, Salas de Bingo, Supermercados, autoservicios y detallistas de alimentación en general, Transporte de mercancías por carretera y Transporte de viajeros por carretera.
- 26 Algunas no muy concretas, todo hay que decirlo, con meras alusiones, por ejemplo, a que las medidas de igualdad deberán dirigirse a la elaboración e implantación de un plan de igualdad, sin especificar nada más. Así, como botón de muestra, puede citarse al convenio de Transporte de viajeros por carretera o al convenio de Oficinas y despachos.

2.2. La regulación en los convenios colectivos provinciales de empresa

Por lo que atañe a los convenios de empresa, la tendencia que se evidencia es idéntica a la que aparecía en los convenios de sector. Así, por lo pronto, ni uno sólo de ellos contempla medidas específicas para fomentar o favorecer la inserción laboral de las mujeres con discapacidad. Pero, de nuevo, sí es posible encontrar disposiciones convencionales que tratan sobre el empleo de las personas con discapacidad, sin hacer distinción alguna entre hombres o mujeres. Con todo, salvo en contadas ocasiones, no parece existir una voluntad negociada de la que se pueda extraer un compromiso real para procurar la inserción laboral de las personas en esta situación. Veamos.

Del total de los convenios de sector analizados (279), 106 hacen alguna referencia, aunque sea mínima, al empleo de las personas con discapacidad. Muy gráficamente, se puede ver aquí la proporción:



Clasificándolos, de nuevo, en función del tipo de cláusulas que, al efecto, en ellos aparecen, existen, en primer lugar, un 18,86% de convenios sobre el total de convenios que contienen cláusulas referidas a la discapacidad que hacen mención a la cuota de reserva.²⁷ Mención especial merece el convenio del Patronat Municipal de Música i Dansa de Xàbia que sube la cuota de reserva al 4%, mientras que el resto o bien alude al 2% legal o bien se remite al cumplimiento del porcentaje de reserva que marca la normativa. Por su parte, los convenios de PIMESA y del Patronato Municipal de Educación Infantil del Ayuntamiento de Alicante, en tanto que hacen referencia a que, en las ofertas de empleo público, ha de reservarse un cupo no inferior al 7% de las vacantes para ser cubiertas por personas con discapacidad.

²⁷ Son los convenios de Ambulancias Alcoy, Ambulancias Ayuda, Ambulancias Dénia, Ambulancias Elche, Ambulancias Elda, Ambulancias Marina Baja, Ambulancias Orihuela, Ambulancias Torrevejeja, Autoridad portuaria de Alicante, Consorcio de abastecimiento de aguas y saneamientos de la Marina Baja, Centro Municipal de asistencia residencia de ancianos Santa Marta, Consorcio Provincial para el Servicio de Prevención y Extinción de Incendios y Salvamento de Alicante, Manipulados y Retractilados Polo, Marina Salud, Patronato Municipal de Educación Infantil del Ayuntamiento de Alicante, Patronat Municipal de Música i Dansa de Xàbia, PIMESA, Terra Mítica, Torrehogar y Salud Torrevejeja.

Por su parte, un 55,66% de los convenios que contienen alguna referencia a la inserción laboral de las personas con discapacidad hacen mención a la movilidad funcional del trabajador, a su recolocación, a fin de poder ofrecerle un puesto adaptado a su capacidad residual. Así, en algunos convenios se contempla la posibilidad de trasladarlo a otro puesto “con la retribución que le corresponda con la categoría profesional últimamente alcanzada”²⁸, “la más alta alcanzada”²⁹, la acorde a las nuevas tareas³⁰, la de origen junto con “los aumentos sucesivos sobre dicha retribución”³¹, la de origen pero con posibilidad de que si ésta es superior a la del puesto que ocupa, le sea “absorbida paulatinamente año tras año hasta igualarse con las retribuciones económicas de la nueva categoría”³² o el salario base del nivel de procedencia “salvo que la limitación de la capacidad derive de accidente de trabajo o enfermedad profesional en cuyo caso el trabajador conservará su nivel a todos los efectos”³³. Otros simplemente hacen referencia a que el cambio de puesto no puede suponer una disminución del salario.³⁴

Por su parte, otro grupo de convenios hace alusión a la preferencia para ocupar vacantes o a la posibilidad de colocación en un nuevo puesto de trabajo³⁵, matizándose en algunos de ellos que tal recolocación se producirá en caso de que la disminución de la capacidad provenga de una “enfermedad profesional que no constituya incapacidad temporal pero cuya progresión sea posible evitar mediante el traslado a otro puesto y cuando el facultativo detecte una disminución notable de la capacidad en los trabajadores

28 Convenios de Agencia de Desarrollo Local de Santa Pola, Beanaca, Casa de reposo y sanatorio del Perpetuo Socorro, Centro excursionista eldense, Clínica Vistahermosa, Club náutico de Santa Pola, Enrique Ortiz e Hijos y Toro Granata 2016.

29 Convenio de Hospital Internacional Medimar.

30 Convenios de Acciona Servicios Urbanos (Orihuela), Acciona Servicios Urbanos (Torrevieja), Aigües i sanejament d'Elx, Akra rehabilitación, Cespa Xàbia, FCC Medio Ambiente SA, centro Alcoy, FCC Medio Ambiente SA, centro Benidorm, FCC Medio Ambiente, S.A., U.T.E., centro de trabajo de Jávea, Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., centro de trabajo de Villajoyosa, Ferroserv servicios auxiliares, Fomento Benicasim SA, centro de La Nucia, Grupo Generala SL, centro de Villena, Jimten, Marco Sánchez Transportes Urbanos (en este convenio se prevé que, a pesar de todo, el trabajador conserva la antigüedad), Orihuela capital de la Vega Baja, Panificación Industrial de Vergel, U.T.E., centro de trabajo de Orihuela, SA Agricultores de la Vega de Valencia, centro de Villajoyosa, Urbaser La Nucia y Viarsa, agua y servicios urbanos.

31 Convenio de Nueva Compañía Arrendataria de las Salinas de Torrevieja. Se matiza que “quedan exceptuadas las personas trabajadoras mayores de 55 años a las que les sea reconocida la prestación de invalidez permanente total para su profesión habitual”.

32 Convenios de Acciona Servicios Urbanos, SL (Callosa), Acciona Servicios Urbanos (Calpe), Ingeniería urbana centro de Alicante y SA Agricultores de la Vega de Valencia, centro de Alfaz del Pi.

33 Convenio de Aludium.

34 Convenios de Mancomunidad de Servicios Sociales de la Marina Alta, Suma Alicante (se contempla, en ambos, el previo intento de adaptar el puesto de trabajo en sí) y Sanchis Mira SA, Jijona.

35 Convenios de Apoyo a la actividad hotelera, Asociación de Industrias Alicantinas del Helado y Derivados, Cespa San Vicente del Raspeig, Clarios Iberia P&D, FCC Medio Ambiente SAU, centro Campello, Fomento de Construcciones y Contratas SA, centro de San Juan, Fomento de Benicasim SA, centro Petrer, Fomento de Benicasim SA, centro Elda, Ingeniería urbana centro de San Vicente del Raspeig, José Baeza Ripoll Sant Joan d'Alacant, Manipulados y Retractilados Polo, SA Agricultores de la Vega de Valencia, centro de Mutxamel,

que realicen actividades de riesgo”³⁶, que la preferencia tendrá una duración de dos años³⁷ o que la prioridad, dentro del colectivo, será para aquellos trabajadores “que carezcan de subsidio, pensión o medio propio para su sostenimiento y también los que, rebasados los 45 años, tengan dificultades para colocarse en otros trabajos por razón de edad”³⁸.

También hay convenios, en fin, que distinguen entre, por un lado, la situación en que el trabajador está afecto a una Incapacidad Permanente Parcial, en cuyo caso procederá “la adaptación de las funciones no fundamentales de su profesión habitual”³⁹, “la valoración de la adecuación del trabajador afectado a su puesto de trabajo”⁴⁰ o un descuento sobre su retribución a cuenta de lo que perciba la persona trabajadora por su incapacidad⁴¹ y, por otro, aquella otra en la que está afecto a una Incapacidad Permanente Total, en cuyo caso, “podrá ser destinado a otro puesto de trabajo de igual o inferior categoría que resulte adecuado a su situación percibiendo las retribuciones correspondientes al puesto de trabajo realmente desempeñado”⁴², que “unidas a la que perciba como pensionista, alcance el cien por ciento de las retribuciones íntegras correspondientes a la categoría profesional que ostentaba hasta su declaración de incapacidad”⁴³ o que “si son superiores, sean absorbidas hasta llegar a la de la propia especialidad o grupo”⁴⁴.

En lo que atañe a los convenios que contemplan previsiones acerca de la discapacidad en los contratos formativos, éstos representan un 15,09% del total. Simplemente se limitan a transcribir lo que disponía, a estos efectos, el art. 11 ET, en la redacción que estaba vigente del mismo cuando se publicaron los correspondientes convenios.⁴⁵ Mención especial merecen el convenio de Fibraworld que dispone que “a tenor de lo dispuesto en el artículo 11, número 2 del Estatuto de los Trabajadores, y teniendo en cuenta las características del sector al que la empresa pertenece, la duración de los contratos de formación para disminuidos psíquicos no podrá ser inferior a seis meses ni superior a tres años, con el fin de que puedan adquirir todas las habilidades que requiera el puesto de trabajo. Las partes firmantes del presente convenio, realizarán un seguimiento de este tipo de contratos para disminuidos psíquicos y a la vista de los resultados acordarán en el próximo convenio colectivo la vigencia o la supresión de este artículo”. También cabe reseñar lo dispuesto en el convenio de Industrias Lloret. En este convenio se fija un determinado número de

36 Convenio de la Autoridad Portuaria de Alicante.

37 Convenios de Ingeniería urbana centro de Alicante, Ute Urbahormar Planta RSU Elche, Urbaser Dénia, Urbaser Elche, Urbaser La Nucía, Urbaser Santa Pola y UTE Alicante.

38 Convenio de Fibrocementos de Levante, S.A., de San Vicente del Raspeig.

39 Convenios del Centro Superior de Idiomas de la Universidad de Alicante y Taller Digital de Establecimiento de textos literarios y científicos SA, Universidad de Alicante.

40 Convenio del Consorcio de abastecimiento de aguas y saneamientos de la Marina Baja.

41 Convenio de Nueva Compañía Arrendataria de las Salinas de Torreveja. Se matiza que este descuento no procederá cuando “invalidéz hubiera resultado de accidente de trabajo”.

42 Convenios del Centro Superior de Idiomas de la Universidad de Alicante y Taller Digital de Establecimiento de textos literarios y científicos SA, Universidad de Alicante.

43 Convenio del Consorcio de abastecimiento de aguas y saneamientos de la Marina Baja.

44 Convenio de UTE Alicante.

45 Convenios de Akra rehabilitación, Ambulancias Alcoy, Ambulancias Ayuda, Ambulancias Dénia, Ambulancias Elche, Ambulancias Elda, Ambulancias Marina Baja, Ambulancias Orihuela, Ambulancias Torreveja, Fibraworld, Grupo de empresas de relleno y aderezo de aceitunas, Industrias Lloret, Marina Salud, Optisian, Solcuencia y Soloptical Cordoba.

contratos formativos en atención al número de trabajadores de la empresa y se matiza que “los trabajadores minusválidos contratados para la formación no serán computados” a efectos de esos límites.

Otro grupo de convenios, el 4,71%, hace referencia a que el poder de vigilancia y control de empresario debe tener en cuenta la discapacidad de la persona trabajadora.⁴⁶ De este modo, se explicita que “la empresa podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de las personas trabajadoras con discapacidad en su caso”.

Los convenios, por su parte, que contemplan alguna previsión, de forma expresa, sobre la prohibición de discriminación por razón de discapacidad representan el 18,86%.⁴⁷ En algunos, no obstante, se matiza que ello siempre que la persona en cuestión se halle en condiciones de aptitud para desarrollar el trabajo de que se trate.⁴⁸

Por último, un 20,75% de los convenios introducen alguna otra previsión distinta a las anteriores, incluyendo aquellas que mejoran lo previsto legalmente para contribuir a paliar los efectos negativos que sobre la inserción laboral conlleva la discapacidad. Así, hay un grupo de ellos que contemplan que la cotización exigida para jubilarse parcialmente en caso de contrato de relevo disminuye a 25 años en caso de que el jubilado parcial sea persona con discapacidad⁴⁹, otros que contemplan un complemento por discapacidad⁵⁰, unos pocos prevén la recomendación de contratar a personas con discapacidad⁵¹, otros contemplan la necesidad de hacer accesibles los puestos de trabajo⁵², otros prevén un reconocimiento médico obligatorio para las personas con discapacidad de la empresa⁵³ y otros, en fin, prevén una prioridad de permanencia, bien en traslados⁵⁴ o bien en despidos colectivos⁵⁵.

46 Son los convenios de Akra rehabilitación, Apoyo a la actividad hotelera, Autoridad portuaria de Alicante, Club Atlético Montemar y Grupo Suquia Ocio.

47 Son los convenios de Akra rehabilitación, Autopista del Sureste, Bedima, Casinos del Mediterráneo Centro de Alicante, Casinos del Mediterráneo Centro de Orihuela, Centro Superior de Idiomas de la Universidad de Alicante, Clarios Iberia P&D, Costablanca integral systems, Grupo de empresas de gestión financiera del mediterráneo, Hijos de Francisco Camina, Hurcal Beauty, Mercalicante, Panificación Industrial de Vergel, PIMESA, Remolcadores de Cartagena y flota de Alicante, Resistencias Industriales, Maxiwwat, STV Gestión centro de Pilar de la Horadada, Somos reparadores, Toro Granata 2016 y Torrehogar

48 Convenios de Bedima y Mercalicante.

49 Convenios de Acciona Servicios Urbanos (Teulada), Acciona Servicios Urbanos (Calpe), Acciona Servicios Urbanos (Torrevieja), Urbaser puntos limpios de Elche, Urbaser Dénia, Urbaser Elche y Urbaser Novelda.

50 Convenios de Akra rehabilitación, FCC SA, centro de trabajo de Crevillente y Fomento de Benicasim SA, centro Elda.

51 Convenios de Centro Municipal de asistencia residencia de ancianos Santa Marta, Clarios Iberia P&D (en este convenio se matiza que, incluso, a nivel ejecutivo) y Damel Group

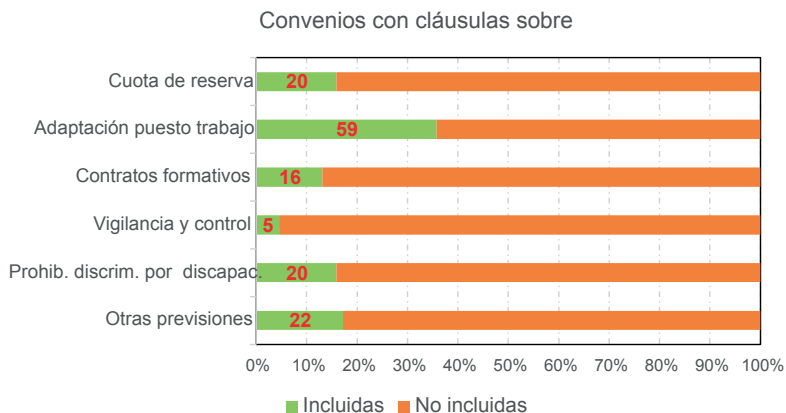
52 Convenios de Consorcio de abastecimiento de aguas y saneamientos de la Marina Baja, Mancomunidad de Servicios Sociales de la Marina Alta y Suma Alicante.

53 Convenios de FCC Medio Ambiente SA, centro Alcoy y FCC SA, centro de Recogida Selectiva de Benidorm.

54 Convenio de Apoyo a la actividad hotelera.

55 Convenio de Transportes Urbanos Autobuses de Alcoy.

La recopilación de todos estos datos se muestra de forma más palmaria en el gráfico siguiente:



Al margen de todo lo anteriormente explicado, también existen, de igual modo que en el caso de los convenios de sector, ciertos convenios, 201 sobre los 267, que hacen referencia al principio de igualdad o no discriminación.⁵⁶ Algunos, de nuevo, de una forma

56 Convenios de 40 grados lencería, Acciona Servicios Urbanos, SL (Callosa), Acciona Servicios Urbanos (Calpe), Acciona Servicios Urbanos (Teulada), Acciona Servicios Urbanos (Torrevieja), Aguas del Arco mediterráneo, Aguas municipales de Jávea, Aguas municipalizadas de Alicante, Aigües i sanejament d'Elx, Akra rehabilitación, Alcoy food, Alicante 21 SLU, Aludium, Ambulancias Alcoy, Ambulancias Ayuda, Ambulancias Dénia, Ambulancias Elche, Ambulancias Elda, Ambulancias Marina Baja, Ambulancias Orihuela, Ambulancias Torrevieja, Aniser facility, Apoyo a la actividad hotelera, Asociación de Industrias Alicantinas del Helado y Derivados, Asociación Proyecto Lázaro, Aspe 100, Autobuses urbanos de Elche, Automóviles La Alcoyana, Autopista del Sureste, Ayuntamiento de Aspe Servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, Azul Plaza Mar, Beanaca, Bedima, Brócoli, Cabanan Holding, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Alicante, Casa de reposo y sanatorio del Perpetuo Socorro, Casinos del Mediterráneo Centro de Alicante, Casinos del Mediterráneo Centro de Orihuela, Centro de Fisioterapia y osteopatía Entremares, Centro excursionista eldense, Centro municipal de asistencia residencial de ancianos Santa Marta, Centro Superior de Idiomas de la Universidad de Alicante, Cespa gestión de residuos Orihuela, Cespa Xabia, Cespa San Vicente del Raspeig, Cespa provincia de Alicante, Chocolates Valor, Ciralsa, Citrogest servicios empresariales, Clarios Iberia P&D, Clínica Vistahermosa, Club Atlético Montemar, Club náutico de Benidorm, Club náutico de Calpe, Club náutico de Dénia, Club náutico de Moraira, Cofradía de pescadores de Calpe, Colegio Oficial de Médicos de Alicante, Comunidad de propietarios de derechos de atraque del puerto deportivo Marina Internacional de Torrevieja, Comunidad de riegos de Levante margen derecha, Comunidad de riegos de Levante margen izquierda, Cooperativa agrícola Callosa d'en Sarríà, Cooperativa agrícola y ganadera de Alicante, Corporación de medios de Alicante, Costablanca integral systems, Crema, Cruz Roja Alicante, Damel, Denia express, Denibus, DHL Express Spain, Distribución eléctrica catalense, Distribuciones eléctricas Crevillente, Editorial Prensa Alicantina, Elche Crevillente Salud (Vinalopó Salud), Empresa Hermanos López Lloret, Empresa pública Desarrollo municipal de Altea, Eulen cabinas telefónicas Alicante, Fabricantes de Chocolate de Villajoyosa, FCC Medio Ambiente SA, centro Alcoy, FCC Medio Ambiente SAU, centro Campello, FCC Medio Ambiente SA, centro Benidorm, FCC SA, centro de Recogida Selectiva de Benidorm, FCC SA, centro de trabajo de Crevillente, Fomento de Construcciones y Contratas Medio Ambiente SA, centro de Castalla, Fomento de Construcciones y Contratas SA, centro de San Juan, FCC Medio Ambiente SAU, centro Cocentaina, Ferroservicios auxiliares, Fibraworld, Fomento de Benicasim SA, centro Petrer, Fomento Benicasim SA – FOBESA Centro de Trabajo de Almoradí, Fomento de Benicasim SA, centro Elda, Fomento de Benicasim SA, centro de Xixona, Fomento Benicasim SA, centro de La Nucia, Forte Hormigones Tecnológicos,

genérica, pero, como se dijo, en tanto que impera el mandato constitucional contenido en el art. 14 CE, la discapacidad, aunque implícita, también debe entenderse como causa prohibida de discriminación.⁵⁷ Otros convenios, por su parte, realizan esa alusión genérica, pero insisten en la igualdad de género y en la prohibición de discriminación por esta causa.⁵⁸ Finalmente, otro grupo simplemente hace referencia a esa igualdad entre hombres y mujeres o, al límite, remiten a la Ley Orgánica de Igualdad.⁵⁹ Estas alusiones no carecen de valor y han de mencionarse en un trabajo como éste, pues, como antes se explicó, en tanto que la mujer discapacitada puede sufrir discriminación no sólo por discapacidad, sino también por género, es interesante comprobar que la igualdad de sexo y la prohibición de discriminación por esta causa forma parte del contenido negocial habitual en los convenios provinciales de empresa. Por lo demás, tampoco pueden dejar de mencionarse a los 115

S.L., centro de trabajo de Villena, Frasamaral, Frigoríficos Marbamar, Fundación para la Salud Infantil de la Comunidad Valenciana, Gaviota Simbac, Gestaser Obras y Servicios, Gestió Municipal de Neteja, Gestión y Canalización del Agua, GINSSA, Gestión Industrial de Servicios SA, centro de Rojales, GINSSA, Gestión Industrial de Servicios SA, centro San Fulgencio, Grupo asesor Ros, Grupo de empresas de gestión financiera del mediterráneo, Grupo Generala SL, centro de Villena, Grupo Suquia Ocio, Healthy Matrix Warehouse, Hidraqua, Hospital internacional Medimar, Hostelería de Carbonell, Ibimensa Urgente, Ilustre colegio oficial de médicos de Alicante, Ingeniería urbana centro de Alicante, Institución Ferial Alicantina, Idelsa, Hermanos López Lloret, Hijos de Francisco Camina, Hurcal Beauty, Jimten, La Unión Electro Industrial, Levantina Agrícola Sociedad Agraria Transformación 9800, Manipulados y Retractilados Polo, Marco Sánchez Transportes Urbanos, Marina Salud, McDonalds sistemas de España, Mediterráneo servicios de gestión integral, Mediterráneo servicios marinos, Mercalicante, Nice Experience, Nos importas, Nueva Compañía Arrendataria de las Salinas de Torreveja, Obleas Pastor, Ohl Servicios Ingesam, Óptica Espinosa, Optisian, Orihuela capital de la Vega Baja, U.T.E., centro de trabajo de Orihuela, Panificación Industrial de Vergel, Pantin Investments, Park control 2000, Patronato Conservatorio Profesional y Banda Municipal de Música de Villena, Patronato Municipal de Educación Infantil del Ayuntamiento de Alicante, Pay and Play, Procter & Gamble Mataro, PIMESA, Radio Petrer, Reciclados y Compostaje Piedra Negra, centro de Xixona, Reciclados y servicios del mediterráneo SL, Villena, Remolcadores de Cartagena y flota de Alicante, Resistencias Industriales Maxiwat, Restaurante Fiesta, Rosaire, Rudom Express, SA Agricultores de la Vega de Valencia, centro de Villajoyosa, SA Agricultores de la Vega de Valencia, centro de Mutxamel, Sociedad Cooperativa Ltda. Benéfica de consumo de electricidad San Francisco de Asís, STV Gestión centro de Pilar de la Horadada, SA Agricultores de la Vega de Valencia, centro de Alfaz del Pi, Sanchis Mira SA, Jijona, Serumelx, Servicios Levante SA, centro Albatera-San Isidro, Sociedad Policlínico San Carlos, Solcuencia, Solooptical Cordoba, Somos reparadores, Spanish Intoplane Services, Specially for you, STV Gestión centro de Pilar de la Horadada, Suribitrans, Suman Social, Take five, Taller Digital de Establecimiento de textos literarios y científicos SA, Universidad de Alicante, Terminales Marítimas del Sureste, Thyssenkrup Elevadores SL, Alicante, Thyssenkrup Elevadores SL, Benidorm, Toros de la Terreta Servicios Taurinos Integrales, Torrehogar, Torreveja Salud, Trans Adama, Transportes La Murciana Central SL, centro de Crevillente, Toro Granata 2016, Transportes Urbanos Autobuses de Alcoy, Trimobilia, Ute Urbahormar Planta RSU Elche, Uno plus restauración, Urbaser puntos limpios de Elche, Urbaser Dénia, Urbaser Elche, Urbaser La Nucía, Urbaser Novelda, Urbaser Santa Pola, UTE Alicante, Ute Pavapark Auplasa Ora-Grúa Alicante, Viarsa, agua y servicios urbanos, Vigon Oeste SA, centro de Villena, Viriato Seguridad SL de Alicante y Vithas Alicante.

- 57 Como muestra, convenios de 40 grados lencería, Ambulancias Alcoy, Ambulancias Ayuda, Ambulancias Dénia, Ambulancias Elche, Ambulancias Elda, Ambulancias Marina Baja, Ambulancias Orihuela, Ambulancias Torreveja o Fundación para la Salud Infantil de la Comunidad Valenciana.
- 58 Así, por ejemplo, convenios de Club náutico de Morarira, Distribución eléctrica catralense, Gestaser obras y servicios, Hospital Internacional Medimar o Marina Salud.
- 59 Como botón de muestra, convenios de Denibus, FCC Medio Ambiente SA, centro Benidorm, FCC SA, centro de Recogida Selectiva de Benidorm, FCC SA, centro de trabajo de Crevillente, Creama, Fomento de Construcciones y Contratas Medio Ambiente SA, centro de Castalla, Ferroservicios auxiliares, Gestió Municipal de Neteja, Gestión y Canalización del Agua, GINSSA, Gestión Industrial de Servicios SA, centro de Rojales, GINSSA, Gestión Industrial de Servicios SA, centro San Fulgencio o Grupo asesor Ros o Grupo Generala SL, centro de Villena.

convenios que sobre 279 aluden, de forma genérica o concreta, a los planes de igualdad.⁶⁰ La mujer discapacitada, no por el hecho de su discapacidad, pero sí por el hecho de su género, se verá tutelada también por estas previsiones.

3. CONCLUSIONES

Como se ha podido constatar, no hay voluntad negociada alguna de incorporar cláusulas en los convenios, ya sean de sector o de empresa, que se refieran al empleo de las mujeres con discapacidad. Sí es posible encontrar convenios en los que sus negociadores hayan manifestado de alguna forma u otra su preocupación por la empleabilidad de las personas con discapacidad en general, sin hacer distinción alguna por sexo. Pero, comparativamente, son pocos. Si tenemos en cuenta todos los convenios analizados, tan sólo 133 de un total de 332 hacen alguna referencia, por mínima que sea, al empleo de las personas con discapacidad, lo que representa un total del 40,06%. El dato muestra que esta cuestión es, ciertamente, un problema menor, un problema al que no se le otorga la importancia que debiera.

⁶⁰ Convenios de 40 grados lencería, Acciona Servicios Urbanos (Calpe), Acciona Servicios Urbanos (Teulada), Acciona Servicios Urbanos (Torrevieja), Aguas del Arco mediterráneo, Aguas municipales de Jávea, Aguas municipalizadas de Alicante, Aigües i sanejament d'Elx, Akra rehabilitación, Aliaxis Iberia, Aludium, Ambulancias Alcoy, Ambulancias Ayuda, Ambulancias Dénia, Ambulancias Elche, Ambulancias Elda, Ambulancias Marina Baja, Ambulancias Orihuela, Ambulancias Torrevieja, Aquagest Levante, Auqlia Gestión Integral del Agua, Asociación de Industrias Alicantinas del Helado y Derivados, Aspe 100, Autobuses urbanos de Elche, Autopista del Sureste, Ayuntamiento de Aspe Servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, Beanaca, Bedima, Brócoli, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Alicante, Centro excursionista eldense, Centro municipal de asistencia residencial de ancianos Santa Marta, Centro Superior de Idiomas de la Universidad de Alicante, Cespa gestión de residuos Orihuela, Cespa Xabia, Cespa San Vicente del Raspeig, Cespa provincia de Alicante, Ciralsa, Citrogest servicios empresariales, Clarios Iberia P&D, Clínica Vistahermosa, Club Atlético Montemar, Club náutico de Calpe, Club náutico de Torrevieja, Comagua, Cooperativa agrícola Callosa d'en Sarrià Cruz Roja Alicante, Damel, Denia express, DHL Express Spain, Distribuciones eléctricas Crevillente, Editorial Prensa Alicantina, Empresa pública Desarrollo municipal de Altea, FCC SA, centro de trabajo de Crevillente, Fomento de Construcciones y Contratas Medio Ambiente SA, centro de Castalla, Fomento de Construcciones y Contratas SA, centro de San Juan, Ferroservicios auxiliares, Fibraworld, Fomento de Benicasim SA, centro Petrer, Fomento Benicasim SA – FOBESA Centro de Trabajo de Almoradí, Fomento de Benicasim SA, centro Elda, Fomento de Benicasim SA, centro de Xixona, Fomento Benicasim SA, centro de La Nucía, Fomento Valencia Medio Ambiente, Fundación para la Salud Infantil de la Comunidad Valenciana, GINSSA, Gestión Industrial de Servicios SA, centro de Rojales, GINSSA, Gestión Industrial de Servicios SA, centro San Fulgencio, Grupo asesor Ros, Healthy Matrix Warehouse, Hidraqua, Ingeniería urbana centro de Alicante, Institución Ferial Alicantina, Idelsa Jimten, La Unión Electro Industrial, Levantina Agrícola Sociedad Agraria Transformación 9800, Manipulados y Retractilados Polo, Marco Sánchez Transportes Urbanos, Marina Salud, McDonalds sistemas de España, Mediterráneo servicios de gestión integral, Mediterráneo servicios marinos, Necomplus, Orihuela capital de la Vega Baja, U.T.E., centro de trabajo de Orihuela, Patronato Conservatorio Profesional y Banda Municipal de Música de Villena, Prevenzis, Prezero España centro de Rojales, Procter & Gamble Mataro, PIMESA, Radio Petrer, Reciclados y Compostaje Piedra Negra, centro de Xixona, Reciclados y servicios del mediterráneo SL, Villena, Rudom Express, SA Agricultores de la Vega de Valencia, centro de Villajoyosa, Sociedad Cooperativa Ltda. Benéfica de consumo de electricidad San Francisco de Asís, SA Agricultores de la Vega de Valencia, centro de Alfaz del Pi, Sanchis Mira SA, Jijona, Serumelx, Servicios Levante SA, centro Albatera-San Isidro, Somos reparadores, STV Gestión Pilar de la Horodada, Suma, Take five, Taller Digital de Establecimiento de textos literarios y científicos SA, Universidad de Alicante, Terminales Marítimas del Sureste, Torrevieja Salud, Ute Urbahormar Planta RSU Elche, Urbaser puntos limpios de Elche, Urbaser Dénia, Urbaser Elche, Urbaser La Nucía, Urbaser Novelda, Urbaser Santa Pola, UTE Alicante y Viriato Seguridad SL de Alicante.

El modo de solventar esto, a mi modo de ver, sería que legislativamente se actuara con más contundencia en este asunto, como así se ha hecho, precisamente, con la igualdad entre hombres y mujeres y la obligada implantación de un plan de igualdad en la empresa. La existencia, por ejemplo, de una previsión normativa que exigiera que en las empresas de un determinado número de trabajadores se tuviera que negociar sobre el particular contribuiría a reforzar la empleabilidad del colectivo de las personas con discapacidad. Es decir, ya no se trataría tanto de reservar una determinada cuota de plazas vacantes para los integrantes de este grupo (que, como se ha visto, la inmensa mayoría de convenios ni contemplan y los que la contemplan, la excepcionan tal y como les permite la norma), sino de negociar medidas concretas en varias líneas de actuación (selección, promoción, incluso en los puestos ejecutivos, formación, ordenación del tiempo de trabajo, prevención de riesgos, retribución, etc) que contribuyeran a fomentar la igualdad en la empresa también por discapacidad y la eliminación de trabas, barreras u obstáculos. Evidentemente, ello tendría como efecto positivo colateral que se visibilizara con mayor rotundidad a este colectivo tan necesitado de inserción laboral. Por lo demás y como ya antes se ha comentado, no estaría de más que los planes de igualdad contemplaran, de forma específica, la problemática de la mujer discapacitada, puesto que su situación no es en modo alguno comparable a la de una mujer que no presenta discapacidad alguna.

4. CONVENIOS DE SECTOR REFERENCIADOS

Actividades agropecuarias (BOP 28/09/2022)

Agencias distribuidoras de gases licuados del petróleo (BOP 10/07/2018)

Almacenistas de materiales de construcción y saneamiento (BOP 31/05/2018)

Almacenistas e importadores de madera (BOP 28/02/2005)

Asentadores y mayoristas de frutas, hortalizas y plátanos (BOP 09/02/2005)

Cales y yesos (BOP 21/08/1998)

Captación, elevación, conducción, tratamiento, desalinización, depuración y distribución de agua (BOP 13/02/2020)

Centros y servicios veterinarios (BOP 11/07/2016)

Ciclo integral del agua de la provincia de Alicante (04/04/2023)

Comercio de curtidos y artículos para el calzado (BOP 09/08/2022)

Comercio del metal (BOP 22/12/2022)

Comercio de muebles, cestería y artículos de mimbre y junco (BOP 15/06/2023)

Comercio de vidrio y cerámica (BOP 28/02/2005)

Comercio minoristas, mayoristas y exportadores de calzado, artículos de piel y viaje (BOP 11/05/2023)

Comercio textil (BOP 10/07/2019)

Comercio y manufacturas de vidrio plano (BOP 26/12/2013)

Confiterías, pastelerías, bollerías y reposterías (BOP 01/08/2008)

Consignatarios de buques y transitorios (BOP 22/05/2023)

Construcción y obras públicas (BOP 22/01/2018)

Depuradoras de aguas residuales (BOP 22/01/2010)

Empleados de fincas urbanas (BOP 28/08/2013)

Establecimientos de hospitalización (BOP 12/08/1992)

Estiba (BOP 01/06/2002)

Exhibición cinematográfica (BOP 27/06/2017)

Fabricantes de muñecas, auxiliares y afines (BOP 18/03/2021)

Fabricantes e importadores mayoristas de bolsos, sombreros y artículos similares de fibras (BOP 30/08/2011)

Garajes, aparcamientos y estaciones de lavado y engrase (BOP 28/11/2013)

Hilos, cuerdas y redes (BOP 09/02/2005)

Hostelería (BOP 28/09/2017)

Industria, comercio, talleres y fabricación de óptica (BOP 13/01/2014)

Industria de panadería (BOP 15/07/2008)

Industrias de hormas, tacones, pisos, plantas y cuñas de plástico (BOP 28/08/2017)

Industrias de manipulación y exportación de frutos secos (BOP 08/07/2020)

Industrias de marroquinería y similares (BOP 11/07/2001)

Industrias de la madera y el cocho (BOP 13/08/2013)

Industria, servicios y tecnologías del sector del metal (BOP 24/03/2022)

Industrias transformadoras de materias plásticas (BOP 10/11/2021)

Industrias y comercio vinícolas (BOP 06/07/2004)

Laboratorios de prótesis dentales (BOP 01/09/2000)

Limpieza de edificios y locales (BOP 08/05/2023)

Limpieza de edificios y locales para centros sanitarios de la Conselleria de sanidad (ahora Limpieza de edificios y locales de los centros dependientes del Servicio Valenciano de Salud y Diputación Provincial (BOP 20/01/2023)

Mármoles, piedras y granitos (BOP 05/04/2018)

Mayoristas de alimentación (BOP 23/01/2021)

Odontólogos y estomatólogos (BOP 13/02/2020)

Oficinas de farmacia (BOP 18/08/2015)

Oficinas y despachos (BOP 22/12/2021)

Preparadores de especias, condimentos y herboristería (BOP 02/03/2020)

Relleno y aderezo de aceitunas (BOP 10/01/2022)

Salas de bingo (BOP 06/06/2022)

Supermercados, autoservicios y detallistas de alimentación en general (BOP 07/09/2022)

Tintorerías, lavanderías y limpieza de ropas (BOP 22/07/2020)

Transporte de mercancías por carretera (BOP 19/04/2023)

Transporte de viajeros por carretera (BOP 20/03/2019)

5. CONVENIOS DE EMPRESA REFERENCIADOS

40 grados lencería (BOP 26/03/2018)

Acciona Servicios Urbanos, SL (Callosa) (BOP 23/07/2009)

Acciona Servicios Urbanos (Calpe) BOP 09/04/2018)

Acciona Servicios Urbanos (Orihuela) (BOP 28/09/2007)

Acciona Servicios Urbanos (Teulada) (BOP 12/06/2013)

Acciona Servicios Urbanos (Torrevieja) (BOP 15/02/2023)

Agencia Local de Desarrollo Económico y Social de Alicante (BOP 06/03/2007)

Agencia de Desarrollo Local de Santa Pola (BOP 09/07/2008)

Aguas del Arco mediterráneo (BOP 21/03/2022)

Aguas municipales de Jávea (BOP 22/01/2018)

Aguas municipalizadas de Alicante (BOP 23/05/2022)

Aigües i sanejament d'Elx (BOP 10/07/2018)

Akra rehabilitación (BOP 17/12/2020)

Alcoy food (BOP 20/02/2017)

ALC Hostelería (BOP 27/09/2013)

Alfonso Benítez limpieza de playas de Benidorm (BOP 03/10/2007)

Aliaxis Iberia (BOP 26/09/2022)

Alicante 21 SLU (BOP 23/11/2016)

Aludium (BOP 21/01/2020)

Ambulancias Alcoy (BOP 03/03/2015)

Ambulancias Ayuda (BOP 30/05/2017)

Ambulancias Dénia (BOP 03/03/2015)

Ambulancias Elche (BOP 22/09/2015)
Ambulancias Elda (BOP 03/03/2015)
Ambulancias Marina Baja (BOP 02/03/2016)
Ambulancias Orihuela (BOP 03/03/2015)
Ambulancias Torreveja (BOP 03/03/2015)
Aniser facility (BOP 16/03/2016)
Apoyo a la actividad hotelera (BOP 24/04/2015)
Aquagest Levante (BOP 06/03/2013)
Aqualia Gestión Integral del Agua, centro de Dénia (BOP 09/03/2016)
Asociación de Industrias Alicantinas del Helado y Derivados (BOP 09/11/2021)
Asociación Proyecto Lázaro (BOP 08/06/2018)
Aspe 100 (BOP 13/10/2017)
Atlántica agrícola y consulting agrotecnica (BOP 01/06/2001)
Autobuses urbanos de Elche (BOP 18/01/2022)
Automóviles La Alcoyana (BOP 18/11/2021)
Autopista del Sureste (BOP 04/02/2020)
Autoridad portuaria de Alicante (BOP 05/12/2002)
Ayuntamiento de Aspe Servicio de recogida de residuos sólidos urbanos (BOP 01/03/2021)
Azul Plaza Mar (BOP 21/09/2018)
Beanaca (BOP 26/09/2022)
Bedima (BOP 16/06/2014)
Bonalba 2000 (BOP 22/05/2008)
Brócoli (BOP 02/02/2015)
Cabanán Holding (BOP 14/11/2018)
Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Alicante (BOP 06/07/2023)
Cáritas Diocesana de Orihuela (BOP 07/08/2004)
Casa de reposo y sanatorio del Pepetuo Socorro (BOP 18/03/2014)
Casinos del Mediterráneo Centro de Alicante (BOP 30/09/2016)
Casinos del Mediterráneo Centro de Orihuela (BOP 20/10/2016)
Centro de Fisioterapia y osteopatía Entremares (BOP 30/11/2017)
Centro excursionista eldense (BOP 20/12/2000)

Centro médico Salus Baleares (BOP 26/09/2022)

Centro municipal de asistencia residencia de ancianos Santa Marta (BOP 13/04/2022)

Centro Superior de Idiomas de la Universidad de Alicante (BOP 21/09/2018)

Cespa gestión de residuos Orihuela (BOP 10/11/2021)

Cespa Xabia (BOP 22/07/2022)

Cespa San Vicente del Raspeig (ahora Prezero España) (BOP 31/03/2023)

Cespa provincia de Alicante (ahora Prezero Gestión de Residuos de Alicante) (BOP 24/01/2023)

Chocolates Valor (BOP 13/04/2022)

Ciralsa (BOP 23/07/2012)

Citrogest servicios empresariales (BOP 02/02/2015)

Clarios Iberia P&D (BOP 15/03/2021)

Clínica Vistahermosa (BOP 11/10/2022)

Club Atlético Montemar (BOP 26/01/2021)

Club náutico de Benidorm (BOP 25/03/2011)

Club náutico de Calpe (BOP 05/02/2016)

Club náutico de Dénia (BOP 14/07/2015)

Club náutico de Moraira (BOP 26/02/2013)

Club náutico de Santa Pola (BOP 19/10/2004)

Club náutico de Torrevieja (BOP 08/05/2023)

Club náutico de Villajoyosa (BOP 15/09/2000)

Cofradía de pescadores de Calpe (BOP 26/05/2010)

Colegio Oficial de Médicos de Alicante (BOP 07/10/2019)

Comagua (BOP 14/06/2010)

Compañía de Limpiezas del Sureste (BOP 23/03/2005)

Cdad. de propietarios de derechos de atraque del puerto deportivo Marina Internacional de Torrevieja (BOP 29/09/2008)

Comunidad de riegos de Levante margen derecha (BOP 14/05/2015)

Comunidad de riegos de Levante margen izquierda (BOP 23/11/2021)

Consorcio de abastecimiento de aguas y saneamientos de la Marina Baja (BOP 22/03/2007)

Consorcio Provincial para el Servicio de Prevención y Extinción de Incendios y Salvamento de Alicante (BOP 24/08/2002)

Consorcio para la recuperación económica y de la actividad Marina Alta (Creama) (BOP 21/12/2022)

Cooperativa agrícola Callosa d'en Sarrià (BOP 23/02/2021)

Cooperativa agrícola y ganadera de Alicante (BOP 13/10/2017)

Corporación de medios de Alicante (BOP 13/06/2016)

Costablanca integral systems (BOP 16/06/2015)

Cruz Roja Alicante (BOP 11/10/2022)

Damel Group, centro de Crevillente (BOP 07/06/2023)

Danzas (BOP 03/12/2002)

Denia express (BOP 15/11/2019)

Depósitos francos de Alicante (BOP 02/06/2005)

Denibus (BOP 17/10/2014)

DHL Express Spain (BOP 23/12/2019)

Distribución eléctrica catralense (BOP 25/07/2016)

Distribuciones eléctricas Crevillente (BOP 16/12/2019)

Diviertete mientras comes (BOP 25/02/2014)

Earthgrains Productos Diversificados (BOP 10/05/2000)

Editorial Prensa Alicantina (BOP 08/05/2023)

Elche Crevillente Salud (Vinalopó Salud) (BOP 20/06/2022)

Empresa Hermanos López Lloret (BOP 13/02/2020)

Empresa pública Desarrollo municipal de Altea (BOP 13/04/2021)

Enrique Ortiz e Hijos (BOP 21/09/2012)

Escuelas infantiles municipales de Alcoy (BOP 18/08/2000)

Escuelas infantiles municipales de Elche (BOP 31/05/2002)

Estacionamientos y servicios (BOP 05/07/2000)

Eurolíneas Marítimas (Balearia) (BOP 19/06/2023)

Eulen cabinas telefónicas Alicante (BOP 15/01/2016)

Fabricantes de Chocolate de Villajoyosa (BOP 04/05/2010)

FCC Medio Ambiente SA, centro Alcoy (BOP 18/08/2020)

FCC Medio Ambiente SAU, centro Campello (BOP 10/11/2021)

FCC Medio Ambiente, S.A., centro de trabajo de Altea (BOP 17/02/2009)

FCC Medio Ambiente SA centro Benidorm (BOP 03/12/2019)

FCC Medio Ambiente, S.A., centro de trabajo de San Vicente del Raspeig (BOP 11/01/2001)

FCC Medio Ambiente, S.A., U.T.E., centro de trabajo de Jávea (BOP 20/06/2007)

FCC SA, centro de Recogida Selectiva de Benidorm (BOP 25/09/2018)

FCC SA, centro de trabajo de Crevillente (BOP 03/12/2020)

Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., centro de trabajo de Villajoyosa (BOP 19/12/2000)

Fomento de Construcciones y Contratas Medio Ambiente SA, centro de Castalla (BOP 10/12/2020)

Fomento de Construcciones y Contratas SA, centro de San Juan (BOP 17/11/2020)

FCC Medio Ambiente SAU, centro Cocentaina (BOP 03/02/2021)

Ferroser servicios auxiliares (BOP 26/01/2022)

Fibraworld (BOP 02/02/2022)

Fibrocementos de Levante, S.A., de San Vicente del Raspeig (BOP 02/10/2001)

Fomento de Benicasim SA, centro Petrer (BOP 02/08/2022)

Fomento Benicasim SA – FOBESA Centro de Trabajo de Almoradí (BOP 10/11/2021)

Fomento de Benicasim SA, centro Elda (BOP 03/02/2021)

Fomento de Benicasim SA, centro de Xixona (BOP 04/01/2023)

Fomento Benicasim SA, centro de La Nucia (BOP 28/04/2017)

Fomento Valencia Medio Ambiente (BOP 29/06/2022)

Forte Hormigones Tecnológicos, S.L., centro de trabajo de Villena (BOP 27/04/2010)

Frasamaral (BOP 29/07/2013)

Frigoríficos Marbamar (BOP 21/09/2020)

Fundación General de la Universidad de Alicante (BOP 13/01/2014)

Fundación para la Salud Infantil de la Comunidad Valenciana (BOP 10/01/2018)

Gaviota Simbac (09/01/2018)

Gestaser Obras y Servicios (BOP 29/12/2016)

Gestió Municipal de Neteja (BOP 02/06/2015)

Gestión y Canalización del Agua (BOP 08/05/2023)

Ginsa, Gestión Industrial de Servicios, S.A., y Domingo Aldeguer Gimeno, Unión Temporal de Empresas, centro de trabajo de Guardamar del Segura (BOP 28/01/2002)

GINSSA, Gestión Industrial de Servicios SA, centro de Rojales (BOP 03/10/2016)

GINSSA, Gestión Industrial de Servicios SA, centro San Fulgencio (BOP 24/12/2018)

Grupo asesor Ros (BOP 11/09/2020)

Grupo de Empresas de captación, elevación, conducción y distribución de agua para riego (BOP 30/12/2009)

Grupo de empresas de gestión financiera del mediterráneo (BOP 18/02/2011)

Grupo de empresas de relleno y aderezo de aceitunas (BOP 03/03/2006)

Grupo Generala SL, centro de Villena (BOP 26/08/2016)

Grupo Informático Item (BOP 20/07/2000)

Grupo Suquia Ocio (BOP 09/01/2018)

Healthy Matrix Warehouse (BOP 03/02/2021)

Hermanos López Lloret (BOP 13/02/2020)

Hidraqua (BOP 11/03/2020)

Hijos de Francisco Camina (BOP 11/09/2017)

Hospital internacional Medimar (BOP 28/03/2013)

Hosteleria de Carbonell (BOP 04/01/2017)

Hurcal Beauty (BOP 16/03/2016)

Ibimensa Urgente (BOP 28/12/2021)

Impresión de Prensa y Revistas (BOP 28/07/2006)

Industrial zapatera (BOP 18/04/2000)

Industrias Lloret (BOP 29/06/2006)

Inelcom producción (BOP 29/07/2005)

Ingenieria urbana centro de Alicante (BOP 29/06/2011)

Ingenieria urbana centro de San Vicente del Raspeig (BOP 08/08/2001)

Iniciativas técnicas del calzado (BOP 18/04/2000)

Institución Ferial Alicantina (BOP 14/02/2019)

Interia Making Spaces (BOP 02/04/2009)

Idelsa (BOP 24/08/2010)

Jimten (BOP 30/04/2018)

José Baeza Ripoll Sant Joan d´Alacant (BOP 09/05/2008)

Josman (BOP 09/03/2005)

La Unión Electro Industrial (BOP 24/12/2019)

Letona (BOP 26/07/2006)

Levantina Agrícola Sociedad Agraria Transformación 9800 (BOP 24/10/2016)

Limpiezas Luz (BOP 14/06/2006)

Mancomunidad de Servicios de Promoción Económica de la Vega Baja (BOP 31/03/2006)

Mancomunidad de Servicios Sociales Bajo Segura (BOP 11/09/2002)

Mancomunidad de Servicios Sociales de la Marina Alta (BOP 14/01/2006)

Manipulados y Retractilados Polo (BOP 03/09/2019)

Manufacturas Alhambra, S.L. de Muro del Alcoy (BOP 01/07/2002)

Marco Sánchez Transportes Urbanos (BOP 08/03/2022)

Marina Salud (BOP 08/04/2014)

McDonalds sistemas de España (BOP 15/03/2010)

Mediterráneo servicios de gestión integral (BOP 18/03/2020)

Mediterráneo servicios marinos (BOP 04/07/2019)

Mercalicante (BOP 21/03/2023)

Necomplus (BOP 26/04/2023)

Nesco Entrecanales Cubiertas, S.A., centro de trabajo de Teulada-Moraira (BOP 21/09/2002)

Nesco Generala Torrevieja (BOP 11/02/2006)

Nice Experience (BOP 13/07/2017)

Nos importas (BOP 15/03/2022)

Nueva Compañía Arrendataria de las Salinas de Torrevieja (BOP 10/06/2022)

Obleas Pastor (BOP 13/03/2017)

Ohl Servicios Ingesan (BOP 29/06/2022)

Óptica Espinosa (BOP 21/12/2015)

Optisian (BOP 10/11/2015)

Orihuela capital de la Vega Baja, U.T.E., centro de trabajo de Orihuela (BOP 31/05/2010)

Panificación Industrial de Vergel (BOP 02/09/2016)

Pantin Investments (BOP 20/12/2018)

Park control 2000 (BOP 22/03/2012)

Patronato Conservatorio Profesional y Banda Municipal de Música de Villena (BOP 09/11/2018)

Patronato Municipal de Educación Infantil del Ayuntamiento de Alicante (BOP 12/11/2021)

Patronat Municipal de Música i Dansa de Xàbia (BOP 11/06/2007)

Patronato Municipal de Deportes de Alicante (BOP 10/07/2008)

Pay and Play (BOP 28/6/2018)

Prevenzis Consultoria Integral (BOP 24/12/2021)

Prezero España, centro de Rojales (BOP 31/01/2023)

Procter & Gamble Mataro (BOP 12/06/2018)

PIMESA (BOP 02/01/2023)

Pulidos López (BOP 22/06/2005)

Radio Petrer (BOP 10/11/2021)

Reciclados y Compostaje Piedra Negra, centro de Xixona (BOP 11/10/2022)

Reciclados y servicios del mediterráneo SL, Villena (BOP 29/11/2019)

Redes Sintéticas S.A. de Villajoyosa (BOP 26/07/2006)

Remolcadores de Cartagena y flota de Alicante (BOP 21/05/2015)

Resistencias Industriales Maxiwwat (BOP 02/12/2015)

Restaurante Fiesta (BOP 15/05/2019)

Rosaire (BOP 24/04/2015)

Rudom Express (BOP 01/02/2018)

SA Agricultores de la Vega de Valencia, centro de Villajoyosa (BOP 03/08/2023)

SA Agricultores de la Vega de Valencia, centro de Mutxamel (BOP 02/12/2022)

Sociedad Cooperativa Ltda. Benéfica de consumo de electricidad San Francisco de Asís
(BOP 19/12/2019)

STV Gestión centro de Pilar de la Horadada (BOP 07/06/2021)

SA Agricultores de la Vega de Valencia, centro de Alfaz del Pi (BOP 14/02/2018)

Sanchis Mira SA, Jijona (BOP 24/09/2018)

Sara Lee Bakery Iberian Investments (BOP 13/07/2012)

Serumelx (BOP 17/06/2016)

Servicios Levante SA, centro Albaterra-San Isidro (BOP 20/02/2020)

Sociedad Policlínico San Carlos (BOP 31/10/2013)

Sogesur (BOP 13/11/2001)

Solcuenca (BOP 18/11/2015)

Soloptical Cordoba (BOP 16/06/2015)

Somos reparadores (BOP 18/09/2019)

Spanish Intoplane Services (BOP 23/11/2016)

Specially for you (BOP 18/02/2019)

Suribitrans (BOP 19/04/2022)

Suma Alicante (BOP 25/05/2007)

Suman Social (BOP 28/09/2020)

Take five (BOP 27/12/2021)

Taller de imagen de la Universidad de Alicante (BOP 05/02/2002)

Taller Digital de Establecimiento de textos literarios y científicos SA, Universidad de Alicante (BOP 20/04/2017)

Técnicas y Tratamientos Medioambientales, S.A., centro de trabajo de Gata de Gorgos (BOP 07/06/2010)

Terminales Marítimas del Sureste (BOP 26/01/2022)

Terra Natura (BOP 13/12/2004)

Terra Mítica (BOP 01/02/2000)

Thai Natura de Ibi (BOP 27/02/2004)

Thyssenkrup Elevadores SL, Alicante (BOP 11/02/2014)

Thyssenkrup Elevadores SL, Benidorm (BOP 21/07/2011)

Toro Granata 2016 (BOP 11/09/2017)

Toros de la Terreta Servicios Taurinos Integrales (BOP 19/04/2010)

Torrehogar (BOP 27/06/2014)

Torre vieja Salud (BOP 22/09/2020)

Trans Adama (BOP 01/06/2022)

Transportes La Murciana Central SL, centro de Crevillente (BOP 14/05/2015)

Transportes Urbanos Autobuses de Alcoy (BOP 01/04/2022)

Trimobilia (BOP 09/09/2020)

Ute Urbahormar Planta RSU Elche (BOP 02/08/2022)

Uno plus restauración (BOP 02/07/2014)

Urbaser puntos limpios de Elche (BOP 14/12/2018)

Urbaser Benidorm Planta de transferencia (BOP 15/02/2023)

Urbaser Ibi (BOP 22/05/2023)

Urbaser Dénia (BOP 05/12/2017)

Urbaser Dolores (BOP 22/03/2023)

Urbaser Elche (BOP 18/04/2023)

Urbaser La Nucía (BOP 27/03/2009)

Urbaser Novelda (BOP 03/10/2016)

Urbaser Santa Pola (BOP 20/01/2021)

UTE Alicante (BOP 04/05/2021)

Ute Pavapark Auplasa Ora-Grúa Alicante (BOP 04/07/2023)

Viarsa, agua y servicios urbanos (BOP 15/03/2013)

Vigon Oeste SA, centro de Villena (BOP 15/05/2018)

Viriato Seguridad SL de Alicante (BOP 18/07/2018)

Vithas Alicante (BOP 13/02/2020)

CAPÍTULO XI

DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD: LAS NUEVAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS SOCIOLABORALES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA

JUAN PABLO IBÁÑEZ GARCIA
Universidad Pública de Navarra

1. INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, España ha implantado un conjunto normativo en torno a las personas con discapacidad. Este conjunto de normas materializa el mandato constitucional dirigido a los distintos poderes del Estado respecto de sus obligaciones de tutela de un colectivo de personas a las que el legislador constituyente reconoce la necesidad de una especial protección por razón de sus circunstancias, conocido en la actualidad como el colectivo de personas con discapacidad.

El reconocimiento de la discapacidad en nuestro ordenamiento jurídico data de varios siglos. A lo largo de este periodo pretérito, distintos ámbitos de nuestro Derecho, incluidos los ámbitos del Derecho Civil, del Derecho Penal o del Derecho Social, han recogido diversos mecanismos para proteger a las personas en situación de discapacidad. Inicialmente, esa protección partía de un modelo o visión paternalista y rehabilitador de la persona con discapacidad.

En el orden civil, la legislación (Código Civil — CC — y Ley de Enjuiciamiento Civil — LEC —) partían de la existencia de una serie de carencias de la persona con discapacidad, que le hacían incapaz de participar con normalidad en la vida civil desde el punto de vista jurídico. Por eso, esta norma configuró un sistema de sustitución de la persona con discapacidad por otra persona que debía suplirlo válidamente en todas las actuaciones o actividades con trascendencia jurídica. De esta manera, el legislador pretendía evitar eventuales efectos indeseados de esa falta de capacidad en las relaciones jurídicas de la persona con discapacidad con terceros. Ese sistema de sustitución admitía diferentes grados de intervención en la actuación o actividad de la persona con discapacidad en función del nivel de afectación de los problemas manifestados por ésta para participar de forma autónoma en la vida civil y social, ejerciendo sus derechos civiles y políticos reconocidos

por la Constitución o norma fundamental del momento y las leyes. Para determinar tal grado de limitación se partía en todo caso de un diagnóstico médico de enfermedad, patología o lesión y su alcance.

En el orden social, a finales del siglo XIX y principios del XX, y atendiendo a los problemas que derivaban de los accidentes de trabajo en los nuevos procesos productivos de esa época de creciente industrialización, se implantó un sistema de seguros sociales. Este sistema pretendía cubrir las necesidades de los trabajadores ante las situaciones de especial vulnerabilidad. En concreto, desde 1900 hasta finales de la década de los cincuenta se fue ampliando este sistema de seguros sociales para mejorar paulatinamente las coberturas de las necesidades económicas de los trabajadores y sus familias ante eventuales accidentes de trabajo que les impidiesen continuar con su actividad laboral, bien de forma temporal bien de forma permanente, o que conllevasen el fallecimiento del trabajador, ante el evento de la maternidad en el caso de las trabajadoras, ante la circunstancia de alcanzar el trabajador una edad avanzada que le impidiera realizar su trabajo y obtener un sustento, accediendo así a la jubilación, entre otras. No obstante, este sistema basado en un modelo de riesgos adolecía de deficiencias importantes. Éstas estaban fundamentalmente asociadas a su aplicación desigual y asimétrica. Por eso, fue sustituido por el sistema de la Seguridad Social como sistema global de protección donde la prestación se justificaba por las contingencias y situaciones de necesidad de las personas, y no por el riesgo y los motivos o causas de las que derivaba la materialización de dicho riesgo. Este sistema de Seguridad Social, con sus distintas actualizaciones, ha pervivido hasta el presente.

Con la aprobación de la CE se plasmaron los principios sociales fundamentales relativos a la protección especial de las personas con discapacidad, con un mandato dirigido a los distintos Poderes del Estado para concretar el reconocimiento normativo de derechos dirigidos a su materialización normativa y práctica. Desde entonces, la evolución filosófica sobre el hecho de la discapacidad que subyace a su regulación actual ha determinado el actual modelo de derechos reconocidos. Este modelo vigente contempla que las personas con discapacidad son sujetos de pleno Derecho y que la sociedad, sin mediación de los poderes estatales, y por diversos motivos, no es capaz de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos a este colectivo de personas. Es en este contexto en el que podemos hablar actualmente de un conjunto normativo orientado a la protección y salvaguarda de los derechos de las personas con discapacidad en todas las esferas de la vida en condiciones de igualdad respecto del conjunto de los españoles.

En el presente, y coherentemente con lo expuesto, existe un conjunto normativo elaborado por el legislativo en sentido amplio, pues incluimos las normas convencionales internacionales, y desarrollado reglamentariamente en algunos aspectos, cuya materialización no es plena debido a la inobservancia por parte de Administraciones públicas y entes privados, y a la falta de una plena y efectiva tutela judicial en todos los extremos previstos por dicho elenco normativo. Esta inoperatividad material de los derechos de las personas con discapacidad en algunos órdenes, así como en algunos casos concretos, se produce por motivos diversos, que van desde la falta de conocimiento pleno de la norma hasta determinados errores interpretativos a la hora de aplicarla correctamente o la resistencia de determinados entes jurídicos por razón de las consecuencias materiales gravosas para sí como resultado de su aplicación debida. Esta inadecuada aplicación o, en su caso, falta de aplicación normativa resulta en un vaciamiento fáctico del contenido

de los derechos de personas con discapacidad reconocidos por el legislador, tanto a nivel nacional como internacional.

Este proceder de determinados entes, obligados al debido cumplimiento del mandato normativo en que se reconocen dichos derechos, es cuestionable desde un punto de vista jurídico. De acuerdo con JIMENA QUESADA y MONEREO PÉREZ¹, el valor de los derechos viene marcado por las garantías de efectividad de los mismos que contenga el Ordenamiento Jurídico que los recoja. Así, en consonancia con los citados autores, considero que un elenco de derechos carece de valor real y efectivo si no se garantiza su plenitud y efectividad, valga la redundancia, por el propio Ordenamiento Jurídico. Esto incluye la garantía de los derechos reconocidos tanto por la normativa doméstica como la convencional. Así, en relación con esta última, que es plenamente vinculante en España de acuerdo con el artículo 10.2 y 96 de la CE, y como afirman desde distintas ópticas JIMENA QUESADA², expresidente del Comité Europeo de Derechos Sociales, y MARTINEZ-PUJALTE LÓPEZ³, es perentorio implementar mecanismos de garantía de los derechos humanos reconocidos en las normas convencionales internacionales para que se materialicen en la práctica. Precisamente, y en última instancia, la garantía real y efectiva de los derechos reconocidos en un ordenamiento jurídico es, y debe ser, la garantía del propio Estado de Derecho.

En este contexto, es imprescindible que analicemos las nuevas normas incorporadas al marco normativo de garantías de los derechos plenos de las personas con discapacidad. En concreto, este trabajo pretende abordar el papel de (1) la Carta Social Europea revisada y el procedimiento de reclamaciones colectivas ante el CEDS, (2) la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, y (3) la observación general nº 8 del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU.

2. NOVEDADES EN EL MARCO NORMATIVO EN TORNO A LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La regulación vigente en torno a la discapacidad tiene su fundamento jurídico en las disposiciones normativas que reconocen los derechos humanos y fundamentales. En este contexto, España ha integrado en su ordenamiento jurídico la normativa convencional reguladora de los mismos. En concreto, ratificó la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York (CIDPD) en 2007 y la Carta Social Europea revisada en 2021, y ha implementado una ley que delimita el contenido esencial del derecho fundamental de igualdad y no discriminación en 2022, en relación con grupos de personas que padecen y soportan las situaciones más relevantes a efectos de situarlos en el plano de una vulnerabilidad significativa y por ello hacerlos merecedores de una especial protección. Como veremos, esta incorporación e implementación normativa

1 «La contribución de Fernando Valdés Dal-Ré al constitucionalismo social europeo y a la protección multinivel», en Jornada 25 aniversario del Protocolo de Reclamaciones Colectivas, Valencia, 11 de julio de 2023.

2 JIMENA QUESADA, L.: «La aplicación judicial de la Carta Social Europea en España: nuevas garantías para los derechos sociales tras la ratificación de la versión revisada». *UNED-TRC*, nº 50 (2022), págs. 247-290.

3 MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A.: «Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales» *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 32 (2000), págs. 125-144.

no es aleatoria. Por el contrario, responde a una evolución orientada a culminar el proceso de integración social efectiva.

2.1. Ratificación de la carta social europea revisada e incorporación de España al sistema de reclamaciones colectivas ante el CESD. Antecedentes y consecuencias

A mitades de la década de los años noventa, en el seno del Consejo de Europa, se planteó la necesidad de actualizar el sistema de garantías que hasta entonces se venía aplicando respecto de los Derechos Humanos, y, en particular, todo aquello conocido como Derechos Humanos de naturaleza social o Derechos Sociales.

Estos derechos sociales ya habían jugado un papel determinante en los Estados europeos durante la década de los años sesenta. Así, habían sido incorporados expresamente en sus respectivos ordenamientos jurídicos mediante la ratificación de la Carta Social Europea de 1961, elaborada en el seno del Consejo de Europa⁴.

Desde principios de la década de los años sesenta, se aprobó en el seno del Consejo de Europa la denominada Carta Social Europea (CSE) como instrumento normativo con forma de Tratado Internacional en el que reconocían expresamente y delimitaban los derechos de naturaleza social que previamente se habían reconocido de modo más abstracto en los compendios vigentes de Derechos Humanos. Este sistema de reconocimiento y garantía de los Derechos Humanos de naturaleza social tuvo una amplia y rápida acogida entre los Estados europeos, que se incorporaron en un periodo de tiempo breve al Consejo de Europa, ratificando la propia CSE.

Pese a la amplia acogida de la CSE, el mismo Consejo de Europa consideró la necesidad de ampliar y actualizar su contenido a la vista de la realidad socioeconómica de los Estados europeos que la habían ratificado. Como consecuencia, en 1995 se aprobó el texto revisado de la CSE. Además, paralelamente, se creó un procedimiento de garantía de los derechos reconocidos en la propia CSE frente a eventuales vulneraciones de estos derechos sociales por parte de los Estados miembros del tratado. Este procedimiento es el conocido como mecanismo de Reclamaciones Colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales, que entró en funcionamiento en 1998, y que en el presente año celebra su 25 aniversario.

A pesar de su amplia acogida inicial, algunos de los Estados miembros del Consejo de Europa no ratificaron el texto revisado de la CSE ni su protocolo facultativo. Entre otros, éste fue el caso de España hasta el año 2021. Es en ese año cuando nuestro país ratificó el texto revisado y su protocolo facultativo, aunque lo efectuó en dos fases. La ratificación se produjo formalmente en dos actos distintos, siendo el primero de ratificación provisional, y el segundo de ratificación definitiva.

4 Recordaré que el Consejo de Europa es una organización internacional creada en 1949 a través del Tratado de Londres el 5 de mayo de ese año. España no se incorporó al Consejo de Europa hasta el 19 de noviembre de 1977. La organización llegó a tener un total de 47 estados miembros, todos ellos europeos, si bien en la actualidad son 46 sus miembros tras la expulsión de Rusia en 2022. Su principal objetivo es el garantizar el reconocimiento y respeto de los Derechos Humanos en Europa, para lo que dispone de distintos mecanismos que descansan en sus instituciones, destacando por su importancia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité Europeo de Derechos Sociales.

Esta ratificación de la CSE revisada y la incorporación al sistema de Reclamaciones Colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales habían sido reclamadas por parte relevante de la doctrina. En este sentido, JIMENA QUESADA⁵ ha insistido en distintas ocasiones en la importancia de la CSE revisada como norma última de garantía de los derechos sociales, así como del Sistema de Reclamaciones Colectivas como herramienta garante de la efectividad de los derechos enunciados en la Carta. Por su parte, SALCEDO BELTRÁN⁶, vocal en la actualidad del CEDS, ha tratado el tema de las reticencias para la incorporación por parte de algunos Estados de la Carta revisada y del sistema de Reclamaciones Colectivas, como ha sido el caso español.

Dicho lo anterior, debemos considerar las aportaciones de esta CSE revisada y el protocolo facultativo que regula el mecanismo de reclamaciones colectivas.

Por un lado, la revisión adoptada respecto de la CSE original cuenta con ciertas diferencias. Primero, la relación de derechos y principios que constituyen sus objetivos en la Parte I de la CSE (declaración de objetivos) queda notablemente ampliado en el texto revisado. Asimismo, se produce una modificación, en lo que nos afecta, del artículo 15 CSE, relativa al derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, integración social y participación en la vida de la comunidad. Igualmente, se han incorporado varios derechos no recogidos en el texto original de 1961. Destacamos, por su relevancia para las personas con discapacidad, el previsto en el artículo 30, que reconoce el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social, cuyo texto pretende condicionar el alcance de las medidas implementadas para la protección de otros derechos como los de acceso al empleo, vivienda, formación, enseñanza, cultura y asistencia social y médica de personas en riesgo de exclusión social y sus familias. Debemos tener en cuenta que España ha ratificado íntegramente el texto de la CSE revisada, sin excluir la obligatoriedad de ninguno de los derechos contenidos en su articulado (Parte II).

Por otro lado, España ha ratificado igualmente el protocolo adicional por el que se implementa el mecanismo de reclamaciones colectivas (MRC) ante el CEDS. Este mecanismo articula un procedimiento de tutela específico con el objetivo de efectuar el análisis y la tutela casuísticas respecto del cumplimiento por parte de los Estados firmantes de la CSE. En sus artículos 1 y 2 el protocolo enuncia el tipo de organizaciones que están legitimadas para presentar reclamaciones ante el CEDS. Concretamente, señala a Organizaciones No Gubernamentales internacionales con estatus de participante en el Consejo de Europa, así como organizaciones representativas de empresarios y sindicatos, y a sindicatos nacionales si el Estado lo permite. En el caso de que quien promueva este procedimiento sea una ONG, el protocolo exige, junto con su estatus de participante, que sea competente o esté vinculada con el ámbito de la cuestión promovida, además de estar incluida dentro del listado publicado al efecto por el Consejo de Europa.

El procedimiento de presentación está regulado por el artículo 8 del Reglamento del CEDS. En síntesis, establece que las reclamaciones se podrán presentar en cualquier momento, por escrito en uno de los idiomas oficiales del Consejo de Europa (francés o

5 JIMENA QUESADA, L.: «El último bastión en la defensa de los derechos sociales: la Carta Social Europea». *RUJAM*, nº 29 (2014-1), págs.171-189.

6 SALCEDO BELTRÁN, M.C.: «Derechos Sociales y su garantía: la ineludible aprehensión, disposición e implementación de Carta Social Europea (Constitución Social de Europa)». *Revista de Derecho Social*, nº 83 (2018), págs. 45-74.

inglés) salvo excepciones, y firmadas por un representante de la organización legitimada que la promueva. En la reclamación se debe explicitar el precepto de la CSE que se entiende infringido y los hechos y argumentos con los que se motivan el escrito y el eventual incumplimiento de la Carta.

Primeramente, tras recibir el escrito de interposición de la reclamación, la Secretaría del CEDS le da registro y designa a un miembro del Comité para que actúe como Relator. El CEDS debe pronunciarse a propósito de la admisión a trámite de la reclamación, si bien con anterioridad a ésta el Comité está facultado para dar traslado al Estado frente al que se promueve la reclamación con el fin de que presente las alegaciones y observaciones que estime oportunas respecto a dicha admisibilidad. Asimismo, si el Comité lo estimase pertinente, está facultado a dar traslado de las alegaciones y observaciones planteadas por el Estado presuntamente infractor al ente promotor de la reclamación, dando así oportunidad al mismo para que se pronuncie sobre aquellas. Realizadas las anteriores actuaciones, el CEDS debe pronunciarse sobre la admisión a trámite de la reclamación, dando traslado a las partes, y, en su caso, publicándolas en su espacio web.

Seguidamente, en caso de ser admitida a trámite, la reclamación es objeto de estudio por el CEDS. El Comité, a fin de estudiar las cuestiones de fondo planteadas, se solicita al Estado reclamado que formule observaciones y alegaciones respecto del fondo. Una vez recibidas, se da traslado al reclamante, para que alegue respecto de aquellas lo que estime oportuno. Tras realizar estos trámites, el resto de ONGs internacionales con estatus de miembro del CDE, sindicatos y organizaciones empresariales internacionales, y el resto de Estados miembros de la CSE revisada, pueden enviar comentarios respecto de las informaciones remitidas por las partes. A continuación, en caso de que una de las partes en la reclamación lo solicite, el CEDS decidirá sobre la pertinencia de celebrar una audiencia en la que practicar las diligencias planteadas (ej. medios de prueba).

Finalizada la tramitación descrita, el CEDS debe emitir una decisión respecto de la cuestión planteada, en la que podrán incorporar las opiniones discrepantes de sus miembros de forma equiparable a la de un voto particular de una sentencia judicial.

Tras la adopción de dicha decisión, el CEDS la remite al Comité de Ministros del Consejo de Europa, que es el órgano competente para aprobar la correspondiente Decisión, atendiendo a la Resolución del CEDS. La Decisión del CEDS se publica tras la aprobación de su resolución por el Comité de Ministros o, en su caso, una vez transcurra el plazo de cuatro meses desde que el CEDS hubiera dado traslado de su Decisión al Comité de Ministros. Antes de dicha publicación, las partes en el procedimiento de reclamación tienen prohibida la publicación motu proprio del contenido de la Decisión del CEDS.

Visto el procedimiento de reclamación vigente, debemos destacar dos ideas fundamentales. Por un lado, este procedimiento tiene por objeto de impugnación actuaciones que vulneran a priori derechos sociales de la CSE revisada. Por otro lado, es relevante que la legitimación chiva en este procedimiento corresponda a entidades cuyo fin constitutivo está asociado con la defensa de los derechos humanos de naturaleza social de colectivos concretos, o de la sociedad en general.

Por último, es destacable que, como ha formulado parte de la doctrina, la CSE revisada y su protocolo y mecanismo de garantía de los derechos humanos sociales en el

marco del Consejo de Europa, en cierta medida, colisionan con otro orden convencional vigente en el marco europeo, como es el Derecho de la Unión Europea, y la delimitación marcada por sus órganos de los equivalentes reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF UE), incluso a riesgo de contravenir el propio Derecho de la Unión. Como ha apuntado CARRIL VÁZQUEZ⁷, es constante la colisión entre los derechos humanos reconocidos en la CSE y la aplicación de estos derechos humanos de naturaleza social, Goual mente plasmado en el Derecho primario de la UE, en su actividad por parte de sus instituciones, que parten de una visión economicista y de facto vacían con frecuencia de contenido estos derechos de corte social.

2.2. La Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación

El 14 de julio de 2022 entró en vigor la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y No Discriminación (LIND)⁸. Esta ley, conforme a lo prescrito por el artículo 53.1 CE, regula el ejercicio y delimita el contenido esencial del derecho a la igualdad y no discriminación previsto en el artículo 14 CE. En concreto, esta LIND fija el propio objeto de la norma, su ámbito de aplicación, y los criterios interpretativos aplicables de la misma. Asimismo, contiene una enumeración abierta de los derechos concretos que integran el derecho fundamental a la igualdad de trato y no discriminación, incluyendo su faceta socioeconómica.⁹

En este contexto, la LIND incluye un reconocimiento expreso vinculado a los derechos de las personas con discapacidad. Dentro de este elenco de derechos o, si se prefiere, aspectos o ámbitos de aplicación del derecho fundamental, se incluye aquel aspecto relativo al derecho de igualdad y prohibición de la discriminación de la persona con discapacidad en el entorno sociolaboral.

A lo largo de su articulado, la LIND incluye una regulación específica sobre el derecho fundamental en conexión con el derecho al trabajo por cuenta ajena (artículo 9), el derecho a la negociación colectiva (artículo 10), el derecho al trabajo por cuenta propia (artículo 11), el derecho de participación en organizaciones políticas, sindicales y de otra naturaleza (artículo 12), el derecho a la educación formal y no formal (artículos 13 y 14), y lo derechos a la atención sanitaria y a los servicios sociales (artículos 15 y 16). También, el propio legislador ha reconocido en la LIND que existe vinculación del contenido esencial del artículo 14 de la CE y el derecho de los ciudadanos al acceso a la Justicia (artículo 24 CE) en el Título II de la Ley. Además de la referencia expresa a la discapacidad como factor

7 CARRIL VÁZQUEZ, X. M.: «Los golpes bajos de la Unión Europea a la Carta Social Europea». *Lex Social: Revista de derechos sociales*, Vol.13, nº 2 (2023), págs. 1-22.

8 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. BOE n. 167 de 13 de julio de 2022

9 Es necesaria la referencia a la primera aproximación, sintética, sobre la ley por parte de la doctrina, poniendo de manifiesto la relevancia de la misma desde un punto de vista social y de las expectativas de efectividad de la misma en este ámbito. Ver: MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 4 (2022), págs. 11-42.

potencialmente discriminatorio, la ley reconoce de forma novedosa la enfermedad como factor de discriminación¹⁰.

El citado Título limita intromisiones indebidas en el contenido esencial del artículo 14 CE, matizando el alcance de otros derechos concretos, individuales o colectivos, de interés particular o general, por mandato expreso del Legislador. Asimismo, contiene mecanismos específicos para garantizar su tutela efectiva en todos los ámbitos y facetas que afectan a sus titulares.

Se trata de un sistema de garantías eminentemente práctico, y que pretende ser efectivo¹¹, evitando las consecuencias negativas derivadas de la prolongación del proceso existente previo para asegurar el debido respeto a este derecho fundamental. Uno de los instrumentos determinantes de esta celeridad en su tutela, por la claridad que ofrece el propio texto normativo, es el de la fijación ex lege de las consecuencias jurídicas de los actos y actuaciones discriminatorios, y la manera en que deben actuar los órganos administrativos y judiciales ante este tipo de eventualidades, además de una serie de particularidades procesales a modo de garantía del derecho vulnerado, y una legitimación expresa a una serie de operadores jurídicos (de carácter asociativo y sindical, fundamentalmente) para promover acciones tendentes a tutelar efectiva de los derechos de grupos de ciudadanos vulnerables que están siendo infringidos y causan discriminación sobre un grupo o pluralidad de personas difícilmente individualizable. Asimismo, la ley reproduce el papel de Ministerio Fiscal frente a las actuaciones discriminatorias que puedan ser constitutivas de infracción penal.

En todo caso, la Ley adopta un enfoque preventivo y reparador en su articulado. En palabras del Legislador, no se trata de reconocer nuevos derechos, sino de garantizar la efectiva observancia de los derechos ya existentes que concretan el derecho fundamental del artículo 14 CE.

En concreto, el artículo 25 LIND contiene los principios de actuación, y las diferentes obligaciones de los operadores jurídicos ante una situación de discriminación, así como las eventuales consecuencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones de protección ante este tipo de acontecimiento o actuaciones. También contempla el deber de prevención de futuras situaciones discriminatorias semejantes a las proscritas por el artículo 14 CE, en los términos delimitados por la LIND, con especial referencia a las infracciones derivadas de la actuación de la Administración Pública.

La concreta consecuencia o penalización de tales infracciones está expresamente reconocida en el artículo 26 LIND. Así, en caso de que actos jurídicos, disposiciones o

¹⁰ En este sentido, ver: GOÑI SEIN, J.L.: «La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad». *Revista Justicia & Trabajo*, nº 1 (2022), págs. 5-27; o GORDO GONZÁLEZ, L.: «Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo». *LABOS Revista de Derecho del trabajo y protección social*, Vol. 4 (2023), págs. 103-121.

¹¹ Todo ello pese a las reservas manifestadas por algunos autores en cuanto a la efectividad esperada de la ley. Véase, en este sentido: BLÁZQUEZ AGUDO, E.M. y PÉREZ DEL PRADO, D.: «La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: un gran paso de final incierto». *FEMERIS: Revista multidisciplinar de estudios de género*, Vol. 7, nº 3 (2022), págs.4-6; o ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: «La Ley Integral para la Igualdad: un frágil puente entre el Derecho europeo y la Constitución». *Temas Laborales*, nº 165 (2022), págs. 7-120.

negocios de naturaleza jurídica generen efectos discriminatorios, directa o indirectamente, éstos adolecerán de nulidad de pleno derecho. Adicionalmente, el artículo 27 establece un mecanismo punitivo y, a su vez, reparador y preventivo, que atribuye responsabilidad por los actos discriminatorios *ex lege*, y fija un sistema para la reintegración e indemnización derivada de éstos. Primero, considera responsable de actuaciones discriminatorias prohibidas a la persona física o jurídica que de forma inmediata genera tal situación, así como a otros sujetos que indirectamente tienen el deber, al menos, de vigilancia para prevenir estos ilícitos. Tal es el caso de empleadores o prestadores de servicios que hubiesen incumplido la obligación *ex artículo 25.1*, de implementar medidas tendentes a detectar situaciones discriminatorias, su prevención y su cese en caso de haberse producido. Segundo, prevé la obligación de revocar la situación discriminatoria por una doble vía: la vía de la restitución de la víctima a la situación previa al evento discriminatorio si fuese posible, y la vía indemnizatoria, reconociendo por ley la producción de un daño moral a quien es objeto directo o indirecto de discriminación mediante una presunción *iris in de iure* y la consiguiente obligación sin más de indemnizar a la víctima.

En sede jurisdiccional, la LIND, en su artículo 28, fija algunas cuestiones procesales relativas a la tutela efectiva en sede judicial de este derecho fundamental cuando se producen situaciones generadoras de discriminación, si bien los procesos judiciales en que puede tutelarse este derecho vienen expresamente regulados en las respectivas leyes de los órdenes jurisdiccionales civil, penal, social y contencioso-administrativo. Así, en todos estos órdenes es posible instar la tutela por vía de procedimientos ordinarios, y en el orden social y contencioso-administrativo, por la vía de los respectivos procedimientos especiales para la tutela judicial de los derechos fundamentales a la que se refiere expresamente el artículo 53.2 CE, con carácter previo al amparo constitucional. Estos procedimientos basados en los principios de preferencia y celeridad están expresamente regulados en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (artículos 177 y siguientes) y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículos 114 y siguientes). Las peculiaridades que incorpora la LIND se refieren a la facultad del órgano judicial a la hora de adoptar medidas cautelares y de aseguramiento para lograr una efectiva tutela del derecho y una cesación inmediata de la situación discriminatoria.

Un hito fundamental de esta LIND es el de la legitimación que reconoce a determinados operadores jurídicos y al Ministerio Fiscal en el proceso de tutela efectiva para garantizar la igualdad y no discriminación, que desarrollaremos más adelante. En todo caso, los artículos 29 y 32 LIND conjuntamente reconocen su legitimación para actuar y promover procedimientos frente a actuaciones, actos y disposiciones discriminatorias.

Existe un elemento regulado que incide en los procedimientos administrativos y judiciales en que se plantea la infracción de este derecho fundamental. Se trata de la cuestión relativa a la carga de la prueba, que según el artículo 30 LIND corresponde a quien comete la infracción siempre que, con carácter previo, el que promueva la acción haya aportado prueba indiciaria. En tal caso, corresponde al sujeto a quien se imputa la infracción aportar una justificación objetiva, suficiente y razonable respecto de su actuación. En todo caso, el órgano competente para dirimir la existencia de discriminación está facultado para recabar informe relevante de los órganos competentes en materia de igualdad. Únicamente, excluye

la propia LIND de dichos criterios procesales a aquellos de naturaleza administrativa sancionadora, penal o en materia de convivencia y disciplina en centros docentes.

Debemos referirnos a la figura de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, creada en el Título III LIND, como entidad de Derecho Público cuyas funciones deben comprender, entre otras, las de mediación, la de intervención en sede judicial como promotor o parte en defensa del derecho fundamental, la de colaboración con instituciones como la Fiscalía o el Defensor del Pueblo, la de órgano consultivo del Gobierno y las Cortes Generales en la materia, entre otras.

Por último, el Título IV LIND fija un régimen de infracciones y sanciones, donde recoge las conductas tipificadas y sus correspondientes sanciones consecuencias.

En resumen, la LIND aporta cierta novedad en la medida en que concreta aspectos principales del contenido esencial del derecho fundamental de igualdad y no discriminación del artículo 14 CE y, sobre todo, recoge mecanismos concretos de garantía o tutela efectiva en la práctica para reparar o revertir situaciones discriminatorias efectuadas, mandando su cese y resarcimiento e indemnización, y evitarlas en el futuro.

2.3. La observación general nº 8, sobre el artículo 27 de la CIDPD sobre el derecho al trabajo y al empleo de las personas con discapacidad

Un tercer instrumento convencional con trascendencia para las personas con discapacidad es la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), ratificada por España en 2007 e incorporada al ordenamiento jurídico español y vigente desde 2008. Este instrumento convencional, que reconoce derechos humanos de las personas con discapacidad, es objeto de interpretación por el órgano competente según esta CIDPD, esto es, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU (CDPD) por medio de observaciones generales.

El CDPD aprobó el 9 de septiembre de 2022 la observación general nº 8 relativa al derecho al trabajo y al empleo de las personas con discapacidad, incorporando el criterio interpretativo de este derecho recogido en el artículo 27 de la CIDPD. El objeto de la misma es el de clarificar las obligaciones de los Estados parte de este Tratado Internacional, la CIDPD, en relación con el trabajo y el empleo de las personas con discapacidad.

El Comité ha asociado en la Observación esta interpretación con la prevista en el punto 8.5 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) para el año 2030. Como acabamos de apuntar, y a diferencia de lo que sucede con los instrumentos normativos analizados anteriormente, la observación general nº 8 no es una norma jurídica con efectos directos. Por el contrario, se trata de un instrumento interpretativo¹² del contenido de este Tratado Internacional, CIDPD, plenamente vigente en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, de obligado cumplimiento por España. Así, corresponde a las diferentes instituciones

¹² Como afirma LIDÓN HERAS, las observaciones generales tienen un papel esencial y preceptivo en la interpretación y aplicación de la CIDPD, y en el cambio de paradigma en torno a la discapacidad, y el cambio de un modelo médico-rehabilitador a un modelo de derechos humanos. LIDÓN HERAS, L.: «Discapacidad y Observaciones Generales de los comités de derechos humanos de la ONU: una relación asimétrica entre la invisibilidad, el modelo médico y el modelo de derechos humanos». *Revista Española de Discapacidad*, Vol.1, nº 1 (2013), págs. 47-72.

competentes, órganos judiciales y demás operadores jurídicos la aplicación de la CIDPD, incluyendo su artículo 27, de conformidad con el significado e interpretación dada por el CDPD en los distintos puntos y apartados de la Observación. En definitiva, la observación general nº 8, a diferencia de los nuevos instrumentos normativos analizados, no es un elemento de nuestro Ordenamiento Jurídico que pretenda garantizar de manera directa el ejercicio del derecho, si no que es un instrumento interpretativo vinculante para los Estados firmantes con el que se pretende concretar y clarificar el contenido de un derecho previamente existente reconocido en el citado artículo 27 de la Convención.

Esta observación general debe servir como herramienta de garantía de efectividad en la medida en que evita posibles errores interpretativos en relación con el contenido del propio derecho. Puesto en contexto, y en relación con otros mecanismos de nuestro Ordenamiento jurídico que se configuran como garantías para la efectividad directa del derecho, permite asegurar un ejercicio plenamente garantista de este derecho de las personas con discapacidad, logrando la más amplia protección posible para este colectivo especialmente vulnerable. Esto lo logra dotando de un criterio de interpretación vinculante sobre la CIDPD e indirectamente el resto de normas que regulan los derechos al trabajo y al empleo de personas con discapacidad en vigor en España.

La Observación, entre otras, fija las siguientes líneas de interpretación del derecho ex artículo 27 CIDPD. Primero, la CIDPD abandona la concepción de la discapacidad basada en un modelo médico-rehabilitador fundado en el capacitismo de la persona con discapacidad, asumiendo en su lugar el modelo de derechos humanos por el que se considera a la persona con discapacidad como sujeto de pleno derecho y el fenómeno de la discapacidad como un problema de la sociedad, que debe garantizar su plena integración en la vida social, implementando mecanismos adecuados a tal fin atendiendo a las circunstancias personales de la persona con discapacidad. Segundo, la CIDPD también reconoce el derecho de acceso y permanencia en el empleo de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. Es obligación de los Estados eliminar empleos segregados así como cualquier otra forma de empleo que no garantice la integración plena de las personas con discapacidad. Tercero, la CIDPD igualmente reconoce el derecho de las personas con discapacidad al empleo y al trabajo con la contrapartida de una remuneración justa y adecuada a las circunstancias personales de la persona con discapacidad. La Observación añade en este punto que el salario o remuneración de las personas con discapacidad debe ser idéntico que el de los demás trabajadores que realicen un trabajo de igual valor. Cuarto, la Observación establece una interrelación entre el derecho al trabajo y al empleo y otros derechos humanos reconocidos en la CIDPD, como el derecho de igualdad y no discriminación, el de protección social, el de vida independiente, el de fundar una familia, el de vivienda, entre otros¹³.

Desde un punto formal o, si se prefiere, procesal, las garantías que exige la Observación se asocian a las propias de los mecanismos de tutela efectiva vigentes en cada Estado, que en España comprende los previstos en el marco de los procedimientos

13 En relación con esta conexión de derechos reconocidos en la Observación nº 8, y su nexo con el derecho de las personas con discapacidad en el ámbito laboral, debe tenerse en consideración el trabajo elaborado por SARAVIA MÉNDEZ, G.: «Aproximación a los labores de interpretación del Comité ONU de la discapacidad: la observación general nº 8 y el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo». *Anales de efecto y Discapacidad*, nº 8 (2023), págs.9-25.

administrativos y el proceso judicial y de garantía de derechos fundamentales a través de procesos especiales y del amparo constitucional. Por añadido, en España, al igual que en el resto de Estados miembros de la UE, existe un orden adicional de tutela de los derechos humanos de la CIDPD, que fue suscrita por las instituciones de la UE en 2011, pasando a formar parte del acervo comunitario, y que corresponde principalmente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

En conclusión, esta observación general nº 8, relativa al derecho al trabajo y al empleo de la persona con discapacidad del artículo 27 CIDPD, es determinante, más aún teniendo en cuenta que la LIND analizada previamente manda en su artículo 7 que se interprete el alcance del derecho de igualdad y no discriminación, en relación con otros derechos fundamentales, incluido el derecho al trabajo y a la protección social, de conformidad con los Tratados Internacionales suscritos por España, prefiriendo la interpretación que mejor proteja los derechos de los colectivos de personas especialmente vulnerables o susceptibles de discriminación como el de personas con discapacidad.

3. NOVEDADES EN TORNO A LOS MECANISMOS DE LEGITIMACIÓN DE DETERMINADOS SUJETOS E INSTITUCIONES EN DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En el contexto jurídico actual, y descrito en el apartado previo, hemos constatado que existe un elenco de derechos fundamentales y humanos reconocidos en distintos instrumentos normativos vigentes y vinculantes en España. Igualmente, como hemos planteado, los distintos instrumentos normativos exigen que su contenido sea efectivo. Por eso, los medios para garantizar su efectividad son varios, si bien no siempre accesibles o articulables por cualquier sujeto.

Los citados instrumentos, en conjunción con los mecanismos normativos preexistentes, determinan los sujetos legitimados para la defensa de estos derechos en los distintos órdenes competenciales, como el de la jurisdicción a nivel interno, el de organismos internacionales en el caso de las Convenciones y, en determinados supuestos, las instituciones europeas.

Desde el punto de vista de nuestro Legislador, la LIND contiene unas reglas de legitimación activa que no limitan la defensa del derecho fundamental de igualdad y no discriminación al sujeto particular afectado, sino que habilita a otros entes representativos de colectivos a los que pertenecen estos sujetos concretos. En el caso de personas con discapacidad, que se integran en un colectivo especialmente vulnerable, existe legitimación para promover procedimientos administrativos y judiciales en garantía del derecho de igualdad y no discriminación de entidades que aglutinan a personas concretas objeto de tal discriminación prohibida por el derecho fundamental, o a formar parte de los mismos en calidad de interesados.

El legislador, al incluir esta cláusula de legitimación expresa para estas entidades parece perseguir una mayor y más plena efectividad del derecho de las personas que integran dichos colectivos, a los que representan estas entidades. Por eso, aunque la norma, al igual

que había hecho en su momento el constituyente con respecto del recurso de amparo en el artículo 162.1.b) CE, reconoce esta circunstancia de tales entidades como una facultad para ejercitar la oportuna acción, resultaría reprochable que no la ejercitasen ante situaciones de efectiva discriminación de alguno de sus miembros y potenciales reproducciones de tal proceder discriminatorio frente al resto de miembros del colectivo al que representan en su actividad ordinaria según sus objetivos fundacionales. En esta línea, las principales novedades de esta LIND están en sus artículos 29, 31, 32 y 40.

El artículo 29 LIND recoge la legitimación activa de sindicatos, organizaciones de trabajadores autónomos, y entidades del movimiento asociativo que tengan reconocidos entre sus fines la defensa de los derechos fundamentales y los derechos humanos, en procesos judiciales para la tutela del derecho de igualdad de trato y no discriminación, en los términos fijados por las leyes procesales. Por un lado, la LIND reconoce que la persona individualmente afectada autorice a estas entidades para que actúen en defensa de su derecho ante la jurisdicción, de acuerdo con lo previsto por la legislación del proceso judicial. Por otro lado, enuncia las características exigibles a estas entidades para adoptar este papel en defensa de las personas concretas afectadas, siendo la de que éstas deben tener una antigüedad mínima de dos años desde su constitución hasta el comienzo del proceso de tutela, y la de incorporar, entre sus fines y objetivos estatutarios el de la defensa del derecho de igualdad y no discriminación o defensa de los derechos fundamentales o humanos. Igualmente, permite su intervención como interesado en los procesos judiciales en que la legislación relativa al procedimiento concreto lo contemple.

El artículo 31.2 LIND reitera ese mandato en vía administrativa, reconociendo la condición de interesado en los procedimientos administrativos que deban abordar cuestiones relativas al derecho de igualdad y no discriminación, en favor de sindicatos, asociaciones de trabajadores autónomos, asociaciones de consumidores y entidades en cuyos fines estatutarios aparezca la defensa de los derechos fundamentales y humanos. La diferencia con respecto del artículo 29 LIND radica en que en sede administrativa estas entidades pueden actuar para la defensa del derecho fundamental tanto en procedimientos frente a situaciones con efecto discriminatorio sobre un único sujeto, siempre que éste otorgue autorización, como frente a situaciones con efecto discriminatorio frente a una colectividad de personas difícilmente individualizable. En todo caso, considero de interés a futuro valorar en qué medida este reconocimiento de legitimación activa en sede administrativa condiciona la posterior legitimación en sede judicial.

Por añadidura, considero que la legitimación activa impugnadora, tanto en sede administrativa (artículo 31 LIND) como en sede judicial (artículo 29), permite la impugnación de cualquier actividad de corte discriminatorio no solo con base en la concreción legal de la LIND respecto del derecho fundamental sino con base en su amplitud y extensión en el sentido dado por las disposiciones internacionales que reconocen este derecho como derecho humano, plenamente vigentes en España, esto es, la CSE y la CIDPD en los términos anteriormente expuestos. Recordamos en este punto que los derechos fundamentales reconocidos en la CE deben observarse de conformidad con los tratados internacionales (artículo 10.2 CE). Este mecanismo, en última instancia, es complementario con el mecanismo de reclamaciones colectivas previamente analizado, en el que estas organizaciones tienen un papel central por el propio derecho internacional, reconocido

en términos equiparables, salvando las distancias, a los previstos por la LIND en relación con su legitimación activa.

El artículo 32 LIND reconoce la competencia del Ministerio Fiscal en relación con la persecución de actuaciones de odio o discriminatorias que puedan constituir actuación penalmente relevante. En concreto, atribuye el deber de actuar a las secciones especializadas en odio y discriminación de las Fiscalías provinciales. Asimismo el punto tercero del precepto recoge la obligación de los miembros de la Fiscalía de recibir formación en relación con los colectivos especialmente vulnerables recogidos en la LIND, siguiendo las directrices al respecto dadas por la Fiscalía General del Estado.

Por último, en el artículo 40 se regula la figura de la nueva Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y No Discriminación (AIIND). Se trata probablemente del elemento más novedoso de la Ley en relación con la discriminación de los ciudadanos pertenecientes a colectivos especialmente vulnerables. La letra b) del artículo atribuye a la AIIND el papel de mediador en conflictos por razón de discriminación cuando así lo autoricen los interesados o las partes de un procedimiento en que se dirima cuestión asociada a la discriminación.

Esta disposición contempla dos excepciones. Primero, la AIIND no está autorizada para actuar cuando la actuación eventualmente discriminatoria tiene o puede tener relevancia penal o laboral. En otros casos, está facultada, previo consentimiento de las partes implicadas en el evento a priori discriminatorio, para realizar labores de mediación o conciliación. Por añadido, este precepto prevé que la AIIND puede iniciar actividad investigadora de oficio o a instancia de parte con el fin de descubrir eventuales situaciones de discriminación, a salvo de que las que puedan tener trascendencia penal conlleven la suspensión de su actuación e inmediato traslado al Ministerio Fiscal. Asimismo, el Legislador legitima a la AIIND para el ejercicio de actuaciones judiciales en defensa de la Igualdad de trato y no discriminación según previsión del 40 d) LIND. De igual forma establece la obligación de AIIND de dar traslado a los órganos de la Administración General del Estado de los supuestos de discriminación que sean susceptibles de constituir infracción administrativa en la materia ex artículo 40.e) LIND.

4. CONCLUSIONES

El legislador en un periodo breve de tiempo ha incorporado normas y asumido elementos interpretativos vinculantes que suponen una garantía de efectividad de los derechos fundamentales y humanos preexistentes en favor de personas con discapacidad, que resultan plenamente vigentes y vinculantes para todos los Poderes del Estado y los demás operadores jurídicos que actúan en el marco del ordenamiento jurídico español.

Estas medidas normativas han venido acompañadas de distintos sistemas de garantía de los derechos fundamentales y humanos de las personas con discapacidad. En este sentido, destaca el hecho de que entre marzo de 2021 y septiembre de 2022 se han establecido varios procedimientos dirigidos a lograr la efectividad de estos derechos fundamentales y humanos en distintos planos y ante diferentes autoridades competentes normativamente.

Como hemos expuesto, el motivo de tales mecanismos responde a una necesidad de que de facto se asegure que estos derechos sean respetados, especialmente cuando los

sujetos que tienen que observarlos son los propios Poderes Públicos que ex CE son garantes de los mismos. De ahí que el legislador haya atendido a la demanda de la doctrina de autores en este sentido. Esto es, esta celeridad en la implementación normativa y su alcance o sentido es reflejo de la recepción por el Legislador de la demanda de la doctrina de los autores respecto de la necesidad de dotar de mecanismos con que se garanticen plena y efectivamente estos derechos.

Asimismo, esta rápida implementación responde a la reiterada exigencia por parte de la ONU, canalizada a través del CDPD, de reconocer los derechos humanos de los colectivos especialmente vulnerables y, en particular, de las personas con discapacidad como sujetos de pleno derecho, dejando los vestigios de modelos obsoletos como el médico-rehabilitador basado en asociar la discapacidad como un problema del individuo y no como una circunstancia social que tiene como manifestación la exclusión del diferente en todos los ámbitos de la vida.

En este sentido, es urgente la interiorización por parte de los propios Poderes Públicos, tanto la Administración Pública como el Poder Judicial, de la vigencia y carácter vinculante de las normas y criterios interpretativos abordados en este trabajo.

Por un lado, hemos expuesto, aunque brevemente, las novedades normativas que se han incorporado a nivel nacional e internacional, e integrado como normas en nuestro ordenamiento jurídico. Primero, hemos expuesto la modificación que ha supuesto en nuestro Derecho la ratificación de la CSE revisada y su protocolo adicional por el que se incorpora el mecanismo de reclamaciones colectivas ante el CEDS. Segundo, hemos sintetizado las disposiciones destacables en nuestro caso, aunque no únicas, de la Ley 15/2022, de 12 de julio, que incorpora el alcance en determinados ámbitos del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, como el que afecta al acceso al ámbito laboral o a la protección social, así como determinados elementos que facilitan la postulación activa en procedimientos o procesos en defensa de estos derechos, tanto de las personas con discapacidad como de entidades representativas de las mismas, sean de naturaleza asociativa o sindical. Igualmente, esta ley prevé las consecuencias materiales que deben resultar en caso de infracción de dicho derecho en los términos de la LIND.

En todo caso, siguiendo lo señalado por JIMENA QUESADA y MONEREO PÉREZ, la efectividad práctica de estos derechos fundamentales y humanos de las personas con discapacidad solamente son reales si se activan en caso de infracción los mecanismos existentes en sede administrativa, judicial o internacional. Por eso, y a la vista de las citadas modificaciones, es igualmente perentorio que las distintas organizaciones y entidades representativas de estos colectivos interioricen esta realidad y este conjunto normativo e interpretativo, asumiendo el cambio de modelo y su papel en la defensa de estos derechos fundamentales y humanos.

Por último, destacamos que queda pendiente, aun estando previsto por el propio Legislador, la materialización de mecanismos de sensibilización y formación en esta materia y la creación de la AIIND, a la que nos hemos referido en este trabajo. En el marco constitucional actual, y visto el reparto de competencias de la CE, así como las funciones atribuidas a la AIIND, existen determinadas actuaciones que pueden recaer en el ámbito competencial de actuación de las Comunidades Autónomas. Por ello, no debe descartarse

que los legisladores autonómicos pudieran incorporar algún mecanismo equiparable al de la AIIND para asegurar la efectividad de este derecho fundamental en su propio ámbito.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: «La Ley Integral para la Igualdad: un frágil puente entre el Derecho europeo y la Constitución». *Temas Laborales*, nº 165 (2022), págs. 7-120.
- BLÁZQUEZ AGUDO, E.M. y PÉREZ DEL PRADO, D.: «La Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación: un gran paso de final incierto». *FEMERIS: Revista multidisciplinar de estudios de género*, Vol. 7, nº 3 (2022), págs. 4-6. En: <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.7148>
- CARRIL VÁZQUEZ, X. M.: «Los golpes bajos de la Unión Europea a la Carta Social Europea». *Lex Social: Revista de derechos sociales*, Vol.13, nº 2 (2023), págs. 1-22. En: <https://doi.org/10.46661/lexsocial.8350>
- GOÑI SEIN, J.L.: «La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad». *Revista Justicia & Trabajo*, nº 1 (2022), págs. 5-27.
- GORDO GONZÁLEZ, L.: «Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo». *LABOS Revista de Derecho del trabajo y protección social*, Vol. 4, (2023), págs.103-121. En: <https://doi.org/10.20318/labos.2023.7933>
- JIMENA QUESADA, L.: «La aplicación judicial de la Carta Social Europea en España: nuevas garantías para los derechos sociales tras la ratificación de la versión revisada». *UNED-TRC*, nº 50 (2022), págs. 247-290.
- «El último bastión en la defensa de los derechos sociales: la Carta Social Europea». *RUJAM*, nº 29 (2014-1), págs. 171-189.
- LIDÓN HERAS, L.: «Discapacidad y Observaciones Generales de los comités de derechos humanos de la ONU: una relación asimétrica entre la invisibilidad, el modelo médico y el modelo de derechos humanos». *Revista Española de Discapacidad*, Vol.1, nº1 (2013), págs. 47-72.
- MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A.: «Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales». Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 32 (2000), págs. 125-144.
- MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, nº 4 (2022), págs.11-42.
- SALCEDO BELTRÁN, M.C.: «Derechos Sociales y su garantía: la ineludible aprehensión, disposición e implementación de Carta Social Europea (Constitución Social de Europa)». *Revista de Derecho Social*, nº 83 (2018), págs. 45-74.

SARAVIA MÉNDEZ, G: «Aproximación a las labores de interpretación del Comité ONU de la discapacidad: la observación general nº 8 y el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo». *Anales de efecto y Discapacidad*, nº 8 (2023), págs. 9-25.

CONGRESOS Y JORNADAS

«La contribución de Fernando Valdés Dal-Ré al constitucionalismo social europeo y a la protección multinivel», en Jornada 25 aniversario del Protocolo de Reclamaciones Colectivas, Valencia, 11 de julio de 2023

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. BOE nº 167 de 13 de julio de 2022.

CAPÍTULO XII

APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS SUBROGATORIAS PREVISTAS EN CONVENIOS COLECTIVOS SECTORIALES A CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO: LA CONVENIENCIA DE REALIZAR UNA INTERPRETACIÓN FAVORABLE A LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

ANTONIO FOLGOSO OLMO
Abogado y Doctor en Derecho

1. LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO COMO HERRAMIENTA PARA FACILITAR EL ACCESO AL MUNDO LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Los centros especiales de empleo son considerados como una de las principales vías para facilitar la integración laboral de las personas con discapacidad. A tal fin, atienden a tres objetivos principales: ofrecer a este colectivo un empleo productivo y remunerado; prestar servicios de ajuste personal y social para formar en habilidades sociales y laborales que posibiliten el tránsito de estas personas al empleo ordinario¹; y actuar como agentes facilitadores de dicho tránsito². Estos centros tienen la finalidad (al menos, idealmente) de servir como camino hacia el mercado de trabajo «ordinario», esto es, aquel donde no se precisa ningún tipo de apoyo — médico, social o psicológico — para el trabajador con discapacidad³. Tal y como señala ORTEGA CAMARERO, los centros especiales de empleo se muestran «como una alternativa de éxito e incluso como la única alternativa para las

1 La prestación de servicios desarrollada en un centro especial de empleo es un trabajo de naturaleza común, a diferencia de los denominados «centros ocupacionales», que son de asistencia y rehabilitación. Al respecto, véase SÁNCHEZ PACHÓN, L. A.: «Los centros especiales de empleo: configuración legal e incidencia y valoración de las últimas actuaciones normativas». *Revista jurídica de economía social y cooperativa*, núm. 36 (2020), pág. 76.

2 MORATALLA SANTAMARÍA, P.: «Centros especiales de empleo». *Revista jurídica de economía social y cooperativa*, núm. 29 (2016), págs. 237-238.

3 Esta cuestión es desarrollada con más detalle en GRIMALDOS GARCÍA, M. I.: «Los centros especiales de empleo. Aproximación a su régimen jurídico». *Revista jurídica de economía social y cooperativa*, núm. 26 (2015), pág. 12.

personas con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral, como son las personas con discapacidad intelectual»⁴.

La regulación de estos centros se encuentra en el art. 43 LGDPD. Su art. 45 añade que, por sus especiales características, pueden ser creados tanto por organismos públicos y privados como por empresas. Sin embargo, inmediatamente a continuación añade que ello deberá producirse siempre con sujeción a las normas legales, reglamentarias y convencionales que regulen las condiciones de trabajo.

Por su parte, el art. 43.2 LGDPD estipula que el personal de estos centros de trabajo debe estar constituido por el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo, con un mínimo del setenta por ciento. A tales efectos, no se tiene en cuenta a las personas trabajadoras sin discapacidad que presten servicios de ajuste personal y social para el resto⁵. El párrafo segundo del citado artículo define tales servicios como aquellos que «permitan ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que las personas trabajadoras con discapacidad de los centros especiales de empleo tengan en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo. Igualmente se encontrarán comprendidos aquellos dirigidos a la inclusión social, cultural y deportiva».

Asimismo, merece mención la existencia de la relación laboral especial, relativa a los trabajadores discapacitados que presten servicios en centros especiales de empleo, aludida en el art. 43.3 LGDPD y regulada en el RD 1368/1985, de 17 de julio⁶. Debe destacarse que la mera condición de trabajador con discapacidad no implica que se acceda automáticamente a esta condición especial, lo que solo ocurrirá cuando exista una vinculación laboral con un centro especial de empleo. Así, se ha señalado que «es perfectamente posible que un trabajador con una acreditación de discapacidad superior al 33% pueda ser contratado por una empresa ordinaria a través de cualquiera de las modalidades contractuales existentes en nuestro ordenamiento»⁷. Este personal se encuentra sujeto al mismo régimen convencional

4 ORTEGA CAMARERO, M. T.: «El empleo protegido en España: retos para un nuevo modelo de centros especiales de empleo». *Human Review: International Humanities Review / Revista Internacional de Humanidades*, vol. 17, núm. 3 (2023), pág. 8. Sin embargo, algunos autores se muestran relativamente críticos con este tipo de figuras y recuerdan que no debería perderse de vista que «el empleo segregado, siendo necesario en algunos casos, debería ser una vía secundaria porque no implica el acceso al mercado de trabajo ordinario». Así se pronuncia REY PÉREZ, J. L.: «Una revisión de los conceptos de accesibilidad, apoyos y ajustes razonables para su aplicación en el ámbito laboral» VVAA (Coord. Herrera-Gutiérrez, M.ª R. y Jaraíz Arroyo, G.) *Pactar el futuro: debates para un nuevo consenso en torno al bienestar*, VI Congreso Red Española de Políticas Sociales. Editorial Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2017, pág. 2528.

5 Resulta destacable que, como señala Hernández Fernández, la mayor parte de las personas sin discapacidad que trabajan en un centro especial de empleo son mujeres (en torno al ochenta por ciento). En cambio, entre los trabajadores con discapacidad, existe una relación mucho más equilibrada, con una ligera prevalencia de las mujeres (cincuenta y cinco por ciento, frente a un cuarenta y cinco por ciento de hombres). Al respecto, véase HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A. M.: «¿Son inclusivos los Centros Especiales de Empleo?: otra visión del empleo para las personas con discapacidad» VVAA (Coord. Álvarez Díaz, K. y Cotán Fernández, A.) *Construyendo identidades desde la educación*. Editorial Dykinson, Madrid, 2022, pág. 32.

6 BOE de 8 de agosto de 1985.

7 GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Principales problemas jurisprudenciales en la relación laboral especial de trabajadores con discapacidad que trabajan en centros especiales de empleo». *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 37 (2021), pág. 514. De otro lado, tampoco resulta tan concluyente que el trabajo se preste para un centro especial de empleo, ya que estas entidades pueden contratar — aun con algunas limitaciones — a trabajadores en régimen laboral común. Esta cuestión se

que el resto de los trabajadores de centros especiales de empleo, sin que exista ninguna especificidad al respecto. Las únicas singularidades se encuentran en el aspecto relativo a la legitimidad negocial, a cuyo efecto el art. 21 del RD 1368/1985 permite la intervención en esta materia de las asociaciones que pudieran contar con idéntico grado de representación en el sector correspondiente al exigido en el ámbito laboral común⁸. En todo caso, los centros especiales de empleo tienen potestad para negociar convenios colectivos de empresa, así como también cabe la suscripción de convenios colectivos de ámbito sectorial⁹.

2. BREVE APROXIMACIÓN A LOS CRITERIOS PARA DETERMINAR EL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

Como es sabido, en nuestro sistema de relaciones laborales, el convenio colectivo juega un papel determinante, como norma negociada que regula las condiciones de trabajo. Este ha sido descrito como «la manifestación más importante del acceso de la autonomía de la voluntad de los grupos sociales al poder normativo y, por tanto, a la categoría de fuente del Derecho»¹⁰. Asimismo, las particularidades propias del esquema regulatorio convencional, con frecuencia, dan lugar a la aparición de problemas que suelen generar un amplio debate, en especial en el ámbito de la selección de la norma aplicable.

Por este motivo, la jurisprudencia se ha visto abocada a elaborar una serie de criterios para los supuestos en que distintas normas colectivas se muestran como susceptibles de concurrir en un mismo ámbito empresarial, para seleccionar cuál de ellas es la que debe prevalecer¹¹. A algunos de estos criterios, los que tienen relación con la actividad empresarial de la empleadora, se dedican los siguientes apartados.

aborda con más profundidad en CASTRO ARGÜELLES, M. A.: «La relación laboral de carácter especial de los trabajadores con discapacidad que prestan sus servicios en los centros especiales de empleo». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 118 (2015), pág. 200.

8 Esta peculiaridad ha recibido no pocas críticas en tanto que ha implicado la introducción de un nuevo sujeto legitimado para negociar en nombre de los trabajadores con discapacidad, como es este tipo de asociaciones, en lugar de los sujetos colectivos tradicionales (sindicatos). Se hacen eco de esta polémica BARBANCHO TOVILLAS, F., ROMEO DELGADO, M. y YEPES I BALDÓ, M.: «Representación y negociación colectiva de las personas con discapacidad en los centros especiales de empleo (CEE)» VVAA (Coord. Herrera-Gutiérrez, M.^a R. y Jaraíz Arroyo, G.) *Pactar el futuro: debates para un nuevo consenso en torno al bienestar, VI Congreso Red Española de Políticas Sociales*. Editorial Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2017, pág. 2461.

9 En la actualidad, a nivel estatal se encuentra vigente el XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 4 de julio de 2019), que incluye expresamente dentro de su ámbito funcional a los centros especiales de empleo en su art. 1.3.c. Asimismo, a nivel autonómico, existen convenios sectoriales de centros especiales de empleo en Cataluña (D.O. de la Generalitat de Catalunya de 22 de febrero de 2006), Galicia (D. O. de Galicia de 24 de febrero de 2020) o Comunidad Valenciana (D.O. de la Generalitat Valenciana de 21 de septiembre de 2021), entre otros.

10 MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo, 40.ª edición*. Editorial Tecnos, Madrid, 2019, pág. 159.

11 Aun cuando existen otros de gran utilidad para la labor de determinar el convenio colectivo de aplicación, tales como el de la prioridad temporal o el de especialidad, en el presente trabajo se centra la atención en aquellos que dependen únicamente de la actividad empresarial.

2.1. El criterio tradicional: del principio de unidad de empresa al criterio de la actividad principal

De entre los criterios relativos a la actividad empresarial de la empleadora, el que sin duda ha ocupado un papel fundamental es el denominado principio de unidad de empresa, con gran arraigo en nuestro Derecho¹². En síntesis, se entendía conveniente que en cada empresa se aplicase un único convenio colectivo, con el objeto de evitar que pudiera producirse un tratamiento desigual entre los trabajadores, producto de la disparidad de normas aplicables. Este convenio colectivo atendía a la actividad fundamental realizada por la empresa, para lo que debe atenderse a aspectos puramente objetivos y no a los meros intereses o apreciaciones subjetivas del empresario¹³. Por lo tanto, la determinación del convenio va a depender directamente de los criterios de selección de tales normas y no de la voluntad de las partes del contrato¹⁴.

Debe tenerse en cuenta que la prohibición de concurrencia de convenios ínsita en el art. 84 ET conduce a que solo quepa la aplicación de un único convenio cuando la empresa tiene una misma forma jurídica, se dedica a actividades conexas y forma una estructura unitaria, en cuyo caso deberá seleccionarse el convenio que se corresponda con la actividad prevalente de la empresa¹⁵. Con todo, el principio de unidad de empresa se aplica con robustez incluso en supuestos en los que la empresa se dedica a actividades distintas, pero conexas, si bien en torno a una estructura unitaria. De este modo, se convertía en tarea clave la identificación de la actividad fundamental de la empresa, a partir de la que se debía determinar el convenio colectivo de aplicación¹⁶.

12 Dicho principio tiene su origen en la doctrina alemana de la época de Weimar, donde se elaboró el principio de unidad de convenio. Este derivaba de una norma (la *Tarifvertragsordnung*, de 23 de diciembre de 1918), según la que debía prevalecer el convenio que afectase a un mayor número de contratos en la unidad productiva. Al respecto, véase THIBAUT ARANDA, J.: *Convenio Colectivo Aplicable en la empresa por razón de su actividad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 19 (nota al pie 29). Dicho principio se incorpora en nuestro a través de la Ley de 16 de octubre de 1942, por la que se establecían las normas para regular la elaboración de las reglamentaciones de trabajo. En su art. 5 se establecía que «a fin de mantener el principio de “unidad de empresa”, las reglamentaciones serán asimismo aplicables, con las diferencias que procedan, en atención a las distintas categorías profesionales, a todo el personal que preste su trabajo de cualquier clase que sea, en la rama o ciclo productivo objeto de regulación». De ello se deduce que a todas las personas trabajadoras de una misma empresa se les debía aplicar una misma reglamentación, con independencia de las concretas tareas que realicen. Por lo tanto, la clave para determinar el convenio colectivo aplicable es la actividad de la empresa y no las peculiaridades de la prestación de servicios de cada una de las personas empleadas.

13 Esto se corresponde con el principio de indisponibilidad de los derechos regulados en el convenio colectivo, en los términos previstos en el art. 3.5 ET.

14 En consecuencia, no resultarán relevantes otros aspectos, tales como el convenio que viniera aplicándose, ya sea por la empresa, ya sea por anteriores contratistas. Al respecto, véase LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Convenio colectivo aplicable a empresas multiservicios: análisis de un caso judicial y su contraste con la reforma laboral». *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 10 (2022), edición digital.

15 En este sentido, resulta muy gráfico el pronunciamiento contenido en la STCT de 17 de febrero de 1978, que apuntaba que el principio de unidad de empresa suponía que «una sola ha de ser la reglamentación aplicable de la empresa, sin tener en cuenta la diversidad de oficios del personal en ella integrado, viniendo determinada ésta por la actividad a que aquella se dedica y de ser varias, por la de carácter básico y principal».

16 A este efecto, la doctrina judicial ha sostenido de manera contundente que no resulta vinculante la denominación del ámbito funcional que la empresa sostenga en sus propios estatutos, el alta en el IAE o el código del CNAE, lo que permitiría eludir las normas a través de una mera argucia de carácter formal.

En definitiva, se ha señalado que este principio no debe entenderse en la actualidad como prohibitivo del pluralismo de fuentes, pese a lo que conserva «una utilidad marginal para la jurisprudencia cuando ha de decidir qué convenio aplicar en situaciones en que las empresas (...) se dedican a varias actividades fuertemente imbricadas entre sí»¹⁷.

Este criterio ha ido desarrollándose hasta desembocar en el de la actividad principal de la empresa, en virtud de lo previsto por los negociadores convencionales a la hora de seleccionar el ámbito de aplicación del convenio que, como ya se ha expuesto anteriormente, se aplica con carácter imperativo, sin depender de la voluntad de las partes.

2.2. La excepción a la regla general: el principio de especificidad

No obstante lo expuesto, la doctrina judicial no tardó en constatar que el criterio de la actividad principal de la empresa encontraba dificultades para dar respuesta a todas las situaciones que se producían, especialmente a la vista del surgimiento de empresas de naturaleza cada vez más compleja, incluso con diversos ciclos productivos¹⁸ y centros de trabajo que gozaban de una total autonomía, lo que justificaba que recibiesen un tratamiento dispar.

Así, se ha terminado apreciando la posibilidad de que cuando la empresa se dedique a sectores de actividad o actividades «razonablemente inescindibles puede convivir más de una norma sectorial o incluso quedar una parte de los trabajadores de la empresa sin convenio colectivo alguno si se trata de una actividad que además de perfectamente diferenciada no está reglada»¹⁹. Por lo tanto, el criterio de la actividad principal cederá en los supuestos en que no pueda apreciarse una homogeneidad productiva o la existencia de algún tipo de trabajo predominante, esto es, que la propia estructura empresarial contenga elementos productivos autónomos y que estos se dediquen a actividades tan distintas que no quepa un punto común de encuentro²⁰. En estos casos, será de aplicación el denominado principio de especificidad, que permite que a estos centros de trabajo absolutamente independientes se les aplique un convenio colectivo distinto.

3. LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA DE LOS TRABAJADORES DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO QUE CONCURREN CON OTRAS ACTIVIDADES

La regulación de los centros especiales de empleo les permite concurrir en muy distintos ámbitos productivos, tanto dedicados a la elaboración de bienes como a la prestación de servicios (art. 43.1 LGDPD). Con frecuencia, los centros especiales de empleo vienen adscribiendo a sus empleados a la realización de trabajos de limpieza, conserjería,

En su lugar, se ha atendido a criterios muy diversos y más cercanos a la realidad material, tales como el volumen de empleo, la facturación, etc.

17 THIBAULT ARANDA, J.: *Convenio Colectivo Aplicable en la empresa por razón de su actividad*, cit. pág. 27.

18 Un ejemplo muy gráfico de hasta qué punto este tipo de estrategias han ido evolucionando hasta la actualidad se encuentra en GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. y LORENTE CAMPOS, R.: «Precarización laboral y beneficio empresarial: estrategias de explotación del nuevo milenio». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, núm. 2 (2015).

19 THIBAULT ARANDA, J.: *Convenio Colectivo Aplicable en la empresa por razón de su actividad*, cit. pág. 53.

20 En estos términos se pronuncia — de forma muy didáctica — la STSJ País Vasco de 29 de febrero de 2000, rec. 2941/1999 [ECLI:ES:TSJPV:2000:1122].

etc. Sin embargo, en atención a lo ya expuesto, a estos trabajadores les será de aplicación, de existir, el convenio colectivo de empresa del centro especial de empleo. Cuando no haya un convenio de estas características, la relación laboral se regirá por el convenio sectorial relativo al ámbito territorial correspondiente.

El problema se ha planteado respecto de ciertas cláusulas concretas que la negociación colectiva de algunos sectores de actividad ha ido incorporando a lo largo del tiempo, como resultado de importantes conquistas obreras. Es el caso de las cláusulas subrogatorias que progresivamente se han ido incorporando en algunos convenios sectoriales y que aseguran la permanencia de la plantilla en los supuestos en que la empresa cambie. Debe tenerse en cuenta que muchos de los ámbitos de actividad a los que se dedican los centros especiales de empleo se refieren a actividades desmaterializadas (control de accesos, limpieza...), en las que los medios de producción no ostentan un papel relevante. Por lo tanto, no opera la institución de la sucesión de empresas (art. 44 ET), que requiere la transmisión de medios organizados necesarios para llevar a cabo la actividad económica.

Esta tesis ha sido modulada por la doctrina del TJUE, que entendió que también podía producirse la sucesión de empresas cuando la entrante asumiese una parte fundamental de la plantilla de la saliente. Dicha doctrina, una vez asumida por el TS, se tradujo en el entendimiento de que «un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica y, por consiguiente, dicha entidad puede mantener su identidad, aun después del cese de la anterior contrata, cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea»²¹.

En estas circunstancias, en el ámbito de actividades desmaterializadas la sucesión de empresas no se produce de forma automática, sino que requiere la existencia de una actuación activa por parte de la empresa (consistente en la contratación de parte de la plantilla adscrita anteriormente a dicha actividad). Sin embargo, como se ha anticipado, para evitar el indeseable efecto de inestabilidad del empleo que podría producirse, se han ido incorporando progresivamente cláusulas en los convenios colectivos que establecen la obligación empresarial de subrogar a parte de la plantilla. De este modo, cuando por ejemplo una empresa de limpieza termina su contrato, el personal deberá ser subrogado por la nueva mercantil que se haga cargo del servicio. En estos casos, ambas entidades se encontrarán afectadas por el mismo convenio colectivo sectorial (de limpieza), por lo que no se pondrá en duda la aplicación de la cláusula de subrogación²².

No obstante, el problema aparece cuando en la ecuación se incorpora un centro especial de empleo, que se hace cargo del servicio que hasta el momento venía prestando una empresa generalista dedicada a la actividad concreta. Según la doctrina tradicional, a esta entidad se le aplicaría bien el convenio colectivo sectorial específico de centros especiales de empleo, bien el de empresa que se hubiese negociado. Por lo tanto, y ante la prohibición de concurrencia de convenios (art. 84.1 ET), se excluiría la aplicación

21 STS de 27 de abril de 2015, RCUd 348/2014 [ECLI:ES:TS:2015:1755], con cita de otras anteriores.

22 Tampoco existirá impedimento cuando en alguna de las empresas se haya negociado un convenio colectivo propio, dado que los de empresa no tienen prioridad aplicativa respecto de sectoriales en este tipo de condiciones. El art. 84.2 ET establece las materias en las que prevalece el convenio colectivo de empresa, tratándose de un listado cerrado en el que no se incluyen las cláusulas subrogatorias.

del convenio sectorial generalista y, en lo que aquí afecta, de las cláusulas subrogatorias pactadas; y, en consecuencia, no tendría obligación de asumir la plantilla de la empresa saliente. De igual manera, cuando un centro especial de empleo pierde un servicio en favor de una tercera empresa, esta última no tendría obligación de hacerse cargo del personal que hasta la fecha había realizado esa actividad²³.

No cabe duda de que esta interpretación genera no pocos inconvenientes. Uno de los principales se encuentra precisamente en el ámbito que aquí se estudia, ya que afecta a la propia estabilidad del empleo²⁴. Ante la inexistencia de obligación de subrogar, la nueva empresa se hará cargo de la actividad con su propio personal, lo que probablemente provocará que la empresa saliente se vea abocada a adoptar medidas de flexibilidad²⁵ que repercutirán negativamente en su plantilla. Igualmente, esto implicaría que dicha estabilidad quedaría, en último término, en manos de la empresa o administración para la que se presta el servicio, a la que, a su vez, le bastaría con alternar empresas generalistas con centros especiales de empleo, de forma que se vaciarían de contenido las cláusulas subrogatorias.

La otra lectura del asunto tampoco quedaría exenta de problemas. Que un centro especial de empleo deba asumir a la plantilla de la empresa saliente (generalista) provocaría un importante incremento del personal sin discapacidad. Entre otras consecuencias, podría ocurrir que esto implicase la superación del límite del treinta por ciento (art. 43.2 LGDPD),

23 Para dar respuesta a este problema, y con la finalidad declarada de «garantizar y contribuir al principio de estabilidad en el empleo» el art. 27 del XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad ha establecido unas reglas de subrogación que exigen que la empresa que se haga cargo del servicio deba subrogarse en las relaciones laborales de las personas trabajadoras. Al respecto, véase BARBANCHO TOVILLAS, F. *et al*: «Representación y negociación colectiva de las personas con discapacidad en los centros especiales de empleo (CEE)», cit. pág. 2466. No obstante, dicha regulación tampoco proporcionaba una respuesta definitiva al problema, ya que si la empresa entrante no era un centro especial de empleo no tendría obligación de registrarse por el mismo convenio y, por tanto, no se veía vinculada por la exigencia de subrogar a la plantilla. En estos términos se había pronunciado la jurisprudencia clásica en la materia, reflejada, entre otras, en las SSTS de 10 de diciembre de 2008 (RCUD 2731/2007) [ECLI:ES:TS:2008:7231] y de 17 de junio de 2011 (RCUD 2855/2010) [ECLI:ES:TS:2011:4710]. En estas resoluciones se apuntaba que «el convenio colectivo no puede (...) en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Así lo deja precisado el invocado artículo 82.3 del citado Estatuto de los Trabajadores al disponer que los convenios colectivos regulados por su Título III obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, en el que sólo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio».

24 Esta inestabilidad ha sido analizada por la doctrina, que la ha presentado como una característica frecuente del denominado empleo protegido, que se presenta como «un empleo de mejor calidad, cautivo de las opciones hacia el empleo ordinario, lo que pone en tela de juicio a las políticas activas de empleo para personas con discapacidad que deberán ser revisadas y ajustadas a las necesidades reales de las personas con discapacidad»: DÍAZ JIMÉNEZ, R. M.: «Centros especiales de empleo en tiempos de incertidumbre. El reto de la inclusión» VVAA (Dir. Maldonado Molina, J. A.) *Hacia la Plena Inclusión Laboral, I Congreso Nacional sobre el Empleo de las Personas con Discapacidad*. Editorial Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2015, pág. 34.

25 El recurso a este tipo de medidas se encontrará justificado en la mayor parte de los casos, en tanto que la jurisprudencia ha sido especialmente flexible en estos supuestos, al considerar que la pérdida de una concesión administrativa o contrata es una de las causas que justifica la adopción de este tipo de actuaciones. Así se pronuncia, entre otras, la STS de 26 de abril de 2013 (RCUD 2396/2012) [ECLI:ES:TS:2013:2468].

lo que incluso pondría en riesgo el mantenimiento de la consideración de las empresas como centro especial de empleo.

4. LA JURISPRUDENCIA EN TORNO A LA DETERMINACIÓN DEL CONVENIO APLICABLE A LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO

El TS, aun bajo el condicionamiento derivado de las dificultades de acceso a la unificación de doctrina, ha tenido la oportunidad de establecer algunos criterios relativamente sólidos sobre estas cuestiones. A continuación, se hace referencia a algunos de los pronunciamientos que han sentado las bases de la doctrina jurisprudencial vigente en la materia.

En primer lugar, se hace referencia a la STS de 10 de octubre de 2012 (RCUD 3803/2011)²⁶, que aborda el supuesto de un centro especial de empleo que se hace cargo de una contrata que hasta la fecha había sido cubierta por una empresa ordinaria. Dicha resolución, con fundamento en otras anteriores, concluye que en supuestos como el presente rige el criterio funcional que determina la aplicación de la norma convencional de la actividad concreta que realizan los trabajadores (en este caso, limpieza). Esta conclusión no se ve modificada por el hecho de que la empresa entrante sea un centro especial de empleo, puesto que, en principio, nada impide a este tipo de empresas (aun cuando su fin primordial sea el de favorecer la integración de las personas con discapacidad) subrogarse en los contratos de otros trabajadores, con independencia de que sean o no personas con discapacidad. Esta consideración no se ve afectada porque el centro especial de empleo cambie su posición, ya sea empresa saliente o entrante, en tanto que la *ratio decidendi* descansa en el aspecto funcional del servicio prestado²⁷.

La sentencia subraya que las medidas de fomento del empleo de los trabajadores con discapacidad deben realizarse fundamentalmente a través del sistema ordinario de trabajo y en condiciones que garanticen la aplicación del principio de igualdad de trato. Igualmente, destaca que la relación laboral especial regulada en el RD 1368/1985 hace referencia a quienes trabajen «en los centros especiales de empleo», a cuyo efecto destaca el elemento locativo, dando una especial importancia a estos centros como lugar, más que

26 ECLI:ES:TS:2012:8621.

27 Como señala la propia sentencia aludida, la misma conclusión debe alcanzarse con independencia de que el papel del centro especial de empleo sea el de empresa entrante o saliente, «parece claro que esa diferencia, que no es más que el haz y el envés de una misma realidad, en nada afecta a la consecuente subrogación, no sólo porque (...) la misma viene determinada por razones de índole funcional y, por tanto, es precisamente la actividad de limpieza de edificios la que conduce a aplicar la disposición convencional de dicha actividad, sino también porque, al haberse descartado por nuestra doctrina (y desde luego por nuestro ordenamiento: arts. 14 CE y 37 Ley 13/1982, según Ley 66/2003) que la discapacidad pueda acarrear cualquier elemento de discriminación a los trabajadores afectados, esa cualidad personal deja de tener incidencia alguna en la consecuencia subrogatoria porque lo contrario también entrañaría la vulneración del principio de estabilidad en el empleo que persigue la disposición convencional y supondría, precisamente por ello, un trato discriminatorio, por desigual, en perjuicio de los trabajadores discapacitados, máxime si, tratándose de la limpieza de los mismos locales (...), parece indudable la eficiencia y capacidad de quien (...) ha venido desempeñando en idénticos lugares esa misma actividad con anterioridad, aunque lo hiciera al amparo formal del RD 1368/1985 para un centro de empleo de discapacitados, pero no en ese centro sino fuera del mismo y en labores externas de limpieza en las dependencias de las instituciones descritas en los hechos probados».

como actividad. Sin embargo, esta no es la circunstancia del supuesto analizado, ya que el servicio de limpieza suele prestarse en las dependencias de un tercero, esto es, en un centro común u ordinario de trabajo, diferente al teórico «centro especial de empleo».

Posteriormente se planteó la posibilidad de que a los trabajadores de centros especiales de empleo no le fuesen de aplicación únicamente las cláusulas convencionales de subrogación previstas en los convenios sectoriales generales, sino también la regulación relativa a otras condiciones de trabajo. Esta cuestión fue resuelta por la STS de 23 de septiembre de 2014 (RC 50/2013)²⁸. Para resolver esta cuestión, el Alto Tribunal acudió a la prohibición de concurrencia de convenios establecida en el art. 84.1 ET. En este sentido, tuvo en cuenta que inicialmente no se había incluido a los centros especiales de empleo dentro del ámbito del convenio sectorial de la actividad realizada (en este caso, limpieza); en su lugar, estos centros habían generado su propio ámbito de negociación, que había cristalizado con la aprobación de un convenio propio (el convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad). Por lo tanto, la inclusión posterior de tales centros en el ámbito del convenio sectorial de limpieza no puede afectar al ámbito de negociación ya constituido, al que había invadido²⁹. Además, el Tribunal Supremo establece una diferenciación entre dos tipos de cláusulas, en relación con los sujetos a los que afecta: por un lado, las que tienen efectos «*ad extra*», esto es, respecto de otras entidades, donde incluye las cláusulas de subrogación, y, por otro, aquellas cuya vigencia es «*ad intra*», es decir, relativas a las condiciones que vinculan al centro especial de empleo en relación con sus trabajadores; y concluye que el convenio del sector de la actividad efectivamente realizada podrá aplicarse únicamente respecto de las primeras. Consecuentemente, descarta que pueda aplicarse a las relaciones «*ad intra*» el convenio colectivo de la actividad, por lo que estas condiciones deberán regirse exclusivamente por la norma que regula la relación entre los trabajadores y su empresa.

Más tarde se volvió a plantear la misma cuestión, si bien en este caso desde el prisma de la existencia de una posible discriminación. En este sentido, la STS de 24 de noviembre de 2015, RC 136/2014³⁰, descartó esta posibilidad para lo que comenzó por analizar si existía un término homogéneo de comparación, lo que rechazó. Dicha conclusión se fundamenta en que los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio de la actividad son sujetos de una relación ordinaria de trabajo, mientras que los que prestan servicios en un centro especial de empleo son trabajadores con una discapacidad, lo que hace suponer una disminución de su competencia profesional. De igual modo, otorga una especial relevancia al hecho de que el objeto de la relación laboral especial es la de «favorecer su adaptación personal y social, y facilitar, en su caso, su posterior integración laboral en el mercado ordinario de trabajo» (art. 6 del RD 1368/1985), lo que a juicio de la jurisprudencia justifica las singularidades pactadas en el convenio colectivo. Se concluye así que se trata de situaciones diversas, cada una con unas características singulares, lo que excluye el establecimiento de un término de equivalencia entre ambas.

28 ECLI:ES:TS:2014:3925.

29 GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Principales problemas jurisprudenciales en la relación laboral especial de trabajadores con discapacidad que trabajan en centros especiales de empleo», cit. págs. 535-536.

30 ECLI:ES:TS:2015:5847.

Finalmente, debe hacerse una especial referencia a la reciente STS 459/2023, de 28 de junio (RCUD 4205/2020)³¹, que vuelve a abordar esta cuestión. Hace alusión a una trabajadora que venía prestando servicios para una empresa a la que le era de aplicación el convenio estatal de empresas de seguridad. Tras perder el contrato, se hace cargo del mismo un centro especial de empleo que rechaza la absorción del personal por considerar que no se encontraba sujeto a la cláusula subrogatoria. Impugnado el despido, la sentencia de instancia declaró su improcedencia, pero condenó únicamente a la empresa saliente, por entender que el centro especial de empleo no tenía obligación de subrogarse en el contrato de trabajo. Dicha sentencia fue recurrida en suplicación por la empresa condenada y fue revocada por el TSJ, siendo esta última la que fue recurrida ante el TS.

El Alto Tribunal comienza sintetizando los puntos esenciales de la doctrina relativa a la sucesión de empresas en los términos que anteriormente se han descrito³². A continuación, identifica de forma esquemática las líneas que se han descrito en cuanto a las cláusulas de subrogación en el ámbito de los centros especiales de empleo³³. Y, tras resumir la doctrina en la materia, resuelve que en el presente supuesto tampoco son de aplicación a los centros especiales de empleo las estipulaciones previstas en otros convenios colectivos sectoriales distintos, con excepción de las ya aludidas cláusulas de subrogación. A tal efecto, aporta una explicación que, aún sin resultar novedosa, resulta muy clarificadora del problema. En concreto, señala que si una empresa reconocida como centro especial de empleo concurre a una contrata de actividad periférica (limpieza, vigilancia, etc.), la cual tiene una naturaleza diferente de la que figura en el ámbito funcional de su propio convenio, deberá someterse a las normas convencionales aplicables en el sector en el que «aterriza».

De este modo, y esto es lo reseñable, se fundamenta la necesidad de aplicar este tipo de cláusulas (debe recordarse, que no regulan la relación propiamente dicha entre la empresa y sus trabajadores, motivo por el que han sido denominadas «*ad extra*») en la circunstancia de que la empresa se aleja de su ámbito de actuación o, más concretamente, del fijado en el convenio colectivo de aplicación. Así, lo relevante no será la actividad de la empresa (especialmente teniendo en cuenta que una empresa puede prestar servicios absolutamente heterogéneos), sino que el trabajo realizado en la contrata se aleje del núcleo

31 ECLI:ES:TS:2023:3043.

32 En el primer punto de su fundamento jurídico tercero, la sentencia enumera las siguientes claves: «Primera.- Hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 ET si la sucesión de contratas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante. Segunda.- En actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del artículo 44 ET. Tercero.- Cuando (como en el caso) lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal. Cuarto.- El hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina». Este último punto deriva directamente de la aplicación de la doctrina europea, contenida en la TSJUE de 11 de julio de 2018 (asunto C-60/17, Somoza Hermo) [ECLI:EU:C:2018:559].

33 Esta resolución señala los tres ejes sobre los que orbita su doctrina en la materia: «1º) Las previsiones sobre subrogación por cambio de contratista que albergan algunos convenios sectoriales solo son aplicables a las empresas comprendidas en su ámbito funcional y territorial. 2º) Con carácter general, a la empresa configurada como CEE debe aplicársele su convenio colectivo específico, y no el sectorial de la actividad desarrollada en la contrata. 3º) De manera específica, las previsiones del convenio sectorial sobre subrogación asociada a la transmisión de contratas son aplicables a una empresa del tipo CEE que interviene, como cedente o como cesionaria».

de tareas previstas en el convenio colectivo de aplicación. Por esto mismo cobra especial interés el concepto de «actividad periférica», así como la circunstancia de que esta se defina así no en relación al propio desarrollo mercantil de la empresa, sino respecto del convenio específico de centros especiales de empleo³⁴.

5. INCIDENCIA DE LA REFORMA LABORAL DE 2021 EN LA DOCTRINA SOBRE LA MATERIA

Resulta conveniente apuntar, siquiera de forma somera, que hay distintos aspectos de la cuestión que se han visto afectados por la aprobación del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo³⁵.

En especial, entre otros aspectos, se constata la expresa voluntad de atajar las situaciones de desequilibrio que estaban produciéndose en torno a la regulación de la subcontratación. Así, como ha señalado SÁEZ LARA, «en el diagnóstico desarrollado por la reforma de 2021 se destacan los efectos de precarización laboral (...) en los supuestos de descentralización productiva. La reforma (...) ha pretendido la necesaria protección de las personas trabajadoras de la contrata o subcontrata, evitando una competencia empresarial basada en la reducción de las condiciones laborales»³⁶.

En estos términos, se han incluido nuevas reglas en el art. 42.6 ET, a través de las cuales se han incorporado importantes transformaciones. Lamentablemente se ha empleado una redacción deficiente y confusa, a la que la doctrina ha prestado una especial atención, llegando a calificarla incluso como «críptica». Con todo, de la lectura de la norma se deduce un orden de preferencia (que resulta ser el inverso al orden fijado en el precepto), en el que prevalece, en primer lugar, el convenio colectivo de empresa (de haberlo), y siempre en los términos previstos en el art. 84 ET, esto es, debiendo atenderse al criterio de prioridad temporal y de prevalencia del convenio sectorial en materia salarial. En segundo lugar, deberá atenderse al convenio sectorial aplicable, en caso de existir. Por último, será de aplicación el convenio del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica³⁷.

34 Precisamente por ello, y con el objeto de terminar de aclarar la cuestión, la resolución remite a la STS núm. 395/2022, de 3 de mayo (rcud. 2840/2021) [ECLI:ES:TS:2022:1660] al objeto de poner de relieve lo relevante que resulta el que la empresa entrante sea un centro especial de empleo, de modo que no cabe comparar el supuesto con otro en que no concorra tal circunstancia. Así, cuando la empresa no goza de dicha condición y opta libremente por concurrir a una actividad distinta o alejada de su ámbito funcional, se verá obligada a asumir lo previsto en el convenio colectivo de la actividad en su integridad (es decir, también las condiciones denominadas «ad intra»).

35 BOE de 31 de diciembre de 2021.

36 SÁEZ LARA, C.: «Concurrencia entre convenios y modernización de la negociación colectiva». *Temas Laborales*, núm. 161 (2022), pág. 353.

37 En este sentido, véase LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Convenio colectivo aplicable a empresas multiservicios...», cit. Esta última regla reproduce la doctrina judicial relativa a empresas de pluriactividad contenida en la STS núm. 438/2020, de 11 de junio (RC 9/2019) [ECLI:ES:TS:2020:1957] que establecía que, ante la ausencia de convenio colectivo propio de empresas multiservicios, las relaciones laborales quedarían reguladas por el convenio sectorial cuyo ámbito funcional comprenda la actividad llevada a cabo por los trabajadores de la contrata.

No puede perderse de vista que esta regulación se previó especialmente para los supuestos de las denominadas empresas multiservicios. Inicialmente, la jurisprudencia señaló en su STS de 17 de marzo de 2015 (RCUD 1464/2014)³⁸ que, cuando estas empresas no tuvieran convenio propio, debía aplicarse el convenio correspondiente a la actividad predominante de la empresa, para lo que significativamente recuperaba el criterio de la actividad principal. Sin embargo, dicho pronunciamiento se encontraba condicionado por las concretas circunstancias particulares del caso, en el que se hacía referencia a una empresa multiservicios que realizaba una actividad para la cliente, cuyos trabajos podrían materialmente incluirse en convenios distintos. De lo que se trataba era de delimitar el convenio aplicable a todos los trabajadores de la empresa multiservicios que realizaban tareas para la usuaria. Por este motivo, en aquella ocasión se desechó el criterio de la actividad realizada a favor del de la actividad real preponderante en la empresa.

La jurisprudencia matizó posteriormente dicha conclusión y determinó que cuando la contratista fuese una empresa multiservicios, se le aplicaría el convenio de empresa — cuando lo tuviera — o, si no, el convenio colectivo de la actividad desempeñada efectivamente³⁹. De este modo, si por ejemplo se hacía referencia a una trabajadora de una empresa multiservicios contratada para realizar la limpieza de un hotel, le sería de aplicación el convenio colectivo de limpieza y no el de hostelería. En este sentido se ha señalado que la redacción vigente en ese momento del art. 42 ET no obligaba a que los trabajadores de la empresa contratista tuvieran «las mismas condiciones salariales que las que tendrían de haber sido contratados directamente por la empresa principal, ni tampoco obliga a las empresa contratistas (...) a aplicar el convenio colectivo de la empresa principal, aun cuando realicen obras o servicios propios de la actividad de dicha empresa principal»⁴⁰. Se descartaba así que en el caso de una trabajadora contratada como camarera de pisos para un hotel fuese de aplicación el convenio de hostelería, sino el de limpieza, que era coincidente con el servicio contratado entre la empresa multiservicios y la cliente, consistente en la «limpieza de las habitaciones».

Sin embargo, como señala GOÑI SEIN, «el nuevo art. 42.6 no busca refrendar o legalizar la decisión del Tribunal Supremo, sino, al contrario, actuar como mecanismo de superación de la desigualdad». Por lo tanto, concluye que la nueva regulación debe analizarse desde la perspectiva de la igualdad y no discriminación, por lo que considera que el convenio colectivo aplicable debe ser el que resuelva de la actividad desarrollada por la empresa principal⁴¹. Como puede comprobarse, la intervención legislativa en esta materia ha resultado muy relevante, en tanto que ha apostado por «derogar» la jurisprudencia existente en la materia, a diferencia de otros tantos supuestos en los que la Reforma

38 ECLI:ES:TS:2015:1539.

39 STS núm. 438/2020, de 11 de junio, RC 9/2019 [ECLI:ES:TS:2020:1957].

40 GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Subcontratación y convenio colectivo aplicable. El nuevo artículo 42.6 del Estatuto de los Trabajadores a la luz de tres previas sentencias de la sala de lo social del Tribunal Supremo». *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 5 (2022), pág. 58.

41 GOÑI SEIN, J. L.: «Contratas, subcontratas y convenio colectivo aplicable». *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, núm. 13 (2022), pág. 94. Así, acudiendo al ejemplo de las camareras de pisos (*kellys*) de un hotel, debería ser de aplicación el convenio de hostelería y no el de limpieza. Por supuesto, salvo que concurra la primera excepción prevista en el aludido art. 42.6 ET, y haya un convenio sectorial de aplicación — por ejemplo, de empresas de multiservicios —, si bien concluye que la concurrencia entre ambos debería resolverse en atención a la prioridad temporal.

Laboral de 2021 no hizo más que incorporar al texto de la ley algunos criterios judiciales ya asentados.

En cambio, toda la nueva arquitectura aludida del precepto cede en el supuesto de los centros especiales de empleo. En este sentido, la disposición adicional vigesimoséptima del ET, también introducida por el RDL 32/2021, establece que «en los casos de contrataciones y subcontratas suscritas con los centros especiales de empleo (...), no será de aplicación el artículo 42.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores». Dicha exclusión parece que pretende otorgar una ventaja competitiva para estos centros especiales de empleo a la hora de adjudicarse contratos de servicios respecto de otras empresas. Evidentemente, dicho propósito podría calificarse como acertado, salvo que dicha ventaja pretenda fundamentarse exclusivamente en la reducción de costes retributivos y, consecuentemente, en una mayor precariedad de las condiciones laborales de los trabajadores con discapacidad⁴².

En síntesis, puede apreciarse que se ha producido una importante actuación normativa en cuanto a la determinación del convenio colectivo aplicable en los supuestos de descentralización productiva, con el objetivo velado de reducir la precariedad existente en estos ámbitos. Pero, del mismo modo, puede apreciarse que de forma expresa (ya que no puede siquiera sostenerse que se haya debido a un olvido del legislador) se ha optado por excluir a los centros especiales de empleo de esta nueva regulación y, en consecuencia, se refrenda tácitamente la doctrina jurisprudencial existente hasta la fecha en este campo.

6. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA POSICIÓN TRADICIONAL Y NECESIDAD DE PROFUNDIZAR EN LOS DEBATES QUE CONTINÚAN ABIERTOS. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

A partir de la década de los 80 se comenzó a transitar desde un modelo individual de la discapacidad a un modelo social, donde «ya no se trataba de adaptar a la persona con discapacidad al entorno social, sino de adaptar el entorno social a la persona con discapacidad. Por lo tanto, es la sociedad (...) quien tiene la responsabilidad de suprimir las barreras»⁴³. En este sentido, resulta de gran interés la reflexión que realiza REY PÉREZ cuando diferencia el enfoque médico y el social del concepto de accesibilidad, a cuyo efecto apunta que este último «entiende que el problema no está en las personas, sino en el diseño social que hemos hecho que obstaculiza y margina a determinadas personas por no responder a un diseño universal»⁴⁴. Como puede comprobarse, se continúan preservando determinadas inercias que se traducen en el mantenimiento de un trato peyorativo para los trabajadores que presentan algún tipo de discapacidad.

Esto es lo que parece desprenderse de algunos aspectos relativos a las cuestiones analizadas que, a la vista de lo expuesto, estarían lejos de encontrarse definitivamente resueltas. Aun cuando la postura de la jurisprudencia se encuentra asentada (lo que se deduce de la existencia de una reiteración de pronunciamientos en el mismo sentido), esta no resulta realmente satisfactoria a la vista de los intereses en juego.

42 SÁEZ LARA, C.: «Concurrencia entre convenios y modernización de la negociación colectiva», cit. pág. 358.

43 SÁNCHEZ PACHÓN, L. A.: «Los centros especiales de empleo...», cit. pág. 61.

44 REY PÉREZ, J. L.: «Una revisión de los conceptos de accesibilidad...», cit. pág. 2516.

En primer término, puede afirmarse que la construcción judicial en torno a las denominadas condiciones «*ad intra*» y «*ad extra*» no resulta especialmente clara y sigue presentando importantes sombras. Estas no se han visto resueltas por los pronunciamientos más recientes, como es el caso de la STS 459/2023, de 28 de junio (RCUD 4205/2020)⁴⁵, pese la evidente voluntad de aportar argumentos adicionales. Sin embargo, la doctrina relativa a las consecuencias de desarrollar una «actividad periférica» no ha hecho sino generar nuevos interrogantes. En concreto, se da por hecho que el empleador que decide aventurarse y concurrir a una contrata de naturaleza ajena al ámbito funcional de su convenio debe asumir las consecuencias de ello, entre las que se encuentra la posibilidad de que se vea afectado por cláusulas convencionales que no le son propias (como la obligación de subrogarse en la plantilla). Sin embargo, con este mismo fundamento no resulta claro por qué no debería igualmente aceptar que le fuesen de aplicación el resto de las condiciones laborales previstas en el convenio colectivo de la actividad (como así ocurría con las empresas de régimen ordinario). La respuesta que se proporciona a esta pregunta alude directamente a la condición de centro especial de empleo de la empresa, en atención al principio de especialidad a la hora de determinar el convenio colectivo aplicable. Sin embargo, este argumento es difícilmente sostenible, so pena de encubrir una evidente discriminación indirecta por razón de discapacidad. Es decir, con amparo en una norma aparentemente neutra (la necesidad de que el convenio colectivo especial prime sobre el general) se vienen a imponer de facto unas condiciones laborales mucho peores a unas empresas que contratan a un mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad. De esta manera el resultado que se consigue es hacer de peor condición a los trabajadores de este tipo de empresas, frente a los de cualquier otra mercantil que apueste por ampliar su ámbito funcional y adentrarse en la realización de tareas que, al menos *ab initio*, no le son propias.

En este punto es donde parece necesario regresar al análisis acerca de si los criterios tenidos en cuenta por el Tribunal Supremo para rechazar la existencia de discriminación son acertados o si se ha descartado de una forma quizás apresurada esta posibilidad. La jurisprudencia ha partido del rechazo a esta idea tras entender que se estaban analizando situaciones heterogéneas: los trabajadores de un centro especial de empleo presentan alguna discapacidad (lo que les hace suponer una disminución de su aptitud profesional), mientras que en el resto de los supuestos se trata de sujetos de una relación ordinaria de trabajo. Con todo, este pronunciamiento no refleja necesariamente la realidad de la situación; por una parte, porque se obvia que una empresa ordinaria puede contratar a trabajadores con alguna discapacidad (e, incluso, con una aptitud limitada, lo que no es necesariamente lo mismo), circunstancia que en modo alguno podría traducirse en la imposición de condiciones de trabajo peyorativas. Por otra, porque en un centro especial de empleo puede haber trabajadores sin discapacidad (hasta un treinta por ciento); incluso, con alguna discapacidad, pero que no les afecte o condicione en su prestación de servicios (al menos, no más de lo que podría encontrarse afectado cualquier trabajador sin discapacidad por muy distintas vicisitudes). En estas circunstancias, no parece tan clara la heterogeneidad entre ambas situaciones, siendo este el argumento a partir del cual el Tribunal Supremo rechazó seguir indagando acerca de la posible existencia de un trato discriminatorio.

Igualmente, la jurisprudencia destacó que el objeto de la relación laboral especial era la de favorecer la adaptación personal y social, y facilitar, en su caso, su posterior

45 ECLI:ES:TS:2023:3043.

integración laboral en el mercado ordinario de trabajo. Sin embargo, lo cierto es que puede ocurrir que dicha adaptación no resulte necesaria o, al menos, no más que lo que ocurriría en la mayoría de las relaciones laborales de carácter ordinario⁴⁶.

Al hilo de lo expuesto, parece necesario realizar una relectura de la doctrina existente en la materia, especialmente a la vista del mandato contenido en el art. 27.1 CPCD, que establece el derecho a trabajar en igualdad de condiciones y proscribiera expresamente la discriminación por motivos de discapacidad, así como el derecho a la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor.

Lo anterior se ha visto agravado tras la Reforma Laboral de 2021 y, en particular, con la aprobación de la disposición adicional vigesimoséptima del ET (introducida por el RDL 32/2021). Una vez que se ha constatado la existencia de una situación absolutamente anómala, como era el hecho de que unos trabajadores percibiesen una retribución inferior que otros por el mero hecho de estar vinculados a una contrata y no a la empresa principal, se intervino legislativamente para corregirlo, lo que se llevó a cabo de una manera tan contundente que supuso la derogación tácita de la jurisprudencia existente en la materia. Se constataba así la toma de conciencia en torno a la necesidad de corregir una evidente disfunción de la regulación previa. No obstante, se dejó fuera de dicha reparación a los trabajadores vinculados a centros especiales de empleo, con lo que se perpetúa la situación de patente injusticia que venía teniendo lugar.

Esta nueva regulación puede dar lugar a resultados difícilmente aceptables, como los ya expuestos: en síntesis, que se atente directamente contra el principio de igualdad de retribución por trabajo de igual valor. Podría afirmarse así que el legislador ha instituido una suerte de presunción *iusuris et de iure* de que el trabajo que realiza un trabajador de un centro especial de empleo va a ser de menor calidad, cuando esto no tiene por qué ser así; y, en particular, cuando en términos generales no se atiende al mencionado valor del trabajo de los empleados que prestan sus servicios en empresas ordinarias para regular sus retribuciones.

Por estos motivos, parece necesario replantear la situación jurídica laboral de los centros especiales de empleo y evitar estas situaciones, que vienen generando importantes inconvenientes. Al respecto, se ha observado que, en los últimos tiempos, grandes multinacionales han empezado a crear, a través de sus filiales, sus propios centros especiales

46 En este sentido, algunos pronunciamientos judiciales han continuado planteándose la cuestión relativa a la licitud de la exclusión de este tipo de trabajadores del ámbito de aplicación de los convenios sectoriales de la actividad realizada. Es significativo el caso de la STSJ C. Valenciana núm. 314/2020, de 28 de enero (rec. 255/2019) [ECLI:ES:TSJCV:2020:934]. Esta resolución concluye que debe aplicarse el convenio general (de limpieza), lo que fundamenta en que en el caso concreto la empresa no había prestado los servicios de ajuste personal y social regulados en el art. 43.1 RDL a la trabajadora. Para ello, razona que resulta necesario que se realice un control judicial respecto de si la relación laboral especial se constituye como tal en garantía de los derechos de la persona trabajadora o si se trata de una mera contratación formal tras la cual se esconde una relación ordinaria donde la persona con discapacidad desarrolla su actividad laboral en las mismas condiciones que el resto de los trabajadores. Por ello, se hace imprescindible recordar que la relación laboral especial se diseñó para personas que presentasen dificultades de acceso al empleo ordinario, pero no para aquellas otras cuya discapacidad no les limita en acceso al citado empleo. Al respecto, véase GARCÍA SABATER, A. B.: «Sobre la no realización de ajustes personales y sociales en centros especiales de empleo. Convenio aplicable y grupos de empresas (Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Valencia número 314/2020 de 28 de enero)». *Lex social: revista de los derechos sociales*, vol. 11, núm. 1 (2021), pág. 418.

de empleo, que han devenido *de facto* en auténticas empresas multiservicios que ocupan mano de obra intensiva bajo unas condiciones laborales más precarias. Con ello, se ha provocado una cierta competencia desleal con el resto de las empresas del sector, lo que está generando importantes disfunciones⁴⁷. Sin duda alguna, la nueva regulación no contribuirá a superar este problema.

7. BIBLIOGRAFÍA

- BARBANCHO TOVILLAS, F., ROMEO DELGADO, M. y YEPES I BALDÓ, M.: «Representación y negociación colectiva de las personas con discapacidad en los centros especiales de empleo (CEE)» VVAA (Coord. Herrera-Gutiérrez, M.ª R. y Jaraíz Arroyo, G.) *Pactar el futuro: debates para un nuevo consenso en torno al bienestar, VI Congreso Red Española de Políticas Sociales*. Editorial Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2017, págs. 2455-2473.
- CASTRO ARGÜELLES, M. A.: «La relación laboral de carácter especial de los trabajadores con discapacidad que prestan sus servicios en los centros especiales de empleo». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 118 (2015), págs. 189-222.
- DÍAZ JIMÉNEZ, R. M.: «Centros especiales de empleo en tiempos de incertidumbre. El reto de la inclusión» VVAA (Dir. Maldonado Molina, J. A.) *Hacia la Plena Inclusión Laboral, I Congreso Nacional sobre el Empleo de las Personas con Discapacidad*. Editorial Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2015, págs. 30-36.
- GARCÍA SABATER, A. B.: «Sobre la no realización de ajustes personales y sociales en centros especiales de empleo. Convenio aplicable y grupos de empresas (Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Valencia número 314/2020 de 28 de enero)». *Lex social: revista de los derechos sociales*, vol. 11, núm. 1 (2021), págs. 410-426.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Subcontratación y convenio colectivo aplicable. El nuevo artículo 42.6 del Estatuto de los Trabajadores a la luz de tres previas sentencias de la sala de lo social del Tribunal Supremo». *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 5 (2022), págs. 50-64.
- GOÑI SEIN, J. L.: «Contratas, subcontratas y convenio colectivo aplicable». *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, núm. 13 (2022), págs. 81-99.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Principales problemas jurisprudenciales en la relación laboral especial de trabajadores con discapacidad que trabajan en centros especiales de empleo». *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 37 (2021), págs. 511-550.

⁴⁷ MORENO SOLANA, A.: «Los problemas derivados de la sucesión de empresas en los casos de centros especiales de empleo» VVAA *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial: XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 2, 2018 (CD).

- GRIMALDOS GARCÍA, M. I.: «Los centros especiales de empleo. Aproximación a su régimen jurídico». *Revista jurídica de economía social y cooperativa*, núm. 26 (2015), págs. 1-28.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. y LORENTE CAMPOS, R.: «Precarización laboral y beneficio empresarial: estrategias de explotación del nuevo milenio». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, núm. 2 (2015), págs. 77-94.
- HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A. M.: «¿Son inclusivos los Centros Especiales de Empleo?: otra visión del empleo para las personas con discapacidad» VVAA (Coord. Álvarez Díaz, K. y Cotán Fernández, A.) *Construyendo identidades desde la educación*. Editorial Dykinson, Madrid, 2022, págs. 22-38.
- LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Convenio colectivo aplicable a empresas multiservicios: análisis de un caso judicial y su contraste con la reforma laboral». *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 10 (2022), edición digital.
- MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 40.^a edición. Editorial Tecnos, Madrid, 2019.
- MORATALLA SANTAMARÍA, P.: «Centros especiales de empleo». *Revista jurídica de economía social y cooperativa*, núm. 29 (2016), págs. 235-274.
- MORENO SOLANA, A.: «Los problemas derivados de la sucesión de empresas en los casos de centros especiales de empleo» VVAA *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial: XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 2, 2018 (CD).
- ORTEGA CAMARERO, M. T.: «El empleo protegido en España: retos para un nuevo modelo de centros especiales de empleo». *Human Review: International Humanities Review / Revista Internacional de Humanidades*, vol. 17, núm. 3 (2023), págs. 2-15.
- REY PÉREZ, J. L.: «Una revisión de los conceptos de accesibilidad, apoyos y ajustes razonables para su aplicación en el ámbito laboral» VVAA (Coord. Herrera-Gutiérrez, M.^a R. y Jaraíz Arroyo, G.) *Pactar el futuro: debates para un nuevo consenso en torno al bienestar, VI Congreso Red Española de Políticas Sociales*. Editorial Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2017, págs. 2511-2530.
- SÁEZ LARA, C.: «Concurrencia entre convenios y modernización de la negociación colectiva». *Temas Laborales*, núm. 161 (2022), págs. 335-359.
- SÁNCHEZ PACHÓN, L. A.: «Los centros especiales de empleo: configuración legal e incidencia y valoración de las últimas actuaciones normativas». *Revista jurídica de economía social y cooperativa*, núm. 36 (2020), págs. 55-91.
- THIBAUT ARANDA, J.: *Convenio Colectivo Aplicable en la empresa por razón de su actividad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

CAPÍTULO XIII

NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL ÁMBITO DE LA DISCAPACIDAD. ACCESO A LAS TIC Y DERECHO DE INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

ANA CASTRO FRANCO

*Personal Docente e Investigador FPI, Ministerio de Universidades
Universidad de León*

1. INTRODUCCIÓN: EL ACCESO A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS, UNA VISIÓN DESDE LA DISCAPACIDAD

La revolución tecnológica constituye una realidad que ha impactado notablemente en el mercado laboral al permitir desempeñar las funciones asociadas a los diferentes puestos de trabajo de forma más eficiente. Así, pueden observarse soluciones tecnológicas capaces de ayudar a solventar barreras de comunicación, de acceso a la información, de colaboración o de gestión de recursos, lo cual redundará en una mejora en la calidad de los servicios ofrecidos. El objetivo del presente estudio consiste en visitar los recursos tecnológicos aplicados a situaciones reales donde se detectan barreras de accesibilidad para las personas con discapacidad visual, auditiva, física, mental, y sus diversas subdivisiones. La irrupción de la digitalización y de las tecnologías adaptadas logran salvar barreras como la fuerza física, inercias o roles que han venido perjudicando a las personas aquejadas de algún tipo de discapacidad. En este sentido, existen equipos y programas para aumentar la movilidad, la audición, la visión o las capacidades de comunicación. Las nuevas tecnologías mejoran la calidad de vida de estas personas no tanto por sus efectos positivos en el acceso al empleo como por favorecer la participación en actividades cotidianas contribuyendo a reducir la dependencia y a incrementar la autonomía e independencia.

En un mundo eminentemente digitalizado, las nuevas tecnologías son un factor esencial para lograr una verdadera inclusión. Resulta en todo punto necesaria la adquisición de competencias digitales, pues la brecha digital supone un elemento de desigualdad determinante. En efecto, la digitalización también plantea riesgos, siendo el más destacado

el acceso desigual a las nuevas tecnologías. El ámbito tecnológico permanece en constante evolución y no siempre lo hace al ritmo de las necesidades de las personas. A título de ejemplo, la constante sustitución y/o renovación de aparatos tecnológicos por otros más modernos no siempre contempla las características o circunstancias de las personas que no pueden manejar una pantalla táctil. Otras barreras vienen dadas por la complejidad funcional de algunos dispositivos tecnológicos. Además, la adquisición de nuevas tecnologías supone un coste económico que no todo el mundo puede asumir.

La sociedad de la información, que ha alcanzado hoy su plenitud, está fundada en un modelo social en el que todos puedan crear, acceder, utilizar y compartir información y conocimiento. Cuando las personas no pueden interactuar con los diferentes dispositivos tecnológicos, inevitablemente, corren el riesgo de caer en la exclusión social y laboral. El 45% de las personas con discapacidad encuentra barreras a la hora de utilizar las tecnologías, la mayoría de índole económico (75,3%), seguidas de un 58,2% que encuentra muy complejo y avanzado su uso y un 52,4% que refiere problemas de accesibilidad¹. Uno de los grandes retos en el diseño de tecnologías e información inclusivas es precisamente el de su accesibilidad, usabilidad, legibilidad y lecturabilidad. Las empresas deben establecer canales accesibles de información y contenidos, así como tecnologías usables con una comunicación clara, sencilla y legible, en aras de asegurar el acceso a la información de todas las personas. Estos factores permiten salvaguardar el derecho a la información, que no solo beneficia a personas con discapacidad, sino también a personas mayores o migrantes. Impulsar herramientas que permitan a todas las personas interactuar de forma autónoma con la tecnología resulta vital en el contexto actual. Algunas empresas han orientado sus políticas de Responsabilidad Social Corporativa a mejorar la calidad de vida de las personas a través de la tecnología. A continuación, se recogen tres casos sobresalientes.

Las llamadas “Tecnologías Accesibles” tienen como finalidad la de desarrollar soluciones y servicios innovadores que faciliten el acceso a la tecnología y la integración social y laboral de las personas con discapacidad. Las Cátedras de Tecnología Accesibles abordan proyectos de I+D+i, para desarrollar soluciones de TI aplicables a diferentes servicios que incrementen la autonomía de las personas con discapacidad, en términos de vida independiente, acceso a la educación y al empleo, entre otros. Esta iniciativa persigue aportar, a corto y medio plazo, nuevas propuestas para la sociedad y el mercado de trabajo, convirtiéndose en un modelo de referencia a nivel internacional, tanto por su búsqueda de la excelencia en el desarrollo de tecnologías accesibles como por el modelo de colaboración y transferencia tecnológica entre las universidades y las empresas. Algunas de las herramientas creadas son el headmouse (ratón virtual que funciona con movimientos faciales o de cabeza) o el virtualkeyboard (teclado dirigido a personas con movilidad reducida).

En la misma línea, programas como el denominado “Talentum Startups” centran su labor en la incorporación de jóvenes universitarios *techies* al ecosistema de emprendimiento mediante su inclusión en un entorno de alta innovación o a través del desarrollo de un proyecto propio. La línea de trabajo para personas con discapacidad ha consistido en un *Lab* que centra sus esfuerzos en aportar soluciones tecnológicas para mejorar la empleabilidad

¹ OBSERVATORIO DE LA VULNERABILIDAD DE LA FUNDACIÓN ADECCO: *Informe Tecnología y Discapacidad*, Adecco y Keysight Technologies Sales Spain SLU, 2023, disponible en: <https://fundacionadecco.org/wp-content/uploads/2023/07/informe-Tecnologia-y-discapacidad-2023_ok.pdf>.

de quienes tienen algún grado de discapacidad. Este tipo de iniciativas van orientadas a mejorar la accesibilidad a ofertas de trabajo y a proporcionar herramientas para facilitar el seguimiento de clases y así perfeccionar las competencias digitales.

Un último ejemplo viene dado por los proyectos de voluntariado que movilizan el talento y conocimiento en favor de las personas con discapacidad intelectual para culminar con la simplificación del manejo de herramientas básicas como el ordenador o el teléfono móvil, normalizando con ello la vida laboral y personal de este colectivo. De este modo, se ha acercado el uso del teléfono móvil a personas con Trastorno del Espectro Autista, a través de una interfaz que sigue los estándares de las personas con esta discapacidad. Las empresas comprometidas con la inclusión, así como el resto de las organizaciones e instituciones con diferentes grados de responsabilidad en este proceso deben partir de escuchar y comprender las necesidades e inquietudes de las personas con discapacidad. La razón subyacente es, por supuesto, ética, pero sin olvidar que satisfacer las demandas de acceso al mercado de dichas personas supone también una oportunidad de expansión del negocio.

Pues bien, educar a los algoritmos es una tarea a desempeñar con tiento para no proyectar sesgos inconscientes en el desarrollo tecnológico. Los entrenadores de IA han de estar suficientemente preparados para desterrar prejuicios y estereotipos tristemente habituales, evitando marcar diferencias o acrecentar la desigualdad. La IA puede erigirse como una gran aliada para la inclusión sociolaboral de las personas con discapacidad ayudando a eliminar barreras físicas en el entorno laboral. Las personas con dificultades en la movilidad o en la comunicación pueden mejorar su empleabilidad, acceso a la formación y participación normal en la actividad empresarial. En este sentido, la accesibilidad cognitiva es un derecho recogido por las Naciones Unidas al que ha de darse respuesta para que las personas con discapacidad intelectual puedan acceder a la información, los servicios y los entornos de manera comprensible y significativa². Las herramientas destinadas a este fin permiten la comprensión de textos, carteles o tecnología, y acceder al mercado laboral en igualdad de condiciones. Utilizar un lenguaje claro y sencillo en la comunicación escrita y verbal es esencial para que las personas con discapacidades cognitivas puedan comprender la información. Esto implica evitar jerga, tecnicismos y frases complejas. El uso de imágenes, gráficos y símbolos puede ayudar a transmitir información de manera más efectiva. Las ilustraciones y las señales visuales pueden reforzar el mensaje y facilitar la comprensión, al tiempo que la información debe estar organizada de manera lógica y estructurada de manera clara. Las aplicaciones y sitios web deben diseñarse teniendo en cuenta la accesibilidad cognitiva. Esto puede incluir la simplificación de la navegación, la reducción de opciones abrumadoras y la incorporación de características como lectura de pantalla y opciones de voz.

En los últimos años han irrumpido numerosas adaptaciones tecnológicas para facilitar la visión, audición o movilidad. El diseño de hardware accesible se refiere a la creación de dispositivos electrónicos y sistemas que sean fáciles de usar teniendo en cuenta las necesidades de todas las personas, incluyendo a aquellas con discapacidades. Una consideración clave para diseñar hardware accesible viene dada por comprender los desafíos de las personas con discapacidad. Esto puede incluir entrevistas, pruebas

2 NACIONES UNIDAS: *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, 2015, disponible en: <<https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>>.

de usabilidad y colaboración con grupos de defensa de personas con diferentes tipos de discapacidad. Minimizar las barreras y crear interfaces intuitivas, proporcionar opciones de personalización en la interfaz de usuario, como tamaños de texto ajustables, configuraciones de color y opciones de navegación simplificadas, son algunos de los principios a seguir en el diseño. Las adaptaciones tecnológicas o gadgets presentan a su vez un papel fundamental para reducir barreras en los entornos de trabajo, siendo importante recordar que cada persona con discapacidad puede tener necesidades específicas, por lo que es crucial tener un enfoque individualizado al realizar ajustes en el lugar de trabajo.

De este modo, las personas con discapacidad física pueden necesitar productos como mesas y sillas regulables en altura, teclados con cobertores o teclas de gran tamaño que impidan pulsaciones accidentales o ratones virtuales o ergonómicos. Las personas con discapacidad visual podrán requerir de pantallas de gran formato, lectores de pantalla, impresoras de braille, magnificadores o lupas aumentativas. Para las personas con discapacidad auditiva son útiles los intérpretes de lengua de signos, las emisoras de frecuencia modulada o las prótesis auditivas. En cambio, las personas con discapacidad intelectual no disponían de gran variedad de herramientas; si bien en los últimos años esta tendencia parece estar revirtiéndose gracias a páginas de lectura fácil o a las Apps basadas en pictogramas intuitivos.

2. DEFENSA DEL ACCESO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LOS NUEVOS SISTEMAS Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA INCLUSIÓN LABORAL

Los canales de búsqueda de empleo han ido tornándose cada vez más digitales en los últimos años a raíz de la pandemia y la digitalización que ha traído consigo. Las competencias digitales son hoy imprescindibles dada la transformación en la forma de buscar trabajo y reclutar talento. Las personas solicitantes de empleo y las empresas pueden acceder a un mercado laboral amplio, superando barreras geográficas de manera ágil, rápida y con una mayor personalización y filtrado de la información, ajustando los criterios de búsqueda de empresas y candidatos. En cuanto al grado de uso, solo un 7% utiliza los gadgets tecnológicos menos de una hora al día, mientras un 25% emplea estos dispositivos entre seis y diez horas al día. A la luz de los resultados arrojados por la encuesta del Observatorio de la Vulnerabilidad³, la digitalización en la búsqueda de empleo también está llegando, efectivamente, a las personas con discapacidad. El 79,3% utiliza los portales para la búsqueda de empleo y un 48,7% utiliza Apps con este fin. Un grupo minoritario (28,2%) emplea LinkedIn como red social para establecer contactos y acceder a ofertas de empleo; un 17% envía su candidatura a través de las webs corporativas y solo el 15% ha utilizado IA como recurso en este proceso. Las herramientas de IA permiten optimizar la búsqueda de empleo, ya sea en el proceso de orientación, asesoramiento o en la preparación del currículum, cartas de presentación y entrevistas (ChatGPT, Vmock o Kickresume). La orientación consiste en realizar preguntas relacionadas con la búsqueda de empleo, como el tipo de habilidades más demandadas en ciertos sectores y el asesoramiento está basado en proporcionar ayuda para estructurar el currículum de forma efectiva y resaltar

3 OBSERVATORIO DE LA VULNERABILIDAD DE LA FUNDACIÓN ADECCO: *Informe Tecnología y Discapacidad*, cit.

las habilidades y experiencias de forma atractiva para los empleadores. En efecto, la IA ha experimentado su despegue definitivo en el año 2023, emergiendo nuevos recursos en el ámbito de la búsqueda de empleo que, sin embargo, no están totalmente extendidos entre las personas discapacitadas.

El 65% de las personas con discapacidad teme que los sistemas de Inteligencia Artificial, cada vez más utilizados en el ámbito del reclutamiento de las empresas, les excluyan de los procesos de selección. Los sistemas inteligentes pueden presentar sesgos capaces de acentuar las barreras laborales que habitualmente encuentran, quedando relegados de los procesos de contratación de personal. En paralelo, un 45% cree que la automatización de procesos podría dejarles sin empleo, siendo reemplazados por máquinas. No obstante, el 55% destaca que la IA tiene un gran potencial para incrementar su rendimiento profesional, al permitirles desempeñar sus funciones de forma más rápida y eficiente. La IA abre un interesante y complejo debate en torno a la inclusión laboral, produciéndose una ambivalencia: por un lado, tiene la capacidad de sortear las barreras históricas que han acompañado a las personas con discapacidad en el acceso al empleo; sin embargo, si el conjunto de datos utilizados para entrenar al algoritmo contiene sesgos o refleja desigualdades, estos sistemas pueden aprender y perpetuar dichos prejuicios en sus resultados. Resulta fundamental adoptar prácticas de desarrollo ético de la IA tales como la selección cuidadosa de los datos de entrenamiento, el monitoreo constante de sesgos o la promoción de la diversidad en los equipos de desarrollo, para diseñar algoritmos inclusivos. Una IA inclusiva parte de aplicar principios de diseño universal que aseguren la accesibilidad, introducir ejemplos positivos de personas con discapacidad en los datos de entrenamiento o monitorear para consolidar modelos de aprendizaje inclusivos⁴.

La asociación de los conceptos tecnología y discapacidad encaja en el marco de referencia de los avances tecnológicos que contemplan la dimensión ética, cultural, social, económica y medioambiental en su planteamiento, pues las personas con discapacidad conforman un target estratégico para el desarrollo tecnológico inclusivo siguiendo las máximas de la Agenda 2030. En el año 2023 se ha producido el gran despegue y democratización de la IA, gracias a la irrupción de ChatGPT y otros sistemas inteligentes, que han abierto las puertas a una profunda transformación en todos los ámbitos y particularmente en el empleo. Esta revolución comporta indudables oportunidades en el mundo laboral, pero también ciertos riesgos que han de ser visibilizados. De realizar una lectura positiva del uso de las nuevas tecnologías, cabe destacar que la IA permite mejorar el rendimiento profesional de todas las personas, incluidas aquellas con discapacidad, equiparando sus competencias a las del resto de los profesionales. Siempre que sea usada de manera ética y consciente, la IA puede ser una gran aliada para mejorar la inclusión laboral de las personas con discapacidad.

La IA puede mejorar la accesibilidad para que las personas con discapacidad puedan desempeñar su trabajo en diferentes entornos laborales, gracias a sistemas de reconocimiento de voz o del lenguaje, señas para facilitar la comunicación o soluciones de navegación para personas con discapacidad visual. Algunas personas pueden necesitar adaptaciones tecnológicas específicas, como software de comunicación aumentativa y alternativa (CAA) o dispositivos de asistencia personalizados para realizar tareas o

⁴ GARCÍA BILBAO, A., RODRÍGUEZ-PORRERO MIRET, C.: «Nuevas tecnologías y personas con discapacidad». *Intervención Psicosocial*, Vol. 9, núm. 3 (2000), pág. 285.

rutinas. Es importante realizar evaluaciones periódicas de la accesibilidad en el entorno laboral y hacer ajustes según sea necesario para satisfacer las necesidades cambiantes de los empleados con discapacidad. La IA puede contribuir a adecuar los espacios físicos de trabajo para las personas con discapacidad mediante ajustes automáticos de iluminación, temperatura y otras condiciones ambientales. También, ofrece programas de aprendizaje personalizados adaptables a las necesidades de cada persona, brindando retroalimentación y orientación constante para mejorar el desempeño laboral. Para que la tecnología pueda desarrollar todo su potencial como herramienta capaz de mejorar la accesibilidad en el entorno laboral es crucial que las empresas estén comprometidas con la inclusión y estén dispuestas a invertir en tecnologías y capacitación para garantizar que todos los empleados tengan la tan ansiada igualdad de oportunidades.

El desarrollo tecnológico y la IA permiten un mayor acceso a trabajos remotos y flexibles, en beneficio de aquellas personas con discapacidad que encuentran barreras a la hora de desplazarse o trabajar en entornos tradicionales. Igualmente, la IA permite la colaboración en línea, así como la adaptación de tareas y horarios según las necesidades particulares. Los trabajadores con discapacidad pueden configurar su entorno de trabajo en casa de acuerdo con sus características individuales, lo que puede aumentar la comodidad y la eficiencia laboral. El uso de tecnologías de asistencia personalizada en el hogar facilita su participación en el trabajo, mientras que recursos como las videoconferencias o la mensajería instantánea les permiten la interacción con compañeros y supervisores, promoviendo su inclusión. Es más, para algunos trabajadores discapacitados el teletrabajo puede servir como un trampolín para una reintegración gradual al lugar de trabajo tradicional. Las empresas deben asegurar un trabajo remoto accesible y acompañado del apoyo necesario, en forma de capacitación en tecnologías de asistencia y políticas de trabajo flexible⁵.

De examinar la otra cara de la moneda, el pleno empleo de las personas con discapacidad continúa siendo una asignatura pendiente en el mercado laboral español. Las personas discapacitadas siguen estando infrarrepresentadas en las empresas ordinarias, por lo que ha de seguir realizándose una ardua labor de sensibilización y de acompañamiento que conecte el ámbito de la discapacidad con el empresarial. El auge de la IA, sobre todo a raíz de la pandemia sanitaria, exige una firme apuesta por la tecnología inclusiva, que tome en cuenta las particularidades de las personas con discapacidad y se convierta en un acelerador para su empleo en las empresas, nunca en un freno. A pesar de los avances, la tasa de actividad sigue siendo exigua (34%) o, lo que es lo mismo, el 65,4% de las personas discapacitadas en edad laboral no tienen empleo. Las nuevas tecnologías podrían constituir un incentivo para sacar a estas personas de la inactividad, convirtiéndolas en profesionales activos con la consecuente mejora en su autoestima y realización personal, en la medida en que ganan en independencia y contribuyen a su desarrollo y progreso. Las tecnologías de asistencia (lectores de pantalla, software de reconocimiento de voz, software de accesibilidad, dispositivos de apoyo para la movilidad, entre otros), así como los avances en IA (traducción de texto a lenguaje de señas en tiempo real, generación de subtítulos automáticos en vídeos, mejora de la precisión en los sistemas de reconocimiento de voz, como ejemplos) pueden ayudar a las personas con discapacidad a desplegar su talento.

5 VÉLEZ VILLEGAS, J.D.: «El Teletrabajo: una forma de inclusión de las personas en situación de discapacidad al mundo laboral y la gestión de sus riesgos laborales». *CES Derecho*, Vol. 4, núm. 1 (2013), pág. 30.

Si bien la IA presenta avances positivos en el ámbito laboral y en la reducción de desigualdades, también plantea ciertos riesgos a abordar con rigor. En primer lugar, los sistemas de software *Applicant Tracking System* son empleados en los últimos tiempos con mayor regularidad para agilizar y automatizar el proceso de selección de personal. Los ATS son utilizados por los departamentos de recursos humanos y los reclutadores para simplificar y optimizar el proceso de contratación. Estos sistemas permiten a las empresas recibir currículums en línea y almacenarlos en una base de datos centralizada. Esto facilita la gestión de grandes volúmenes de candidatos y la organización de la información. Una vez acometida esta primera fase, proceden al filtrado de los candidatos en función de criterios específicos, como habilidades, experiencia, ubicación y nivel de educación. El problema surge cuando estos sistemas no están entrenados en base a criterios inclusivos. Si los algoritmos no contemplan estos criterios, pueden caer en la trampa de amplificar los sesgos inherentes en el conjunto de datos utilizados para su entrenamiento, dando lugar a resultados discriminatorios desde el punto de vista de la contratación laboral⁶.

En segundo lugar, el incremento exponencial de la dependencia de la IA en aspectos de la vida laboral y personal puede acentuar la brecha digital, dejando atrás a quienes no tengan acceso a los sistemas tecnológicos o no sepan cómo usarlos. Las tecnologías de asistencia y los dispositivos adaptativos pueden llegar a tener un alto coste económico. Las personas con discapacidad pueden tener dificultades para pagar estos dispositivos y servicios de acceso a Internet de alta velocidad, lo que limita su acceso a las oportunidades en línea. Muchos sitios web, aplicaciones y software no cumplen con las pautas de accesibilidad, lo que dificulta que las personas con discapacidad utilicen eficazmente estas herramientas. Esto puede incluir la falta de descripciones de imágenes o contenido no compatible con lectores de pantalla para usuarios con discapacidad. La falta de capacitación en el uso de tecnologías digitales accesibles puede ser una barrera importante. Las personas con discapacidad pueden no estar al tanto de las tecnologías disponibles o cómo utilizarlas para satisfacer sus necesidades. En numerosas ocasiones, es la falta de conciencia sobre las capacidades y habilidades de las personas con discapacidad en el uso de tecnología lo que puede llevar a estigmas y prejuicios. Asimismo, la falta de acceso a servicios de asistencia técnica o apoyo para adaptar la tecnología puede ser un obstáculo importante para las personas con discapacidad.

A las barreras económicas, de accesibilidad y usabilidad, se unen la desconfianza en lo digital y el temor de ser víctima de engaños y fraudes. La disponibilidad de contenido en línea en formatos accesibles, como subtítulos, transcripciones y descripciones de audio, es fundamental para la participación equitativa en la información y comunicación. Superar la brecha digital en personas con discapacidad requiere esfuerzos concertados de múltiples partes interesadas, incluyendo al Estado, las empresas, organizaciones sin fines de lucro y la sociedad en general. Algunas acciones clave incluyen la promoción de estándares de accesibilidad, la oferta de programas de capacitación y apoyo técnico, la concienciación pública sobre las necesidades de las personas con discapacidad y la inversión en tecnologías de asistencia asequibles.

Tercero, con el avance de la IA, crece la preocupación de que algunos sectores y ocupaciones sean automatizados, con la consiguiente pérdida de empleo para quienes no

⁶ MERCADER UGUINA, J.R.: «Discriminación algorítmica y derecho granular: nuevos retos para la igualdad en la era del Big Data». *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 2, núm. 2 (2021), pág. 5.

tengan la capacidad de adaptarse. Si bien un 55,5% no ve en la IA una amenaza para su inclusión laboral, un 44,5% sí considera que la robotización puede llegar a desempeñar los trabajos que habitualmente vienen realizando, dejándoles en situación de desempleo. La automatización puede llevar aparejada la desaparición de algunos trabajos tradicionales, lo que podría afectar negativamente a las personas con discapacidad que dependen de empleos específicos que son susceptibles a la automatización. Ahora bien, al igual que ha sucedido con otros grandes avances, la IA es una herramienta que debe ponerse al servicio de los trabajadores, para optimizar el trabajo y hacerlo de manera más eficiente. La automatización es especialmente beneficiosa en la eliminación de tareas repetitivas y físicamente exigentes, lo que puede ser beneficioso para personas con discapacidades físicas que enfrentan desafíos en la realización de tareas manuales intensivas⁷. Por ello, es imprescindible no dejar a las personas con discapacidad atrás, remarcando la importancia de adquirir competencias digitales y formarse en áreas estratégicas donde su presencia es aún residual.

La adquisición de habilidades actualizadas y relevantes para el empleo requiere proporcionar oportunidades de capacitación y desarrollo con la debida conexión con las demandas del mercado de trabajo. Sin embargo, casi tres cuartas partes de las personas con discapacidad no ha recibido formación alguna en nuevas tecnologías para la mejora de su búsqueda de empleo y desempeño profesional. Es importante tener en cuenta que las competencias digitales pueden variar según el tipo y el grado de discapacidad de una persona. Por lo tanto, es esencial que la formación y el apoyo en la adquisición de estas habilidades se adapten a las necesidades individuales de cada persona con discapacidad. La capacitación en competencias digitales puede mejorar la autonomía, la empleabilidad y la participación activa en la sociedad digital.

En cuarto lugar, existe la creciente preocupación por la eventual pérdida de control humano en los procesos de selección. A medida que los sistemas de IA adquieren mayor autonomía y toman decisiones complejas, puede producirse el riesgo de que la intervención humana quede en un segundo plano, lo que plantea problemas en torno a la responsabilidad y capacidad de tomar decisiones éticas en situaciones críticas, como pueden ser las relativas al ámbito de la inclusión. Los sistemas inteligentes pueden ayudar a que los procesos de reclutamiento sean más eficientes y seguros, pero existen tareas, de naturaleza emocional, que seguirán siendo realizadas o supervisadas por seres humanos. Cuanto menos humanizado está un proceso de selección y contratación menos *engagement* genera. Las estrategias de diversidad, equidad e inclusión, cada vez más relevantes en la agenda empresarial, requieren de procesos de selección donde la intervención humana torna en imprescindible, a fin de diseñar “inclusion journeys” que contemplan las particularidades de las personas con discapacidad intelectual o aquellas infrarrepresentadas en el mercado laboral, desvinculando el talento de lo estrictamente intelectual en aras de dotar del debido valor a otras competencias que les permitan competir en condiciones de igualdad. Para abordar los estereotipos se ha de capacitar a los reclutadores y empleadores en la comprensión de las discapacidades y los sesgos involuntarios que pueden surgir en los procesos de selección. Asimismo, todos los aspectos del proceso de selección deben ser accesibles para personas con discapacidad, incluyendo entrevistas, pruebas y evaluaciones.

7 POQUET CATALÁ, R.: «Cuarta revolución industrial, automatización y afectación sobre la continuidad de la relación laboral». *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 8, núm. 1 (2020), pág. 173.

Un mecanismo de control adecuado viene dado por realizar auditorías regulares de los procesos de selección para identificar y abordar posibles sesgos en perjuicio de las personas con discapacidad.

De abordar las propuestas para obtener una IA inclusiva, cabe señalar que la integración de las personas con discapacidad no es un proceso que surja siempre de forma natural, sino que exige de mecanismos para construirla tanto entre los trabajadores humanos como entre los sistemas inteligentes. Es esencial proporcionar opciones de interfaz y modos de interacción alternativos, como comandos de voz, teclado o dispositivos de asistencia. Aplicar los principios de diseño universal desde el momento en que es desarrollada la tecnología en cuestión constituye una medida capaz de proporcionar opciones flexibles modulables a los diferentes tipos de discapacidad existentes. A medida que la IA se vuelve más ubicua en la sociedad, es importante que los desarrolladores y las organizaciones sigan estándares para garantizar que las aplicaciones y sistemas de IA sean accesibles para todas las personas, incluyendo aquellas con discapacidad.

Seguir normativas y estándares de accesibilidad reconocidos, como las pautas de la W3C sobre accesibilidad web (WCAG), puede proporcionar directrices claras para el desarrollo de algoritmos accesibles. Las WCAG son un conjunto de pautas desarrolladas por el World Wide Web Consortium (W3C) que se aplican a sitios web y contenido en línea para garantizar su accesibilidad. Aunque no se enfocan específicamente en la IA, estas pautas son aplicables a la accesibilidad de los sistemas de IA a los que puede accederse a través de la web. La norma ISO/IEC 30171 se centra en proporcionar pautas para mejorar la accesibilidad de los sistemas de IA. Asimismo, sin ser estándares en sentido técnico, las directrices éticas en la IA, como los Principios de Ética en la IA de la UNESCO o los Principios Éticos de la IA de la Unión Europea, pueden proporcionar orientación sobre cómo desarrollar sistemas de IA que sean inclusivos y respetuosos con las consideraciones éticas y sociales⁸.

A modo de ejemplo, los Modelos Tifológicos Virtuales (MTV) pretenden conseguir la plena inclusión laboral y social de las personas con discapacidad visual, contribuyendo a hacer realidad el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación; mientras, el proyecto VISTACTO pretende demostrar que se puede crear un canal directo entre los sentidos del tacto y de la visión en personas ciegas, de modo que a través de un estimulador táctil puedan, literalmente, visualizar su entorno, y el proyecto SSD-MOVE está enfocado en aumentar las habilidades perceptivas y motoras de personas con discapacidad visual. El proyecto “Visualizando la Signoescritura” consiste en desarrollar una serie de herramientas con el objetivo de poder utilizar efectivamente la SignoEscritura en el mundo digital. La SignoEscritura es un sistema de transcripción de la Lengua de Signos, que permite escribirla de manera icónica en forma de texto. El proyecto DaVoz desarrolla un sistema de interpretación automática de lenguaje de signos mediante el uso de un sensor volumétrico y de Inteligencia Artificial. Por su parte, el objetivo del proyecto SICSE es desarrollar un sistema de bajo coste que permita a personas con gran discapacidad motora poder comunicarse a través de su actividad cerebral.

8 UNESCO: *Recomendación sobre la ética de la Inteligencia Artificial*. UNESCO, 2021, disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137_spa>.

Al mismo tiempo, contar con una representación diversa en los equipos de desarrollo y en los ensayos puede asegurar que las muestras de datos utilizadas para entrenar la IA son inclusivas y suficientemente representativas. Lógicamente, si las personas con discapacidad participan y aportan su visión sobre los nuevos sistemas tecnológicos, estos tendrán en cuenta sus necesidades, adaptándose a las mismas desde un primer momento. Ello evitaría los posibles sesgos, permitiría identificar las barreras y serviría para proponer mejoras y ajustes adaptados a las personas con algún tipo de discapacidad. Por lo tanto, la representación de personas con discapacidad debe ser considerada desde las etapas iniciales del desarrollo de algoritmos, incluyendo la planificación, el diseño y la toma de decisiones fundamentales. Trabajar en colaboración con organizaciones de personas con discapacidad y expertos en accesibilidad puede proporcionar información valiosa sobre las necesidades y desafíos específicos que deben abordarse en el desarrollo de los algoritmos. Acto seguido, se han de realizar pruebas exhaustivas con usuarios discapacitados para evaluar la accesibilidad y usabilidad de los algoritmos y sistemas. Estas pruebas deben realizarse de manera regular y con un enfoque de retroalimentación de los usuarios. Los desarrolladores deben ser transparentes sobre cómo se recopilan y utilizan los datos en los algoritmos, abordando preocupaciones éticas relacionadas con la privacidad y la seguridad de los datos de las personas con discapacidad.

En línea con lo expuesto *ad supra*, la discapacidad no debe contemplarse como una condición que limita el desempeño profesional; al contrario, puede valorarse de forma favorable a través de ejemplos positivos en los datos de entrenamiento de la IA. La discapacidad es una característica que puede enriquecer la diversidad y el talento en el lugar de trabajo, pues estas personas aportan una variedad de habilidades, experiencias y perspectivas del lugar de trabajo valiosas para la empresa. Si se descarta a las personas con discapacidad o se las subestima, las empresas pueden perder talento valioso y potencial de desarrollo. Muchas personas con discapacidad han demostrado ser altamente competentes y exitosas en sus carreras cuando se les brindan las adaptaciones y el apoyo adecuados. Su inclusión puede llevar a una fuerza laboral más diversa, lo que puede impulsar la innovación, la creatividad y la resolución de problemas. Por este motivo, muchas empresas ya integran a las personas con discapacidad como parte de su Responsabilidad Social Corporativa.

Las personas con discapacidad deben recibir feedback e instrucciones claras con regularidad en su interacción con la IA. La retroalimentación debe ser accesible en los diferentes formatos de texto, audio o señales visuales. La inclusión es un proceso continuo, por lo que la IA está en permanente fase beta, aprendiendo y mejorando su desarrollo, para consolidar modelos de aprendizaje que contemplen las necesidades de las personas con discapacidad. El monitoreo en el trabajo es un tema delicado, a abordar con sumo cuidado y respeto a la privacidad y los derechos de los empleados. No se debe recopilar ni monitorear información sobre la discapacidad de un empleado sin su consentimiento y sin una razón legítima relacionada con su desempeño laboral o la provisión de adaptaciones razonables.

Antes de llevar a cabo cualquier forma de monitoreo es importante conocer y cumplir los estándares y regulaciones vigentes. La IA ha de cumplir con la normativa de accesibilidad relevante, como las pautas de accesibilidad al contenido en la web, así como las regulaciones específicas para la accesibilidad de productos tecnológicos⁹. El Parlamento

9 ESPÍNOLA JIMÉNEZ, A: «Educación inclusiva e igualdad de las personas con discapacidad en la transformación digital». *Revista Jurídica Valenciana*, núm. 35 (2020), pág. 7.

Europeo ha aprobado el proyecto de Ley de Inteligencia Artificial, con prohibiciones expresas sobre el uso de esta tecnología para recabar datos biométricos, entendidos como aquella información personal relativa a las características únicas de las personas, ya sean físicas o asociadas a comportamientos, a través de procedimientos tecnológicos. Esta nueva regulación contempla medidas para restringir los sistemas de IA cuando presentan un nivel considerado como inaceptable para la seguridad de las personas o resultan discriminatorios. La innovación tecnológica tiene que tener en cuenta esta premisa desde el principio, limitando los sesgos en la recopilación de datos biométricos y utilizándolos únicamente en casos en los que su aplicación esté justificada y sea estrictamente necesaria. El Parlamento también quiere establecer una definición uniforme y tecnológicamente neutra de la IA que pueda aplicarse a futuros sistemas.

La nueva normativa establece obligaciones para proveedores y usuarios en función del nivel de riesgo de la IA. Aun cuando muchos sistemas de IA plantean un riesgo mínimo, es necesario evaluarlos todos. Aquellos de riesgo inaceptable son los que suponen una amenaza para las personas y quedarán prohibidos, tales como aquellas aplicaciones que permiten funciones como el llamado *social scoring*, el sistema de puntuación social que determina la credibilidad o reputación de una persona al evaluar diversos datos y actividades rastreables vía internet¹⁰. Por otro lado, los sistemas de alto riesgo afectan negativamente a la seguridad o a los derechos fundamentales. Estos desarrollos de IA habrán de cumplir obligaciones legales más estrictas que, por su funcionamiento y objetivo, requieren de supervisión humana y el uso de datos de alta calidad para evitar problemas como la discriminación de los usuarios. Sistemas basados en IA para otorgar créditos o evaluar candidatos para un puesto de trabajo están dentro de este grupo. Los servicios y aplicaciones de riesgo limitado dejan claro a los usuarios que están interactuando con un sistema IA a través de su funcionamiento o nacimiento. Son plataformas IA que tienen obligaciones específicas de transparencia. En último término, las plataformas de riesgo mínimo representan una amenaza escasa o nula.

3. JUSTICIA Y DISCAPACIDAD: TICS ACCESIBLES

Identificar cómo los nuevos avances tecnológicos pueden incorporarse en el sistema judicial permite aportar soluciones a barreras de accesibilidad desde el punto de vista de las interacciones en las que debe intervenir la persona con discapacidad. El art. 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que los Estados asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones que las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

¹⁰ COMISIÓN EUROPEA: *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión*, COM (2021) 206 final, 2021, disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206>>.

Pues bien, toda la actividad llevada a cabo por el sistema judicial debe quedar recogida en documentos electrónicos con el objetivo de convertirse en un canal de comunicación válido en el procedimiento. El formato en papel es clásico, aun cuando comporta problemas de accesibilidad para quienes padecen limitaciones en su visión. A día de hoy, los documentos son creados ya en origen en formato electrónico que cumpliendo una serie de características técnicas puede estar exento de barreras en cuanto a la accesibilidad. Los contenidos en sitios web informativos han de ser plenamente accesibles a personas con discapacidad, entre otros colectivos en riesgo de exclusión. La accesibilidad a Internet es un requerimiento legal en España para la Administración Pública materializado en textos legales e íntegros en la totalidad de su redacción para las personas con discapacidad, de un lado, y en artículos concretos o referencias en el articulado de leyes o Reales Decretos, de otro. Han sido introducidos siguiendo los criterios informadores de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas. Actualmente, la norma de referencia es la Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación. En términos de la norma [modifica la letra k) del art. 2], la accesibilidad cognitiva se despliega y hace efectiva a través de la lectura fácil, sistemas alternativos y aumentativos de comunicación, pictogramas y otros medios humanos y tecnológicos disponibles para tal fin. Presupone la estrategia de diseño universal o diseño para todas las personas, y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse. Las medidas específicas para garantizar la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal se aplicará en el ámbito de las telecomunicaciones y sociedad de la información.

La legislación española hace referencia a que los sitios web de la Administración Pública deben ajustarse a las Pautas de Accesibilidad al Contenido Web (WCAG), entendiéndose por tales al conjunto de directrices desarrolladas por el World Wide Web Consortium (W3C) que son utilizadas para hacer que el contenido web sea más accesible para personas con discapacidad. Las WCAG son un estándar ampliamente aceptado y utilizado para mejorar la accesibilidad de sitios web y aplicaciones web. Según dicta el primer principio, el contenido web debe ser presentado de una manera que sea perceptible para todos los usuarios, independientemente de sus capacidades sensoriales. Dentro de este principio se recogen a su vez cuatro pautas orientadas a proporcionar alternativas textuales para cualquier contenido no textual, de modo que pueda ser alterado de acuerdo a las características de las personas, como texto de gran formato, braille, síntesis de voz o lenguaje más simple; facilitar alternativas accesibles para el contenido multimedia; crear contenido que pueda ser presentado de diferentes formas sin perder información o estructura, como un esquema de presentación más simple y acercar a los usuarios la posibilidad de ver y escuchar el contenido, incluyendo la separación entre fondo y primer plano¹¹.

En virtud del segundo principio, el contenido web debe ser operable y navegable por todos los usuarios, incluyendo aquellos que utilizan dispositivos de entrada alternativos o tienen dificultades motoras. Algunas medidas vienen dadas por permitir que el contenido sea completamente operable utilizando solo el teclado; proporcionar a los usuarios suficiente

¹¹ GARCÍA BILBAO, A., RODRÍGUEZ-PORRERO MIRET, C.: «Nuevas tecnologías y personas con discapacidad», cit., pág. 292.

tiempo para leer y utilizar el contenido; ayudar a los usuarios a navegar entre el contenido y determinar dónde están o evitar contenido que pueda causar convulsiones o malestar visual. En la misma línea, el tercer principio requiere que la información y el manejo de la interfaz de usuario sean comprensibles, lo que implica hacer que el contenido textual sea legible y comprensible; favorecer que la navegación y la interacción sean predecibles y coherentes o ayudar a los usuarios a evitar y corregir errores. Un último principio es que el sitio web debe ser suficientemente robusto para que pueda ser interpretado por una amplia variedad de agentes de usuario, incluyendo los productos de apoyo. Para ello, se ha de asegurar que el contenido sea compatible con una amplia gama de tecnologías de asistencia y navegadores web y se ha de proporcionar información y sugerencias claras en caso de errores.

La legislación de cada país es la que da lugar a que las pautas técnicas del W3C se puedan convertir en requisito legal, tal y como ha ocurrido en España. Los sitios web que son conformes con las pautas de accesibilidad son aquellos que han implementado prácticas y características de diseño que hacen que su contenido sea más accesible para personas con discapacidades. Esto significa que han tomado medidas para garantizar que el contenido sea perceptible, operable, comprensible y robusto, de acuerdo con los cuatro principios fundamentales de las WCAG. Ha de tenerse en cuenta que, un sitio web accesible no es un sitio web que habla a las personas ciegas, por ejemplo, sino que permite que el lector de pantalla empleado por este perfil de usuarios hable adecuadamente. En otras palabras, cuando una persona con discapacidad visual acceda a la web con un producto de apoyo, el contenido debe estar diseñado de modo que al encontrarse una imagen disponga de una descripción alternativa de la misma o, cuando active la visualización de un vídeo, cuente con una audiodescripción del contenido que aparece en formato de imagen. En el caso de personas con discapacidad física que utilizan un software de reconocimiento de voz para interactuar con el sitio web, necesitarán enlaces bien diseñados para que cuando quieran activar alguno, el software de reconocimiento de voz responda adecuadamente al pronunciar el nombre del enlace. Las personas sordas o con dificultades en la comprensión no suelen emplear productos de apoyo para acceder a la web, pero sí requerirán de contenidos adaptados y debidamente integrados en el sitio, como vídeos con lengua de signos, textos en lectura fácil o imágenes que ayuden a la comprensión de textos complejos. Cabe matizar que las WCAG no solo hacen referencia a la página como tal, sino que son aplicables a todos los contenidos del sitio, incluyendo los documentos electrónicos que pueden ser descargados para la gestión de trámites. Para que un documento electrónico sea accesible el usuario debe poder visualizar el documento con independencia del sistema operativo que utilice para acceder a Internet; revisar el contenido del documento sean cuales sean los productos de apoyo que necesite; cumplimentar el documento si se trata de un formulario y, además, no se le ha de obligar a usar software de pago para la visualización del documento. Una buena práctica consiste en ofrecer los documentos electrónicos en múltiples formatos. Además, las organizaciones con presencia en Internet pueden establecer mecanismos para que los usuarios puedan manifestar qué barreras de accesibilidad enfrentan al interactuar con el contenido web.

En paralelo, la participación en el proceso judicial conlleva una comunicación con los profesionales del sistema judicial. Comunicación que en algunos casos estará basada en documentación en soporte de papel o en documentos electrónicos, pero en otra será

en tiempo real y en una ubicación concreta, como sucede en las vistas. Las personas que sufren ceguera o baja visión encuentran barreras de acceso en la documentación y tendrán limitaciones de movilidad para desplazarse a las instalaciones judiciales. Las personas sordas o con una baja audición encontrarán dificultades en situaciones donde tengan lugar conversaciones, interrogatorios o exposiciones propias del proceso judicial¹². Tampoco conviene olvidar que quienes tienen una discapacidad intelectual pueden tener dificultades para comprender en su totalidad el contenido de los mensajes que reciben. En estas situaciones, la tecnología será una gran aliada para la eliminación total de la barrera de acceso a la información detectada o para al menos paliar la barrera existente sirviendo como producto de apoyo o como recurso capaz de facilitar la comunicación.

Empezando a detallar un primer grupo de tecnologías de utilidad para personas ciegas o con baja visión, las herramientas denominadas *Optical Character Recognition* (OCR) son una solución que combina elementos hardware y software para escanear con una cámara un texto impreso en papel y lo transformar en un documento electrónico donde cada carácter puede ser interpretado por un sistema de síntesis de voz. El OCR se utiliza en una variedad de aplicaciones, incluyendo la digitalización de documentos, la conversión de libros y revistas en formato electrónico, la extracción de información de formularios impresos, la automatización de la entrada de datos o la traducción automática para personas con discapacidad visual. La precisión puede variar según la calidad de la imagen, el tipo de fuente y otros factores. En documentos impresos de alta calidad, puede lograr una alta precisión, pero en documentos con fuentes difíciles o imágenes borrosas, la exactitud puede ser menor. Los desafíos comunes para estos sistemas incluyen la variación de fuentes, la calidad de la imagen, el ruido en la imagen, la orientación del texto y las marcas de agua en los documentos. El uso de OCR y sistemas de síntesis de voz permiten a quienes no tienen la capacidad de leer el acceso al contenido de documentos impresos en papel.

Estas herramientas resultan ser asequibles en cuanto al precio debido a la gran oferta disponible incluso a partir de un teléfono móvil común, dotado de una cámara de fotos y software gratuito al ser software libre. Misma situación se da en el campo de la síntesis de voz, donde existen productos de software libre totalmente funcionales. Ahora bien, el alcance de un OCR tiene limitaciones relacionadas con los formatos de documentos con alta complejidad cromática o estructural. Ante estos supuestos, la recomendación es la utilización directa de documentos electrónicos los cuales pueden ser leídos por voces sintéticas sin errores. Las recomendaciones técnicas sirven para establecer cómo deben crearse estos documentos para evitar que sean inaccesibles. Los formatos más conocidos de los documentos electrónicos son PDF, DOC, TXT, RTF, HTML, XLS, PPT, ODT, ODS y ODP. La lista de extensiones y formatos es extensa, si bien las reglas para su construcción parten de criterios de accesibilidad similares y las referencias empleadas para el contenido web son la norma UNE 139803:2012, los manuales de Adobe para elaborar documentos PDF accesibles o los manuales para el desarrollo de documentos accesibles de la UNED¹³.

12 ZANOLETTY GARCÍA, D., GONZÁLEZ PEREA, L.: «Justicia y discapacidad. TIC accesibles» AA.VV. (Dir. Fernández Martínez, J.M., Carmona Vergara, M.A.): *Nuevas Tecnologías y Personas con Discapacidad*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2015, pág. 125.

13 ZANOLETTY GARCÍA, D. y GONZÁLEZ PEREA, L.: «Justicia y discapacidad. TIC accesibles», cit., pág. 126.

A mayores, otro producto de apoyo para las personas ciegas o con baja visión es el lector de pantallas o *ScreenReader*. Los lectores de pantalla funcionan convirtiendo el contenido visual de la pantalla en información auditiva o táctil, lo que permite a los usuarios con discapacidad visual interactuar con sistemas operativos, aplicaciones, sitios web y documentos electrónicos. La función principal de un lector de pantalla es convertir el texto visual en voz. Esto se logra mediante la síntesis de voz, que lee en voz alta el contenido de la pantalla para que el usuario pueda escucharlo. Los usuarios de lectores de pantalla interactúan con una computadora o dispositivo digital a través de comandos de teclado o gestos táctiles. El lector de pantalla anuncia las opciones disponibles y las acciones posibles, permitiendo al usuario navegar y realizar acciones en el sistema. Los lectores de pantalla pueden leer en voz alta el contenido de la pantalla, incluyendo texto, botones, menú y otros elementos de la interfaz de usuario. Los usuarios pueden moverse por la pantalla, explorar elementos y seleccionar opciones utilizando comandos de voz. Estas herramientas están diseñadas para funcionar con una amplia variedad de aplicaciones y sitios web, como Windows y macOS, navegadores web, programas de productividad o aplicaciones móviles. Algunos lectores de pantalla también son compatibles con dispositivos braille, lo que permite a los usuarios leer el contenido en lugar de escucharlo. De esta forma resulta posible usar recursos para videoconferencia en una comunicación en remoto o la certificación de autenticidad mediante la firma electrónica de documentos o procedimientos electrónicos.

El segundo grupo de tecnologías pretende mejorar el acceso a la información y la comunicación de las personas sordas o con baja audición. Entre las personas sordas existe una subdivisión en personas sordas prelocutivas y poslocutivas. Las personas sordas prelocutivas son aquellas que han experimentado la pérdida auditiva antes de desarrollar habilidades de lenguaje oral y utilizan la lengua de signos como lenguaje de comunicación. Esto significa que no han adquirido el habla de manera natural antes de perder la audición o antes de recibir ayudas auditivas. En cambio, las personas sordas poslocutivas han perdido la audición después de adquirir competencias de lenguaje oral. Antes de perder la audición podían escuchar y hablar de manera efectiva. La pérdida de la audición posterior a la adquisición del lenguaje oral puede deberse a diversas causas, como enfermedades, lesiones, factores genéticos o el envejecimiento.

En el caso de personas con algún resto auditivo es frecuente la utilización de prótesis auditivas o de audífonos. Estos dispositivos funcionan como amplificadores de sonido o si disponen de un modo de funcionamiento denominado modo T, pueden sincronizarse con sistemas de salida de audio de las instalaciones mediante un bucle magnético¹⁴. El modo T permite a los usuarios de audífonos conectarse de manera inalámbrica a sistemas de bucle de inducción magnética, como los que se encuentran en teatros, salas de conferencias, iglesias y otros lugares públicos. La bobina telefónica en el audífono recoge las señales electromagnéticas transmitidas a través del sistema de bucle y las convierte en sonido amplificado en los audífonos. Los sistemas de bucle de inducción magnética están diseñados para reducir el ruido ambiental y proporcionar una señal de audio clara y directa al usuario del audífono. Para quienes no poseen un resto auditivo funcional, la comunicación debe apoyarse en el subtítulo de la conversación y en la lectura labial. Cuando tiene lugar una conversación a través de videoconferencia el procedimiento consiste en la intervención de

14 ZANOLETTY GARCÍA, D. y GONZÁLEZ PEREA, L.: «Justicia y discapacidad. TIC accesibles», cit., pág. 127.

un centro de subtítulo remoto. En la actualidad, la tecnología ofrece la posibilidad de recurrir al subtítulo automático mediante un sistema de software.

Respecto a la lengua de signos, la traducción automática del lenguaje de señas es un campo de investigación y desarrollo en constante evolución que tiene como objetivo proporcionar una herramienta para convertir el lenguaje de señas en texto o voz. Esta traducción puede ser útil para facilitar la comunicación entre personas sordas que utilizan lenguaje de señas y aquellas que no lo entienden, así como para brindar acceso a información y servicios en línea. Para traducir el lenguaje de señas automáticamente, se utilizan cámaras u otros dispositivos de captura de gestos para registrar los movimientos realizados por una persona que utiliza el lenguaje de señas. Los sistemas de traducción automática del lenguaje de señas utilizan algoritmos de reconocimiento gestual para identificar y clasificar los gestos y movimientos realizados por la persona que comunica en lenguaje de señas. Una vez se han capturado los gestos, estos pueden ser procesados por un sistema de procesamiento de lenguaje natural que los traduce en texto o voz en el idioma deseado. Las traducciones pueden ser presentadas a través de aplicaciones móviles, dispositivos portátiles o sistemas de proyección, lo que permite a las personas sordas y oyentes comunicarse de manera más efectiva. Es importante tener en cuenta que la traducción automática del lenguaje de señas es un desafío técnico complejo debido a la riqueza y la complejidad de los gestos y movimientos, así como a las diferencias en las variantes regionales de este lenguaje. Si bien ha habido avances en esta área, la precisión y la fluidez de las traducciones automáticas del lenguaje de señas todavía pueden ser limitadas. Además, su traducción automática no sustituye la importancia de aprender y comprender el lenguaje de señas para una comunicación efectiva y culturalmente sensible.

En un tercer grupo están las tecnologías destinadas a aportar soluciones operativas a quienes tienen una discapacidad intelectual o sufren algún tipo de merma en sus capacidades cognitivas. La transformación de los textos a formato de lectura fácil es una técnica que ayuda a simplificar el contenido de los documentos para que sean comprendidos por personas con limitaciones en sus habilidades cognitivas en entornos como el de la justicia. Las aplicaciones de Comunicación Aumentativa y Alternativa (CAA) ayudan a la comunicación utilizando imágenes, pictogramas o símbolos en lugar de texto. Permiten a los usuarios construir frases o mensajes seleccionando y combinando elementos visuales. La Realidad Aumentada, aplicada al reconocimiento en tiempo real de personas y roles proporciona información al usuario en cada momento de quien es la persona que interviene en la conversación y su función. Esta tecnología requiere de una cámara, unas marcas identificativas de las personas intervinientes y un software de RA. Este tipo de herramientas son empleadas en entornos de trabajo donde colaboran trabajadores con discapacidad intelectual y sin discapacidad. En este tipo de ámbitos también son habituales las aplicaciones que ayudan a las personas a organizar sus actividades diarias, recordatorios y tareas, lo cual puede ser especialmente útil para las personas con discapacidad intelectual que necesitan apoyo en la planificación y la gestión del tiempo, con la supervisión de un tutor responsable. Este tipo de tecnologías tiene su aplicación en el entorno de la justicia al ser una forma simple y eficiente de organizar las tareas que deben llevarse a cabo en un lugar y tiempo preestablecido. La evaluación y el apoyo de profesionales de la salud y la educación son fundamentales para determinar cuáles son las tecnologías más apropiadas y cómo se pueden adaptar para satisfacer las necesidades específicas de cada persona.

Además, la capacitación y el apoyo continuo en el uso de estas tecnologías son esenciales para maximizar sus beneficios.

Precisamente de centrar la atención en el ámbito de la justicia, se observan trámites a desarrollar de manera presencial, pero muchos otros pueden tener lugar a distancia (consulta de expedientes, pago de tasas judiciales, entre otros). Los criterios técnicos y la normativa legal aplicable en las gestiones online son iguales a los tenidos en cuenta en los sitios web y en los documentos electrónicos. Las gestiones online ofrecen múltiples ventajas, pues los edificios vinculados a las instituciones judiciales pueden contar con barreras físicas para muchas personas. La administración electrónica¹⁵, sin ánimo de utilizarla como subterfugio para no trabajar en la eliminación de las barreras, supone una alternativa mientras se afronta el deber de acondicionar los entornos físicos para que sean accesibles para todos. Asimismo, las barreras pueden encontrarse en las inmediaciones e itinerarios que los ciudadanos realizan para llegar a los edificios. No disponer de un medio de transporte accesible deriva en la imposibilidad de algunos ciudadanos de acudir fácilmente a tales espacios. Incluso contando con entornos físicos accesibles, hay usuarios que requieren de la ayuda de otra persona para desplazarse, mientras que con el uso de sistemas tecnológicos pueden llegar a ser completamente independientes. Precisamente en estos casos, la administración electrónica accesible brinda una solución, especialmente cuando el usuario cuenta con dificultades para disponer de una ayuda humana constante. Otros beneficios vienen dados por la reducción de los problemas relacionados con la falta de tiempo, incompatibilidad de los horarios o congestión del tráfico.

La administración electrónica como alternativa a la administración presencial debe garantizar la accesibilidad, dotando de herramientas capaces de acercar las instituciones al ciudadano con herramientas tan sencillas como la videoconferencia. El sistema judicial permite a las partes involucradas acceder en línea a documentos legales, como sentencias, demandas y registros judiciales, lo que facilita el acceso a la información relevante sin necesidad de desplazarse físicamente al juzgado. Es posible presentar documentos legales y demandas a través de plataformas en línea como LexNET e, igualmente, las personas con discapacidad pueden utilizar plataformas en línea para solicitar adaptaciones razonables en los tribunales, como intérpretes de lenguaje de señas, acceso a documentos en formatos accesibles o asientos adecuados. En cuanto a la accesibilidad a los trámites online, esta debe estar garantizada en los sistemas de identificación y firma electrónica para no interponer una nueva barrera a quienes presentan algún tipo de discapacidad. Una buena práctica consiste en ofrecer a los usuarios opciones diferentes de identificación y firma preservando la accesibilidad.

En ocasiones las barreras pueden estar ocasionadas por los profesionales vinculados a la institución. La persona encargada de recepción puede no saber las características de accesibilidad de las que dispone el edificio o una persona de administración incurre en el error de pedir a una persona ciega que acude sola que rellene un formulario en papel. Para evitar este tipo de situaciones, la tecnología sirve para trasladar al personal conocimientos básicos sobre accesibilidad y atención a personas con discapacidad. La fórmula más extendida es el *e-learning*, donde se ha de tener un entorno virtual accesible en cumplimiento con las Pautas de Accesibilidad para el Contenido en la Web, con una serie de contenidos

15 VELARDE D'AMIL, Y.: «La protección jurídica de las personas con discapacidad y las nuevas tecnologías». *Revista de Derecho UNED*, núm. 13 (2013), pág. 447.

formativos ajustados al citado estándar. Lograr que la formación sea atractiva conlleva integrar contenido audiovisual que permita a las personas formadoras ponerse en la piel de quienes tienen capacidades diferentes. Es más, cuando la formación está tutorizada, es recomendable incorporar en el equipo docente a personas con discapacidad¹⁶. La capacitación de los profesionales de la justicia sirve como piedra de toque en el tratamiento adecuado de las personas con discapacidad, con el objetivo de evitar comportamientos basados en estereotipos, conociendo con mayor precisión las limitaciones, habilidades y recomendaciones a seguir. Las plataformas de formación a distancia son relevantes a la hora de adquirir los conocimientos necesarios para manejar las herramientas tecnológicas anteriormente enumeradas.

4. LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES DE LAS PERSONAS QUE PADECEN DISCAPACIDAD

El tratamiento de datos de las personas con discapacidad debe llevarse a cabo con un alto grado de sensibilidad y protección de la privacidad, pues implica el manejo de información que puede estar relacionada con su salud, capacidades o necesidades especiales, siendo fundamental garantizar el respeto de sus derechos y el cumplimiento de las leyes de protección de datos aplicables. Las normas más relevantes a tener en cuenta son la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

El RGPD describe el principio de responsabilidad proactiva como la necesidad de que el responsable del tratamiento aplique medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el Reglamento. En la práctica, las organizaciones deben analizar qué datos tratan, con qué finalidades lo hacen y qué tipo de operaciones de tratamiento llevan a cabo. Este principio exige una actitud consciente, diligente y proactiva por parte de las instituciones frente a todos los tratamientos de datos personales que lleven a cabo. Las medidas dirigidas a garantizar el cumplimiento de la protección de datos deben tener en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento, así como el riesgo para los derechos y libertades de las personas. Algunas medidas solo serán de aplicación cuando exista un alto riesgo para los derechos y libertades, mientras otras serán modulables en función del nivel y tipo de riesgo.

El derecho a la protección de datos ampara a los afectados frente al tratamiento de los mismos. El tratamiento puede ser definido como cualquier operación sobre datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción. La legislación de protección de datos mencionada es de aplicación en el tratamiento de datos efectuado por un empleador respecto de las personas trabajadoras, si bien otras disposiciones legales o convenios colectivos pueden establecer normas más específicas al objeto de ofrecer una mayor adaptación de la protección de datos en las relaciones laborales.

¹⁶ ORTIZ GARCÍA, P., OLAZ CAPITÁN, A.: «Competencias emprendedoras en las personas con discapacidad». *Prisma Social*, núm. 36 (2022), pág. 94.

El tratamiento de datos personales de las personas con discapacidad no puede realizarse por una razón de oportunidad, sino que exige de una base jurídica legítima para ello. En el ámbito del empleo, la base jurídica principal es la ejecución del contrato de trabajo, si bien, también es válido el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento o la satisfacción de intereses legítimos del responsable o de un tercero siempre y cuando no prevalezcan los intereses o derechos y libertades fundamentales del interesado¹⁷. La posición de desequilibrio entre la empresa y la persona trabajadora exige extremar las cautelas respecto a los principios de proporcionalidad y de limitación de la finalidad.

El tratamiento de datos de las personas discapacitadas, al igual que sucede con las personas sin discapacidad, es lícito cuando sea necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales. Los datos a tratar pueden ser el nombre y los apellidos, su fecha de nacimiento, su sexo, su nacionalidad, su formación previa o cualesquiera otros imprescindibles para formalizar el contrato y ejecutar el trabajo. El primer tratamiento de datos personales se producirá normalmente en el proceso de selección para un puesto de trabajo. El tratamiento durante el proceso de contratación no exige el consentimiento de la persona candidata. Es conveniente disponer de impresos tipo electrónicos, para facilitar la formalización del currículum y de un procedimiento online para su entrega a las personas candidatas con algún tipo de discapacidad, ya que ello permitiría definir con precisión el tipo de datos a tratar y las medidas de seguridad. Si el currículum se presenta directamente por la persona candidata sin habersele solicitado, debe fijarse un procedimiento que suponga algún acuse o confirmación de que han conocido las condiciones en las que tendrá lugar el tratamiento. En el caso de personas con discapacidad, es particularmente recomendable el envío del currículum por correo electrónico y proporcionar una dirección electrónica para remitir la información por ese medio, solicitando confirmación de la recepción y condicionando el tratamiento de datos al acuse de recibo. La empresa es responsable de custodiar la documentación entregada por la persona candidata, incluido el currículum vitae. En caso de perder esa documentación, habida cuenta de que contiene datos personales, la empresa incurrirá en una infracción del principio de integridad y confidencialidad.

Los datos solicitados deben ser relevantes para el desempeño del puesto de trabajo en cumplimiento de los principios de minimización y limitación de la finalidad. Son considerados datos personales las impresiones o valoraciones subjetivas de quienes llevan a cabo el proceso de selección, por lo que debe garantizarse la transparencia, incluyendo la posibilidad del ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, oposición y supresión (derechos ARCO)¹⁸. Cuando la selección es realizada utilizando algoritmos, los sesgos por razón de la discapacidad son una preocupación importante en el ámbito de los recursos humanos. Los algoritmos de selección de personal se basan en modelos de IA entrenados con datos históricos. Si los datos utilizados en el entrenamiento contienen sesgos o discriminación contra personas con discapacidad, es probable que el algoritmo reproduzca esos sesgos. Las organizaciones deben realizar pruebas regulares para detectar y corregir sesgos en los algoritmos utilizados en la selección de personal. Aunque se utilicen

17 AEPD: *La protección de datos en las relaciones laborales*. AEPD, 2021, disponible en: <<https://www.aepd.es/documento/la-proteccion-de-datos-en-las-relaciones-laborales.pdf>>.

18 STS 31 octubre 2000 (rec. 7922/2000).

algoritmos para preseleccionar candidatos, es importante que haya una revisión humana en el proceso de contratación para evitar la discriminación por discapacidad. Los profesionales de recursos humanos deben estar capacitados en la identificación y mitigación de sesgos.

Durante el proceso de selección resulta habitual solicitar el informe de la vida laboral a las personas candidatas, pero la empresa no está legitimada para obtener el informe directamente de la Seguridad Social ni el consentimiento constituye base jurídica válida en este caso, pues no es completamente libre para la persona solicitante de empleo. La empresa deberá acreditar un interés legítimo para solicitar el informe de vida laboral, a efectos de comprobar la veracidad y experiencia que la persona candidata manifiesta tener, si bien el informe a entregar no necesariamente debe ser completo, sino adaptado al interés legítimo que el empleador demuestre. Es decir, la empresa podría tener un interés legítimo de comprobar la experiencia previa alegada en la concreta actividad a desarrollar. El informe de vida laboral podría ser un medio para acreditar esa experiencia, pero el empleador no necesita conocer todas las ocupaciones, sino solo las relevantes a esos fines. No estará justificada la exigencia de aportar el informe cuando las personas solicitantes puedan demostrar su experiencia por otros medios menos invasivos, como una carta de recomendación.

Las personas candidatas o trabajadoras no están obligadas a permitir la indagación en sus perfiles de redes sociales, ni durante el proceso de selección ni durante la ejecución del contrato. Aunque el perfil en las redes sociales sea de acceso público, el empresario no puede efectuar un tratamiento de los datos obtenidos por esa vía si no cuenta con una base jurídica válida. La indagación en los perfiles de redes sociales de las personas candidatas solo se justifica si está relacionada con fines profesionales y el tratamiento únicamente será posible cuando sea pertinente para desempeñar el trabajo, con la consiguiente obligación de información. Por ejemplo, puede ser necesario revisar la información sobre un candidato en las redes sociales para poder evaluar los riesgos específicos respecto de una función concreta y los solicitantes deberán estar correctamente informados.

Los candidatos a un empleo responden a numerosas preguntas durante la entrevista de trabajo, pero sus contestaciones no suponen consentimiento alguno para el tratamiento de sus datos. Los datos obtenidos por esta vía, ya sea directamente o mediante deducciones, no pueden ser objeto de tratamiento si no se dispone de una base jurídica. Los procesos de selección en línea deben ser accesibles para personas con discapacidad, lo que puede requerir de la provisión de adaptaciones razonables, como pruebas y entrevistas en formatos accesibles. Si para realizar la entrevista se opta por la opción de la presencialidad, el empleador ha de asegurar que el lugar sea accesible para personas con discapacidad, realizando cualquier ajuste que esté disponible, como contar con un intérprete de lenguaje de señas, un lector de pantallas o tiempo adicional para responder preguntas. Los entrevistadores deben ser sensibles a las necesidades del candidato, evitando hacer preguntas invasivas relacionadas con su discapacidad. Si la persona candidata tiene discapacidad auditiva o de habla se ha de emplear un método de comunicación accesible como la escritura. Asimismo, someter a un candidato a preguntas familiares y personales totalmente ajenas al trabajo a desempeñar supone una conducta discriminatoria, puesto que el trabajador no está obligado a revelar sus planes familiares o los datos médicos pertenecientes a su intimidad, innecesarios para la gestión de personal¹⁹.

¹⁹ STSJ ICA, 7 abril 2014 (rec. 1799/2014).

El empresario que solicite datos de carácter personal en los procesos de selección, dando lugar a discriminaciones contrarias al principio de igualdad, podría incurrir en una infracción administrativa muy grave tipificada en el art. 16.1.c) del Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (LISOS). A saber, constituye infracción administrativa muy grave solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivo de discapacidad, entre otros.

Respecto a las decisiones automatizadas, el RGPD prohíbe, con carácter general, la toma de decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles cuando produzca efectos jurídicos en el interesado o le afecte significativamente de modo similar, como por ejemplo descartando a la persona interesada en el proceso de selección. Estas decisiones sí podrán llevarse a cabo cuando sean necesarias para la celebración o ejecución del contrato. Dicha necesidad debe ser interpretada restrictivamente, siendo admisible la decisión automatizada en procesos de selección con numerosos candidatos para realizar una primera criba, excluyendo a quienes incumplen algún requisito esencial, como la ausencia de titulación. Sin embargo, no estarán justificadas las decisiones basadas en la utilización de algoritmos y la elaboración de perfiles en el proceso de selección cuando produzcan discriminación. Si el resultado de la decisión vulnera derechos fundamentales, el diseño del algoritmo debe ser modificado. El procedimiento ha de contemplar algún mecanismo de intervención humana, si la persona afectada así lo solicita, además de un cauce para expresar su opinión y, de ser necesario, impugnar la decisión²⁰. En la misma línea, tendrá derecho a recibir una explicación de la decisión tomada después de la evaluación. Para ser considerada como intervención humana, el responsable del tratamiento debe garantizar que la supervisión de la decisión es significativa. Debe llevarse a cabo por una persona autorizada y competente para modificar la decisión. En el diseño e implementación del algoritmo debe realizarse una evaluación de impacto.

Durante el proceso de selección podrían recabarse datos especialmente sensibles, principalmente en dos supuestos. De un lado, los reconocimientos médicos, que con carácter general son voluntarios para la persona trabajadora, salvo que por ley se establezca como obligatorio. El tratamiento de datos no requiere consentimiento, pues el art. 9.2.h) RGPD admite el tratamiento de datos con fines de medicina preventiva o laboral y evaluación de la capacidad laboral del trabajador. Ahora bien, una persona solicitante de empleo solo puede ser interrogada sobre su estado de salud o ser examinada medicamente para indicar su idoneidad para el empleo futuro o cumplir los requisitos de la medicina preventiva. De otro, los test psicotécnicos, de personalidad o las pruebas psicológicas son habituales en las entrevistas de trabajo y el tratamiento de datos exige el consentimiento de la persona afectada, previo análisis de la proporcionalidad del tratamiento y la base jurídica²¹. Los datos obtenidos a partir de estas pruebas constituyen datos de salud por lo que exigen medidas para garantizar la privacidad y la confidencialidad reforzadas. La persona candidata, además de ser informada, tiene derecho a acceder a los resultados de

20 MERCADER UGUINA, J.R.: «Discriminación algorítmica y derecho granular: nuevos retos para la igualdad en la era del Big Data», cit., págs. 5 y 6.

21 AEPD: *La protección de datos en las relaciones laborales*. AEPD, 2021, cit.

las pruebas y a conocer los criterios de selección utilizados por la empresa; en cambio, no tiene derecho a acceder a los resultados de las demás. Los test genéticos a una persona trabajadora o candidata no son admisibles al no concurrir una base jurídica ni ser una medida proporcional, pues permite conocer datos irrelevantes o superfluos.

Una vez es contratada la persona candidata, tenga o no discapacidad, están admitidas las decisiones automatizadas para evaluar aspectos como el rendimiento laboral. Las decisiones automatizadas podrían resultar determinantes para quienes opten a un ascenso o en el ámbito de la renovación o extinción de contratos. En relación con la publicación de los datos de productividad, debe respetarse el derecho a la protección de datos mediante la ponderación entre el interés legítimo y la lesión de los derechos de los afectados. El abono del complemento de productividad y la publicación de los datos de rendimiento para dotar de transparencia al proceso y motivar a las personas trabajadoras a lograr mejores resultados podría constituir un interés legítimo. Además de evitar una difusión generalizada, la publicación de la productividad no debe contener datos suficientes para identificar a la persona trabajadora cuando el mismo objetivo pueda alcanzarse por medios menos invasivos, como códigos conocidos solo por las personas autorizadas. Es fundamental que las empresas que manejan datos de personas con discapacidad adopten prácticas y políticas sólidas de protección que respeten la privacidad y los derechos de estas personas.

5. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES ANTE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

Las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que las personas sin discapacidad en cuanto al tratamiento de sus datos personales, con independencia de si los archivos son manuales o informatizados. Se ha de matizar que las personas con discapacidad intelectual y quienes estén incapacitadas, deben ser informadas, pero el derecho de consentimiento lo otorgará su representante legal. El derecho a la información es un derecho raíz, sin el cual no pueden ejercitarse el resto de derechos. Este derecho es previo al consentimiento y requiere de una información clara y veraz, sin la cual no se podrá consentir con plena autonomía. La normativa nacional y europea recoge el respeto al derecho a ser informado en lo relativo al tratamiento de datos de carácter personal. La información debe ser accesible, ya sea en sistema braille o de fácil lectura, de modo que la persona pueda comprender y conocer cómo se recopilan, utilizan, procesan y almacenan sus datos personales.

En el ámbito laboral, el responsable del tratamiento, normalmente el empleador, debe informar de forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, sobre el tratamiento de datos que está llevando a cabo. La información facilitada a un interesado no debe contener lenguaje o terminología de naturaleza excesivamente legal, técnica o especializada, y deben evitarse expresiones indefinidas²². El derecho a ser informado forma parte del contenido esencial del derecho a la protección

22 EUROPEAN COMMISSION: *Guidelines on Transparency under Regulation 2016/679*, 2018, disponible en: <<https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/622227>>.

de datos y constituye una garantía para la persona con discapacidad, pues le permite conocer qué datos están siendo tratados sobre su persona, con quién los comparte su empleador y los derechos que tiene y cómo ejercerlos. El modelo de información de capas, proporciona una primera capa de información básica a facilitar en el mismo momento de recogida de datos y una segunda capa más detallada. Si los datos se obtienen del afectado, a través de un currículum, la información ha de proporcionarse en el mismo momento en que el empleador recabe los datos. Cuando los datos no los proporciona el afectado, la información debe facilitarse dentro de un plazo razonable, a más tardar en un mes. En principio, las cláusulas informativas de protección de datos en el contrato o en un anexo al mismo son un medio adecuado para cumplir con el derecho de información de los trabajadores con discapacidad. La empresa deberá informar sobre los nuevos tratamientos de datos personales que pretenda realizar con posterioridad al nacimiento de la relación laboral.

Sin embargo, cuando el tratamiento de datos exceda de lo necesario para el cumplimiento del contrato de trabajo es necesaria una base jurídica como puede ser el consentimiento. Cabe subrayar que la información no equivale en ningún modo al consentimiento, por lo tanto, la incorporación en el contrato de trabajo de información relativa a este tipo de tratamientos no es por sí misma una base jurídica. Lo apropiado sería separar el contrato de trabajo de aquellos otros documentos a través de los cuales el empresario solicite a la persona trabajadora el consentimiento para poder realizar tratamientos no comprendidos dentro de la ejecución de la concreta relación laboral. El deber de información deberá llevarse a cabo a través de un medio que permita acreditar su cumplimiento, debiendo conservarse mientras persista el tratamiento de datos.

De examinar el consentimiento, este se puede definir como toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen. Los datos de carácter personal solamente podrán tratarse sin necesidad del consentimiento de la persona interesada o su representante legal cuando haya alguna ley o norma que lo permita. No se pueden ceder los datos que identifican a una persona si la propia persona o su representante no ha otorgado el consentimiento, salvo cuando estos datos son necesarios para labores administrativas o cuando los destinatarios sean jueces o fiscales, o haya algún tipo de relación contractual²³. El consentimiento es un derecho vinculado con el de la información, pero ello no obsta a que deben distinguirse, pues habrá casos en los que procederá dar información sin requerir el consentimiento. Dicho consentimiento, ha de proceder de una declaración o de una clara acción afirmativa del afectado, excluyendo el consentimiento tácito y, además, se indica que en el consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades será preciso que conste de manera específica e inequívoca que es otorgado para todas ellas. No podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual.

23 SÁNCHEZ CARAZO, C.: «El derecho a la información y al consentimiento de las personas con discapacidad en el tratamiento de los datos personales en los sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet» AA.VV. (Dir. Fernández Martínez, J.M., Carmona Vergara, M.A.): *Nuevas Tecnologías y Personas con Discapacidad*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2015, pág. 177.

La capacidad para dar consentimiento puede variar según el grado de discapacidad y la situación individual. Es importante reconocer que algunas personas con discapacidad pueden dar un consentimiento informado, mientras que otras necesitan de apoyo o representación legal para tomar decisiones. Si una persona con discapacidad necesita apoyo adicional para comprender la información y tomar una decisión, se deben proporcionar adaptaciones razonables. Esto puede incluir la explicación en un formato accesible, el uso de lenguaje sencillo o la presencia de un intérprete de lenguaje de señas. Por otro lado, cuando una persona con discapacidad no puede consentir, un representante legal designado, como un tutor o un curador, puede hacerlo en su nombre. En situaciones donde la capacidad de una persona para dar consentimiento se cuestiona, se pueden llevar a cabo evaluaciones por parte de profesionales de la salud o de servicios sociales para determinar si la persona puede tomar decisiones informadas. Se debe respetar el principio de autonomía tanto como sea posible, lo que significa que la persona con discapacidad debe tener la oportunidad de participar en la toma de decisiones de acuerdo con su capacidad.

En caso de incapacidad por disminución de la conciencia de la persona, esta no podrá dar el consentimiento y se le pedirá al representante legal. Cuando la persona no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del profesional que le asista, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de la situación, el consentimiento quedará en manos de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, a falta de representante legal. Si la persona está incapacitada legalmente, el consentimiento lo prestará su tutor. La exigencia de consentimiento establece una mayor protección del derecho de la intimidad y de la protección de datos. De este modo, los datos identificativos como fotos o vídeos de una persona con discapacidad intelectual no podrán difundirse en los medios de comunicación, quedando totalmente prohibidas las imágenes de personas con discapacidad colgadas en Internet. En caso de solicitar la cesión de datos, el afectado deberá ser informado de manera que conozca inequívocamente la finalidad a la que estarán destinados los datos respecto de cuya comunicación se requiere el consentimiento. En caso contrario, el consentimiento será nulo, siendo el responsable del tratamiento quien deberá probar la existencia del consentimiento del afectado.

Por lo tanto, los datos de carácter personal están directamente relacionados con la persona y con su derecho a la intimidad, que constituye un derecho fundamentalísimo a proteger en todas las personas tengan o no discapacidad. Las personas con discapacidad intelectual, al igual que los menores, tienen una mayor protección y serán sus tutores o sus representantes legales quienes consientan o no en el tratamiento de los datos. Sin este consentimiento no podrán salir en fotos, vídeos o tratar sus datos. Las personas sin capacidad para consentir, ya sea por estar incapacitadas o por padecer algún problema psicológico por el cual sean incapaces con carácter temporal, dependerán del consentimiento prestado por su tutor o representante legal²⁴. El tratamiento de sus datos será realizado como si de un menor se tratara. La forma de recabar el consentimiento tendrá lugar mediante formularios por escrito o digitalmente, con la consiguiente información en materia de protección de datos. Tal y como se adelantó en el apartado anterior, el consentimiento del interesado o

24 SÁNCHEZ CARAZO, C.: «El derecho a la información y al consentimiento de las personas con discapacidad en el tratamiento de los datos personales en los sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet», cit., pág. 179.

su representante legal, también será necesario en el ámbito laboral cuando la finalidad del tratamiento de los datos no está directamente relacionada con la relación contractual.

El interesado o, en su caso, su representante legal podrá otorgar el consentimiento para el uso de sus datos con fines de investigación en salud y, en particular, la biomédica. Tales finalidades podrán abarcar categorías relacionadas con áreas generales vinculadas a una especialidad médica o investigadora. Se considerará lícita y compatible la reutilización de datos personales con fines de investigación en materia de salud y biomédica cuando, habiéndose obtenido el consentimiento para una finalidad concreta, se utilicen los datos para finalidades o áreas de investigación relacionadas con el área en la que estuviera integrado científicamente el estudio inicial. Con carácter general, las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión. Las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente para ello podrán también solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos personales de este. En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades también podrán ejercerse, además por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo, si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado.

Los responsables y encargados, teniendo en cuenta los elementos enumerados en los artículos 24 y 25 del Reglamento (UE) 2016/679, determinarán las medidas técnicas y organizativas apropiadas que deben aplicar a fin de garantizar y acreditar que el tratamiento es conforme con el citado reglamento, con la presente ley orgánica, sus normas de desarrollo y la legislación sectorial aplicable. En particular valorarán si procede la realización de la evaluación de impacto en la protección de datos y consulta previa. Para la adopción de dichas medidas los responsables y encargados del tratamiento tendrán en cuenta, en particular, los mayores riesgos que podrían producirse cuando se lleve a cabo el tratamiento de datos de grupos de afectados en situación de especial vulnerabilidad y, en particular, de menores de edad y personas con discapacidad.

El consentimiento prestado para el tratamiento de datos en un momento dado no impide que toda persona, o su representante legal, tenga derecho a cancelar el consentimiento. Se podrá revocar el consentimiento a través de un medio sencillo, gratuito y que no suponga ingreso alguno para el responsable del fichero o tratamiento. Ahora bien, la cancelación del consentimiento tiene sus excepciones, pues la historia clínica y la historia social es necesaria para indicaciones futuras, no procediendo cancelar los datos de carácter personal que deban ser conservados durante los plazos previstos en disposiciones y normas o en las que existan relaciones contractuales entre la persona y la entidad responsable del tratamiento.

6. CONCLUSIONES

La sociedad actual está fundada en un modelo de desarrollo que cuenta con la tecnología como elemento inseparable. Las soluciones y herramientas inteligentes tienen una notable repercusión en los ámbitos de la información, la formación, la educación, las relaciones con la Administración Pública, el desarrollo profesional e incluso con la forma de socializar. El creciente protagonismo de las nuevas tecnologías requiere tomar

conciencia tanto de sus ventajas como de sus riesgos a fin de evitar nuevas barreras digitales gravemente discriminatorias. Las obligaciones recogidas en las normas reguladoras de los derechos de las personas con discapacidad relativas al principio de igualdad y a la superación de cuantos impedimentos les afecten ha de interpretarse desde la perspectiva de que el acceso a la sociedad de la información se ha convertido en la actualidad en una de las claves para el ejercicio integral de los derechos políticos²⁵. A este respecto, se han de adoptar todas las medidas necesarias para que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión y opinión, incluida la libertad de recabar, recibir y facilitar información e ideas en igualdad de condiciones con las demás y mediante cualquier forma de comunicación que elijan. Entre las medidas adecuadas para la consecución de este objetivo destaca que, en sus relaciones oficiales, las entidades públicas deben facilitar la información dirigida al público general en formatos accesibles a las personas con discapacidad, de manera oportuna y sin costes adicionales, a través de tecnologías adecuadas a los diferentes tipos de discapacidad, así mismo, han de remover aquellos obstáculos que impidan una correcta comunicación en lengua de señas, braille, formatos aumentativos y alternativos de comunicación o cualquier modo o medio de comunicación accesible elegido por las personas con discapacidad.

Es decir, las personas con discapacidad son sujetos titulares de derechos y los poderes públicos tienen la obligación de garantizar que el ejercicio de los mismos sea pleno y efectivo. El marco normativo de los derechos de las personas con discapacidad recoge diversas disposiciones que conforman el acceso de las personas discapacitadas a la sociedad de la información como un derecho a garantizar por los poderes públicos. En el ámbito empresarial, las políticas han de ir encaminadas a la consecución de esta misma finalidad, por lo que resulta pertinente alentar a las entidades privadas a proporcionar información y servicios en formatos que las personas con discapacidad puedan utilizar y a los que tengan acceso. Fomentar una cultura organizacional que valore y celebre la diversidad es fundamental, por ello las empresas deben contar con políticas claras que prohíban la discriminación por discapacidad en todos los aspectos del empleo.

Quienes padecen algún tipo de discapacidad tienen derecho a vivir de manera independiente y a participar plenamente en todos los aspectos de la vida en condiciones de igualdad. Por lo tanto, se ha de garantizar la accesibilidad en los entornos, procesos, empleo, bienes, servicios, los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otros. En concreto, la accesibilidad digital requiere de sitios web y aplicaciones diseñados para poder ser utilizados por personas con discapacidad de manera equitativa y sin barreras, al igual que los documentos, contenido multimedia, dispositivos y tecnologías de asistencia accesibles deben estar disponibles.

7. BIBLIOGRAFÍA

AEPD: *La protección de datos en las relaciones laborales*. AEPD, 2021, disponible en: <<https://www.aepd.es/documento/la-proteccion-de-datos-en-las-relaciones-laborales.pdf>>.

25 APARICIO SALOM, J.: «El acceso a la sociedad de la información como libertad individual» AA.VV. (Dir. Fernández Martínez, J.M., Carmona Vergara, M.A.): *Nuevas Tecnologías y Personas con Discapacidad*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2015, pág. 208.

- APARICIO SALOM, J.: «El acceso a la sociedad de la información como libertad individual» AA.VV. (Dir. Fernández Martínez, J.M., Carmona Vergara, M.A.): *Nuevas Tecnologías y Personas con Discapacidad*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2015.
- COMISIÓN EUROPEA: *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión*, COM (2021) 206 final, 2021, disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206>>.
- ESPÍNOLA JIMÉNEZ, A.: «Educación inclusiva e igualdad de las personas con discapacidad en la transformación digital». *Revista Jurídica Valenciana*, núm. 35, (2020).
- EUROPEAN COMMISSION: *Guidelines on Transparency under Regulation 2016/679*, European Commission, 2018, disponible en: <<https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/622227>>.
- GARCÍA BILBAO, A. y RODRÍGUEZ-PORRERO MIRET, C.: «Nuevas tecnologías y personas con discapacidad». *Intervención Psicosocial*, Vol. 9, núm. 3, 2000.
- MERCADER UGUINA, J.R.: «Discriminación algorítmica y derecho granular: nuevos retos para la igualdad en la era del Big Data». *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 2, núm. 2, 2021.
- NACIONES UNIDAS: *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, 2015, disponible en: <<https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>>.
- OBSERVATORIO DE LA VULNERABILIDAD DE LA FUNDACIÓN ADECCO: *Informe Tecnología y Discapacidad*. Adecco y Keysight Technologies Sales Spain SLU, 2023, disponible en: <https://fundacionadecco.org/wp-content/uploads/2023/07/informe-Tecnologia-y-discapacidad-2023_ok.pdf>.
- ORTIZ GARCÍA, P. y Olaz Capitán, A.: «Competencias emprendedoras en las personas con discapacidad». *Prisma Social*, núm. 36, 2022.
- POQUET CATALÁ, R.: «Cuarta revolución industrial, automatización y afectación sobre la continuidad de la relación laboral». *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 8, núm. 1, 2020.
- SÁNCHEZ CARAZO, C.: «El derecho a la información y al consentimiento de las personas con discapacidad en el tratamiento de los datos personales en los sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet» AA.VV. (Dir. Fernández Martínez, J.M., Carmona Vergara, M.A.): *Nuevas Tecnologías y Personas con Discapacidad*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2015.
- UNESCO: *Recomendación sobre la ética de la Inteligencia Artificial*. UNESCO, 2021, disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137_spa>.

- VELARDE D´AMIL, Y.: «La protección jurídica de las personas con discapacidad y las nuevas tecnologías». *Revista de Derecho UNED*, núm. 13, 2013.
- VÉLEZ VILLEGAS, J.D.: «El Teletrabajo: una forma de inclusión de las personas en situación de discapacidad al mundo laboral y la gestión de sus riesgos laborales». *CES Derecho*, Vol. 4, núm. 1, 2013.
- ZANOLETTY GARCÍA, D. y GONZÁLEZ PEREA, L.: «Justicia y discapacidad. TIC accesibles» AA.VV. (Dir. Fernández Martínez, J.M., Carmona Vergara, M.A.): *Nuevas Tecnologías y Personas con Discapacidad*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2015.

CAPÍTULO XIV

EL EMPLEO CON APOYO A LA LUZ DEL LIBRO BLANCO SOBRE EMPLEO Y DISCAPACIDAD

INMACULADA ALONSO MAS

*Profesora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Miguel Hernández de Elche*

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de discapacidad ha evolucionado significativamente con el paso del tiempo, en un primer momento la discapacidad se consideraba una característica inherente a la persona que debía ser corregida o eliminada para que pudiera integrarse en la sociedad. Puesto que, se enfocaba en la falta o limitación de habilidades físicas, sensoriales o mentales y se entendía como una deficiencia o un impedimento¹. Posteriormente, la perspectiva cambió y el concepto de discapacidad pasó a ser un concepto social. Este nuevo paradigma conocido como *Modelo Social* enfatizaba la necesidad de eliminar las barreras sociales, físicas y ambientales que excluían a las personas con discapacidad y no les permitían la participación plena en la sociedad². Esta transformación se tradujo en una comprensión más amplia y compleja de la discapacidad; se comenzó a percibir como un hecho multidimensional, que incluía tanto la condición de la persona, como las barreras sociales a las que se enfrentaba. En consecuencia, se generó una conciencia social sobre la necesidad de crear un entorno más inclusivo para las personas con discapacidad.

En línea con esta evolución de la conceptualización de la discapacidad, se desarrollaron iniciativas privadas y políticas públicas que buscaban apoyar la inclusión y la participación plena de las personas con discapacidad en la sociedad, incluyendo el mercado laboral, la educación y la vida comunitaria en general.

Una de estas iniciativas fue el desarrollo de los programas de empleo con apoyo cuya finalidad es la de ayudar a las personas con discapacidad en la obtención y el mantenimiento

¹ Véase AGUADO DÍAZ, A.: *Historia de las deficiencias*. Escuela Libre Editorial. Colección Tesis y Praxis, Madrid, 1995.

² PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. CERMI, 2008, núm. 36, págs. 37 y siguientes.

de un empleo en las empresas ordinarias. Este instrumento ofrece apoyo a los distintos actores que participan en su desarrollo, tales como, la capacitación y asistencia técnica en las empresas, el apoyo a las personas trabajadoras con discapacidad, como, por ejemplo, el asesoramiento en las distintas experiencias laborales, la adquisición de habilidades sociales y la resolución de problemas en la ejecución de las tareas asignadas. Todo ello con el objetivo de lograr la inclusión plena, tanto laboral como social de este colectivo.

Cabe recordar, que el derecho al trabajo para las personas con discapacidad es uno de los derechos fundamentales constitucionales y es especialmente relevante la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (a partir de aquí CPCD), que establece que las personas con discapacidad tienen derecho a trabajar, a ejercer una profesión libremente elegida, a recibir el mismo trato en el empleo que las personas sin discapacidad, a recibir una remuneración justa por su trabajo y a trabajar en un ambiente seguro, saludable y accesible. En resumen, las personas con discapacidad tienen derecho a recibir los apoyos necesarios para alcanzar su máximo potencial en el ámbito laboral y para ello será necesario adoptar ciertas medidas, como, por ejemplo, los programas de Empleo con Apoyo (a partir de aquí los programas de EcA).

Los programas de EcA como instrumento de inserción laboral de personas con discapacidad adolecen de ciertas carencias, en cierta medida por el auge de los centros especiales de empleo y de los enclaves laborales que hasta este momento eran las herramientas principales de inclusión laboral de las personas con discapacidad³ y que, incluso a día de hoy, absorben la mayor parte de los recursos que la administración ofrece⁴; con el consecuente condicionamiento para el correcto despliegue de los instrumentos de inserción laboral de las personas con discapacidad en el empleo ordinario, que sí están alineados con la CPCD y la normativa europea, como es el caso de los programas de empleo con apoyo o el de los ajustes razonables.

Esta falta de sintonía entre el ordenamiento jurídico español, la CPCD y la política europea en la materia, es el primer punto que trata el Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad (a partir de aquí Libro Blanco) en lo que se refiere a la figura del EcA. A continuación, se analiza el marco normativo de esta figura tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, puesto que, la competencia de actuación e intervención de la regulación del EcA es compartida. A pesar de ello, el Estado actúa de forma más intensa en la legislación laboral y las comunidades autónomas en la ejecución laboral, claro ejemplo de ello es el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo, que establece los elementos esenciales de dichos programas y las acciones mínimas que se han de llevar a cabo que se abordarán en el primer apartado de nuestro estudio. Posteriormente, se ponen de manifiesto las carencias y deficiencias que se han detectado en la normativa laboral de este sistema de inclusión laboral de las personas

3 Téngase en cuenta que en ambos casos se trata de integración en la modalidad de empleo protegido, en contra de los preceptos de la CPCD o la normativa europea, que disponen que la inclusión ha de ser en la modalidad de empleo ordinario para no incurrir en una segregación de las personas con discapacidad.

4 Según datos extraídos de la Subdirección General de Políticas Activas de Empleo del SEPE, en el año 2021 se dedicó algo más de 413 millones de euros a la financiación de las subvenciones de los Centros Especiales de Empleo, mientras que las subvenciones para la contratación en el mercado ordinario ascendieron a cerca de 9 millones de euros, una diferencia sustancial que debería tenerse en cuenta a la hora de diseñar el reparto de los recursos para que estuvieran en sintonía con la CPCD.

con discapacidad. Para finalizar, con un apartado de propuestas de mejora que eliminen tanto las barreras en el acceso al empleo, como los prejuicios y estereotipos relacionados con las capacidades de las personas trabajadoras con discapacidad.

Por otro lado, cabe señalar, que la promulgación de la Ley 3/2023, 28 de febrero, Ley de Empleo, insta a los poderes públicos a realizar un esfuerzo importante en la gestión de las políticas de empleo con los grupos vulnerables, dentro de los cuales se encuentran las personas con discapacidad. A este respecto, en el Libro Blanco se señala la necesidad de potenciar esta coordinación en los programas de EcA, en la gestión de la excepcionalidad y las medidas alternativas y en la garantía de mantenimiento con suficiencia económica para la contratación laboral en la empresa ordinaria y los consiguientes ajustes necesarios, entre otros. Además, se aborda la intermediación laboral, sus luces y sus sombras, subrayando un factor clave como es el papel del Servicio Público de Empleo, que utiliza el elemento auxiliar del registro de personas demandantes con discapacidad en relación con otros instrumentos de intermediación existentes, entre los que se encuentran los servicios de EcA como un ámbito clave⁵.

2. EL EMPLEO CON APOYO COMO INSTRUMENTO DE INCLUSIÓN LABORAL

En términos generales, la inclusión de personas con discapacidad tiene como objetivo su integración efectiva en la sociedad, siendo uno de los factores principales la inclusión en el mundo laboral, ya que, a través del empleo empezamos a formar parte activa de esta, además, es un punto clave para la igualdad a la que se aspira. No obstante, conseguir un empleo solo es una parte de la primera fase de la inclusión en el ámbito laboral, puesto que, es necesario un acompañamiento continuado; este planteamiento adquiere más fuerza cuando consideramos por una parte, que tanto la obtención como el mantenimiento de un empleo no depende de la discapacidad en sí, sino de la forma en la que el trabajo se estructura y organiza y, por otra parte, que los apoyos han de ser suficientes para cumplir su finalidad: ayudar a las personas trabajadoras con discapacidad a superar las barreras a las que han de enfrentarse⁶.

En consecuencia, es lógico pensar que actualmente la estabilidad en el empleo se puede considerar uno de los mayores logros personales, puesto que, conlleva una independencia económica y es indudablemente una fuente de satisfacción personal. Ahora bien, las personas que presentan una discapacidad se encuentran con barreras que suponen un obstáculo para obtener un empleo y, por lo tanto, es necesaria una alternativa inclusiva, en el caso que nos ocupa es la figura del EcA que es una herramienta fundamental para facilitar la superación de estas dificultades⁷. Además, a través de la inclusión en el entorno laboral, las personas trabajadoras con discapacidad pueden demostrar que están

5 *Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad*. Obra impulsada por Real Patronato sobre Discapacidad, Ministerio de Trabajo y Economía Social, CERMI y Fundación ONCE. Publicado en julio de 2023, pág. 47.

6 HERNÁNDEZ, R., CERRILLO, R., IZUZQUIZA, M.D.: «La inclusión en el mundo laboral de Discapacitados Intelectuales: análisis cualitativo. Estudio de un caso». *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva* (2009), págs. 27-46.

7 ALOMAR, E., CABRÉ, M.: «El trabajo de jóvenes con discapacidad intelectual en entornos normalizados». *Revista Síndrome de Down*, núm. 22 (2004), págs. 118-124.

capacitadas para cumplir con las tareas asignadas y que su aportación es tan valiosa como la de cualquier persona trabajadora que no presente una discapacidad⁸.

2.1. Origen y definición del empleo con apoyo

La figura del EcA tiene su origen en EE. UU. en los años 80, pero en España se instauró como un instrumento de inclusión laboral de personas con discapacidad una década más tarde. Durante este periodo se evidenció la necesidad de alternativas más inclusivas y centradas en la persona para favorecer su integración en el mundo laboral, por lo cual, diversas organizaciones y profesionales comenzaron a implementar programas piloto de EcA⁹, inspirándose en modelos internacionales que habían tenido éxito como, por ejemplo, el Supported Employment, que fue desarrollado por Paul Wehman y David Mank, entre otros. Estos modelos se basaban en los principios de individualización, apoyo personalizado y adaptación del puesto de trabajo¹⁰.

En 2001 el EcA fue definido por Jordán de Urríes y Verdugo como: “el empleo integrado en la comunidad dentro de empresas normalizadas, para personas con discapacidad o en riesgo de exclusión social que tradicionalmente no han tenido la posibilidad de acceso al mercado laboral, mediante la provisión de los apoyos necesarios dentro y fuera del lugar de trabajo, a lo largo de su vida laboral, y en condiciones de empleo lo más similares posible en trabajo y sueldo a las de otro trabajador sin discapacidad en un puesto equiparable dentro de la misma empresa”¹¹.

Unos años más tarde, se promulgó en España el Real Decreto 870/2007 que en su artículo 2.1) dispone el concepto de EcA: “es el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, prestadas por preparadores laborales especializados, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de trabajadores con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes”¹².

8 JORDÁN DE URRÍES, F.B., VERDUGO, M.A., VICENT, C.: *Análisis de la evolución del empleo con apoyo en España*. Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2005.

9 Como, por ejemplo, el Proyecto Aura de Barcelona y el Proyecto Treball amb Suport de Mallorca, cuya finalidad era la promoción de la contratación de personas con discapacidad intelectual en empresas ordinarias, ofreciendo apoyo individualizado tanto a la persona trabajadora como a la empresa.

10 Véase MANK, D., CIOFFI, A., YOVANOFF, P.: «Analysis of the typicalness of supported employment jobs, natural supports, and wage and integration outcomes». *Mental Retardation*, 1997, págs. 185-197; WEHMAN, P., BRICOUT, J.: «Supported employment: critical issues and new directions» VVAA (Eds. Revell, Inge, Mank, y Wehman): *The impact of supported employment for people with significant disabilities: preliminary findings from the National Supported Employment Consortium*. Richmond, VA: VCU-RRTC on workplace supports, págs. 1-24.

11 JORDÁN DE URRÍES, F.B., VERDUGO, M.A.: «El empleo con apoyo en España. Una realidad consolidada» VVAA (Coords. Verdugo y Jordán de Urríes): *Apoyos, autodeterminación y calidad de vida*. Amarú Ediciones, Salamanca, 2001, págs. 521-536.

12 Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo BOE A-2007-13588.

2.2. Elementos que configuran el Empleo con Apoyo

2.2.1. Acciones de los proyectos de Empleo con Apoyo

En el artículo 2.2) del RD 870/2007 se recogen las acciones que se han de desarrollar en el marco de los programas de EcA, que al menos serán:

- Orientación, asesoramiento y acompañamiento a la persona con discapacidad, elaborando para cada persona trabajadora un programa de adaptación al puesto de trabajo.
- Labores de acercamiento y mutua ayuda entre la persona trabajadora beneficiaria del programa de EcA, el empleador y el personal de la empresa que comparta tareas con la persona trabajadora con discapacidad.
- Apoyo a la persona trabajadora en el desarrollo de habilidades sociales y comunitarias, de modo que pueda relacionarse con el entorno laboral en las mejores condiciones.
- Adiestramiento específico de la persona trabajadora con discapacidad en las tareas inherentes al puesto de trabajo.
- Seguimiento de la persona trabajadora y evaluación del proceso de inserción en el puesto de trabajo. Estas acciones tendrán por objeto la detección de necesidades y la prevención de posibles obstáculos, tanto para la persona trabajadora como para la empresa que la contrata, que pongan en peligro el objetivo de inserción y permanencia en el empleo.
- Asesoramiento e información a la empresa sobre las necesidades y procesos de adaptación del puesto de trabajo.

2.2.2. Destinatarios finales del Empleo con Apoyo

El artículo 3 del RD 870/2007 dispone que los destinatarios finales del programa de EcA serán personas trabajadoras con discapacidad inscritas en los Servicios Públicos de Empleo como demandantes de empleo no ocupadas, así como personas trabajadoras con discapacidad contratadas por Centros Especiales de Empleo, siempre que, en ambos casos, se encuentren en alguno de los supuestos que se describen a continuación:

- Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33%.
- Personas con discapacidad física o sensorial con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65%.
- Personas sordas y con discapacidad auditiva, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por ciento¹³.

Además, se estipula que las personas trabajadoras deberán ser contratadas por empresas del mercado ordinario de trabajo mediante un contrato indefinido o de duración determinada, como mínimo de 6 meses y que dichas empresas tendrán derecho a los beneficios establecidos en la normativa vigente sobre contratación de personas trabajadoras

¹³ Según lo dispuesto en la disposición adicional primera del RD 870/2007.

con discapacidad. En el supuesto de que la persona trabajadora contratada procediera de la plantilla de un Centro Especial de Empleo, pasará a la situación de excedencia voluntaria en dicho Centro.

2.2.3. Promotores de proyectos de Empleo con Apoyo y beneficiarios de las subvenciones

En el artículo 4 del RD 870/2011 se recoge que podrán promover proyectos de EcA y ser beneficiarios de las correspondientes subvenciones las siguientes entidades:

- Las asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro que suscriban el correspondiente convenio de colaboración con la empresa que va a contratar a las personas trabajadoras con discapacidad a las que se les va a prestar el empleo con apoyo.
- Los Centros Especiales de Empleo, que suscriban un convenio de colaboración con la empresa que va a contratar a personas trabajadoras con discapacidad procedentes de la plantilla del mismo centro o de otros centros especiales de empleo.
- Las empresas del mercado ordinario de trabajo, incluidos las personas trabajadoras autónomas, que contraten a las personas trabajadoras con discapacidad beneficiarias de dichas acciones siempre que cuenten en su plantilla con preparadores laborales especializados.

En lo que se refiere a la duración de las acciones de EcA se estipula que habrá de ser de entre 6 meses y 1 año, prorrogable hasta otro año más. No obstante, en el caso de personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual con un grado de minusvalía reconocida igual o superior al 33%, el plazo máximo de 2 años podrá ampliarse hasta 6 meses más. Por último, cabe señalar que las subvenciones se destinarán a financiar los costes laborales y de seguridad social que se generen durante el periodo de desarrollo del proyecto de EcA, derivados de la contratación de los preparadores laborales¹⁴.

2.2.4. La figura del preparador laboral

Conforme a lo dispuesto en el artículo 7 del RD 870/2007 las acciones de EcA serán llevadas a cabo por preparadores laborales, los cuales deberán estar en posesión de una titulación mínima de formación profesional de grado medio o equivalente y acreditar una experiencia previa de al menos un año en actividades de integración laboral de personas con discapacidad que les capacite para la realización de las funciones propias de su puesto.

En lo referente al tiempo de atención dedicada a cada persona con discapacidad se especifica que no podrá ser inferior al porcentaje de su jornada de trabajo teniendo en cuenta el siguiente baremo:

- a) Un tercio en el caso de personas trabajadoras con parálisis cerebral, con enfermedad mental o discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65%.

¹⁴ Atendiendo a lo estipulado en el artículo 8.1) del RD 870/2007.

- b) Un quinto en el caso de personas trabajadoras con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33% e inferior al 65%.
- c) Un octavo en el caso de personas trabajadoras con discapacidad física o sensorial con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65%.

3. LOS PROGRAMAS DE EMPLEO CON APOYO DESDE LA PERSPECTIVA DEL LIBRO BLANCO SOBRE EMPLEO Y DISCAPACIDAD

3.1. El Libro Blanco sobre empleo y discapacidad

El Libro Blanco sobre empleo y discapacidad tiene como objetivo visibilizar y analizar el trabajo de las personas con discapacidad, a través de la formulación de propuestas para la creación de políticas públicas y privadas que permitan eliminar las barreras a las que se enfrentan las personas con discapacidad cuando intentan acceder al mercado de trabajo.

La publicación del Libro Blanco es un hito en nuestro país y responde al convenio suscrito por el Real Patronato sobre Discapacidad, la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, el Servicio Público de Empleo Estatal, la Fundación ONCE y el CERMI¹⁵. En cuanto a su estructura, el Libro Blanco consta de un título preliminar y de once capítulos más uno bis, en ellos se perfilan una serie de recomendaciones y opiniones para favorecer, implementar y reordenar las medidas necesarias para mejorar el acceso y mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad y, a su vez, es un medio para el cumplimiento de los preceptos de la Agenda 2030¹⁶, concretamente los Objetivos 4, 8, 10, 11 y 17 de Desarrollo Sostenible¹⁷ y, las disposiciones, por un lado, del artículo 27 1) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁸: “Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad”. Por otro lado, del artículo 15. 2) de la Carta Social Europea¹⁹: “promover su acceso al empleo mediante todas las medidas

15 Resolución de 21 de noviembre de 2022, de la Subsecretaría, por la que se publica el Convenio entre el Real Patronato sobre Discapacidad, la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, el Servicio Público de Empleo Estatal, O.A., la Fundación ONCE y el CERMI, para la realización del Libro Blanco sobre empleo y discapacidad. BOE-A-2022-19799.

16 <<https://www.mdsocialesa2030.gob.es/agenda2030/documentos/eds-cast-acce.pdf>>

17 Los Objetivos de Desarrollo Sostenible mencionados son los siguientes: 4: Educación de calidad, 8: Trabajo decente y crecimiento, 10: Reducción de las desigualdades, 11: Ciudades y Comunidades sostenibles y 17: Alianzas para lograr objetivos.

18 La CPCD fue un avance importantísimo en la lucha por la igualdad efectiva de las personas con discapacidad y pasó a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico interno desde el momento de la publicación en el 2008 del Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. BOE-A-2008-6963.

19 La Carta de 1996 garantiza los derechos y libertades de todas las personas en igualdad de condiciones, al igual que su predecesora en 1961. La revisión de esta última supuso una mejora y la inclusión de nuevos derechos y enmiendas aprobados por los estados miembros. Pasó a formar parte del ordenamiento jurídico interno de España en 1999, tras la publicación del Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. BOE-A-2021-9719.

encaminadas a estimular a los empleadores para que contraten y mantengan empleadas a las personas discapacitadas en el entorno habitual de trabajo y a adaptar las condiciones de trabajo a sus necesidades o, cuando ello no sea posible por razón de la discapacidad, mediante el establecimiento o la creación de empleos protegidos en función del grado de incapacidad. Estas medidas pueden exigir, en determinados casos, el recurso a servicios especializados de colocación y de apoyo”.

Como hemos mencionado anteriormente, el Libro Blanco es un referente para el diseño de políticas públicas de ámbito nacional dirigidas a la inclusión de las personas con discapacidad en el empleo, pero, además, tiene su justificación en la transformación sociolaboral de España en los últimos años. A través de este, las entidades promotoras han hecho posible el cumplimiento de la Estrategia Española de Apoyo al Empleo 2021-2024²⁰ y de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030²¹.

En resumen, este Libro Blanco se proyecta desde un “planteamiento ejecutivo y propositivo” para contribuir a construir un “nuevo marco legislativo y de políticas públicas del empleo y derecho al trabajo de las personas con discapacidad”²².

3.2. El tratamiento de los programas de empleo con apoyo en el Libro Blanco sobre empleo y discapacidad

3.2.1. El mercado de trabajo de las personas con discapacidad

Dentro del capítulo V está recogido el epígrafe X titulado: Los programas de Empleo con Apoyo, en este se lleva a cabo un acercamiento al concepto de EcA y de sus características y elementos principales dispuestos en el RD 870/2007. Tras el análisis de la norma²³, podemos concluir, que el EcA es de sumo interés como “motor del empleo de las personas con discapacidad severa en el mercado ordinario, exigiendo la adopción de una política de impulso en la que se asegure la cualificación de los preparadores y el reclutamiento preferiblemente indefinido y a jornada completa de las personas con discapacidad, manteniendo *ad futurum* su estabilidad laboral”²⁴.

20 El Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024. BOE-A-2021-20185. En el capítulo V dispone que: “[...] para el desarrollo de la Estrategia se elaborará el Libro Blanco del Empleo para las Personas con Discapacidad”.

21 La Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030 para el acceso, goce y disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad, aprobada por Consejo de ministros de 3 de mayo de 2022, determina, en el Eje 1 titulado: Inclusión social y participación, la necesidad de: “aumentar la tasa de actividad de las personas con discapacidad avanzando en asegurar su derecho a un empleo digno en entornos laborales abiertos, inclusivos y accesibles, y posibilitando su promoción y desarrollo laboral en igualdad de condiciones”. Además, el objetivo 2 especifica que uno de los instrumentos para lograr el eje 1 es la “elaboración del Libro Blanco de Empleo y Discapacidad que sea palanca para un nuevo marco legislativo y de política pública del Empleo y Derecho al Trabajo de las Personas con Discapacidad en España”.

22 *Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad*. Obra impulsada por Real Patronato sobre Discapacidad, Ministerio de Trabajo y Economía Social, CERMI y Fundación ONCE. Publicado en julio de 2023. Págs. 24-32.

23 No se ha entrado en detalles sobre este análisis, para evitar la reiteración, puesto que, los elementos esenciales y características coinciden con los expuestos en el primer punto de esta investigación.

24 *Ibidem* cit., pág. 447.

3.2.2. Régimen Jurídico

En el capítulo IX se expone la necesidad de adaptación del ordenamiento jurídico laboral interno de España a la CPCD y a la normativa europea. Por un lado, el epígrafe IV titulado: Intermediación, Orientación laboral y Empleo con Apoyo de personas con Discapacidad, analiza la cuestión desde el punto de vista de su utilidad como herramienta clave de inclusión laboral de las personas con discapacidad severa en la empresa ordinaria. Por otro lado, el epígrafe IX manifiesta las propuestas para mejorar las deficiencias y carencias que se han detectado en la regulación de los programas de EcA.

A) Intermediación, Orientación laboral y Empleo con Apoyo de personas con Discapacidad

Para comenzar, se aborda la implantación de los programas de EcA y la consecuente repercusión que estos tienen en la inclusión de las personas con discapacidad. Cabe señalar, que desde que el EcA fue regulado por el RD 870/2007 se han planteado ciertas cuestiones relevantes:

- La competencia autonómica de convocar las subvenciones de los programas de EcA, que incurre en diferencias sustanciales dependiendo del territorio en el que nos encontremos²⁵. En este sentido, existen dos posibilidades: o bien, optar por efectuar convocatorias en el marco común de programas de empleo²⁶ o bien optar por la aprobación de programas propios que a) pueden estar por debajo del nivel de cobertura del programa común o b) respetar los mínimos del programa común incluyendo mejoras o aspectos no esenciales²⁷.
- La precariedad que caracteriza a los programas de EcA como consecuencia, sobre todo, de la libertad que tienen las Comunidades Autónomas a la hora de decidir si convocan o no en un ejercicio determinado las subvenciones de EcA. Por ende, esta circunstancia complica las solicitudes por parte de las entidades colaboradoras, que ya de por sí conlleva dificultades inherentes a la elaboración de los proyectos de EcA, como, por ejemplo, la necesidad de anticipar variables antes de poder recibir la financiación²⁸.

Seguidamente, se lleva a cabo una reflexión que reafirma la idea de que el EcA es la única vía que garantiza el acceso y la consolidación de las personas con discapacidad severa en la empresa ordinaria, Por lo cual, los programas de EcA permiten el cumplimiento de los preceptos de la CPCD, como es la provisión de servicios de apoyo necesarios que

25 *Ibidem* cit., pág. 881.

26 El artículo 50 del RD 818/2021 de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo dispone que: “Las subvenciones de las acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, prestadas por personas preparadoras laborales especializadas a fin de facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad, se destinarán a financiar los costes salariales y de seguridad social derivados de la contratación de dicha personas preparadoras por las entidades promotoras de empleo con apoyo”.

27 El artículo 1 del RD 818/2021 de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo se determinan: “[...] los aspectos esenciales de los programas comunes de activación para el empleo que podrán ser aplicados y, en su caso, desarrollados en sus aspectos no esenciales por todos los integrantes del Sistema Nacional de Empleo”. BOE-A-2021-15771.

28 *Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad*, cit., pág. 882.

faciliten la inclusión de las personas con discapacidad en el ámbito laboral²⁹. Además, la promoción del EcA es una obligación clave que garantiza el derecho a un trabajo libremente escogido³⁰ que está directamente vinculado al derecho constitucional de libre elección de profesión u oficio³¹.

A continuación, se expone un breve recorrido de las cifras de usuarios y de entidades promotoras de los programas de EcA. Los datos recogidos de acuerdo con el Informe del Observatorio Estatal de la Discapacidad³² son los siguientes: en el año 2010 fueron 5538 personas contratadas laboralmente y apoyadas, en el año 2015 se aprecia una disminución considerable con una cifra de 2062 personas³³. En todo caso, a partir de datos aproximados facilitados por la Asociación Española de Empleo con Apoyo, el número de personas usuarias de los programas de EcA en 2022 puede estar entorno a 10.000 personas entre las que incluimos a las personas con discapacidad que están contratadas y las que no lo están, las personas con discapacidad con acompañamiento en fase de incorporación laboral y las personas con discapacidad que reciben apoyos de mantenimiento del empleo. En cualquier caso, la falta de consolidación de los programas de EcA sumada a la consolidación temprana de los Centros Especiales de Empleo y la poca receptividad de las empresas tiene una repercusión directa en la tasa de actividad de las personas con discapacidad severa³⁴.

Por último, se identifican disfunciones detectadas en el RD 870/2007³⁵:

- 1.º Condicionar la subvención de las acciones realizadas a que se produzca la efectiva contratación de las personas usuarias (art.8). En estos casos, la financiación estará condicionada a la formalización del contrato de trabajo, que da lugar a la subvención por el acompañamiento laboral del preparador laboral.
- 2.º La falta de subvención de dos acciones clave como son, por un lado, la prospección de puestos de trabajo adecuados a los perfiles de las personas usuarias como actividad imprescindible de cara a garantizar el éxito del EcA³⁶ y, por otro lado, las prácticas prelaborales que se podrían añadir como acciones subvencionables con algunas cautelas (por ejemplo, la corta duración de estas), entendiéndose que los proyectos de EcA son procesos formativos que pueden requerir, en algunos casos, unas prácticas previas a la contratación³⁷.

29 Conforme al artículo 19. b) y al artículo 27 del RD 870/2007.

30 Según lo dispuesto en el apartado 63 del CRPD/C/GC/8: Observación general núm. 8 (2022) sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo.

31 A tenor del artículo 35 de la Constitución Española de 1978. BOE-A-1978-31229.

32 Observatorio Estatal de la Discapacidad: *Realidad, situación, dimensión y tendencia del empleo con apoyo en España en el Horizonte de 2020*, 2017.

33 Este descenso se justifica, en parte, por la desaparición del programa de EcA de Caja Madrid e incide también en el número de entidades promotoras, que desciende de 207 en 2010 a 49 en 2015.

34 *Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad*, pág. 883.

35 *Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad*, pág. 884-887.

36 Como, por ejemplo, en el caso de la Orden catalana ESS/1120/2017, de 20 de noviembre o en del Decreto vasco 168/2019, de 29 de octubre o la Orden de 20 de junio de 2022 de la Región de Murcia.

37 En este sentido, el RD 870/2007 en su artículo 2.2 f) prevé, entre otras, acciones de “adiestramiento específico del trabajador en las tareas inherentes al puesto” pero cabe deducir que el RD 870/2007 se refiere a acciones de formación práctica en el marco de una contratación laboral ya formalizada.

- 3.º La consideración legal del EcA como un servicio³⁸ debería llevar a incluir la subvención de gastos de estructura, tales como, personal, suministros etc.
- 4.º La falta de inclusión como beneficiarias de las personas con discapacidad en situación de mejora de empleo.
- 5.º La falta de mantenimiento del apoyo continuado o indefinido.
- 6.º El requisito de que la subvención esté condicionada a que la contratación no sea inferior al 50% de la jornada a tiempo completo. De esta manera, la norma priva de subvención a los apoyos de escasa dedicación y retribución, claro ejemplo de capacitismo, puesto que, excluye a los colectivos con menores expectativas de inserción laboral³⁹.

B) Apartado propositivo

Anteriormente hemos mencionado que la finalidad del Libro Blanco era llevar a cabo recomendaciones a través de las opiniones de los autores, cabe señalar, que es en este epígrafe donde se llevan a cabo las propuestas de mejora y donde se aprecia con mayor intensidad el carácter propositivo del Libro Blanco. A continuación, hemos llevado a cabo una síntesis de las propuestas descritas⁴⁰:

- 1) La constitución de una red de intermediación articulada en torno al servicio público y los servicios de EcA

Esta medida es la que considera el Libro Blanco como prioritaria en materia de intermediación, puesto que, es necesaria una reforma para agilizar las demandas de empleo de las personas con discapacidad. Para ello se propone la modificación del artículo 38 del TRLGPD⁴¹. De este modo, se reforzarían las buenas prácticas como la derivación de las personas demandantes inscritas en el servicio de empleo público a los servicios de EcA, la promoción de la conexión entre servicios públicos y entidades promotoras de EcA para dar respuestas a las ofertas de empleo, la realización de funciones auxiliares por parte de las entidades promotoras, como, por ejemplo, el asesoramiento en la elaboración de las ofertas de empleo para el colectivo de personas con discapacidad, entre otras.

- 2) El EcA como garante del derecho al trabajo de las personas con discapacidad

38 La consideración del EcA como un servicio figura en la Ley 3/2023 de 28 de febrero, de Empleo (BOE-A-2023-5365) y en el 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 (BOE-A-2013-12632).

39 Criticado abiertamente por la Observación núm. 8/2022 del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, puesto que cuestiona el derecho al trabajo de estos colectivos.

40 Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad, págs. 919-921.

41 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. BOE-A-2013-12632. En su artículo 38 se deberían incluir las entidades promotoras de EcA: “[...] lograr la adecuación entre las condiciones personales de la persona con discapacidad y las características del puesto de trabajo, se establecerá, reglamentariamente, la coordinación entre los servicios públicos de empleo y las agencias de colocación debidamente autorizadas y los equipos multiprofesionales”.

Los programas de EcA son un instrumento que además de facilitar la inclusión laboral de personas con discapacidad, garantizan el derecho a un trabajo libremente elegido, en consonancia con las directrices de la Convención. A este respecto, cabe resaltar que la adaptación de la regulación de los programas de EcA exige la participación de este colectivo en el convenio que vincula a la empresa y a la entidad promotora de EcA.

3) La contemplación del EcA en la cartera común de servicios de empleo

La naturaleza de los programas de EcA revisten de gran importancia para la integración laboral de las personas con discapacidad, por lo cual, es justificación suficiente para que comiencen a considerarse un servicio y formen parte de la cartera común de servicios de empleo del RD 7/2015⁴² que en su artículo 3. a) los define como: “conjunto coordinado de actividades realizado por los Servicios Públicos de Empleo, que deben prestarse de forma continuada y sostenida en el tiempo”. De esta manera, se daría sentido al artículo 41 del LGDPD y al artículo 54.4 de la Ley de Empleo, permitiendo a su vez, la regulación de los principios y requisitos mínimos y garantizando la calidad e igualdad de condiciones de todos los usuarios a nivel estatal. Ahora bien, este planteamiento requiere desplazar ciertos recursos para mejorar las cuantías, ampliar las acciones subvencionables y lo más importante: asegurar la continuidad de los apoyos, poniéndole fin a la temporalidad de los programas de EcA.

4) Mayor flexibilidad en la gestión de los programas de EcA

En consonancia con la transformación de los programas de EcA en servicios se debería conceder una mayor flexibilidad a las entidades promotoras tanto en las solicitudes como en la gestión de la financiación. A título de ejemplo, en la exigencia que obliga a identificar a las empresas que contratarán y su compromiso de contratación, en la necesidad de detallar las acciones que el preparador laboral aplicará a cada usuario en particular, en la imposición de los criterios rígidos de volúmenes en base al grado de discapacidad de las personas beneficiarias, etc.

5) Supresión del requisito de que la subvención este supeditada a la contratación laboral de la persona con discapacidad

La contratación laboral de la persona con discapacidad beneficiaria de los programas de EcA no debería ser un requisito para optar a la subvención, si no que, deberían financiarse las acciones realizadas y detalladas en la normativa, sin perjuicio de que el volumen de inserciones logradas sea un punto para tener en cuenta en el momento de la ponderación de la subvención.

6) Ampliación de las acciones subvencionables: Prospección de puestos de trabajo y prácticas prelaborales

Considerando la visibilidad de la prospección de puestos de trabajo de la Ley de Empleo de 2023, esta acción debería ser susceptible de subvención, junto

42 Real Decreto 7/2015, de 16 de enero, por el que se aprueba la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo. BOE-A-2015-1056.

a la realización de prácticas prelaborales, siempre y cuando, las funciones a desempeñar y el perfil de la persona con discapacidad lo aconsejen, con la finalidad de una posterior consolidación en el marco del contrato de trabajo. Además, se proponen ciertas características que han de cumplir estas prácticas laborales: “deberán ser de formato breve y recibir el visto bueno de la administración laboral, especialmente cuando el itinerario no contemple la realización de cursos o acciones formativas teóricas”⁴³

7) Ampliación del ámbito subjetivo del EcA

Los programas de EcA deberían considerar beneficiarias a las personas con discapacidad ocupadas en situación de mejora de empleo, conectándolo con el derecho a la libre elección de empleo. Del mismo modo, que es necesaria la ampliación de la cobertura a través de los apoyos de las acciones de seguimiento de las personas trabajadoras que han superado los límites de duración que se disponen en el artículo 5 del RD 870/2007.

8) Asumir y subvencionar los apoyos de experiencias laborales con jornadas reducidas

El acceso al empleo a través de los programas de EcA debería alcanzar también a las personas trabajadoras con discapacidad cuya jornada sea inferior al 50% de la jornada ordinaria. Evitando, de esta manera, incurrir en capacitismo, menospreciando a las experiencias laborales de baja intensidad que normalmente proceden del entorno de los Servicios Sociales. Dada la importancia que tiene el acompañamiento en cualquier transición, no solo la que va del empleo protegido a la empresa ordinaria, si no también la que circula de los Servicios Sociales a la empresa ordinaria.

9) Diálogo entre las administraciones públicas y los actores que forman parte de los programas de EcA

Es necesario un diálogo entre las administraciones públicas y los partícipes de los programas de EcA debido a la complejidad organizativa de estos, con la finalidad de articular una regulación viable que mejore el sistema actual. Además, la cooperación entre los entes públicos y el sector del EcA cumpliría con el llamamiento que el artículo 54.4 de la Ley de Empleo hace a este respecto⁴⁴.

4. CONCLUSIONES

En este apartado llevaremos a cabo una serie de conclusiones que se han extraído tras la lectura de la normativa que regula los programas de EcA y la lectura del Libro Blanco que han sido objeto de análisis a lo largo de este trabajo. Para ello, se han agrupado las ideas principales en tres conclusiones generales:

⁴³ Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad, cit., pág. 921.

⁴⁴ El artículo 54.4 “[...] La Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo autonómicos, así como las entidades privadas y colaboradoras que se determinen reglamentariamente, podrán cooperar en el diseño, organización, puesta en marcha y ejecución de los servicios de empleo con apoyo”.

PRIMERA. - LA REGULACIÓN ESTATAL PARA HOMOGENIZAR LOS PROGRAMAS DE EMPLEO CON APOYO

La regulación a nivel estatal el EcA para personas con discapacidad, requiere de una normativa que garantice la igualdad de oportunidades de acceso al empleo y al mercado laboral para este colectivo sin tener en cuenta el territorio en el que nos encontremos. Para ello sería necesario determinar, como mínimo, los siguientes aspectos:

- a) Establecer medidas de apoyo concretas para fomentar la contratación de personas con discapacidad, a través de la creación de incentivos fiscales y económicos, así como programas de asesoramiento y acompañamiento durante el proceso de contratación y el de mantenimiento del puesto de trabajo.
- b) Mejorar los programas de formación y orientación laboral para las personas con discapacidad, con el objetivo de prepararlas para el empleo y garantizar su desarrollo personal y profesional a largo plazo.
- c) Garantizar la accesibilidad y las adaptaciones del puesto de trabajo necesarias mediante subvenciones estatales.
- d) Establecer un sistema de seguimiento y evaluación que permita comprobar la eficacia de las medidas implementadas en las empresas ordinarias y el impacto que la mejora del sistema de EcA ha supuesto para la inclusión laboral de las personas con discapacidad.

SEGUNDA. - LA TRANSFORMACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE EMPLEO CON APOYO EN UN SERVICIO COMÚN

Tras el análisis de la normativa de los programas de EcA y el análisis del Libro Blanco en esta materia, podemos concluir que sería un gran avance que estos programas se convirtiesen en un servicio de la cartera común. Para lo cual es necesario llevar a cabo al menos las siguientes acciones:

- a) Modificar el concepto y delimitar el alcance del EcA, unificando las definiciones del RD 870/2007, de la LGDPD y de la Ley de Empleo.
- b) El establecimiento de una estructura organizativa que permita la prestación del servicio.
- c) El diseño de un modelo de servicio en el que participen todos los actores del EcA, que respondería a la necesidad de la interconexión entre las administraciones públicas, las entidades promotoras y el colectivo de personas con discapacidad.
- d) La creación de una partida presupuestaria que garantice la sostenibilidad y la viabilidad del acompañamiento continuado de la persona con discapacidad.

TERCERA. - LA PROMOCIÓN DE LOS PROGRAMAS DE EMPLEO CON APOYO COMO MEDIDA PRINCIPAL DE INCLUSIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LAS EMPRESAS ORDINARIAS

No cabe duda de la importancia que ha tenido el empleo protegido para la integración de las personas con discapacidad en la sociedad, ya que, a través de los Centros Especiales de Empleo y de los Enclaves Laborales las personas con discapacidad han participado activamente en la sociedad. Pero, la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención y a la normativa europea conlleva el deber de darle prioridad a las medidas de inserción laboral que “incluyan” y no “segreguen” a las personas con discapacidad. Por ello, es imprescindible que se promueva la figura del EcA como instrumento que permita la transición del empleo protegido al empleo ordinario, de manera que, dando a conocer el EcA a las empresas, a las personas con discapacidad y a sus familiares, consigamos eliminar las barreras y los estereotipos que tan arraigados han estado en nuestro país.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO DÍAZ, A.: *Historia de las deficiencias*. Escuela Libre Editorial, Colección Tesis y Praxis, Madrid, 1995.
- ALOMAR, E., CABRÉ, M.: «El trabajo de jóvenes con discapacidad intelectual en entornos normalizados». *Revista Síndrome de Down*, núm. 22, 2004, págs. 118-124.
- HERNÁNDEZ, R., CERRILLO, R., IZUZQUIZA, M.D.: «La inclusión en el mundo laboral de Discapacitados Intelectuales: análisis cualitativo. Estudio de un caso». *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva*, 2009, págs. 27-46.
- JORDÁN DE URRÍES, F.B., VERDUGO, M.A.: «El empleo con apoyo en España. Una realidad consolidada» VVAA (Coords. Verdugo y Jordán de Urries): *Apoyos, autodeterminación y calidad de vida*. Amarú Ediciones, Salamanca, 2001.
- JORDÁN DE URRÍES, F.B., VERDUGO, M.A., VICENT, C.: *Análisis de la evolución del empleo con apoyo en España*. Real Patronato sobre Discapacidad. Madrid, 2005.
- VVAA: *Libro Blanco sobre empleo y discapacidad*. Obra impulsada por Real Patronato sobre Discapacidad, Ministerio de Trabajo y Economía Social, CERMI y Fundación ONCE, 2023.
- MANK, D., CIOFFI, A., YOVANOFF, P.: «Analysis of the typicalness of supported employment jobs, natural supports, and wage and integration outcomes». *Mental Retardation*, 1997.
- PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. CERMI, 2008, núm. 36.

WEHMAN, P., BRICOUT, J.: «Supported employment: critical issues and new directions» VVAA (Eds. Revell, Inge, Mank, y Wehman): *The impact of supported employment for people with significant disabilities: preliminary findings from the National Supported Employment Consortium*. Richmond, VA: VCU-RRTC on workplace supports, 1999.

Disposiciones normativas

Constitución Española de 1978. BOE-A-1978-31229.

Decreto vasco 168/2019, de 29 de octubre.

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. BOE-A-2008-6963.

Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. BOE-A-2021-9719.

Ley 3/2023 de 28 de febrero, de Empleo. BOE-A-2023-5365

Orden ESS/1120/2017, de 20 de noviembre de Cataluña.

Orden de 20 de junio de 2022 de la Región de Murcia.

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. BOE-A-2013-12632.

Real Decreto 7/2015, de 16 de enero, por el que se aprueba la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo. BOE-A-2015-1056.

Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo BOE-A-2021-15771.

Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024. BOE-A-2021-20185.

Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo. BOE A-2007-13588.

Resolución de 21 de noviembre de 2022, de la Subsecretaría, por la que se publica el Convenio entre el Real Patronato sobre Discapacidad, la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, el Servicio Público de Empleo Estatal, O.A., la Fundación ONCE y el CERMI, para la realización del Libro Blanco sobre empleo y discapacidad. BOE-A-2022-19799.

CAPÍTULO XV

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL COMO HERRAMIENTA DE INCLUSIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON LAS LLAMADAS DISCAPACIDADES NO VISIBLES

ALICIA SÁNCHEZ GUERRERO
Graduada Social Ejerciente
Doctoranda en Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Málaga

1. DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y DISCAPACIDAD DEL DESARROLLO

Definir es un buen modo de hacer más concreta una realidad. En el caso de la discapacidad intelectual y del desarrollo, las definiciones de la Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo (AAIDD) han marcado el norte, durante las últimas décadas, de los avances logrados en el trabajo del movimiento asociativo de Plena Inclusión¹. Nos encontramos con una nueva definición de la discapacidad intelectual según la Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo (AAIDD)² en su 12ª Edición³ con las siguientes características:

- Es la limitación del funcionamiento intelectual, con dificultades para comprender y razonar. Es decir, te cuesta comprender o razonar.
- Es una limitación de la conducta adaptativa, por ejemplo, en los conceptos, relaciones sociales o las prácticas de la vida cotidiana. Todo esto sucede antes de que la persona cumpla los 22 años.

1 Plena inclusión es la organización que representa en España a las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo.

2 Desde su fundación en 1876, la Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo (AAIDD) ha liderado la comprensión, la definición y la clasificación del constructo que actualmente se conoce como discapacidad intelectual (DI). Por medio de los manuales de terminología y clasificación, la AAIDD ha cumplido con la misión de elaborar información sobre el concepto de DI y difundir directrices prácticas para su definición, diagnóstico y clasificación.

3 SCHALOCK, R.L., LUCKASSON, R., TASSÉ, M.J.: *Discapacidad intelectual: definición, diagnóstico, clasificación y sistemas de apoyos* (AAIDD, 12ª edición). Hogrefe TEA Ediciones, Madrid, 2021, pág. 14.

Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo tienen un hándicap a la hora de lograr su autodeterminación. Las deficiencias cognitivas retrasan el momento de acceder al control de actividades de la vida diaria y mucho más en aspectos de mayor importancia en su desarrollo vital; incluso en no pocas ocasiones esta capacidad de elección se ve anulada a través de la incapacitación legal⁴.

Por su parte, la discapacidad del desarrollo es aquella que surge en el crecimiento y el desarrollo de la persona y, así, la discapacidad intelectual es una de ellas, como también lo son la parálisis y el autismo. Sin embargo, las personas con parálisis cerebral o con autismo pueden o no presentar discapacidad intelectual.

Desarrollaremos en este punto el concepto de dignidad y el camino de las políticas inclusivas atendiendo tanto a la dignidad, como parcela individual reflejada en el respeto y la protección de derechos del ser humano, como en la dimensión colectiva, formada por las relaciones sociales, los recursos existentes y la organización política y social, que estará guiada por la promoción de las capacidades, pues consideramos este último aspecto como una opción hacia la inclusión que permite además romper con los mitos sobre las personas con discapacidad intelectual.

La nueva definición que estamos tratando es muy importante para las propias personas con discapacidad intelectual, sus familias y sus apoyos, porque cambia nuestra forma de entender la discapacidad intelectual, la forma de apoyar a las personas con discapacidad como, por ejemplo, que, en el caso de las organizaciones dedicadas a la discapacidad, las ayudas se puedan dar a las personas con discapacidad directamente.

Esta nueva forma de entender la discapacidad intelectual tiene sentido para la práctica, es decir, para mejorar cómo se hacen las cosas, pues la definición se centra, no en las dificultades, sino en cómo apoyar a las personas que las tienen. Se introducen pues dimensiones como la capacidad de adaptación de la persona a los cambios, su salud o su nivel de participación en las instituciones y asociaciones, y su contexto.

En definitiva, se presta especial importancia a los apoyos, pues el objetivo fundamental sería diseñar y desarrollar sistemas de apoyo centrados en la persona, es decir pensados para ellos y contando con su opinión. Además, deberían ser globales y coordinados atendiendo a todas y cada una de las necesidades de la persona y fruto del trabajo en común. Asimismo, estos apoyos deberían servir para que la persona con discapacidad pueda tomar decisiones y construir proyectos de vida que les permitan gobernar sus vidas por lo que deben estar orientados a resultados, es decir, a conseguir metas.

Al hilo de lo anterior, Plena Inclusión España⁵ ha editado la interesante y útil guía “Apoyos 2030”⁶, que constituye una propuesta de alternativas para mejorar la calidad de

4 En este sentido, se ha de señalar el hito que ha supuesto la Ley 8/2021, de 3 de junio de 2021 que ha adecuado nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

5 Plena Inclusión es una red de organizaciones que vela por el cumplimiento de los derechos de las personas con discapacidad intelectual y del desarrollo en España. Se fundó en 1964 y aglutina a 17 federaciones y 884 asociaciones.

6 VVAA: *Apoyos 2030: un viaje para avanzar hacia apoyos personalizados y en comunidad*, Plena Inclusión, Madrid, 2021. Disponible en <<https://www.plenainclusion.org/wp-content/uploads/2021/06/Apoyos2030-WEB.pdf>>.

vida de las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo (síndrome de Down, TEA y parálisis cerebral). La obra reúne un buen número de prácticas innovadoras que profundizan en la transformación de un modelo que reclama generar nuevos apoyos a las personas con discapacidad en los que se prime la personalización y la inclusión en la comunidad.

Y ahondando en el objeto de esta investigación, es bien sabido por todos de la dificultad en el camino hacia la normalización en la percepción de la discapacidad en las organizaciones. Lo cierto es que la mayoría de las empresas están sensibilizadas con la discapacidad física, pero no tanto con la discapacidad intelectual, mental o del desarrollo como el trastorno del espectro del autismo, trastorno que con frecuencia concurre con la discapacidad intelectual⁷. Por este motivo podemos decir que existe una doble situación de desventaja en el acceso al mundo laboral de las personas con este tipo de discapacidad: por un lado, con respecto a las personas trabajadoras sin discapacidad; y, por otro lado, con respecto a otras personas con discapacidad física.

Algunas investigaciones sugieren que existen preferencias hacia diferentes tipologías de discapacidad en los procesos de selección y contratación pues parece ser que las personas con discapacidad física tienen una valoración más favorable que las que poseen discapacidad mental y psíquica⁸, aludiendo a la elección, en muchas ocasiones, de un tipo de discapacidad *más visible* o a la influencia de la visión estigmatizadora de las discapacidades de tipo psíquico. Esta dificultad se agrava si hablamos del Trastorno del Espectro Autista (TEA), que viene dada por las dificultades características de estos trastornos: déficit en las habilidades sociales, en la función ejecutiva y en la comunicación.

*El Trastorno del Espectro Autista (TEA) es trastorno del desarrollo que suele cursar con problemas comunicativos, sociales y conductuales significativos. Se llama "Trastorno del espectro" porque puede tener una gran variedad de características. Es un trastorno con el cual se nace y dura toda la vida.*⁹

Durante los últimos años, el fenómeno del desempleo en España ha generado un enorme drama social, aún más alarmante cuando hablamos de colectivos de personas

7 «Muchos estudios han establecido que hasta un 70% de las personas con autismo presentan una discapacidad intelectual que puede oscilar desde tener un cociente intelectual afectado en el rango de ligero hasta un grado profundo. Las nuevas investigaciones sugieren un porcentaje menor que el citado, pero esto podría deberse a que se ha incluido el Asperger en el mismo espectro (trastornos del espectro autista) y, por tanto, ya que en éste la inteligencia no se ve afectada, el porcentaje global de discapacidad intelectual en el conjunto ha disminuido» <<https://mundoasperger.com/discapacidad-intelectual-en-personas/>>.

8 STONE D.L. y COLELLA A.: «A model of factors affecting the treatment of disabled individuals in organization». *Academy of Management Review*, núm. 21 (1996), págs. 352-401; NAFUKHO F.M., ROESSLER R.T. y KACIREK K.: «Disability as a diversity factor: Implications for human resource practices». *ADHR*, núm. 12 (2010), págs. 395-406; BELL B.S., Klein K.J.: «Effects of disability, gender, and job level on ratings of job applicants», *Rehabilitation Psychology*, núm. 46 (2001); CESARE S.J., TANNENBAUM R.J., DALESSIO A.: «Interviewers decisions related to applicant handicap type and rater empathy». *Human Performance*, vol. 3, núm. 3 (1990), págs. 157-171; JONES B.J., GALLAGHER B.J., KELLEY J.M., MASSARI L.O.: «A survey of Fortune 500 corporate policies concerning the psychiatrically handicapped». *The Journal of Rehabilitation*, Vol. 57, núm. 4 (1991), págs. 31-35.

9 GARCÍA TABUENCA, P.: «Trastorno del espectro autista (TEA)». *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud*, núm. 22 (2016), págs. 149-162.

con discapacidad. Y, más — si cabe —, al considerar que el TEA¹⁰ es la discapacidad *invisible*; es decir, no se aprecia física o cognitivamente, pero tiene unos efectos sociales incapacitantes dentro de un entorno laboral sin control. A ello, hay que añadir un aspecto más que dificulta su integración laboral: y es la gran variabilidad entre personas con TEA. Si bien existe un rango de características definitorias del trastorno, no todas las personas las presentan todas ni en el mismo grado. Las personas con TEA tienen afán en comunicarse, pero desconocen cómo se hace pues, aunque puede que se expresen correctamente, quizá utilicen un vocabulario que a veces puede resultar pedante en ciertos ambientes. Les cuesta comprender las reglas sociales no escritas esperar un turno dar las gracias y también tienen dificultades para entender un chiste, una metáfora, el sarcasmo y por supuesto cómo se puede hacer una broma.

A todo ello se añaden las dificultades que pueden presentar para mantener el contacto ocular, las estereotipias, la rigidez y otras características que afectan a cómo son vistos por otros compañeros e incluso por la empresa ya que a menudo pueden ser tildados de *bichos raros* o incluso de *locos*, con las connotaciones negativas que ello conlleva para la persona con TEA (ansiedad o depresión, por ejemplo). Así, estas situaciones de *mobbing* se producen al ser vistos como inferiores debido a estas diferencias, arrastrando en muchas ocasiones este tipo de episodios desde la edad escolar en la que el niño o el joven con TEA es frecuentemente objeto de burlas y de bullying (casi la mitad de los niños autistas sufren bullying alguna vez en su vida)¹¹. Termina la víctima por sentirse culpable ante los abusos de poder que en el mundo laboral sufren por parte de compañeros y/o superiores, intentando agradar para ser incluidos de forma real y efectiva en la organización.

Estas situaciones dificultan la autonomía de los jóvenes y adultos con TEA, asignatura pendiente de las organizaciones que atienden a este colectivo, mucho más volcadas con la infancia. Y es que la autonomía y la independencia personales son importantísimas para el óptimo desarrollo de la vida adulta, pero en el caso de una persona con déficit en su ámbito social — como es el caso — la autonomía se convierte en una necesidad clínica para garantizar su bienestar emocional y su crecimiento personal.

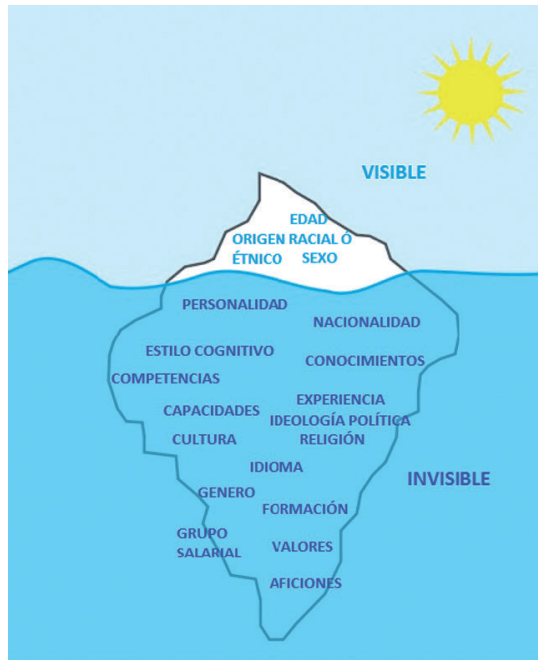
Y si, como se ha destacado anteriormente, ya es difícil la inclusión laboral de las personas con esta *discapacidad invisible* y social que es el TEA se añade a esta la dificultad de que hasta los propios servicios médicos que a instancias de la empresa deben vigilar la salud de las personas trabajadoras en cualquier organización carecen de la formación y el conocimiento suficiente para abordar las dificultades relacionadas con la realización de su trabajo y por tanto aconsejar las medidas de adaptación necesarias, por no decir que hasta la propia formación e información en materia de prevención de riesgos laborales no es totalmente accesible¹².

10 El TEA es un trastorno de origen neurobiológico que afecta a la configuración del sistema nervioso y al funcionamiento cerebral, dando lugar a dificultades en dos áreas principalmente: la comunicación e interacción social y la flexibilidad del pensamiento y de la conducta.

11 Véase: <<https://plazatea.net/acoso-escolar-a-personas-con-tea/>>.

12 SÁNCHEZ GUERRERO, A.: «Adaptación del puesto de trabajo para personas afectadas del trastorno del espectro del autismo». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 3 (2022), pág.323. Disponible en: <<https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v19n2/0718-5200-estconst-19-02-38.pdf>>.

En este sentido, resulta muy ilustrativa la analogía del iceberg para describir este concepto, en el que una parte de la diversidad es visible y nos sirve para entender la importancia de aquello que no es visible a priori en las personas y que debe ser puesto en valor (Casanova, 2008)¹³ y así, ninguna de las dos partes del iceberg puede ser ignorada.



Analogía del Iceberg adaptado de: Casanova, 2008

2. DISCAPACIDAD Y EMPLEO

Recientemente, las novedades introducidas por la Ley de Empleo¹⁴ han supuesto un importante cambio ya que, entre otras cuestiones, esta ley modifica la Ley General de derechos de personas con discapacidad, equiparando en algunos aspectos, la incapacidad permanente con la discapacidad.

Y ese es el aspecto que destacamos de esta ley de empleo, la mencionada equiparación de la discapacidad y de la incapacidad permanente a efectos del empleo. Básicamente lo que quiere decir esto es que todas aquellas personas que tengan una incapacidad permanente, total, o gran invalidez tendrán, entre otros, el beneficio de poder acceder a un empleo protegido. Hasta la fecha y desde que se aprobó la Ley General de personas con discapacidad en 2013 no se había regulado este aspecto. Además, en el mes de noviembre de 2018, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictó tres sentencias, 992, 993 y 994, resolviendo recursos de unificación de doctrina, en las que declaró ultra vires el artículo 4.2 del 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 su inclusión social.

¹³ CASANOVA, M.: *Diversidad, fuente de innovación y conocimiento*. I Congreso Internacional Alares, Buenos Aires, febrero 2008.

¹⁴ Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. Boletín Oficial del Estado, núm. 51, de 1 de marzo de 2023.

De acuerdo con estas sentencias, no era posible considerar de manera automática como persona con discapacidad a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

En concreto, a los centros especiales de empleo solo se podía acceder con una discapacidad del 33% como mínimo. Con esta nueva norma, se equiparán a las más 947.000 personas pensionistas de incapacidad permanente con las personas con discapacidad reconocida que van a concurrir en competencia para poder tener estos beneficios vinculados al empleo protegido.

Además, las personas con incapacidad permanente van a contar para cumplir con el cupo de personas con discapacidad del 2% obligatorio en empresas con más de 50 personas trabajadoras, incluyéndolos también en la cuota de reserva para personas con discapacidad en el acceso al empleo público. Esta cuestión tan controvertida ha hecho que algunos colectivos de personas con discapacidad piensen que esta medida pueda ser perjudicial, porque entrarían en concurrencia con las personas con incapacidad permanente que ahora se ven beneficiadas. En este sentido, puede que las demandas realizadas por parte de los centros especiales de empleo que se encontraban con ciertas dificultades estén detrás de todo esto ya que ahora se encontrarán con un abanico mucho mayor de personas trabajadoras al incluir a las que tienen una incapacidad permanente.

En cifras y, como base a nuestro argumento de partida en cuanto a la diferente visión que las empresas tienen de una discapacidad y otra, según los datos que arroja el informe “El empleo de las personas con discapacidad” publicado por el Instituto Nacional de Estadística con respecto al 2021 y en cuanto a las tasas de actividad y empleo por tipo de discapacidad¹⁵, las tasas de empleo de las personas con discapacidad intelectual se señalan en un 17,2% y la de las personas con discapacidad mental en un 17,7% frente a la cifra que señala para la discapacidad “física y otras” marcada con un 34,5%.

Asimismo, y en torno a los datos que se recogieron como conclusiones en el I Congreso de Emprendimiento y Discapacidad¹⁶, se evidencia que la discapacidad más representativa en el empleo en esta ocasión por cuenta propia corresponde a la física con grados reconocidos de entre un 33 y un 44%. Quiere esto decir que, a mayor grado, más dificultades encuentran en su inserción laboral. En cuanto a los sectores en los que trabajan las personas con discapacidad, predominan en los servicios de restauración, personales, protección, vendedores, contables y administrativos.

A la vista de estas cifras, podemos deducir que se suman a las dificultades en el acceso al empleo de las personas con discapacidad la discriminación interseccional que se produce o en su vertiente Discapacidad-Edad o Discapacidad-Sexo, al ser las mujeres con discapacidad las que menor cifra de empleo por cuenta propia realizan. En palabras de Luján Ramos:

15 INE: *Mercado laboral: el empleo de las personas con discapacidad*. Disponible en: <<https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?tpx=49183>>.

16 <<https://www.discapnet.es/evento/i-congreso-nacional-emprendimiento-discapacidad>>.

“La discriminación interseccional es una diferencia irracional, subjetiva y desproporcionada de trato basada en dos o más causales de discriminación las cuales concurren conjuntamente. Por lo que un mismo acto discriminatorio posee fundamentos compuestos cuya interacción crea una situación discriminatoria, que, al atacar diversos elementos de la identidad del sujeto, presenta una afrenta particular y agravada a su dignidad”¹⁷.

Por último, cabría reseñar otro de los hándicaps importantes con los que se encuentran las personas con discapacidades no visibles, y que son los prejuicios y estigmas — y discriminación — y que en referencia a la fibrosis quística¹⁸ se destacan que no suceden en el empleo protegido, que está amparado por la información y la legislación adaptada, por lo que se puede deducir que la información y sensibilización generan entornos “amigables” con la diferencia. Y en el mercado laboral ordinario actual, si no se generan este tipo de entornos será muy difícil que se valoren las capacidades y la calidad, más allá de la cantidad. Las acciones de sensibilización y formación en el entorno laboral son un servicio que se ofrece como proyecto para la inserción laboral de personas con discapacidad en el entorno ordinario (Pallisera et al., 2003)¹⁹. Y es ahí donde fundamentalmente incidirá la responsabilidad social empresarial, en formar, sensibilizar y concienciar a cerca de los sesgos y estigmas de los que se impregnan todos los procesos para la incorporación y permanencia de las personas con discapacidad en la empresa ordinaria.

3. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS Y LA DISCAPACIDAD

Son numerosas las definiciones de responsabilidad social corporativa (RSC), entre ellas destacamos las siguientes:

“La Responsabilidad Social de la Empresa es, además del cumplimiento estricto de las obligaciones legales vigentes, la integración voluntaria en su gobierno y gestión, en su estrategia, políticas y procedimientos, de las preocupaciones sociales, laborales, medioambientales y de respeto a los derechos humanos que surgen de la relación y el diálogo transparentes con sus grupos de interés, responsabilizándose así de las consecuencias y los impactos que se derivan de sus acciones”¹⁶.

La ISO 26000 también define la RSC como

“La responsabilidad de una organización ante los impactos que sus decisiones y actividades ocasionan en la sociedad y en el medio ambiente, mediante un comportamiento ético y transparente que contribuya al desarrollo sostenible,

17 LUAN RAMOS, D.: «Discriminación interseccional, desarrollo del concepto, inclusión en la jurisprudencia del Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos, el concepto en la jurisprudencia nacional». *Estudios constitucionales*, vol. 19, núm. 2 (2021), pág. 39. Disponible en: <<https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v19n2/0718-5200-estconst-19-02-38.pdf>>.

18 ESTEBAN ROMANI, L., BOTIJA YAGÜE, M., ALABAU DE LERA, E.: «Inclusión laboral y discapacidad invisible. Hacia una reflexión sobre las barreras y posibilidades del mercado laboral ordinario». *Revista Española De Discapacidad*, núm. 9-2 (2021), págs. 24-43. Disponible en: <<https://www.cedid.es/redis/index.php/redis/article/view/704>>.

19 PALLISERA, M.; VILA, M.; VALLS, M. J.: «The current situation of supported employment in Spain: analysis and perspectives based on the perception of professionals». *Disability & Society*, vol. 18, núm.6 (2003), págs. 797-810.

incluyendo la salud y el bienestar de la sociedad, que toma en consideración las expectativas de las partes interesadas, que cumpla con la legislación aplicable y sea coherente con la normativa internacional de comportamiento, y que está integrada en toda la organización y se lleva a la práctica en sus relaciones”.

Y una definición relativamente reciente es la que hace la Comisión Europea (2011) que señala que la RSC “es la responsabilidad de las empresas por su impacto en la sociedad”²⁰.

Y es que llevar a la práctica la RSC es adoptar una responsabilidad ética por encima del marco legal al que estamos obligados porque

“La Responsabilidad Social de la Empresa es, además del cumplimiento estricto de las obligaciones legales vigentes, la integración voluntaria en su gobierno y gestión, en su estrategia, políticas y procedimientos, de las preocupaciones sociales, laborales, medio ambientales y de respeto a los derechos humanos que surgen de la relación y el diálogo transparentes con sus grupos de interés, responsabilizándose así de las consecuencias y los impactos que se derivan de sus acciones”²¹.

La RSC es un sistema de gestión orientado a la mejora permanente, que pretende asegurar el cumplimiento, y la capacidad de desarrollar una organización que observa, que dialoga, que aprende, que mejora, que encuentra las mejores prácticas, que innova, que crea confianza, que genera sostenibilidad. Así, las empresas sin importar su tamaño y las organizaciones cualesquiera que estas sean, pueden introducirla en su funcionamiento, en la gestión de los valores internos, en la introducción de criterios de compra, en criterios de buen gobierno y transparencia, en suma, en la relación con todos sus colaboradores, clientes, personas trabajadoras, incluyéndolos más allá de su condición o generando dialogo con sus grupos de interés entre los que se encuentran las entidades que apoyan y vertebran a las personas con discapacidad. Y así, es más importante no tanto medir o cuantificar la RSC como la forma en que es percibida — a pesar de ser intangible —. En gran medida es un estilo, una cultura organizativa, un liderazgo. Un modelo de organización o de empresa.

Pero, en ocasiones, la RSC no se comprende, no se conoce pues queda confundida con prácticas filantrópicas, prácticas de sostenibilidad ambiental o, por qué no, con la contratación de personas con discapacidad o en riesgo de exclusión social. Porque algunas de estas buenas prácticas son confundidas con el todo que constituye la estrategia de RSC. Confusión que también se genera en el hecho socialmente extendido de que la RS solo es cuestión de grandes empresas. Se piensa erróneamente que la persona emprendedora primero tendría que crecer y luego establecer esas “buenas prácticas” cuando este diseño debería estar presente en la fase inicial de planificación del proyecto empresarial mediante el progreso de una política bien definida para así conformar desde sus comienzos el modelo de negocio que se quiere desarrollar.

La empresa es una organización creada por las personas, que dispone de una serie de recursos (humanos, económicos y materiales) para obtener una producción (bienes, servicios), destinada a cubrir unas necesidades de dichas personas. Y es en este punto donde

20 COMISIÓN EUROPEA: *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas*, COM(2011) 681 final, Bruselas, 25.10.2011, apdo. 3.1, p. 7.

21 Foro de Expertos en Responsabilidad Social de las Empresas: *Informe*, 2007, pág. 7.

debemos señalar la importancia de estas pues hemos de considerar “la responsabilidad de las empresas por su impacto en la sociedad”²².

A este respecto y de acuerdo con el estudio realizado por EY y DIRSE sobre el *Impacto del COVID-19 en las prioridades de la RSC/Sostenibilidad y en el rol de sus profesionales* y dado a conocer el 15-6-2020²³, el 86% de los encuestados cree que la función de responsabilidad social cambiará en la “nueva normalidad” y el 64% opina que los cambios serán permanentes destacando la importancia de la salud y seguridad, que aumentan más de un 40% y el impacto social y la digitalización y el talento en más de un 20%. Y es que, las funciones de los profesionales de la responsabilidad social que más crecen son las relacionadas con el cambio cultural, la participación en el plan estratégico, el diálogo y la acción social.

Llegados a este punto convendría analizar por qué es necesario relacionar la responsabilidad social corporativa con la discapacidad. En primer lugar, no solamente porque es un colectivo mayoritario dentro de los grupos minoritarios sino porque es un colectivo que tradicionalmente ha sido discriminado a la hora de acceder a los diferentes productos y servicios debido a la falta de accesibilidad universal y diseño para todos. Y porque es uno de los factores que compone la denominada diversidad. La diversidad es un elemento que hay que potenciar y que se convierte en estratégica en la gestión de personas y que añade valor. No solo porque es una cuestión de equidad y justicia social, sino porque está demostrado que la diversidad de competencias, habilidades, conocimientos, experiencias, valores, actitudes y opiniones de las personas que componen las empresas y organizaciones, incrementan sus resultados o su visibilidad y prestigio en su caso.

La situación de desventaja del colectivo que nos ocupa radica en una baja tasa de actividad ya que solo una de cada cuatro personas con discapacidad está ocupada, realidad en la que subyace un bajo nivel educativo y una elevada cifra de abandono escolar temprano de los jóvenes con discapacidad en nuestro país. Y es que, como hemos visto anteriormente, el empleo que las personas con discapacidad se centran en ocupaciones elementales, con poco valor añadido.

Al margen del cumplimiento de la cuota de reserva de empleo de personas con discapacidad que se enmarca en la responsabilidad legal de las empresas en materia de discapacidad, la responsabilidad social de las empresas en este campo se caracteriza por la voluntariedad, que constituye un proceso dinámico ajustable a la realidad de cada empresa y sector y en el que, en muchas ocasiones, llega a donde no puede llegar el ordenamiento jurídico.

La incorporación en las empresas de este colectivo y la comunicación con este grupo se ve facilitada por el hecho de que las personas con discapacidad cuentan con entidades representativas de una gran profesionalidad, entre las que destaca la Fundación ONCE y el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), que es la plataforma que engloba a todas las organizaciones de este ámbito. Por ello, es importante

22 COMISIÓN EUROPEA: *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014...*, cit.

23 VVAA: *Impacto del COVID-19 en las prioridades de la RSC/Sostenibilidad y en el rol de sus profesionales*, DIRSE, EY, 2020. Disponible en: <https://www.dirse.es/wp-content/uploads/2020/06/200622-Impacto-COVID-19_RSC_Sostenibilidas-v8.pdf>.

que la empresa tenga en cuenta a las organizaciones de personas con discapacidad en los procesos de consulta generales que realice periódicamente con sus grupos de interés.

La discapacidad es un aspecto de creciente regulación. Una empresa responsable ha de respetar la normativa, buscando la excelencia en el cumplimiento de esta, y haciendo propios los principios regulados. A este respecto interesa destacar, fundamentalmente, el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social (Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre – BOE 03/12/2013), sin olvidar otras normas como el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), que considera la posibilidad de primar entre los proveedores a aquellos que emplean a personas con discapacidad.

Hemos puesto de manifiesto la importancia de que las empresas diseñen y desarrollen políticas de diversidad y en este sentido, La Ley 15/2022 en su artículo 25.31 incluye la expresa referencia a la necesidad de aplicar métodos o instrumentos suficientes para la detección, la adopción de medidas preventivas y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias. Asimismo, el Artículo 25.1 de la misma norma y el artículo 27.2 amplían la responsabilidad a los empleadores cuando la discriminación se produzca en el ámbito de organización o dirección y no se hayan tomado las medidas necesarias. Se contempla así la figura de los “planes de diversidad” que más allá de la obligación legal, regula de cierta manera a dónde debe dirigirse la RSC para incorporar la diversidad a las organizaciones y, como no, la discapacidad.

Se ha señalado que “podemos hablar de RSE y Discapacidad, en adelante “RSE-D”, como la incorporación de manera transversal de la dimensión de la discapacidad en las diferentes vertientes de la política de RSE de las empresas, considerando al colectivo de personas con discapacidad entre sus grupos de interés”²⁴.

Por último, y en cuanto a la terminología utilizada, nos enfrentamos a la necesidad de evolucionar el concepto de Responsabilidad Social Corporativa (RSC) hacia la idea de Sostenibilidad Corporativa ya que, en estos años, “en torno a la RSC se ha generado un “efecto halo” asociado a los programas sociales y a la filantropía empresarial, efecto que ha “secuestrado” su verdadera naturaleza”²⁵.

Y es que, “la RSC hoy se relaciona más con programas sociales no necesariamente vinculados a la actividad de la empresa que con, por ejemplo, la gestión íntegra y ética de las multinacionales en el proceso de globalización, la identificación de nuevas oportunidades de mercado con impacto positivo en la sociedad o la gestión de riesgos derivados del negocio en aspectos sociales, económicos o ambientales”²⁶.

Así, el 26 de junio de 2020 la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) aprobó la revisión parcial del Código de Buen Gobierno de Sociedades Cotizadas de

24 <<https://www.foroinsera.es/rse-d>>.

25 TELEFÓNICA: *Y al final, la acción social desplazó a la RSC*, 7.7.2021. Disponible en: <<https://www.telefonica.com/es/sala-comunicacion/blog/y-al-final-la-accion-social-desplazo-a-la-rsc/>>.

26 PINILLOS, A.A.; FERNÁNDEZ, J. L.: «De la RSC a la sostenibilidad corporativa: una evolución necesaria para la creación de valor». *Harvard-Deusto Business Review*, vol. 207, núm. 1 (2011), pág. 5-21. Disponible en: <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/60981510/De_la_RSC_a_la_sostenibilidad_corporativa>.

2015²⁷ y, al referirse a las modificaciones introducidas en las recomendaciones 53, 54 y 55 relacionadas con la Responsabilidad Social Corporativa, el organismo regulador refiere que “se realizan algunos ajustes técnicos y se sustituye el término responsabilidad social corporativa por el más amplio y utilizado actualmente de sostenibilidad en relación con aspectos medioambientales, sociales y de gobierno corporativo (ESG)”.

4. OTRAS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN

En primer lugar y sobre cómo las empresas se han ido incorporando a la inclusión laboral de personas con discapacidad dentro de sus reportes de sostenibilidad y cómo las han vinculado con la RSC nos encontramos con Pérez, Magaña y Aquino, 2017²⁸; Khan, Korac Kakabadse, Skouloudis y Dimopoulos, 2018²⁹; Segovia, Saavedra y Fernández, 2015³⁰; Lock y Seele, 2016³¹.

En cuanto a las percepciones de las personas trabajadoras con respecto a la inclusión de personas con discapacidad dentro de las políticas de RSC de las empresas y los factores que afectan a la integración de la discapacidad, dirigidos a reclutar una fuerza laboral diversa disponemos de los estudios de Pérez, Romeo y Yepes-Baldó, 2018³²; Gould, Parker, Mullin y Jones, 2019³³.

Y, por último, de cómo la inclusión de personas con discapacidad dentro de las empresas refuerza el vínculo de valor con la plantilla, Chun Huang, Chen, 2015³⁴ y también

- 27 COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES (CNMV). Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas Revisado en junio 2020. Disponible en: <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CBG_2020.pdf>.
- 28 PÉREZ, A., MAGAÑA, D., y AQUINO, S. (2017). «Beneficios del sector empresarial para la inclusión laboral de personas con discapacidad». *Revista del Centro de Estudios Latinoamericanos de Educación Inclusiva*, vol.1, núm. 1 (2017), pág. 46-70. Disponible en: <<https://www.academica.org/polyphnia.revista.de.educacion.inclusiva/9.pdf>>.
- 29 KHAN, N., KORAC-KAKABADSE, N., SKOLOUDIS, A., y DIMOPOULOS, A. «Diversity in the workplace: An overview of disability employment disclosures among UK firms». *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, núm. 26 (2018), pág. 170-85. Disponible en: <<https://doi.org/10.1002/csr.1669>>.
- 30 SEGOVIA-SAN JUAN, A., SAAVEDRA, I., y FERNÁNDEZ DE TEJADA, V. «Analyzing disability in Socially Responsible Companies». *Soc Indic Res*, núm. 1 (2018), pág. 29. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/286904437_Analyzing_Disability_in_Socially_Responsable_Companies>
- 31 LOCK, I., y SEELE, P. «The Credibility of CSR Reports in Europe. Evidence from a Quantitative Content Analysis in 11 Countries». *Journal of Cleaner Production*, núm. 122 (2016), pág. 186-200. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/296301391_The_Credibility_of_CSR_Reports_in_Europe_Evidence_from_a_Quantitative_Content_Analysis_in_11_Countries>
- 32 PÉREZ, F., ROMEO, M., y YEPES-BALDÓ, M. «The Corporate Social Responsibility policies for the inclusion of people with disabilities as predictors of employees- identification, commitment and absenteeism». *Anal. Psicol.* [online]. 2018, vol.34, núm. 1 (2018), pág. 101-107. Disponible en: <<https://scielo.icsiii.es/pdf/ap/v34n1/0212-9728-ap-34-01-00101.pdf>>
- 33 GOULD, R., PARKER, S., MULLIN, C., y JONES, R. «Disability, diversity, and corporate social responsibility: learning from recognized leaders in inclusion». *Journal of Vocational Rehabilitation*, núm. 52 (2020) pág. 29-42. Disponible en: <<https://content.iospress.com/download/journal-of-vocational-rehabilitation/jvr191058?id=journal-of-vocational-rehabilitation%2Fjvr191058>>
- 34 CHUN HUANG, I., y CHEN, R. (2015). «Employing People with Disabilities in the Taiwanese Workplace: Employers' Perceptions and Considerations». *Rehabilitation Counseling Bulletin*, vol. 59, núm.1 (2015), pág. 43-54. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/283020904_Employing_People_With_Disabilities_in_the_Taiwanese_Workplace_Employers'_Perceptions_and_Considerations>

sobre cuáles son las percepciones que tienen los consumidores frente a las acciones de RSC de las empresas, González, Díaz y Simonetti, 2016³⁵; Palihawadana, Oghazi y Liu, 2016³⁶.

Por nuestra parte, esta investigación está avanzando en la actualidad en analizar la repercusión en la negociación colectiva en Málaga y en las actividades con mejor perspectiva de empleo para indagar a cerca de la existencia o no de los posibles factores en los que los convenios colectivos de aplicación a estas actividades empresariales podrían incidir en su contribución para la inclusión en el empleo ordinario de personas con discapacidad intelectual o del desarrollo, favoreciendo su acceso al empleo, contemplando cómo deben ser las condiciones de trabajo de las mismas o bien si contienen o no medidas antidiscriminación en el acceso al empleo o en el desempeño. De esta forma, analizaremos si las empresas afectadas por dichos textos y que no contemplen tales aspectos, pueden llegar a través de la RSC a implementarlos en sus políticas.

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

La nueva definición de discapacidad intelectual pone énfasis en el apoyo a las personas en lugar de centrarse en las dificultades. En este sentido, Plena Inclusión España propone la innovadora guía “Apoyos 2030” como herramienta que contiene importantes aspectos para mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad. Así, se pone en evidencia que existe una urgente necesidad de cambiar la perspectiva sobre la discapacidad intelectual y del desarrollo.

Hemos señalado como la nueva Ley de Empleo ha equiparado la incapacidad permanente con la discapacidad, permitiendo a las personas con incapacidad permanente acceder a empleo protegido, lo que no está exento de polémica entre las entidades de la discapacidad por cuanto que pueda significar un perjuicio para las personas con discapacidad en el acceso a este tipo de empleo. Sin embargo, a nuestro entender, uno de los mayores desafíos en cuanto a la inclusión de las personas con discapacidad es su inclusión en la empresa ordinaria y cómo es la percepción de la discapacidad en el ámbito laboral, especialmente hacia las discapacidades invisibles como el Trastorno del Espectro del Autismo (TEA) en detrimento de las discapacidades más visibles y las discapacidades físicas, que cuentan con una mayor tasa de empleabilidad.

Como vehículo facilitador de la inclusión laboral de personas con discapacidad destacamos el papel de la Responsabilidad Social en las Empresas pues ésta implica ir más allá del cumplimiento legal, integrando preocupaciones sociales y laborales. Así, la RSC y la discapacidad (RSE-D) deben considerarse de manera más transversal en la estrategia empresarial, promoviendo la inclusión y la diversidad.

Por otra parte, nos encontramos con investigaciones que exploran cómo las empresas abordan la inclusión laboral de las personas con discapacidad en sus informes

35 GONZÁLEZ, R., DÍAZ, C., y SIMONETTI, B. «Corporate Social Responsibility perception versus human values: a structural equation modeling approach». *Journal of Applied Statistics*, vol. 43, núm. 13 (2016), pág. 2396-2415 1-21. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/299444654_Corporate_Social_Responsibility_perception_versus_human_values_a_structural_equation_modeling_approach>

36 PALIHAWADANA, D., OGHAZI, P., y LIU, Y. (2016). «Effects of ethical ideologies and perceptions of CSR on consumer behavior». *Journal of Business Research*, vol. 69, núm.11 (2016), pág. 4964-4969. Disponible en: < <https://eprints.whiterose.ac.uk/100442/3/PalihawadanaEffects%20of%20ethical%20ideologies%20and%20perceptions%20of%20CSR%20.pdf>>

de sostenibilidad, las percepciones de los empleados sobre esas políticas y, como la inclusión fortalece la conexión entre la empresa y la plantilla, así como la percepción de los consumidores hacia las acciones de RSC.

En resumen, se destaca la importancia de cambiar la percepción sobre la discapacidad, especialmente hacia las discapacidades invisibles como el TEA y promover la inclusión en el ámbito laboral con un enfoque integral que aborde prejuicios, cambios legislativos significativos y un compromiso genuino de las empresas y su dirección. Imprescindible asimismo considerar la RSC como una herramienta estratégica para fomentar la diversidad y mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad. La evolución hacia la Sostenibilidad Corporativa refleja una comprensión más integral y ética de la responsabilidad empresarial, destacando la importancia de considerar a las personas con discapacidad como parte esencial de la comunidad laboral y social.

A modo de propuesta inicial y, dado que existen muchas posibilidades de que en una empresa cualquiera haya personas con discapacidad entre su plantilla o sus familiares y/o allegados o entre sus colaboradores, nos parece muy útil como herramienta de acercamiento de la discapacidad a la organización, la realización de un breve cuestionario dirigido a la plantilla en el que se señale brevemente con qué tipo de discapacidad está familiarizada la persona trabajadora y cuáles son sus características, necesidades y dificultades. De esta forma, daremos un paso más allá en el empleo con apoyo, haciendo partícipes y protagonistas a las propias personas que componen las organizaciones como agente de cambio hacia el conocimiento y la visibilización de la discapacidad.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AZUERO, D.: *La comunicación de la RSE. Propuestas para un modelo de comunicación responsable*. Forética, Madrid, 2014. Disponible en <<http://www.sumarse.org.pa/site/wp-content/uploads/2014/07/Comunicacion-de-la-RSE-foretica.pdf>>.
- BELL B.S., KLEIN K.J.: «Effects of disability, gender, and job level on ratings of job applicants», *Rehabilitation Psychology*, núm. 46 (2001).
- CASANOVA, M.: *Diversidad, fuente de innovación y conocimiento*. I Congreso Internacional Alares, Buenos Aires, febrero 2008.
- CESARE S.J., TANNENBAUM R.J., DALESSIO A.: «Interviewers decisions related to applicant handicap type and rater empathy». *Human Performance*, vol. 3, núm. 3 (1990), págs. 157-171.
- CHUN HUANG, I., y CHEN, R. (2015). «Employing People with Disabilities in the Taiwanese Workplace: Employers' Perceptions and Considerations». *Rehabilitation Counseling Bulletin*, vol. 59, núm.1 (2015), pág. 43-54. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/283020904_Employing_People_With_Disabilities_in_the_Taiwanese_Workplace_Employers'_Perceptions_and_Considerations>
- COMISIÓN EUROPEA: *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas*, COM(2011) 681 final, Bruselas, 25.10.2011.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES (CNMV). Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas Revisado en junio 2020. Disponible en: <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CBG_2020.pdf>.

Foro de Expertos en Responsabilidad Social de las Empresas: *Informe*, 2007.

ESTEBAN ROMANI, L., BOTIJA YAGÜE, M., ALABAU DE LERA, E.: «Inclusión laboral y discapacidad invisible. Hacia una reflexión sobre las barreras y posibilidades del mercado laboral ordinario». *Revista Española De Discapacidad*, núm. 9-2 (2021), pág. 24-43. Disponible en: <<https://www.cedid.es/redis/index.php/redis/article/view/704>>.

GARCÍA TABUENCA, P.: «Trastorno del espectro autista (TEA)». *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud*, núm. 22 (2016), págs. 149-162.

GONZÁLEZ, R., DÍAZ, C., y SIMONETTI, B. «Corporate Social Responsibility perception versus human values: a structural equation modeling approach». *Journal of Applied Statistics*, vol. 43, núm. 13 (2016), pág. 2396-2415 1-21. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/299444654_Corporate_Social_Responsibility_perception_versus_human_values_a_structural_equation_modeling_approach>

GOULD, R., PARKER, S., MULLIN, C., y JONES, R. «Disability, diversity, and corporate social responsibility: learning from recognized leaders in inclusion». *Journal of Vocational Rehabilitation*, núm. 52 (2020) pág. 29-42. Disponible en: <<https://content.iospress.com/download/journal-of-vocational-rehabilitation/jvr191058?id=journal-of-vocational-rehabilitation%2Fjvr191058>>

JONES B.J., GALLAGHER B.J., KELLEY J.M., MASSARI L.O.: «A survey of Fortune 500 corporate policies concerning the psychiatrically handicapped». *The Journal of Rehabilitation*, Vol. 57, núm. 4 (1991), págs. 31-35.

KHAN, N., KORAC-KAKABADSE, N., SKOLOUDIS, A., y DIMOPOULOS, A. «Diversity in the workplace: An interview of disability employment disclosures among UK firms». *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, núm. 26 (2018), pág. 170-85. Disponible en: <<https://doi.org/10.1002/csr.1669>>.

LOCK, I., y SEELE, P. «The Credibility of CSR Reports in Europe. Evidence from a Quantitative Content Analysis in 11 Countries». *Journal of Cleaner Production*, núm. 122 (2016), pág. 186-200. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/296301391_The_Credibility_of_CSR_Reports_in_Europe_Evidence_from_a_Quantitative_Content_Analysis_in_11_Countries>

LUAN RAMOS, D.: «Discriminación interseccional, desarrollo del concepto, inclusión en la jurisprudencia del Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos, el concepto en la jurisprudencia nacional». *Estudios constitucionales*, vol. 19, núm. 2 (2021), pág. 39. Disponible en: <<https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v19n2/0718-5200-estconst-19-02-38.pdf>>.

- NAFUKHO F.M., ROESSLER R.T. y KACIREK K.: «Disability as a diversity factor: Implications for human resource practices». *ADHR*, núm. 12 (2010), págs. 395-406.
- PALIHAWADANA, D., OGHAZI, P., y LIU, Y. (2016). «Effects of ethical ideologies and perceptions of CSR on consumer behavior». *Journal of Business Research*, vol. 69, núm.11 (2016), pág. 4964-4969. Disponible en: < <https://eprints.whiterose.ac.uk/100442/3/PalihawadanaEffects%20of%20ethical%20ideologies%20and%20perceptions%20of%20CSR%20.pdf>>
- PALLISERA, M.; VILA, M.; VALLS, M. J.: «The Current Situation of Supported Employment in Spain: analysis and perspectives based on the perception of professionals». *Disability & Society*, vol. 18, núm.6 (2003), pág. 797-810.
- PÉREZ, A., MAGAÑA, D., y AQUINO, S. (2017). «Beneficios del sector empresarial para la inclusión laboral de personas con discapacidad». *Revista del Centro de Estudios Latinoamericanos de Educación Inclusiva*, vol.1, núm. 1 (2017), pág. 46-70. Disponible en: <<https://www.academica.org/polyphnia.revista.de.educacion.inclusiva/9.pdf>>.
- PÉREZ, F., ROMEO, M., y YEPES-BALDÓ, M. «The Corporate Social Responsibility policies for the inclusion of people with disabilities as predictors of employees-identification, commitment and absenteeism». *Anal. Psicol.* [online]. 2018, vol.34, núm. 1 (2018), pág. 101-107. Disponible en: <<https://scielo.isciii.es/pdf/ap/v34n1/0212-9728-ap-34-01-00101.pdf>>
- PINILLOS, A.A.; FERNÁNDEZ, J. L.: «De la RSC a la sostenibilidad corporativa: una evolución necesaria para la creación de valor». *Harvard-Deusto Business Review*, vol. 207, núm. 1 (2011), pág. 5-21. Disponible en: <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/60981510/De_la_RSC_a_la_sostenibilidad_corporativa>.
- SÁNCHEZ GUERRERO, A.: «Adaptación del puesto de trabajo para personas afectadas del trastorno del espectro del autismo». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 3 (2022), pág. 311-382.
- SCHALOCK, R.L., LUCKASSON, R., TASSÉ, M.J.: *Discapacidad intelectual: definición, diagnóstico, clasificación y sistemas de apoyos* (AAIDD, 12ª edición). Hogrefe TEA Ediciones, Madrid, 2021, pág. 14.
- SEGOVIA-SAN JUAN, A., SAAVEDRA, I., y FERNÁNDEZ DE TEJADA, V. «Analyzing disability in Socially Responsible Companies». *Soc Indic Res*, núm. 1 (2018), pág. 29. Disponible en: < https://www.researchgate.net/publication/286904437_Analyzing_Disability_in_Socially_Responsibile_Companies>
- STONE D.L. y COLELLA A.: «A model of factors affecting the treatment of disabled individuals in organization». *Academy of Management Review*, núm. 21 (1996), págs. 352-401.
- VVAA: *Apoyos 2030: un viaje para avanzar hacia apoyos personalizados y en comunidad*, Plena Inclusión, Madrid, 2021. Disponible en <<https://www.plenainclusion.org/wp-content/uploads/2021/06/Apoyos2030-WEB.pdf>>.

VVAA: *Impacto del COVID-19 en las prioridades de la RSC/Sostenibilidad y en el rol de sus profesionales*, DIRSE, EY, 2020. Disponible en: <https://www.dirse.es/wp-content/uploads/2020/06/200622-Impacto-COVID-19_RSC_Sostenibilidas-v8.pdf>.

CAPÍTULO XVI

CAUSAS DE LA RENUNCIA AL TRABAJO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

CARLOS CANDELA AGULLÓ
Profesor Permanente Doctor
Universidad Miguel Hernández

1. PARTICIPACIÓN SOCIAL

La participación, tanto en el sistema educativo como en el mercado laboral, constituye un indicador de oportunidades, no solo de trabajo sino de participación social, interacción con otras personas, autonomía, independencia, y calidad de vida. Se trata de oportunidades para que las personas con discapacidad intelectual puedan sentirse parte de la ciudadanía con pleno derecho.

Según los datos más recientes del INE¹, las personas con discapacidad en edad laboral representan el 6,3% del total de la población en edad laboral. La Tasa de Actividad muestra cómo solo el 27% de las personas con discapacidad intelectual en edad laboral trabaja o está en proceso de búsqueda de empleo. Una participación baja, si la comparamos con la participación del colectivo general de personas con discapacidad (34%) y, sobre todo, si la comparamos con la población sin discapacidad (78%).

El nivel de estudios de las personas con discapacidad en edad laboral es un indicador de las oportunidades de desarrollo laboral de este colectivo. El 61% de las personas con discapacidad en edad laboral tiene un nivel de estudios correspondiente a “*Secundaria y programas de formación e inserción laboral*”, mientras que un 20% tiene “*Estudios de Primaria*”, y un 19% tiene “*Estudios superiores*”. Estos datos hacen referencia a las personas con discapacidad, sin especificar el tipo. Si atendemos a los datos sobre la discapacidad intelectual, según el INE, tan solo el 16% de todas las personas con discapacidad intelectual está cursando estudios, frente al 24% de la población sin discapacidad. Estos porcentajes hacen referencia a la población total, en los grupos de edad encontramos igualmente diferencias entre la población con y sin discapacidad. En el rango de 16 a 24 años, edad en la que se suelen desarrollar los estudios conducentes a la capacitación o habilitación

¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. INE. Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia, 2021.

para trabajar, hay un 59% de las personas con discapacidad intelectual que está cursando estudios, frente a un 75% de personas sin discapacidad.

Cuando hablamos de cifras, solemos centrar la atención en el porcentaje de personas con discapacidad intelectual que están activas (27%)². Sin embargo, esto significa que el 73% de las personas con discapacidad intelectual no están activas, ni trabajan ni buscan empleo, por lo que nos interesa conocer los motivos que provocan que un porcentaje tan elevado de personas no pueda trabajar. Esta situación de exclusión de las personas con discapacidad intelectual denota su elevada vulnerabilidad³, ante la que es necesario aplicar medidas específicas de protección de los derechos, para garantizar la accesibilidad y plena participación social.

Los datos muestran la baja participación educativa y laboral de las personas con discapacidad intelectual, lo que limita sus oportunidades de desarrollo social y personal. Este capítulo pretende analizar las causas de la renuncia al trabajo de las personas con discapacidad intelectual, revisando los motivos que influyen en su decisión de trabajar o no trabajar.

2. MOTIVOS DE RENUNCIA

¿Por qué hay un porcentaje tan elevado de personas con discapacidad intelectual que no participa en el entorno laboral? En respuesta a esta pregunta, encontramos diferentes factores que pueden ayudar a comprender por qué tantas personas renuncian al trabajo o directamente no se plantean trabajar.

La participación de las personas con discapacidad intelectual en la actividad laboral depende de multitud de factores, relacionados con ámbitos muy diferentes. Podemos diferenciar entre factores propios de las organizaciones laborales, relacionados con sus características y forma de hacer las cosas, y otros factores propios de los entornos social, cultural, educativo y familiar.

2.1. Factores organizacionales

Una parte de la investigación se ha dedicado al análisis del impacto de los factores organizacionales sobre las oportunidades de acceso y promoción de las personas con discapacidad en el ámbito laboral. Los factores internos a las organizaciones laborales, tales como la cultura, la estructura, las políticas y las prácticas organizacionales resultan determinantes a la hora de comprender el proceso de inserción de las personas con discapacidad intelectual en el ámbito laboral⁴. La forma en que la organización gestiona la discapacidad va a tener un impacto directo sobre la percepción de justicia y reconocimiento de valía de la persona con discapacidad intelectual que desempeña su trabajo en esa organización.

2 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. INE. *Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia*, 2021.

3 HEIKKILÄ, M., KATSUI, H. y MUSTANIEMI-LAAKSO, M.: «Disability and vulnerability: A human rights reading of the responsive state». *The International Journal of Human Rights*, vol. 24, núm. 8, 2020, pág. 1183.

4 ALCOVER DE LA HERA, C. M. y PÉREZ TORRES, V.: «Trabajadores con discapacidad: problemas, retos y principios de actuación en salud ocupacional». *Medicina y Seguridad del Trabajo*, núm. 57, suplemento 1, 2011, pág. 206-223.

La *cultura organizacional*, entendida como conjunto de cogniciones compartidas por los miembros de una organización y adquiridas por aprendizaje social, determina la experiencia social de las personas que participan en la organización. Las culturas organizacionales, que se ven impregnadas por actitudes negativas y estereotipos sobre las personas con discapacidad, generan falsas expectativas sobre las posibilidades de interacción y comunicación, y sobre el rendimiento de las personas con discapacidad⁵. De esta forma, este tipo de cultura organizacional es un elemento disuasorio, que va a generar rechazo hacia la organización cuando las personas con discapacidad intelectual perciben ese tipo de actitudes.

La cultura organizacional puede suponer una barrera para las personas con discapacidad, desde el punto de vista actitudinal, comportamental o físico⁶, haciendo que muchas personas perciban el mundo organizacional/laboral como un entorno en el que no tienen cabida o en el que no encontrarán una buena acogida. La cultura de aceptación de la exclusión se mantiene gracias a la presencia de los estereotipos sobre la discapacidad⁷. Las actitudes negativas surgen por los estereotipos acerca de la discapacidad, el afecto negativo o la incomodidad de estar con personas con discapacidad. Estas actitudes negativas tienen un impacto directo sobre la respuesta de las personas con discapacidad, quienes perciben el trabajo injusto y con bajas expectativas⁸. Por otra parte, los comportamientos de marginación o evitación tienen el mismo efecto, reduciendo las posibilidades de inserción laboral de este colectivo.

Algo similar sucede con las políticas y prácticas organizacionales, la estructura organizacional o las normas y valores, si no están preparadas para la aceptación de la diversidad se sumarán a la lista de factores negativos para la inclusión. Las *políticas organizacionales* pretenden contribuir a los objetivos de la organización estableciendo las actividades y métodos necesarios para el logro de los objetivos. Las políticas organizacionales determinan el diseño del trabajo, los procedimientos de selección de personal y los sistemas de recompensas en la organización⁹. Estos aspectos son fundamentales para el desarrollo de las personas en el lugar de trabajo, por lo que el diseño de políticas, que no tienen en cuenta la diversidad que supone la discapacidad, tiene una gran influencia sobre las posibilidades de inserción y desarrollo profesional de las personas con discapacidad.

En relación a las *prácticas organizacionales*, las personas con discapacidad perciben un trato injusto en los procedimientos como, por ejemplo, la toma de decisiones organizacionales. La percepción de justicia en la toma de decisiones, principalmente en cuestiones relacionadas con el salario, la promoción y la distribución del trabajo, es un

5 SCHUR, L., KRUSE, D. y BLANCK, P.: «Corporate culture and the employment of personas with disabilities». *Behavioral Sciences and the Law*, núm. 23, 2005, pág. 6.

6 *Ibidem*, pág. 5.

7 SNYDER, L. A., CARMICHAEL, J. S., BLACKWELL, L. V., CLEVELAND, J. N. y THORNTON, G. C.: «Perceptions of discrimination and justice among employees with disabilities». *Employee Responsibilities and Rights Journal*, núm. 22, 2010, pág. 6.

8 *Ibidem*, pág. 11.

9 STONE, D. L., y COLELLA, A.: «A model of factors affecting the treatment of disabled individuals in organizations». *The Academy of Management Review*, vol. 21, núm. 2, 1996, pág. 371.

factor determinante del compromiso y lealtad de los miembros de una organización¹⁰. Cuando las decisiones se basan en estereotipos o actitudes negativas hacia la discapacidad, las personas con discapacidad se ven expuestas a decisiones que generan marginación o limitación de oportunidades, lo que aumenta su percepción de injusticia en la toma de decisiones. Las personas con discapacidad intelectual tienen que desarrollar su actividad en un contexto laboral que no tiene en cuenta la discapacidad, al menos de forma transversal en sus políticas y prácticas organizacionales.

La *estructura* representa la estrategia de la organización para mejorar su adaptación al entorno y aumentar su competitividad. La estructura determina la forma en que se dividen y reparten las tareas, y los mecanismos de coordinación para el logro de los objetivos¹¹. La estructura organizativa establece las formas de interacción entre las personas dentro de la organización, lo que puede condicionar una de las formas de discriminación oculta: el trato inapropiado en las relaciones interpersonales, como resultado de la presencia de estereotipos acerca de las características, relaciones, capacidad de comunicación y rendimiento de las personas con discapacidad intelectual¹².

La *satisfacción laboral* y la *calidad de vida laboral* percibida por las personas con discapacidad son dos factores determinantes de la continuidad o abandono en el trabajo. La satisfacción laboral implica un adecuado equilibrio entre las demandas y los recursos¹³. La satisfacción laboral de una persona con discapacidad intelectual va más allá de la posibilidad de obtener un empleo, es necesario lograr un equilibrio entre la normalización, o semejanza de condiciones de trabajo con los trabajadores sin discapacidad, los apoyos recibidos, el ambiente en el contexto del trabajo y el ajuste de las características de las tareas a las habilidades del trabajador. Cuando la persona se expone a una situación con altas demandas, que supera sus capacidades o recursos para afrontarlas, entonces se produce el estrés laboral que, si se cronifica, puede dar lugar al síndrome del *burnout* o estar quemado por el trabajo¹⁴. Este es uno de los principales riesgos psicosociales que afectan a las personas con discapacidad intelectual, que puede suponer un obstáculo en su calidad de vida laboral y, por tanto, en su desarrollo o incluso en su continuidad en el trabajo.

Hasta ahora se han revisado los factores propios de las organizaciones, por lo que se podría pensar que estos factores solo afectan a las personas que participan en las organizaciones; de esta forma, las personas con discapacidad que aún no han entrado en contacto con estas organizaciones estarían a salvo de su influencia negativa y desalentadora. Sin embargo, no es así, porque los factores organizacionales se transmiten a la sociedad y pasan a formar parte de la cultura general, porque las personas que sí participan en estas organizaciones transmiten estos valores y experiencias al resto de la sociedad. De esta forma, la cultura organizacional pasa a formar parte del imaginario social, que representa cómo se hacen las cosas en las organizaciones. Las organizaciones laborales son entidades sociales

10 JENARO, C., FLORES, N., CABALLO, C., ARIAS, B. y DE ELENA, J.: «Demandas y riesgos psicosociales en trabajadores con discapacidad intelectual». *Comunicación e Ciudadanía*, núm. 2, 2007, pág. 237.

11 OSCA SEGOVIA, A.: «*Psicología de las organizaciones*». Ed. Sanz y Torres, Madrid, 2004, pág. 99.

12 SNYDER, L. A., CARMICHAEL, J. S., BLACKWELL, L. V., CLEVELAND, J. N. y THORNTON, G. C.: «Perceptions of discrimination and justice among employees with disabilities», cit., pág. 9.

13 FLORES, N., JENARO, C., GONZÁLEZ-GIL, F., y GARCÍA-CALVO, P. M.: «Análisis de la calidad de vida laboral en trabajadores con discapacidad». *Zerbitzuan – Revista de Servicios Sociales*, núm. 47, 2010, pág. 102.

14 *Ibidem*, pág. 97.

que forman parte de un entramado social más amplio, la sociedad general. Por tanto, las personas que no trabajan pueden recibir el impacto de una cultura organizacional que no acepta la diferencia que supone la discapacidad, y por tanto, rechaza su potencialidad. Este mensaje se transmite y llega más allá de los límites de la organización.

En el ámbito laboral, tradicionalmente se orientaba a la persona con discapacidad intelectual hacia las actividades agrícolas o artesanas. Sin embargo, el mercado laboral está inmerso en un proceso imparable de automatización y mecanización de las tareas, lo que implica un aumento del nivel de cualificación requerido, dificultando aún más la inserción laboral de las personas con discapacidad.¹⁵

Los estudios sobre igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral plantean el concepto de “*techo de cristal*”¹⁶, para ilustrar los factores invisibles que dificultan el acceso de las mujeres a los puestos directivos. Desde la perspectiva de la Psicología de Género, los estudios plantean que no sólo hay que centrar la atención sobre los factores que impiden la promoción, que suelen ser factores organizacionales como la cultura, las políticas y las prácticas organizacionales, sino también atender a los factores que dificultan despegar a las personas en su desarrollo profesional, por lo que se alude al “*suelo pegajoso*”. Este concepto trata de representar los factores que impiden a las personas promocionar en su carrera profesional. La aplicación de este concepto al análisis de las oportunidades de inserción laboral de las personas con discapacidad intelectual supone centrar la atención en los motivos por los que no pueden o no se plantean trabajar, más allá de las barreras que encuentran en el propio ámbito laboral.

2.2. Factores de la administración pública

Los motivos de renuncia al trabajo de las personas con discapacidad intelectual se pueden encontrar en diversos factores, la mayoría relacionados con el impacto que genera en la persona las prácticas y actitudes que perciben en el entorno, ya sea organizacional, social o familiar, y esto sucede tanto en las personas que ya trabajan como las que aún no han iniciado su proceso de inserción laboral. Pastor y Ros¹⁷ analizan los itinerarios de inserción laboral de jóvenes con discapacidad intelectual, con el fin de conocer los procesos sociales, familiares y personales que influyen en la inserción social y laboral. Según esta investigación, existen diversas limitaciones y obstáculos que dificultan la inserción laboral como, por ejemplo, las dificultades en el acceso a los recursos disponibles desde la administración pública, entre otras.

La persona con discapacidad intelectual dispone de múltiples recursos para su desarrollo laboral, gracias al crecimiento de los servicios ofrecidos por la administración en los últimos años. Los Programas de Cualificación Profesional Inicial (PCPI) ofrecen

15 ROJAS CASTILLO, M.: «Percepciones sobre discapacidad intelectual y su relación con las expectativas de inserción laboral por los padres de familia de los niños (as) del CEBE “Niño Jesús de Praga” de la ciudad de Puno». *Revista de Investigaciones de la Escuela de Posgrado*, vol. 7, núm. 93, 2018, pág. 646.

16 BARBERÁ HEREDIA, E., SARRIÓ CATALÁ, M., y RAMOS LÓPEZ, M.A. «*Mujeres directivas: promoción profesional en España y el Reino Unido*». Universitat de València, Institut Universitari d'Estudis de la Dona, 2000, pág. 31.

17 PASTOR SELLER, E., y ROS PIQUERAS, J.: «Análisis longitudinal de los itinerarios de inserción ocupacional y laboral de jóvenes con discapacidad intelectual tras la escolaridad obligatoria». *Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, núm. 9, 2015, pág. 75.

recursos de formación centrados en las competencias personales y profesionales útiles para la inserción laboral. Los centros para el empleo protegido, como el Centro Especial de Empleo y el Empleo con Apoyo, son otras opciones para la inserción laboral de las personas con discapacidad intelectual. Los Centros de Día son un recurso disponible para las personas con necesidades de apoyo extenso y generalizado¹⁸. Los recursos privados ofrecen un apoyo adicional para trabajar con personas con posibilidades de inserción laboral y acceso a los recursos sociales normalizados.

A pesar de la existencia de estos servicios, es probable encontrar dificultades en la asignación de recursos y centros, debido a las carencias en la evaluación de necesidades o la falta de plazas disponibles. Los recursos son insuficientes, las listas de espera son habituales, y no hay suficientes centros adecuados para los tipos de discapacidad¹⁹. El Centro de Día es un recurso necesario para las personas con necesidades de apoyo extenso y generalizado, pero las plazas disponibles no son suficientes para asumir la demanda existente sobre este servicio.

Además, podemos encontrar otras dificultades añadidas, como son el desconocimiento acerca de los recursos existentes, los servicios para personas que requieren apoyos menores no están garantizados, faltan recursos para personas con trastornos mentales, se han reducido las subvenciones para la formación y el empleo de personas con discapacidad intelectual, y la existencia de limitaciones geográficas y de transporte para acceder a dichos recursos. Según el lugar de residencia, la accesibilidad a los recursos es diferente. Las personas que viven en zonas rurales o alejadas de las poblaciones con más recursos, encuentran mayores dificultades para el aprovechamiento de los recursos.

2.3. Factores relacionados con la educación

Las instituciones educativas han mejorado la atención al alumnado con discapacidad intelectual, en las diferentes etapas educativas²⁰, a través de políticas y planes de acción para asegurar la igualdad de oportunidades, el acceso universal y el respeto para todos y todas. Aunque se han logrado grandes avances en la situación de los estudiantes con discapacidad en la educación, la participación sigue siendo baja para este colectivo, que se enfrenta a un proceso educativo marcado por la vulnerabilidad y la desigualdad.

Las personas con discapacidad presentan un nivel formativo menor que la media de la población española²¹, debido a las dificultades de integración en la educación, por ciertas prácticas de exclusión y discriminación que siguen presentes en el contexto educativo²². Las personas con discapacidad que están ocupadas sufren una integración laboral más

18 PASTOR SELLER, E., y ROS PIQUERAS, J.: «Análisis longitudinal de los itinerarios de inserción ocupacional y laboral de jóvenes con discapacidad intelectual tras la escolaridad obligatoria», *cit.*, pág. 85.

19 *Ibidem*, pág. 83.

20 RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. M.: «El alumnado de Educación Secundaria Obligatoria con discapacidad intelectual leve en España». *Revista Nacional e Internacional de Educación Inclusiva*, vol 10, núm. 1, 2017, pág. 82.

21 SÁNCHEZ ALCOBA, A.: «Inserción sociolaboral de las personas con discapacidad en la Región de Murcia. Análisis sociológico para la intervención social». Tesis doctoral. Universidad de Murcia, 2020, pág. 87.

22 NIETO CARMONA, C., y MORIÑA DÍEZ, A.: «Barreras y facilitadores para la inclusión educativa de personas con discapacidad intelectual». *Siglo Cero*, vol. 53, núm. 2, 2021, pág. 30.

precaria, porque su menor nivel educativo genera mayores dificultades para el desarrollo de su actividad laboral.

Además, se observa una falta de continuidad en las etapas posteriores a la educación primaria, lo que impide a las personas con discapacidad obtener una formación completa, que facilite su proceso de inserción laboral. Las personas con discapacidad intelectual muestran los niveles más bajos de formación en las etapas posteriores a la primaria, esto es, en secundaria, en los programas de formación e inserción laboral y en la educación superior. Las mayores dificultades se localizan en la formación complementaria relativa a la integración y acceso al mercado laboral. Las personas que tienen menos oportunidades de acceso a la educación y la formación complementaria están menos preparadas para la desarrollar su trayectoria laboral y social.

Un factor socio-educativo implicado en la decisión de trabajar es la generación de una orientación hacia el trabajo. La realización de talleres ocupacionales facilita desarrollar en la persona con discapacidad una orientación hacia el trabajo, apoyada por el desarrollo de destrezas y habilidades básicas para la ejecución de tareas, y el desarrollo de otras competencias relevantes para el trabajo como la autoestima, actitud positiva, trabajo en equipo o las relaciones interpersonales²³.

Los obstáculos a la inclusión que encontramos en la educación limitan el aprendizaje, la pertenencia y la participación activa en condiciones de igualdad. Los mismos factores pueden resultar obstáculos o facilitadores, dependiendo de cómo afronten el trato con las personas con discapacidad²⁴. El profesorado juega un papel fundamental, porque su actitud influye en el compromiso con el aprendizaje del alumnado con discapacidad, en el aprovechamiento de los recursos disponibles. Para que la actitud sea positiva, resulta necesario que el profesorado comparta los valores, objetivos y prácticas de la inclusión. Además, se precisa el uso de estrategias metodológicas diversas y ajustables a las características del grupo. En cuanto a las competencias personales del perfil docente, destaca la importancia de la autorreflexión, supervisión, compromiso profesional, paciencia, empatía y comprensión. Los estudiantes con discapacidad valoran en el profesorado el compromiso con la enseñanza y la persistencia en fomentar el aprendizaje, además del trabajo personalizado y privado para temas delicados, utilizando la empatía, la comprensión y la motivación. Mientras que el profesorado que no favorece el aprendizaje del alumnado con discapacidad es aquel profesorado que se muestra poco comprometido con la enseñanza, poco dispuesto a atender las necesidades particulares de este colectivo, altamente disciplinarios e impacientes, y preocupados únicamente por los estudiantes con rendimiento académico alto.

Otro factor relevante del ámbito educativo es el currículo. El currículo debe garantizar el acceso de todo el alumnado a las competencias clave para su desarrollo, a través del ajuste a las necesidades, estilos de aprendizaje y diversidades inherentes a cada persona. Si el plan de estudios no se puede adaptar a los estudiantes, los resultados académicos y

23 LUCERO ALBÁN, P. C. y ROMERO CHICO, R. A.: «Modelo de empleo con apoyo para la inserción laboral de las personas con discapacidad intelectual leve en Ecuador». *Revista Publicando*, vol. 3, núm. 7, 2016, pág. 61.

24 LUCERO ALBÁN, P. C. y ROMERO CHICO, R. A.: «Modelo de empleo con apoyo para la inserción laboral de las personas con discapacidad intelectual leve en Ecuador», cit., pág. 31.

su bienestar psicosocial se verán afectados. Las aulas inclusivas permiten la adaptación del currículo a las necesidades de cada persona, mejorando los resultados académicos y el bienestar social y psicológico, por lo que son la mejor opción para el desarrollo cognitivo y social del alumnado con discapacidad intelectual. Otro elemento clave del currículo es la evaluación, que puede suponer una barrera para los estudiantes con discapacidad, porque viven con mayor estrés que el resto su proceso de evaluación. Cuando la evaluación se basa en el modelo del aprendizaje memorístico y no está adaptada en contenido y forma a las necesidades del alumnado con discapacidad, genera desmotivación, ansiedad, experiencia negativa y mayores dificultades para este alumnado.

La relación con compañeros y compañeras es un factor relevante en el desarrollo social, con alto impacto sobre las posibilidades de desarrollo académico de las personas con discapacidad intelectual. Las experiencias sociales positivas de las personas con discapacidad, como tener amistades o sentirse queridas o integradas en el grupo, generan bienestar y calidad de vida, que a su vez previene el abandono de los estudios. La relación con iguales fomenta el sentido de pertenencia e identidad personal, que constituye un factor clave para la inclusión y desarrollo integral del alumnado con discapacidad intelectual en el ámbito educativo. Las actitudes positivas en la relación entre iguales que facilita el proceso de aprendizaje incluyen la ayuda en la comprensión de tareas o explicaciones de clase, la defensa ante situaciones de discriminación o simplemente la ausencia de discriminación. Por otra parte, las actitudes negativas que suponen una barrera para el desarrollo del aprendizaje de las personas con discapacidad incluyen comportamientos de discriminación e intimidación, por medio de exclusión y de agresiones verbales o físicas. Este tipo de actitudes por parte de compañeros y compañeras supone una barrera para el desarrollo académico, por el impacto que tienen sobre la conducta social y la respuesta emocional de la persona, tanto dentro como fuera del centro educativo.

Otros agentes del ámbito educativo que juegan un papel relevante en la inclusión educativa de las personas con discapacidad intelectual son el personal de apoyo. Cualquier profesional implicado en el apoyo al estudiante con discapacidad, ya sean asistentes a la diversidad, monitores o tutores de apoyo, juega un papel relevante como facilitador o barrera para el desarrollo académico. Diferentes estudios²⁵ evidencian la percepción negativa sobre las clases de apoyo, por la falta de contenidos académicos y la estigmatización que supone la diferenciación entre clases regulares y clases de apoyo. Sin embargo, el profesorado de apoyo se convierte en aliado del estudiante con discapacidad, que puede facilitar su proceso de aprendizaje y adaptación al contexto educativo. Destaca la importancia de la colaboración entre docentes, familias y otros servicios de apoyo para potenciar la inclusión educativa y social del alumnado con discapacidad²⁶.

2.4. Factores relacionados con el entorno familiar

El entorno familiar juega un papel fundamental en el proceso de inserción laboral. El apoyo que la persona recibe desde su núcleo familiar cercano es determinante a la hora de comprender la motivación para iniciar el proceso de inserción laboral y posterior desarrollo y promoción profesional de la persona con discapacidad intelectual. Cuando

25 NIETO CARMONA, C., y MORIÑA DÍEZ, A.: «Barreras y facilitadores para la inclusión educativa de personas con discapacidad intelectual», cit., pág. 33.

26 *Ibidem*, pág. 33.

el entorno facilita a las personas con discapacidad el acceso a determinados servicios, se está fomentando la autonomía y participación ciudadana, que constituyen procesos fundamentales para la inclusión social, educativa y laboral.

Es cierto que la familia está en constante evolución, siguiendo los cambios políticos, económicos y culturales producidos en la sociedad²⁷. Fruto de estos cambios se impone un modelo dominante de familia de tamaño reducido, en la que la madre trabaja fuera de casa, vive en espacios reducidos y con cierto alejamiento de la familia extensa. A pesar de los cambios mencionados, la familia sigue cumpliendo las mismas funciones básicas: *económica*, provisión de recursos; *cuidado físico*, provisión de seguridad, descanso y recuperación; *afectividad*, provisión de cariño, amor y estima; *educación*, provisión de oportunidades de aprendizaje, socialización y autodefinición; y *orientación*, provisión de referencias. Las familias tienen diferentes características que resultan importantes para comprender la forma de afrontar la discapacidad. Algunos elementos son el entorno físico, el tamaño, las características de sus componentes, los sistemas de valores y normas, ideologías y estereotipos, expectativas, estructura, o las actividades que realizan²⁸.

Las expectativas de padres y madres sobre las posibilidades de inserción laboral de sus hijos e hijas es un factor determinante a la hora de ofrecer apoyo para el proceso de inserción. Es importante destacar que estas expectativas dependen de la percepción que la familia tiene acerca de la discapacidad intelectual; cuanto más positiva es la percepción, mayores expectativas de inserción y mayor apoyo ofrecido²⁹. En los casos en los que la familia tiende a sobreproteger, por evitar dificultades a sus hijos e hijas o bien porque no conoce las capacidades reales, entonces está generando una limitación, reduciendo las posibilidades de tener una vida independiente y tomar sus propias decisiones³⁰.

Las familias con personas con discapacidad se enfrentan habitualmente a situaciones de elevado estrés, como pueden ser las revisiones médicas, dificultades en la escolarización, el rechazo y estigma social o la educación junto con otros hijos e hijas³¹. Estas situaciones generan altas demandas a nivel físico, emocional y social, por lo que las familias suelen desarrollar estrategias de afrontamiento dirigidas a estas demandas, pero que generan actitudes de baja confianza en la inserción social y laboral de sus hijos e hijas con discapacidad. Este proceso explica las actitudes de sobreprotección que se suelen generar en las familias de personas con discapacidad intelectual.

27 FANTOVA, F.: «Trabajando con las familias de las personas con discapacidad». *Siglo cero*, vol. 31, núm. 192, 2000, pág. 37.

28 *Ibidem*, pág. 40.

29 ROJAS CASTILLO, M.: «Percepciones sobre discapacidad intelectual y su relación con las expectativas de inserción laboral por los padres de familia de los niños (as) del CEBE “Niño Jesús de Praga” de la ciudad de Puno», cit., pág. 651.

30 PASTOR SELLER, E., y ROS PIQUERAS, J.: «Análisis longitudinal de los itinerarios de inserción ocupacional y laboral de jóvenes con discapacidad intelectual tras la escolaridad obligatoria», cit., pág. 84.

31 DELGADO CATALÁN, S., ARIAS ASTRAY, A., y SOTOMAYOR MORALES, E.: «Jóvenes con discapacidad intelectual en la Universidad: entre la sobreprotección y la autodeterminación», *Siglo Cero*, 53, núm. 2, 2022, pág. 149.

2.5. Factores relacionados con la persona

Diferentes variables individuales influyen en la decisión de trabajar de las personas con discapacidad intelectual. Principalmente, el tipo y grado de discapacidad y el género son variables personales que generan una respuesta en los demás, activando los estereotipos y generando actitudes negativas hacia la persona con discapacidad. La percepción del rechazo por parte de las personas del entorno es uno de los motivos de la renuncia al trabajo de las personas con discapacidad intelectual.

El tipo y grado de discapacidad juegan un papel relevante en la comprensión de los motivos de renuncia al trabajo. Según el tipo y grado de discapacidad, se genera una respuesta diferente en el entorno de la persona, que puede ser más o menos negativa. Determinados estereotipos son específicos según el tipo de discapacidad³², por lo que se generan prejuicios y actitudes estigmatizadoras específicas para cada discapacidad. Por ejemplo, la discapacidad intelectual genera más rechazo que la discapacidad física, de forma que las personas en el contexto laboral se sienten más cómodas trabajando con personas con discapacidad física que con personas con discapacidad intelectual.

Incluso se han detectado diferencias en la preferencia de contratación por parte de las empresas, de forma que se generan mayores expectativas de rendimiento y adaptación al trabajo sobre la discapacidad física, y menores expectativas sobre la discapacidad intelectual o psicológica. El resultado es que las personas con una discapacidad física son mejor valoradas en habilidades y rendimiento laboral, mientras que las personas con una discapacidad intelectual tienen una menor valoración por la idea estereotipada de su baja capacidad de adaptación y comunicación, que a su vez se ve aumentada por el grado de discapacidad. Por lo tanto, es esperable que las personas con discapacidad intelectual sean consideradas peores candidatas a un puesto de trabajo, en comparación con las personas sin discapacidad o con una discapacidad física.

Por otra parte, el género es otra variable relevante a tener en cuenta en este análisis. La variable género tiene impacto sobre las oportunidades de desarrollo profesional de las mujeres, a través de los roles y estereotipos de género. Las mujeres se enfrentan a la “doble discriminación”, por ser mujer y por tener una discapacidad. Cuando se unen ambos tipos de discriminación, el efecto sobre la desigualdad es exponencial.

Los roles de género, como comportamientos y actividades tipificadas por género, son determinantes del proceso de identidad de género³³, es decir, un hombre y una mujer se identifican con su género porque desarrollan una serie de comportamientos y actividades aceptados socialmente para ese género. Por otra parte, los estereotipos de género son creencias sobre las diferencias entre hombres y mujeres sobre las características de masculinidad y feminidad, y contribuyen a la aparición de actitudes y comportamientos de discriminación, basados en el poder y la superioridad. El nivel de conocimiento acerca de las características de la discapacidad se relaciona de forma inversa con el nivel de estereotipo sobre la misma: a mayor información, menor estereotipo. Tanto los roles como los estereotipos de género provocan actitudes de discriminación hacia las mujeres.

32 SNYDER, L. A., CARMICHAEL, J. S., BLACKWELL, L. V., CLEVELAND, J. N. y THORNTON, G. C.: «Perceptions of discrimination and justice among employees with disabilities», cit., pág. 14.

33 BARBERÁ HEREDIA, E.: «*Psicología del género*». Ariel Psicología, Barcelona, 1998, pág. 19.

La mujer con discapacidad se enfrenta a situaciones de discriminación en todas las áreas de desarrollo, como son la familia, la educación y el empleo. Por lo tanto, encontramos barreras provocadas por la doble discriminación en cualquiera de las etapas necesarias para que la persona adquiera las competencias requeridas para una vida autónoma: la educación y socialización inicial en el entorno familiar, la educación y formación en los centros educativos y la inserción laboral en el contexto organizacional. Es posible encontrar motivos para la renuncia al empleo en cualquiera de las etapas o ámbitos referidos anteriormente: una actitud sobreprotectora, especialmente con las mujeres, en el seno de su familia, y actitudes discriminatorias y excluyentes tanto en el contexto educativo como laboral, basadas en estereotipos que ponen en duda el valor, la capacidad y la autonomía de la mujer con discapacidad.

3. CONCLUSIONES

A lo largo de este capítulo se han revisado los diferentes factores que pueden explicar por qué las personas con discapacidad intelectual renuncian al trabajo, o directamente no se plantean trabajar. Se han destacado dificultades en el entorno organizacional, en los servicios ofrecidos por la administración, en el ámbito educativo y en el contexto familiar, que pueden activar la renuncia al trabajo o bien desactivar el deseo o la necesidad de trabajar.

La baja participación de las personas con discapacidad intelectual en la educación y el trabajo se explica por diversas barreras y dificultades que encuentran en estos entornos, y que afectan a su identidad, autoconcepto y autoestima. Un factor transversal a todos los ámbitos analizados es el de los estereotipos. En el ámbito familiar, los estereotipos acerca de las capacidades y potencialidades de la persona con discapacidad pueden provocar actitudes de sobreprotección por parte de los padres y las madres, que limitan las oportunidades de desarrollo e inserción socio-laboral de sus hijos o hijas con discapacidad. En el ámbito educativo, la presencia de estereotipos acerca de las características y posibilidades de interacción, comunicación y rendimiento escolar afecta a las posibilidades de establecer relaciones de amistad, de integrarse en los grupos y de mejorar su rendimiento académico. Mientras que en el contexto laboral, estos mismos estereotipos juegan un papel relevante en la percepción de la calidad de vida y la aceptación por parte de compañeros y compañeras, así como las oportunidades de permanencia en el trabajo y de promoción en su desarrollo profesional.

Ante esta situación, se propone la inclusión como un medio para superar las barreras a las que han de enfrentarse las personas con discapacidad intelectual en su desarrollo personal y laboral. La normalización de la participación de las personas con discapacidad intelectual en todos los ámbitos de la vida social es un proceso necesario para contribuir al logro de la inserción laboral para este colectivo. Es necesario que se incluya activamente a las personas con discapacidad intelectual en la sociedad, y específicamente en los sistemas educativo y laboral, como un derecho fundamental de la persona. La inclusión laboral cumple una triple función, al permitir el ejercicio del derecho al trabajo, el aprendizaje y la participación social. La inclusión laboral contribuye a la mejora de la calidad de vida y el desarrollo personal, profesional y económico de la persona.³⁴

34 ROJAS CASTILLO, M.: «Percepciones sobre discapacidad intelectual y su relación con las expectativas de inserción laboral por los padres de familia de los niños (as) del CEBE “Niño Jesús de Praga” de la ciudad de

Para lograr dicha participación, es necesario implementar medidas en los diferentes ámbitos analizados en este capítulo. Por ejemplo, en relación a los recursos ofrecidos desde la administración pública, se requiere revisar la cartera de servicios de la dependencia; diversificar la oferta de centros y servicios adaptados a los distintos grados de afectación teniendo en cuenta sus capacidades y competencias, en lugar de sus limitaciones; valorar las necesidades de apoyo de la persona en los procesos de evaluación, planificación y supervisión; ofrecer a la persona y la familia información adecuada y la correcta derivación a los servicios; favorecer la accesibilidad a los recursos desde cualquier zona de residencia; consolidar programas de cualificación profesional inicial; y garantizar las subvenciones al empleo protegido.

En el ámbito educativo, resulta necesario revisar la formación inicial y permanente del docente, con el fin de asegurar el reconocimiento de los principios de la educación inclusiva, además de dotar al docente con nuevas herramientas metodológicas para facilitar su actuación en el aula en la gestión de la diversidad: por ejemplo, la metodología activa que facilita la inclusión es aquella en la que el alumnado es el protagonista del proceso de enseñanza, respetando los ritmos de aprendizaje. La metodología que facilita el aprendizaje significativo es aquella que incluye actividades de exploración, manipulación y experimentación. El profesorado actúa como facilitador del aprendizaje cuando reconoce la diversidad, contribuye a la eliminación de los estereotipos y condena la exclusión y discriminación del alumnado con discapacidad. Para mejorar la actitud de los iguales y generar relaciones significativas del alumnado con discapacidad, que representa un factor clave en la inclusión, es necesario aplicar métodos participativos en el aula, para el trabajo en grupo, la interdependencia en las tareas o la motivación para el aprendizaje.

En el ámbito del trabajo, las medidas que pueden mejorar la calidad de vida laboral percibida por las personas con discapacidad son el acceso al empleo normalizado, revisión de los sistemas de remuneración, reducir las demandas y potenciar los recursos, fomentar una cultura organizacional de aceptación y respeto de la diversidad, ofrecer retroalimentación sobre el desempeño, aumentar la autonomía del trabajador a través de la participación en la toma de decisiones, ofrecer oportunidades para asumir responsabilidades, y ofrecer información sobre sus funciones, responsabilidades y obligaciones, entre otras.

Por último, en relación al ámbito familiar, se requiere mejorar la información sobre la discapacidad y sobre los recursos disponibles para las familias, especialmente en relación con la información, la orientación, el apoyo emocional, la formación, la asesoría y la promoción de la participación.

A través de la inclusión se lograría vencer estereotipos sobre la discapacidad, porque mejoraría el conocimiento de la sociedad acerca de las características y potencialidades de las personas con discapacidad; se lograría generar actitudes integradoras que aumentarían el bienestar y calidad de vida percibida por las personas con discapacidad, mejorando sus oportunidades de desarrollar una vida social y laboral plena.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCOVER DE LA HERA, C. M. y PÉREZ TORRES, V.: «Trabajadores con discapacidad: problemas, retos y principios de actuación en salud ocupacional». *Medicina y Seguridad del Trabajo*, núm. 57, suplemento 1, (2011), pág. 206-223.
- BARBERÁ HEREDIA, E.: «*Psicología del género*». Ariel Psicología, Barcelona, 1998.
- BARBERÁ HEREDIA, E., SARRIÓ CATALÁ, M., y RAMOS LÓPEZ, M.A.: *Mujeres directivas: promoción profesional en España y el Reino Unido*. Universitat de València, Institut Universitari d'Estudis de la Dona, Valencia, 2000.
- DELGADO CATALÁN, S., ARIAS ASTRAY, A., y SOTOMAYOR MORALES, E.: «Jóvenes con discapacidad intelectual en la universidad: entre la sobreprotección y la autodeterminación». *Siglo Cero*, 53, núm. 2, (2022), 145-165.
- FANTOVA AZCOAGA, F.: «Trabajando con las familias de las personas con discapacidad». *Siglo cero*, vol. 31, núm. 192 (2000), pág. 33-49.
- FLORES, N., JENARO, C., GONZÁLEZ-GIL, F., y GARCÍA-CALVO, P. M. «Análisis de la calidad de vida laboral de los trabajadores con discapacidad». *Zerbitzuan – Revista de Servicios Sociales*, núm. 47, (2010), pág. 95-107.
- HEIKKILÄ, M., KATSUI, H. y MUSTANIEMI-LAAKSO, M.: «Disability and vulnerability: A human rights reading of the responsive state». *The International Journal of Human Rights*, vol. 24, núm. 8 (2020), pág. 1180-1200.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE). Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia, 2021. Obtenido el 24 de julio de 2023. <<https://www.ine.es/dynt3/inebase/index.htm>>.
- JENARO, C., FLORES, N., CABALLO, C., ARIAS, B. y DE ELENA, J.: «Demandas y riesgos psicosociales en trabajadores con discapacidad intelectual». *Comunicación e Ciudadanía*, núm. 2, (2007), pág. 231-250.
- LUCERO ALBÁN, P. C. y ROMERO CHICO, R. A.: «Modelo de empleo con apoyo para la inserción laboral de las personas con discapacidad intelectual leve en Educador». *Revista Publicando*, vol. 3, núm. 7, (2016), pág. 57-68.
- NIETO CARMONA, C., y MORIÑA DÍEZ, A.: «Barreras y facilitadores para la inclusión educativa de personas con discapacidad intelectual». *Siglo Cero*, vol. 53, núm. 2, (2021), pág. 29-49.
- OSCA SEGOVIA, A.: «*Psicología de las organizaciones*». Ed. Sanz y Torres, Madrid, 2004.
- PASTOR SELLER, E., y ROS PIQUERAS, J.: «Análisis longitudinal de los itinerarios de inserción ocupacional y laboral de jóvenes con discapacidad intelectual tras la escolaridad obligatoria». *Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, núm. 9, (2015), pág. 73-90.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. M.: «El alumnado de Educación Secundaria Obligatoria con discapacidad intelectual leve en España». *Revista Nacional e Internacional de Educación Inclusiva*, vol. 10, núm. 1 (2017), pág. 79-102.

- ROJAS CASTILLO, M.: «Percepciones sobre discapacidad intelectual y su relación con las expectativas de inserción laboral por los padres de familia de los niños (as) del CEBE “Niño Jesús de Praga” de la ciudad de Puno». *Revista de Investigaciones de la Escuela de Posgrado*, vol. 7, núm. 93, (2018), pág. 645-652.
- SÁNCHEZ ALCOBA, A.: «*Inserción laboral de las personas con discapacidad en la Región de Murcia. Análisis sociológico para la intervención social*» (Tesis doctoral). Universidad de Murcia, Murcia, 2020.
- SCHUR, L., KRUSE, D. y BLANCK, P.: «Corporate culture and the employment of persons with disabilities». *Behavioral Sciences and the Law*, núm. 23, (2005), pág. 3-20.
- SNYDER, L. A., CARMICHAEL, J. S., BLACKWELL, L. V., CLEVELAND, J. N. y THORNTON, G. C.: «Perceptions of discrimination and justice among employees with disabilities». *Employee Responsibilities and Rights Journal*, núm. 22, (2010), pág. 5-19.
- STONE, D. L., y COLELLA, A.: «A model of factors affecting the treatment of disabled individuals in organizations». *The Academy of Management Review*, vol. 21, núm. 2, (1996), pág. 352-401.

CAPÍTULO XVII

ASPECTOS CLAVE PARA UNA INSERCIÓN LABORAL EXITOSA EN PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL: EL MODELO DE LA ASOCIACIÓN TAMARIT

MIGUEL ÁNGEL AGULLÓ AGULLÓ

Asociación Tamarit de personas con discapacidad intelectual límite y ligera de Elche

En este capítulo voy a hablar sobre el proyecto de inclusión sociolaboral de la asociación Tamarit. Asociación de la que soy director y también cumpla las funciones de psicólogo y técnico de inserción laboral. Me centraré en los aspectos que considero más importantes en la aplicación de apoyos para que la inserción laboral de una persona con discapacidad tenga las suficientes garantías para resultar exitosa y pueda mantenerse en el tiempo.

El apoyo durante todo el proceso de selección, así como en el puesto de trabajo una vez que la persona ha sido contratada durante toda la duración del contrato, es imprescindible en todo caso de contratación de personas con discapacidad intelectual. Sin embargo, comentaré cuatro aspectos que son esenciales en el modelo de la Asociación Tamarit, que no suelen resultar obvios en otros modelos, y sin embargo, pueden condicionar totalmente el éxito o fracaso de la inserción laboral una vez que la persona se ha incorporado a su puesto de trabajo.

Para ilustrar la importancia de estos cuatro puntos, usaré como ejemplo algunas situaciones y apoyos aplicados en el caso de Leire. Alumna de la Asociación Tamarit contratada como auxiliar de laboratorio en la empresa de desarrollo de tecnología para el reciclaje de residuos biológicos “Greene”. La contratación de Leire resulta un caso paradigmático de buenas prácticas en el empleo con apoyos y éxito en la inserción laboral de personas con discapacidad.

Antes de comentar estos cuatro puntos, hablaré sobre la Asociación Tamarit y el proyecto de inserción sociolaboral que en ella llevamos a cabo.

1. LA ASOCIACIÓN TAMARIT

La Asociación Tamarit es una entidad sin ánimo de lucro que se crea en Elche en el año 2000 por un grupo de padres y madres de personas con discapacidad intelectual, con el objetivo de velar por los derechos de sus familiares y ofrecer un recurso con los servicios y apoyos necesarios para lograr su inclusión social y laboral.

El proyecto educativo desarrollado por la asociación para lograr dicha inclusión se denomina “Por un futuro sin límites” y a través de él, se desarrollan las actividades y servicios dirigidos a usuarios y familiares, así como a entidades públicas y privadas de nuestro entorno, para caminar de manera firme hacia la inclusión social y laboral plena y real.

Para nosotros, la mejor forma de lograr la inclusión de las personas con discapacidad, es aumentando la autonomía personal y su empleabilidad, con el objetivo último de lograr el acceso a un puesto de trabajo remunerado en el mercado laboral ordinario.

Acceder a un puesto de trabajo permite compartir espacio, tareas y objetivos, como una persona más en el equipo de trabajo, es una muy buena forma de estructurar el tiempo y poner en práctica habilidades tanto personales como laborales, y facilita la autonomía a nivel económico como consecuencia del trabajo y esfuerzo realizados. Algo que repercute directamente en una mejora de su autoestima y calidad de vida.

Este objetivo es ambicioso e implica trabajar a diferentes niveles con actores diversos, pero estamos convencidos, como así nos demuestra la experiencia a lo largo de nuestra trayectoria de que, con la formación y aplicación de apoyos necesaria, es algo que se puede lograr.

La Asociación Tamarit es una asociación humilde en recursos, que cuenta con la asistencia diaria y regular de 25 alumnos, y ambiciosa con su proyecto y objetivos. Desde 2016 estamos logrando dos inserciones laborales de alumnos al año, habiendo ascendido hasta cinco durante el 2023.

2. PERFIL DE LOS ALUMNOS

En Tamarit trabajamos con personas mayores de 16 años con un diagnóstico de discapacidad intelectual límite o ligera. Esto es, una valoración de discapacidad situada entre el 33% y el 65%.

La discapacidad intelectual es un tipo de discapacidad que afecta al funcionamiento intelectual de la persona y se manifiesta en su interacción con el entorno, por lo que las barreras que en este se presentan, condicionan su conducta adaptativa. Es por ello que, con formación, adaptación y la aplicación de apoyos necesaria, estas barreras se pueden reducir de tal manera que la persona puede funcionar en su día a día con un elevado nivel de autonomía.

El objetivo de la Asociación Tamarit es lograr este objetivo tanto en su vida personal como en el contexto laboral.

Trabajamos con un colectivo que presenta grandes diferencias interindividuales. Tener diagnosticado un mismo grado de discapacidad, no implica un mismo grado de dificultad en las mismas áreas o contextos. Es por ello que, en la formación, adaptaciones

y aplicación de apoyos, es muy importante atender a las características personales de cada alumno, para que pueda avanzar según sus características, necesidades y ritmo de aprendizaje. En definitiva, que cada persona pueda avanzar hacia una mayor autonomía personal según sus características.

Pero teniendo en cuenta las importantes diferencias individuales, lo cierto es que nos encontramos con características y dificultades que sí comparten muchas personas con discapacidad intelectual. Algunas de ellas están relacionadas con las funciones ejecutivas, como por ejemplo la planificación, la memoria de trabajo o la velocidad de procesamiento.

Tanto las importantes diferencias individuales, como las características que sí comparten la mayoría de las personas con discapacidad intelectual, son aspectos que debemos conocer para preparar a una persona para el mundo laboral y que se pueda incorporar a un puesto de trabajo con suficientes garantías de éxito para su continuidad.

Algunos aspectos que son comunes a las personas con discapacidad y que son importantes para mejorar su satisfacción y su desempeño, en contextos tanto personales como formativos y laborales, son los siguientes:

- *Tener el tiempo estructurado, evitando los “tiempos muertos”.*

Las personas con discapacidad intelectual, por lo general, dirigen mejor su atención, mejoran la capacidad de concentración y se sienten más satisfechos con los resultados cuando han recibido unas instrucciones claras y se han explicado y secuenciado las actividades a realizar.

- *Mejoran la satisfacción y el desempeño en un entorno predecible, en el que se reducen la incertidumbre y los imprevistos.*

Saber qué es lo que tienen que hacer, conociendo las herramientas con las que cuentan y el entorno físico donde las van a realizar, mejora notablemente la capacidad de concentración y mejora el aprendizaje y el desempeño en las tareas. Hay que crear un contexto en el que se reduzcan al máximo los imprevistos y la toma de decisiones “sobre la marcha”, ya que son situaciones que, por lo general, tienen dificultades para gestionar.

- *Respeto a su ritmo de aprendizaje.*

El ritmo de aprendizaje de una persona con discapacidad intelectual suele ser más lento, ya que necesitan más tiempo que otra persona para analizar e integrar la información recibida. Es por ello que es tan importante adaptar y secuenciar los contenidos y tareas, para que el proceso de enseñanza/aprendizaje sea exitoso.

- *Comunicación asertiva y refuerzo positivo.*

Una comunicación clara, en la que hay total coherencia entre el contenido y el tono con el que se dice, donde el respeto es la base de la misma, va a facilitar enormemente el proceso de enseñanza/aprendizaje. Esto es aplicable a cualquier persona, pero cuando hablamos de personas con discapacidad intelectual se convierte en un factor crítico, ya que tienen mayor dificultad para entender algunos aspectos que tienen que ver con el razonamiento abstracto o los dobles sentidos del lenguaje, así como para gestionar las emociones ante una comunicación irrespetuosa o agresiva. A la comunicación asertiva hay que añadir continuo refuerzo ante el esfuerzo y los avances. Mantener la motivación

y que la persona se sienta realmente capaz y parte activa de su avance hacia la autonomía personal es una condición necesaria para que esto ocurra.

- *Realizar cualquier actividad formativa con ejemplos y apoyo visual.*

Tener esto en cuenta para cualquier contexto, ya que va a mejorar la comprensión y la rapidez de aprendizaje.

- *Apoyo psicológico.*

Este apoyo, asesoramiento e intervención se deben realizar tanto con el alumno como con su familia. La salud mental y la estabilidad emocional son imprescindibles para que cualquier persona pueda gestionar su propia vida, crecer, alcanzar metas y gozar de una sana autoestima. Las barreras cognitivas y sociales con las que convive diariamente una persona con discapacidad intelectual pueden generar frustración, conflicto y baja autoestima. La formación en habilidades, por ello, debe ir unida a un apoyo y seguimiento individualizado, adaptado a su contexto personal, familiar y social.

3. EL PROYECTO

El proyecto “Por un futuro sin límites” persigue aumentar al máximo la autonomía personal de cada alumno y desarrollar actitudes y competencias profesionales para facilitar su incorporación al mercado laboral. En definitiva, con todas las actividades y servicios que se realizan a través del proyecto se fomenta que las personas que en él participan sean capaces de desempeñar con la mayor autonomía posible los roles propios de la vida adulta en cualquier contexto, con especial atención a la preparación para el contexto laboral.

Para ello, en nuestro proyecto se trabaja tanto con los alumnos y sus familias, como con otros actores sociales de nuestro entorno (empresas privadas, administración pública, centros educativos, etc.).

A través del proyecto “Por un futuro sin límites”, la Asociación Tamarit ofrece talleres de formación laboral en jardinería y viverismo, talleres para el desarrollo de la autonomía personal en los diferentes ámbitos de la vida adulta, seguimiento y apoyo psicológico individualizado, seguimiento y apoyo psicológico a las familias, así como acciones de información y sensibilización en empresas privadas, centros educativos, entre otros.

Cuando, participando de forma activa en los talleres y servicios que ofrece nuestro proyecto, un alumno tiene la motivación, ha desarrollado las habilidades y adquirido las competencias suficientes para entrar en el mercado laboral, tiene la posibilidad de acceder a las ofertas de empleo que se gestionan en la asociación. Durante todo este proceso, recibe el apoyo y asesoramiento del psicólogo y técnico de inserción laboral de la asociación, que está en permanente contacto con la empresa y candidatos, para que el proceso selectivo se desarrolle con éxito.

Para que esto pueda llegar a tener lugar y haya posibilidades reales de que la persona con discapacidad se integre de forma satisfactoria en el puesto de trabajo, pueda desempeñar sus funciones eficazmente y pueda aspirar a mantenerse en el puesto de trabajo, hay que tener en cuenta aspectos como la formación, la adaptación al puesto o el apoyo en el puesto de trabajo, pero también hay que atender algunos aspectos que considero esenciales para lograr una inclusión laboral real que pueda mantenerse en el tiempo.

4. ASPECTOS CLAVE PARA UNA INSERCIÓN LABORAL EXITOSA EN PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

4.1. Ajustar el autoconcepto a la vida adulta, como punto de partida

Durante la formación en habilidades laborales y habilidades de la vida adulta, es muy importante tener en cuenta que, cuando un alumno se incorpora al proyecto, suele ser habitual encontrarse con que la persona con discapacidad presente un autoconcepto en el que se vea a sí mismo con menor edad de la que realmente tiene. No es extraño observar cómo las personas del entorno, incluidos los propios familiares, se refieren a personas de treinta, cuarenta o cincuenta años, como si fueran menores de edad.

Esto es algo que necesariamente moldea la imagen que las personas con discapacidad tienen de sí mismos y, por tanto, condiciona sus capacidades y las responsabilidades que piensan que pueden asumir.

Indudablemente, la discapacidad intelectual implica una limitación en la actividad cognitiva de la persona, que hace que su comprensión de la realidad y el repertorio de herramientas para relacionarse con ella sea menor que en otras personas, pero esa infantilización producto de la sobreprotección, multiplica esas limitaciones y dificulta el desarrollo de la persona todos los niveles.

Es por ello que, los profesionales de la Asociación Tamarit nos relacionamos con nuestros alumnos como personas adultas que son, y nos esforzamos por fomentar a través de la participación en todos nuestros talleres y, de un autoconcepto acorde con su edad cronológica. Deben llegar a verse, o al menos, hay que aspirar a ello y trabajar para lograrlo, como personas adultas capaces de asumir responsabilidades y adquirir mayor control sobre su propia vida. Algo que, sin duda, va a repercutir de forma muy positiva en su autoestima.

Esta tarea no es fácil, porque en toda conducta que se mantiene en el tiempo, aunque pueda perjudicarnos, hay una ganancia secundaria. Algo de lo que saco provecho y por lo que me compensa no moverse de donde estoy (aunque no estemos bien). En este caso, además de que es algo que les acompaña desde que son pequeños y no varía cuando llegan a la edad adulta, el trato infantilizador y sobreprotector suele generar una actitud pasiva, falta de iniciativa, y en la que uno no es capaz de verse asumiendo responsabilidades, ya que las personas con las que convive las asumen por él/ella.

Esto no quiere decir que muchos familiares no lo hayan intentado. Pero desde luego, si lo han hecho, muchos han acabado desistiendo ante la sensación de frustración, y ha dejado de compensarles que la persona con discapacidad siga intentando realizar por sí misma una tarea para la que han dejado de creer que sean capaces de asumir.

Nuestro trabajo en la asociación es revertir esta dinámica y modificar el autoconcepto de cada uno para que se vean como lo que son: personas muy capaces que necesitan apoyos en algunos ámbitos de su vida. Este es un aspecto clave, que si no se tienen cuenta, no permite realizar avances en la vida de las personas con discapacidad. En Tamartit dedicamos mucho tiempo y esfuerzo a trabajar sobre ello, tanto con los alumnos como con los familiares. Tenemos claro que, de nada sirve intentar desarrollar habilidades y competencias en nuestros alumnos, si en el ámbito doméstico no cambian esta forma

limitante (aunque sea bienintencionada) de educar y relacionarse con la persona que tiene discapacidad intelectual.

Cuando se incorpora un alumno al proyecto, nos encontramos con personas adultas que no han contemplado la idea de poder trabajar o no son capaces de imaginarse a sí mismos haciéndolo. Y si se lo han planteado, lo han hecho de forma poco realista porque no han recibido formación o asesoramiento adecuado para ello. Es decir, que pueden entrar al proyecto con la idea de querer trabajar, pero lo hacen de forma ingenua pensando en la posibilidad de tener un sueldo, pero no asumiendo que un trabajo requiere esfuerzo, sacrificar otros planes o hacer algunas tareas que pueden ser poco motivadoras.

En el proyecto de Tamarit, nos esforzamos especialmente por hacer que nuestros alumnos adquieran una visión adulta de la vida. Asumiendo que, por ejemplo, hay tareas que es importante realizar, aunque no apetezca hacerlas o incluso resulten aburridas. Esto siempre comenzamos a trabajarlo en el ámbito doméstico, para comenzar a hacer cambios que se puedan generalizar a otros ámbitos.

Efectivamente, es importante asumir la responsabilidad de realizar tareas domésticas, pero no hay que realizar tan solo las que nos resulten más fáciles o entretenidas. Hay tareas que pueden resultarnos tediosas y son tan importantes como otras que nos parecen más entretenidas, y no por ello tenemos que dejar de hacerlas. Al contrario, tenemos que entender que la vida adulta implica asumir que no podemos cuestionarnos dejar de hacer algo que nos parece importante, por el hecho de que no nos apetezca o no nos guste.

Para nosotros es elemental que esto lo asuman nuestros alumnos, porque tiene una importancia capital en su vida personal, y desde luego, para tener posibilidades de acceder al mercado laboral. No es realista pretender que en el puesto de trabajo, nos gusten por igual absolutamente todas las tareas.

Siempre vamos a tener tareas en las que nos sentimos más motivados o implicados y otras que nos pueden parecer menos agradables. Pero ello no debe condicionar que cualquier adulto deba asumir que, independientemente de la motivación que nos suponga una tarea en particular. Si sabemos que es importante realizarla, aspiremos a hacerlo con la misma dedicación y excelencia con que realizamos cualquier otra tarea que nos motiva por sí misma. Esto es aplicable a cualquier ámbito de la vida adulta.

Como he comentado con anterioridad, esto es algo transversal en los talleres de la Asociación Tamarit. El objetivo de todos ellos es que los alumnos desarrollen al máximo su autonomía personal y que sean capaces de asumir responsabilidades, recibiendo los apoyos necesarios, pero aspirando a que estos puedan reducirse en la manera de lo posible. En definitiva, que los alumnos adquieran herramientas para desenvolverse de la forma más autónoma posible en los roles propios de la vida adulta.

Esto se habla explícitamente con los alumnos en la primera entrevista de evaluación para entrar en el proyecto. Debe ser un compromiso de cada alumno, y es la base de futuros cambios en su vida. Cada persona parte de un punto diferente en este sentido. Por ello es tan importante conocer antes de la incorporación a la asociación, el punto de partida del alumno, así como el contexto social y familiar en el que se ha desarrollado como persona. Esto nos da mucha información sobre las fortalezas que ya presenta la persona al

incorporarse al proyecto, y sobre los aspectos en los que más nos tenemos que esforzar por modificar en mejorar para facilitar el crecimiento del alumno a todos los niveles.

Tenemos claro que el autoconcepto no deja de sufrir cambios y modificaciones a lo largo de todo el ciclo vital de cualquier persona. Pero debe asentarse sobre unas bases sólidas y adaptativas, que impliquen una sana autoestima. Una autoestima, como a mí me gusta decir, “basada en hechos reales”: sin crear en la persona unas expectativas que no se correspondan con posibilidades alcanzables.

4.2. Gestión de expectativas

Muchas personas con discapacidad reaccionan con frustración cuando hay un imprevisto o no se cumplen sus expectativas. Es por ello, que son mucho más capaces de aprovechar su tiempo, ya sea en un entorno de ocio, formativo o laboral si se reduce la incertidumbre y las actividades con las que van a ocupar su tiempo están claras.

Del mismo modo, cuando tienen que enfrentarse a una situación que es novedosa para ellos, como un proceso de selección, la incorporación a un equipo de trabajo o la realización de tareas que nunca antes había realizado, pueden resultar situaciones críticas para una persona con discapacidad si no se le ofrece el apoyo necesario para gestionar la información y expectativas que se van generando. Por ello, en la medida de lo posible hay que reducir la incertidumbre y adaptar la información para se pueda asimilar de forma adecuada que facilite la adaptación a las situaciones novedosas.

Para ilustrar la importancia de la aplicación de apoyos y adaptación en la gestión de expectativas, voy a explicar varias situaciones que se han dado con Leire, alumna de la Asociación Tamarit, que está trabajando en el puesto de “Auxiliar de laboratorio” en la empresa Greene.

2.1.- Expectativas sobre la empleabilidad: Leire se incorporó al proyecto de la Asociación Tamarit comentando que estaba deseando trabajar, pero que estaba muy triste porque había sido contratada en tres empresas diferentes y no superó el periodo de prueba en ninguna de ellas. Algo que había generado en ella un autoconcepto muy negativo, en el que se había terminado creyendo que no era una persona apta para trabajar.

Como he comentado anteriormente, a través de su participación en nuestro proyecto se trabajó el autoconcepto para que fuera positivo y realista, motivándola de nuevo hacia el empleo, potenciando las habilidades en las que tenía más dificultad y entendiendo que la forma ideal para poder trabajar de forma eficaz es recibiendo apoyo y asesoramiento en el puesto de trabajo. Meses después recibí una oferta de empleo que se ajustaba perfectamente al perfil de Leire y pusimos en práctica lo aprendido.

En este aspecto, es importante mencionar la importancia de ajustar las expectativas con respecto al tiempo necesario en cada persona para estar suficientemente preparados para trabajar, así como el tiempo desde que su empleabilidad es suficiente hasta que pueda surgir la oportunidad laboral adecuada.

2.2.- Expectativas en el proceso de selección: En el caso de Leire, fue la única candidata que presenté al departamento de recursos humanos de la empresa, y en cuanto vieron su currículum y valoraron la información que les facilité sobre sus características personales, apostaron por su incorporación sin dudarle ni necesitar valorar más candidatos.

Hay ocasiones en las que las empresas quieren conocer al candidato antes de dar el paso de la contratación. En cambio en otras plenamente en la información que les facilito y mi criterio para seleccionar a la persona para el puesto. Este fue el caso que se dio con Leire. Desde recursos humanos se decidió contratarla confiando en la selección que yo realicé sobre mis alumnos como técnico de intermediación, dejándose asesorar bajo mi criterio en cada paso del proceso.

A la hora de transmitir a Leire esta decisión, lo hice facilitando la información por fases. Comenzar a trabajar era un objetivo muy importante para ella y, a la vez, le generaba mucha inseguridad por las experiencias previas. Por ello, y por el hecho que he comentado, de que el filtro lo habían realizado a través de mí, y no con una entrevista personal con ella, decidí adaptar la información para que fuera asimilable por Leire, intentando generar la mínima inseguridad sobre ella. Conociendo el interés de Leire por trabajar, estando convencido de su idoneidad para el puesto, y de que este le iba a resultar interesante, decidí informarle una vez que la decisión por parte de la empresa para contratarla, estaba confirmada.

Los pasos que seguí para informarle de su contratación fueron los siguientes: primero le comenté la oferta para el puesto y le animé a enviar su currículum para presentarse como candidata. A los dos días le informé de que a la empresa le había gustado mucho su perfil y que me había pedido que le ampliara la información sobre ella. Al día siguiente le confirmé que la empresa había decidido contratarla. Este proceso facilitó la gestión de unas emociones y expectativas que fue asimilando con tiempo suficiente. Primero fue informada de que su currículum se había enviado una oferta, a continuación tuvo conocimiento de que le había gustado, por lo que poco a poco lo veía como una posibilidad real mientras yo le iba motivando, ayudándole a ganar confianza y a que pudiera imaginarse en el puesto. A continuación le confirmé la contratación, lo que con la información facilitada en los días previos, fue vivido por ella con una ilusión plena. Esta gestión emocional hubiera sido muy diferente para ella si le hubiera dicho la noticia directamente, sin adaptar la secuencia de información, repercutiendo seguro de forma negativa en el proceso.

La gestión de la información y las expectativas en un proceso de selección es muy importante, ya que si finalmente no hay posibilidad de ser contratada y se han generado ilusiones, es fácil que se viva como un fracaso. Si se dice directamente a la persona aspirante, que ha sido contratada, puede generar inseguridad y rechazo por no verse suficientemente capacitada para ello, especialmente si es el acceso a un primer empleo.

Destacar que, decidí adaptar la información de esta manera con Leire por sus características personales y por la inseguridad generada a consecuencia de las experiencias vividas previamente en otras empresas. Es algo que adapto según las características de cada persona que aspira a trabajar. Lo que quiero transmitir con este ejemplo en particular es que es un aspecto que es muy importante abordar en cualquier proceso de selección con personas con discapacidad

2.3.- Expectativas en la incorporación al puesto: con el objetivo de reducir incertidumbre y ajustar las expectativas al puesto que va a ocupar, propuse a la empresa que una semana antes de la incorporación de Leire al puesto, sería buena idea que visitara la empresa y conociera su departamento y a las que iban a ser sus compañeras de trabajo. De este modo, en el momento de incorporarse tendría una imagen clara del lugar de trabajo y

compañeras. De otro modo, esta incertidumbre hubiera generado estrés y habría afectado al éxito de la incorporación el día de la incorporación al puesto. Además, durante la semana transcurrida entre la visita y la incorporación al puesto, le fui informando de algunas de las que iban a ser sus tareas.

Leire se incorporó al puesto el día acordado, tan solo con la incertidumbre que le generaba su propio desempeño en las tareas, pero con las expectativas bien ajustadas sobre dónde estaba la empresa, la ubicación de su puesto de trabajo dentro de esta, y conocer a sus compañeras. Se incorporó con los nervios propios de cualquier persona cuando empieza en un sitio nuevo, pero no con temores irrealistas o la ansiedad que habría aparecido si nos hubiéramos saltado este paso previo.

2.4.- Expectativas en la duración del contrato y mantenimiento en el puesto: Leire comenzó en la empresa con contrato indefinido a jornada parcial de 20 horas semanales, pero su buen desempeño en el puesto estuvo conviviendo durante los primeros meses con la inseguridad de que la podrían echar en cualquier momento ante cualquier mínimo fallo. Pensamiento que se mantenía incluso una vez superado el periodo de prueba. La responsable de su departamento, sus compañeras, al igual que hacía yo, le reforzábamos en todo momento la buena actitud y desempeño, pero por las características de Leire y sus experiencias previas, esta evidencia no reducía su inseguridad.

Ayudar a gestionar estos temores y las expectativas irrealistas es muy importante, ya que de no darle apoyo con ello, acabaría provocando emociones o bloqueos que afectarían seguro a su desempeño. Algo que sí podría provocar eso que ella tanto temía, pero no por circunstancias externas, sino por su ineficaz gestión de la información y las expectativas. No atender y dar apoyo a algo tan “poco relevante” como esto puede condicionar que una persona con discapacidad pueda poner en peligro su continuidad en el puesto.

Pasado un año desde su contratación, estas ideas sobre que la pueden echar en cualquier momento se han reducido notablemente, aunque no han desaparecido. El estrés que le generan se ha reducido notablemente, aunque siempre reaparece cuando siente que ha cometido un fallo. En todas las visitas de seguimiento en el puesto abordamos esta cuestión y realizo refuerzo positivo, algo que también he pautado hacer a sus compañeras de departamento.

Vuelvo a remarcar que esta es mi actuación en el caso de Leire. Cada persona tiene sus limitaciones, personalidad, experiencias personales y fuentes de estrés que no tienen por qué coincidir con las de la mayoría. Lo importante es conocer la trayectoria y características de cada uno, manteniendo un buen vínculo de confianza para abordar estas cuestiones de forma adaptada a cada persona.

A los tres meses de incorporarse al puesto, la empresa amplió el contrato de Leire de jornada parcial a jornada completa. Algo que generó nuevas emociones y expectativas que hubo que ir abordando para la adaptación exitosa al nuevo horario. Leire continúa en la actualidad en el puesto, desempeñando de forma muy eficiente sus funciones y perfectamente integrada en su equipo de trabajo.

Aunque en el caso de Leire no lo he hecho, hay casos en los que, por las características del alumno o de la empresa, he decidido hacer creer a la persona contratada que la duración del contrato es de uno o dos meses (haciendo coincidir los meses de contrato con los

meses del periodo de prueba del contrato). De este modo, si la persona o la empresa no se adaptan de forma adecuada, el alumno cumplirá sus expectativas de duración y volverá a los talleres de la asociación. Y si, como suele ocurrir, supera el periodo de prueba, se le informa de que por su motivación y buena actitud la empresa ha decidido ampliarle la duración del contrato (haciendo coincidir, ahora sí, la duración de esta ampliación con la duración inicial del contrato). En este caso, que es el habitual, cuando se le informa de la ampliación del contrato y continuidad en la empresa, la situación se vive con mucha ilusión y satisfacción personal.

La no superación del periodo de prueba en un alumno que de verdad se ha esforzado por hacerlo bien, es una situación compleja y difícil de asimilar, especialmente para una persona con discapacidad. Ajustar las expectativas de este modo, aunque implique ocultar parte de la información, me ha demostrado que es muy útil con algunos perfiles. Especialmente si son personas muy inseguras y se trata de la primera experiencia laboral.

4.3. Seguimiento con la familia y asuntos “No laborales”

Tan importante como el seguimiento y apoyo a la persona con discapacidad en el puesto de trabajo es el seguimiento y apoyo en circunstancias que pueden ocurrir fuera del entorno de trabajo, ya que estas pueden afectar directamente a su desempeño o generar absentismo.

Conocer las características de cada persona es tan importante como conocer las circunstancias en la que se desenvuelve y las personas que la acompañan (familia, pareja, amigos, etc).

Los problemas o conflictos de su vida personal, dado las dificultades que pueden presentar para resolverlos, gestionar la frustración o la tristeza, así como otras circunstancias o emociones intensas que se pueden vivir de forma negativa, van a afectar con mucha probabilidad al desempeño en el puesto de trabajo.

Un conflicto de pareja, discusión con un familiar o enfermedad de persona cercana, por ejemplo, desencadenan unas emociones para las que muchas veces necesitan apoyo para poder gestionar y resolver. Es por ello que si no se realiza seguimiento y se aplican apoyos resolver la situación con su entorno personal, puede derivar en problemas en el puesto de trabajo que condicionen la continuidad de la persona en el puesto.

En el caso de Leire he tenido que realizar varias intervenciones en este sentido. Intervenciones que, de no haber tenido el conocimiento sobre sus circunstancias personales, y la confianza con ella y sus padres para poder abordarlas, no habría podido ayudarle a resolver estas situaciones, que finalmente no han interferido en su desempeño, pero podrían haberlo hecho.

4.4. Identificación y formación de la “Persona de referencia”

Llegamos al cuarto y último aspecto que quería desarrollar en mi ponencia como factor clave a tener en cuenta para tener las máximas garantías de que la inclusión laboral pueda ser un éxito.

Para mí es uno de los aspectos más importantes, ya que no depende solo de mi trabajo directo y aplicación de apoyos sobre la persona contratada. Se trata de la identificación en

el equipo de trabajo en el que va a desempeñar sus tareas, de una persona que cumpla los requisitos suficientes para desempeñar el rol de persona de apoyo y referencia de la persona que se incorpora. Su tarea será supervisar, pautar instrucciones, resolver dudas, marcar límites y motivar a la persona con discapacidad. En definitiva, debe crear un vínculo de confianza en el puesto de trabajo para preguntar cualquier duda que considere relevante y mejore su desempeño.

No siempre puedo contar con una persona con todas las características deseables que debería tener para cumplir ese rol. Por lo que según la empresa, la intervención que hago con quien va a cumplir este rol es diferente. En principio, debe ser una persona con la sensibilidad y empatía suficientes para entender la necesidad de apoyos de la persona que se ha incorporado al puesto, con habilidades comunicativas para relacionarse de forma asertiva, así como con la motivación y tiempo suficiente para desempeñar este rol, sobre todo durante las primeras semanas después de la incorporación.

La identificación de la persona que va a desempeñar el rol de “persona de referencia” la realizo en las semanas previas a la incorporación, y cuento con el apoyo del gerente o responsable de personal, que me da información sobre las personas que mejor pueden ajustarse al perfil que necesito entre las personas que van a trabajar con el alumno de Tamarit.

Hay ocasiones en las que no hay opciones, al trabajar con un único compañero. Otras veces, la persona va a estar sola en el espacio de trabajo (por ejemplo, un almacén). En este caso, se busca a la persona entre los trabajadores que físicamente están más accesibles a su puesto de trabajo. En cualquier caso, el proceso de formación e información para desempeñar de forma adecuada este rol las describo a continuación. Comentar que, como técnico de inserción laboral, es mi función dar apoyo tanto a la persona contratada como a la “persona de referencia”, como intermediario directo entre mi puesto y el del alumno contratado.

Sin esta persona y el rol que desempeña, el empleo con apoyos sería insuficiente e incompleto. Es necesario para complementar el seguimiento y la aplicación de apoyos que realizo en el puesto de trabajo (diario en la primera semana, semanal en las siguientes semanas, y mensualmente a continuación, durante toda la duración del contrato laboral)

Una vez identificada la persona más idónea para realizar estas funciones en el entorno de trabajo de la persona contratada, procedo a comenzar su formación antes de la incorporación al puesto, que consiste en los siguientes pasos:

4.1.- Información sobre el rol que va a desempeñar: Las funciones de apoyo que pretendo que desempeñe con la persona que se va a incorporar a la empresa, implica una disponibilidad de tiempo por su parte que puede afectar a las tareas que tiene pautadas con anterioridad, por lo que debe estar motivada para ello y realmente disponer de un mínimo tiempo para dedicarle a la nueva incorporación. Esta motivación está en las manos del intermediador laboral, que debe reforzar e informar de forma explícita sobre la importancia de su rol, la repercusión que va a tener en el éxito de la inserción laboral, y por lo tanto, en la vida de la persona que ha entrado en su equipo.

4.2.- Información sobre la discapacidad intelectual: en la mayoría de los casos de las empresas para las que he gestionado ofertas de empleo, no habían contratado con

anterioridad un empleado con discapacidad intelectual, por lo que, a no ser que la “persona de referencia” tenga algún caso cercano, no tienen conocimiento sobre las características de esta discapacidad más que a través de forma indirecta, por lo que suelen aparecer prejuicios o ideas preconcebidas.

Es una tarea muy importante informar de forma positiva y realista sobre las características que suelen compartir las personas con discapacidad intelectual, poniéndolo en relación con las ideas preconcebidas que se suele tener cuando no se conoce ningún caso cercano, para eliminar cuanto antes ideas erróneas y reducir la incertidumbre. La más habitual es preguntar sobre cómo deben comunicarle algo que no está haciendo bien. Se duda sobre si deben decirle algo en ese caso y también se duda de cuál va a ser la reacción de la persona si se le llama la atención por algo.

Mi respuesta siempre es la misma: Se debe hacer como con cualquier otro empleado, indicándole lo que no ha hecho bien y volverle a explicar cuál es la forma correcta de hacerlo, la clave está en que esta comunicación se realice siempre de forma asertiva.

Comunicarse siempre de forma asertiva es una de las reglas elementales para el éxito en la inserción laboral. Algo que debería ser independiente de dónde y con quién estemos hablando. Pero la realidad es que esto no siempre ocurre, especialmente en algunos sectores empresariales.

4.3.- Información sobre el perfil que se incorpora al puesto: Una vez hemos informado y resuelto dudas sobre la discapacidad intelectual, el siguiente paso es informar sobre las características particulares de la persona que se va a incorporar al puesto. Como he indicado anteriormente, las personas con discapacidad intelectual comparten algunas características, pero son muchas las diferencias entre personas con una misma valoración de discapacidad, y es muy importante atender a estas diferencias y tenerlas en cuenta para que la inserción laboral sea un éxito.

4.4.- Planificar y secuenciar tareas según complejidad: En las reuniones que mantenemos previamente a la incorporación al puesto, abordamos la forma en la que se van a estructurar y secuenciar las tareas que va a realizar desde el primer día de trabajo. Comenzamos por identificar, de todas las tareas que forman parte de su puesto, cuáles son las más sencillas, para comenzar por ellas e ir añadiendo a continuación tareas que son más complejas.

Esta planificación de tareas se realiza teniendo en cuenta que el trabajador que se incorpora va a necesitar más tiempo para aprender e interiorizar las instrucciones de sus tareas. Por ello, comenzar a hacer todas las tareas desde el principio, puede derivar en un bloqueo o dificultad para que llegue a controlar cualquiera de ellas. Por eso, en la primera semana se comienza por las más sencillas, lo que ayuda a familiarizarse con el puesto y ganar confianza en sí mismas. Una vez que esas tareas se dominan, vamos incorporando las siguientes que hemos acordado en la planificación.

En el caso de Leire, los dos primeros días en el puesto de “auxiliar de laboratorio” los dedicó a hacer tareas de limpieza (a mano y con lavavajillas) de los matraces que necesitan usar sus compañeras. Al tercer día se incorporó la tarea de reciclaje de materiales, tanto para llevarlos al contenedor correspondiente como para introducirlos en una máquina trituradora. A la semana siguiente, estando estas dos tareas ya aprendidas y con capacidad de

hacerlas de forma autónoma, se introdujeron tareas más complejas, como pesar materiales o introducir datos en el ordenador. Tareas que completan las tareas de su puesto y que, al finalizar el primer mes, ya dominaba perfectamente.

4.5.- Habilidades para una comunicación asertiva: Suelo hablar explícitamente sobre los estilos de comunicación con la “persona de referencia” en las sesiones que mantenemos antes de incorporarse la persona al puesto, reforzando la asertividad como el estilo de comunicación imprescindible para facilitar la satisfacción y buen desempeño. Estilo comunicativo que debe aplicarse en cualquier circunstancia: ya sea para explicar las tareas a realizar, reforzar conductas adecuadas, para premiar el esfuerzo o para llamar la atención por errores o conductas inadecuadas.

En toda la formación que ofrezco a la “persona de referencia”, aplico mucho refuerzo para motivar a la persona y que se sienta parte totalmente activa en el éxito de la incorporación de la persona con discapacidad al puesto de trabajo.

4.6.- Herramientas para la motivación y el refuerzo: este entrenamiento está relacionado con el uso de la comunicación asertiva, y tiene que ver con el reconocimiento explícito y el refuerzo de los avances que se van haciendo en el puesto.

Muchas personas con discapacidad muestran inseguridad en un contexto profesional, y esto puede provocar que si no hay refuerzo, perciban que su desempeño no es adecuado y se acaben desmotivando. Es importante que de forma explícita se refuerce el esfuerzo, y no solo los resultados. Esto tiene especial importancia los primeros días, cuando en algunas tareas pueden no obtener los resultados deseados.

El refuerzo provoca que mantengan la motivación y lo sigan intentando hasta que comienzan a dominar la tarea y llegan a poder realizarla de forma autónoma. La baja tolerancia a la frustración puede provocar que desistan de una actividad si no obtienen un refuerzo adecuado. Por eso este aspecto es fundamental para la continuidad en el puesto.

4.7.- Coordinación, seguimiento y apoyo con el técnico de inserción laboral: La “Persona de referencia” acaba cumpliendo el papel de nexo de unión entre la persona contratada y el técnico de inserción laboral. Además del apoyo directo que el intermediador laboral ofrece en el puesto de trabajo de forma periódica, la figura de la “persona de referencia” hace que la aplicación de apoyos sea todo lo completa que la persona con discapacidad requiere para lograr el mejor desempeño posible y evitar situaciones indeseables.

Es muy importante que la “persona de referencia” se sienta bien asesorada en sus tareas de apoyo, ya que la motivación para desempeñar ese rol es tanto o más importante que las habilidades de las que parte para hacerlo.

Como intermediador laboral, entre visita y visita al puesto de trabajo, realizo contactos periódicos con la “persona de referencia” ofreciendo desde la primera reunión, la posibilidad de ponerse en contacto conmigo cuando lo necesite.

En definitiva, considero a la “persona de referencia” en la empresa, como una figura esencial para poder ofrecer los apoyos de la forma adecuada en la inserción laboral de una persona con discapacidad intelectual.

Mi trabajo como intermediador laboral cuando hay una inserción laboral, se reparte a partes iguales entre la persona contratada y la “persona de referencia”. De este modo, entre su apoyo y el mío podemos llegar a identificar y ofrecer apoyos en las tareas del puesto, pero también en ámbitos que no son tan obvios o tan visibles, relacionados con sus características personales, contexto familiar, etc. y que pueden influir de forma determinante en que la persona contratada tenga estabilidad y continuidad en el puesto.

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Como he comentado en varias ocasiones a lo largo del capítulo, las cuatro claves en las que me he centrado, tienen el objetivo de poner de manifiesto la importancia de atender a las diferencias individuales a la hora de abordar la adaptación del puesto de trabajo cuando se contrata a una persona con discapacidad intelectual.

He dejado fuera aspectos del empleo con apoyo que también son básicos para centrarme en otros que me parecen menos visibles e igual de relevantes.

A lo largo de mi trayectoria profesional como psicólogo y técnico de inserción laboral de personas con discapacidad, he ido ofreciendo apoyos en contrataciones de personas con discapacidad en gran cantidad de empresas. Y he ido identificando factores que han generado dificultades en la inserción laboral en sus diferentes fases. Problemas o dificultades que acabé concluyendo que tenían siempre que ver con la falta de atención a las diferencias individuales. Y que daban valor al trabajo previo como psicólogo realizado tanto con los alumnos como con sus familiares, ya que este conocimiento, vínculo y confianza alcanzados, han sido determinantes para abordar muchas situaciones que habría sido imposible identificar o resolver sin este vínculo.

Es por ello que he querido compartir este aprendizaje adquirido a lo largo de más de 10 años como psicólogo y técnico de inserción laboral de la Asociación Tamarit, y poner la atención sobre aspectos en los que puede costar poner el foco y son determinantes en el éxito de la inserción.

Aspectos que en el caso de la Asociación Tamarit, se han incorporado al proceso de aplicación de apoyos en cualquier inserción laboral de una persona con discapacidad usuaria de nuestro centro. Y que, en mi opinión, considero que deben ser tenidos en cuenta en otras entidades cuyos objetivos son similares.

La aplicación de los apoyos hasta los niveles que he descrito en este capítulo implica una ampliación de recursos tanto en la empresa que ofrece el servicio como en la propia empresa que ha realizado la contratación. Hablamos de funciones realizadas por personas que deben estar comprometidas con el objetivo de lograr el éxito en la incorporación al puesto de trabajo. Algo que requiere tiempo y dedicación, y por lo tanto recursos económicos de todas las partes.

Espero que se valore la importancia de estos factores ya que estamos muy lejos de lograr unos niveles de inserción laboral en personas con discapacidad que sea aceptable. Además de una mayor dificultad para acceder a un puesto de trabajo, está la dificultad de mantener el puesto una vez se ha logrado la inserción. Los factores que describo en este capítulo tienen el objetivo de mejorar este segundo aspecto, ofreciendo mayores garantías

para que una persona con discapacidad pueda mantenerse con estabilidad en su puesto de trabajo.

6. BIBLIOGRAFÍA

VERDUGO ALONSO, M.A. y GUTIERREZ BERMEJO, B.: *Discapacidad intelectual: adaptación social y problemas de comportamiento*. Pirámide. 2009.

CAPÍTULO XVIII

DE LOS PROGRAMAS A LOS SERVICIOS. BALANCE Y RETOS DEL EMPLEO CON APOYO EN ESPAÑA

ALFONSO GUTIÉRREZ CABALLERO

Presidente AESE

En la década de los 70 surgió un movimiento en Estados Unidos que tenía como objetivo que las personas con discapacidad intelectual se incorporarán al mercado de trabajo ordinario. Ese movimiento era el Supported Employment !!! Empleo con Apoyo !!!

“El futuro tiene muchos nombres. Para los débiles es lo inalcanzable. Para los temerosos, lo desconocido. Para los valientes es la oportunidad”. Victor Hugo (Besanzón, 1802 - París, 1885)

Para la Asociación Española de Empleo con Apoyo (AESE) el nombre del futuro es OPORTUNIDAD. La AESE vio claramente que el empleo con apoyo era el futuro de las personas con discapacidad intelectual y de todas aquellas personas con especiales dificultades que tradicionalmente se habían visto privadas del acceso al mercado de trabajo y la oportunidad para vertebrar sus proyectos de vida a través de empleo.

Hace 50 años este movimiento se empeñó en demostrar que muchas de las personas *“no aptas para una ocupación productiva y competitiva”*, podían desempeñar un trabajo si se les proporcionaban los apoyos individuales que cada uno de ellos necesitaban. (Paul Wehman)

Aparecen en primer plano conceptos como entorno normalizado o comunitario, oportunidades, preparadores laborales, formación de los profesionales, formación continua de las personas con discapacidad, desarrollo profesional, servicios, seguimiento, apoyos o planes individualizados.

Estamos en 2023 y estos conceptos están más vivos que nunca, no hay ni una sola entidad en España que no base su modelo de trabajo, su modelo de intervención, en los planes individualizados, en los apoyos, seguimiento, en la formación continua, y ninguna entidad que no trabaje para convertir sus programas en servicios.

Podemos afirmar que el movimiento del Empleo con Apoyo ha sido pionero, ha sido una bandera que se ha enarbolado y a la que todo el mundo se ha querido sumar.

Pero no es suficiente, las personas con discapacidad quieren más, para las personas con discapacidad el nombre del futuro también es OPORTUNIDAD.

Llegados a este punto es momento de hacer balance de los 30 años de historia de la AESE y plantear los retos a los que tendremos que hacer frente los próximos años.

Balance:

- Éxito en la generalización y extensión del concepto de empleo ordinario, empleo con apoyo. En la actualidad podemos afirmar que la práctica totalidad de las entidades del tercer sector conocen la metodología y, con o más o menos rigor, la aplican a la hora de realizar inserciones laborales.
- Se ha cambiado la mentalidad de los jóvenes con discapacidad con especiales dificultades, que en el 99,9% tienen en su ADN que su futuro pasa por tener un empleo. Hace 30 años eran minoría los jóvenes que apostaban por un futuro con oportunidades laborales.
- Se han generado más de 50.000 oportunidades de empleo ordinario en nuestro país.
- Se ha conseguido el reconocimiento de la figura del preparador laboral. Existe formación específica reglada y universitaria y su figura parece reconocida como una categoría específica dentro del Convenio Colectivo del Sector
- Se ha conseguido el reconocimiento legal del Empleo con Apoyo.
- Se ha conseguido introducir el concepto de Servicio de Empleo con Apoyo en la legislación.

Esto, obviamente, no lo hemos conseguido solos, hay muchas entidades detrás, muchos valientes que han visto el futuro como nosotros, y por ello nuestro agradecimiento a todos ellos y en especial al CERMI por su defensa de los derechos de las personas con discapacidad al más alto nivel.

Retos:

A día de hoy podemos afirmar que el Empleo con Apoyo goza de buena salud legislativa, pero tiene carencias en su aplicación práctica, fundamentalmente en cuanto a la estabilidad financiera de los programas.

DECIMOS PROGRAMAS Y NO SERVICIOS, porque ese es en la actualidad nuestro mayor reto, conseguir que los programas de empleo con apoyo pasen a convertirse en Servicios que contemplen el proceso de Empleo con Apoyo en toda su dimensión y en todas sus fases.

En la actualidad se financian programas temporales en base a los resultados de empleo conseguidos. Estos programas se regulan en base al Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo y son las Comunidades Autónomas las que tienen las competencias para su publicación.

No todas las Comunidades en España convocan estos programas, lo que provoca una desfiguración del empleo con apoyo a nivel nacional, existiendo múltiples programas

financiados de formas muy diversas y alguna comunidad sin financiación para programas de Empleo con Apoyo.

En cuanto a la financiación de estos programas, aún habiéndose visto aumentaba en los últimos años, hay que resaltar que no es suficiente, ya que no contempla aspectos básicos del empleo con apoyo como son los gastos de estructura, los gastos de desplazamientos o la formación previa de las personas candidatas a empleo.

Desde el punto de vista de la calidad es fundamental convertir los programas en servicios.

El Real Decreto 7/2015, de 16 de enero, por el que se aprueba la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, define lo que es un Servicio como *“conjunto coordinado de actividades realizado por los Servicios Públicos de Empleo, que debe prestarse de forma continua y sostenida en el tiempo, y que busca atender derechos o necesidades de sus usuarios con objeto de mejorar su empleabilidad, facilitar el acceso al empleo, y promover la cobertura de las necesidades del sistema productivo”*

Hay que destacar un aspecto fundamental de esta definición, servicio *“continuado y sostenido en el tiempo”*. Aquí está la clave, esto es lo que queremos para las personas con discapacidad, que la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo contemple los Servicios de Empleo con Apoyo.

La continuidad y el sostenimiento en el tiempo debemos interpretarlo por un lado como la existencia de un servicio estable, lo que significa que debe estar dotado económicamente, y por otro lado debemos interpretarlo como la necesidad de atender los derechos de las personas con discapacidad a la existencia de un servicio que ayude a mejorar su empleabilidad y facilite el acceso a un empleo.

Para convertir los programas en servicios nos apoyamos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y otras normas de la legislación española que directamente reconocen esta figura:

De la Convención tenemos que resaltar fundamentalmente 3 artículos que, en mi opinión, recogen los que debe ser el proceso de capacitación, mejora de la empleabilidad y acceso a empleo ordinario y que vertebran, tal y como lo contemplamos desde la AESE, el Empleo como una parte más del proyecto vital de la persona.

En primer lugar el artículo 24 relativo al Derecho a la Educación, establece que *“Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles, así como la enseñanza a lo largo de la vida”*

Enseñanza a lo largo de toda la vida !!!! Este es un punto fundamental, los estados deben garantizar la enseñanza a todos los niveles y a lo largo de toda la vida. Esto incluye la necesidad de articular una formación específica post-obligatoria que ayude y capacite a las personas con discapacidad para acceder a un empleo inclusivo.

En segundo lugar el artículo 27 Trabajo y Empleo, establece que:

“Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad.”

Derecho a elegir y trabajo en entorno laboral abierto y accesible, dos aspectos que reivindica el empleo con apoyo desde los años 70 y que suponen el espaldarazo definitivo.

Otros aspectos destacados de este artículo que coinciden con los principios básicos del ECA son:

“a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo;”

b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor

d) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua;

e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo”

Orientación, recualificación, formación, acceso a “Servicios de Colocación”, otros aspectos que suman a nuestra idea del Servicio de Empleo con Apoyo como un derecho.

En tercer lugar el artículo 19 Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, que establece que:

“Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico”

Este artículo debemos interpretarlo como un claro mandato a concebir el empleo como una parte más del proyecto de vida de las personas, una parte fundamental que abre la puerta a nuevas expectativas.

En cuanto al resto de normas de nuestro ordenamiento jurídico, tenemos que destacar en primer lugar la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad establece en su artículo 41 que *“Los servicios de empleo con apoyo se regularán por su normativa reglamentaria”*, y en segundo lugar la Ley 3/2023, de 28 de Febrero, de Empleo, que ha venido a poner más luz si cabe a nuestra reivindicación, estableciendo en su art. 54 relativo a *“Personas con discapacidad demandantes de servicios de empleo:*

4. La Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo autonómicos, así como las entidades privadas y colaboradoras que se determinen reglamentariamente, podrán cooperar en el diseño, organización, puesta en marcha y ejecución de los servicios de empleo con apoyo, en los términos del artículo 41 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y de su normativa de desarrollo”

Estos dos artículos, junto con el art 13 de la Ley General De Derechos De Las Personas Con Discapacidad que reconoce el “*apoyo a la actividad profesional*” como parte de la atención integral a la que tienen derecho las personas con discapacidad, constituyen los cimientos con los que regular los Servicios de Empleo con Apoyo como un derecho de las personas.

No se concibe que en el año 2023 las personas con discapacidad que opten por una búsqueda activa de empleo no tengan garantizado un servicio continuado y sostenido en el tiempo que atienda sus necesidades de empleabilidad.

Los jóvenes demandan nuevos servicios más abiertos e inclusivos y tenemos que ser conscientes que el sistema educativo no prepara a las personas con discapacidad para la carrera profesional y somos las entidades las que tenemos que asumir este reto.

Los Servicios de empleo con Apoyo tienen que configurarse como la herramienta que permita ser el nexo de unión entre los jóvenes con discapacidad y el mercado laboral. Tienen que coordinarnos con los Servicios Públicos de Empleo para compartir las ofertas y los perfiles de los candidatos.

Por último, reflejar aquí algunas de nuestras históricas reivindicaciones, que hemos visto con gran satisfacción, como han sido plasmadas también por algunos autores en el libro blanco.

- Las Ayudas, Subvenciones y Bonificaciones, deben ir en la persona y no en base a la forma jurídica que adopte la empresa. La persona es la que tiene que elegir donde quiere trabajar.
- En España sólo las empresas de más de 50 trabajadores están obligadas a contratar personas con discapacidad. Cuota de reserva del 2%. Hay que actualizar la cuota a la realidad empresarial de nuestro País.

Las personas con discapacidad han demostrado su enorme potencial laboral a lo largo de los años, las entidades sociales apuestan por el empleo y han generado estructuras solidas que cuentan con profesionales muy preparados, cada vez son más los puntos de encuentro con el sector empresarial entre todos seguiremos generando oportunidades en todos los ámbitos.

Gracias a todos los valientes que al futuro le pusieron el nombre de OPORTUNIDAD.

CAPÍTULO XIX

DIEZ APUNTES JURISPRUDENCIALES SOBRE DISCAPACIDAD¹

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO
Catedrático de Universidad
Magistrado del Tribunal Supremo

El artículo 49 de la Constitución dispone que los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos. La discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad² constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano”, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Nueva York 13 de diciembre de 2006.

El art. 1 de la Convención dispone lo siguiente: “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Por consiguiente, la Directiva 2000/78, que carece de una definición de discapacidad, debe interpretarse en la medida de lo posible de conformidad con dicha Convención. Era ésta una precisión respecto de la delimitación conceptual que había examinado el Tribunal de Justicia en la *STJUE de 11 julio 2006, Chacón Navas, C-13/05*, anterior a la incorporación de la Convención al ordenamiento jurídico de la UE.

Ello supone que la enfermedad — sea curable o incurable — puede equipararse a discapacidad si acarrea limitación, siempre que, además, tal limitación sea de larga duración. En concreto, el Tribunal de la Unión señala que el concepto de discapacidad “comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como

¹ Versión escrita de la intervención desarrollada en el *Congreso Internacional sobre Discapacidad Intelectual en el ámbito laboral*, UMH, 6 octubre 2023.

² La discapacidad, como reza el preámbulo de la Convención de la ONU, “es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración”³.

Estos meros apuntes desean dejar constancia de algunos tópicos en los que aparece el tema de la discapacidad proyectado sobre las relaciones laborales y examinado por la jurisprudencia. Aparecen salpicadas también por diversas noticias normativas y con el exclusivo ánimo de animar el debate.

1. JUSTICIA Y DISCAPACIDAD

El acceso a la justicia es un principio básico del Estado de Derecho, proclamando el artículo 24 de nuestra Constitución que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Tal derecho no puede verse impedido, limitado o constreñido por circunstancia alguna, y por tanto tampoco por razón de la discapacidad. Antes al contrario, es un deber ético pero también jurídico, otorgar una protección reforzada a las personas que pueden tener un grado mayor de dificultad para hacer efectiva la realización plena de sus derechos.

Con el deseo de eliminar los obstáculos que condicionan el acceso a los Tribunales de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial, como máximo órgano de gobierno del Poder Judicial, acordó la creación del Foro Justicia y Discapacidad⁴. Su puesta en marcha se produjo en virtud de un Convenio interinstitucional suscrito el 1 de diciembre de 2003, con la finalidad básica de coordinar las Instituciones Jurídicas del Estado, para conseguir una mayor efectividad en la tutela judicial de los derechos de las personas con discapacidad, más de cuatro millones en nuestro país⁵.

Además, en cada Tribunal Superior de Justicia, hay un delegado o delegada de discapacidad a quien podrá dirigirse para resolver cualquier duda que pueda plantearse en su relación con los Tribunales de Justicia; sin perjuicio, claro está, de la posibilidad de dirigirse al Consejo General del Poder Judicial a través de los cauces establecidos al efecto para formular quejas o sugerencias. Además, las diversas instituciones que conforman el Foro, tienen establecidos cauces propios para atender tales solicitudes.

3 A partir de esta sentencia, el TJUE utilizará ya siempre el concepto de discapacidad que surge de la Convención. Así lo ha hecho en las STJUE de 18 marzo 2014, Z, C-363/12; 18 diciembre 2014, FOA, C-354/13; 1 diciembre 2016, Daouidi, C-395/15; 9 marzo 2017, Milkova, C-406/15; 18 enero 2018, Ruiz Conejero, C-270/16; y 11 septiembre 2019, DW, C-397/18.

4 Su página ofrece numerosos documentos e informaciones de utilidad, aunque con enfoque diverso al que pretenden estas reflexiones. Puede accederse a través de la web del propio Consejo o pinchando en el enlace <<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Foro-Justicia-y-Discapacidad/Presentacion/>>

5 El Foro Justicia y Discapacidad está conformado, además de por el propio Consejo, por el Ministerio de Justicia; el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030; la Fiscalía General del Estado; el Consejo General de la Abogacía Española; el Consejo General de Procuradores de España; el Consejo General del Notariado (Fundación *Aequitas*); el Colegio de Registradores de la Propiedad Mercantil y de Bienes Muebles de España; el Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales; Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad — CERMI —; y por la Fundación ONCE. También se han incorporado a lo largo de estos años expertos de diferentes actividades, lo que conforma un órgano, que siendo de carácter esencialmente jurídico, no prescinde de otros conocimientos del saber humano.

2. UNA RELACIÓN CONCEPTUAL COMPLEJA

2.1. La Ley 51/2003

El derogado artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, asignaba la condición de personas con discapacidad a aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento⁶.

Por diversas razones, la jurisprudencia entendió que el precepto referido desplegaba plena eficacia en todo el ámbito de materias de dicha Ley; es precisamente esto lo que quiere decir la expresión ‘en todo caso’. Pero no era válido para atribuir con carácter general la condición de minusválido o discapacitado. Como se cuidaba de decir también el propio art. 2.1. de la Ley 51/2003 en su pasaje inicial, la atribución automática de tal carácter a los perceptores de pensiones de incapacidad permanente de la Seguridad Social ha de circunscribirse a los efectos de esta Ley⁷.

2.2. La Ley 26/2011

La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, modificó el precepto antes transcrito para acoger el concepto universal⁸, reprodujo la asimilación de la norma de 2003, aunque como algo añadido a la definición genérica⁹ y autorizó al Gobierno a elaborar un texto refundido.

2.3. El Texto Refundido de 2013

Mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su

6 A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33% los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

La acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.

7 En este sentido, por ejemplo, se manifiestan las STSS de 21 marzo 2007 (rcud. 3872/2005); 7 julio 2008 (rcud. 1297/2007) y 7 abril 2016 (rcud. 2026/2014)

8 Son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

9 Ello no obstante, a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.

inclusión social. En él pervive la definición general de la discapacidad¹⁰, de las personas con discapacidad¹¹ y una importante asimilación: se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

2.4. La Jurisprudencia unificada

Mediante su sentencia 994/2018 de 29 noviembre (rcud. 3382/2016 1826/2017 y 239/2018), la Sala Cuarta de Tribunal Supremo, con apoyo en abundante doctrina constitucional sobre los límites de la legislación delegada, concluyó que la norma de 2013 incurrió en ultra vires por exceso en la delegación legislativa. La equiparación de la IP a una discapacidad solo cabe a los efectos de la propia norma, pero no a “todos los efectos”¹².

3. DOLENCIAS EVALUABLES EN EL LITIGIO

Frecuentemente se discute, al hilo de un litigio sobre prestaciones de incapacidad permanente (IP), si las dolencias invocadas por la parte actora en el acto de juicio, que no figuraban ni en el dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI), ni en la demanda, pueden ser tomadas en consideración para valorar la determinación del grado de IP.

Cronológicamente, la posibilidad de calificar la IP atendiendo a circunstancias silenciadas en la resolución del INSS debuta, precisamente, a instancias de la Entidad Gestora y le permite oponerse a lo solicitado con argumentos distintos de los expresamente acogidos en su previa Resolución. La bilateralización de esa doctrina condujo a permitir que el Juzgado tomara en cuenta patologías alegadas por quien insta la acción protectora solo en el acto del juicio. La STS 7 diciembre 2004 (rcud. 4274/2003) aborda un supuesto en ese sentido.

Antes y después de promulgarse la LRJS la jurisprudencia ha descartado que sean hechos nuevos ajenos al expediente las dolencias que sean agravación de otras anteriores, ni las lesiones o enfermedades que ya existían con anterioridad y se ponen de manifiesto después, ni siquiera las que existían durante la tramitación del expediente, pero no fueron detectadas por los servicios médicos. Lo que sucede es que la STS 479/2016 descartó que el Juzgador pueda tomar en cuenta las dolencias que aparecen por vez primera en el acto del juicio, considerando que eso causa indefensión a la Entidad Gestora. Pero se trata de doctrina aislada y que la STS 1010/2021 de 13 octubre (rcud. 5108/2018) advierte que no

¹⁰ Es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

¹¹ Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

¹² Si el legislador quería mantener en sus términos la dicción literal del precepto que equiparaba al 33% de discapacidad a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez a los exclusivos efectos de esa ley, no estaba en su espíritu la extensión de este beneficio a todos y cualquiera de los múltiples, variados y muy heterogéneos efectos que despliega en distintas ramas de nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento de un grado de discapacidad del 33%.

puede conducir a alterar la muy consolidada con carácter previo a la LRJS. Actualmente la situación puede resumirse del siguiente modo¹³:

- No cabe considerar hechos nuevos ajenos al expediente las dolencias que sean agravación de otras anteriores, ni las lesiones o enfermedades que ya existían con anterioridad y se ponen de manifiesto después, ni siquiera las que existían durante la tramitación del expediente, pero no fueron detectadas por los servicios médicos.
- La eventual indefensión generada por esa circunstancia solo puede invocarse por la Entidad Gestora si ha sido alegada en el acto del juicio.
- En la medida en que desconoce esa doctrina, ha de considerarse que ha perdido valor referencial la STS 479/2016.
- Si la Entidad Gestora considera que se le está generando indefensión con la aportación de esas nuevas circunstancias fácticas debe manifestarlo en el propio acto del juicio. A partir de ese momento se abren varias posibilidades (suspensión, preterición de la prueba, renuncia a la misma, diligencias finales, etc.).

4. SOBRE CEGUERA Y GRAN INVALIDEZ

Abordemos ahora el tema de si las deficiencias visuales, por sí mismas, pueden comportar la existencia de una gran invalidez (GI), sin necesidad de que la persona afectada precise la asistencia de otra para desarrollar las funciones vitales esenciales.

La respuesta actual está condicionada por el cambio doctrinal derivado de las SSTS (Pleno) 200 y 230/2023 de 16 marzo (rcud. 1766/2020 y 936/2020), abandonando la tesis objetiva y asumiendo la valoración (subjética) de todas las circunstancias personales.

4.1. Diversidad de derechos para personas con deficiencia visual

Las personas aquejadas de deficiencias visuales graves tienen reconocidos diferentes derechos con la finalidad de que alcancen el máximo nivel de bienestar y autonomía. Para poder cumplir esa finalidad, las normas jurídicas deben precisar quiénes pueden ser beneficiarios de esos derechos.

Por ello, todos los países cuantifican cuál es la disminución de la agudeza visual que justifica la declaración de la ceguera legal, en términos que no coinciden entre unos Estados y otros. Normalmente se exige una disminución de la agudeza visual bilateral que oscila entre 0,03 y 1.

En el propio ordenamiento español, las normas exigen una disminución de la agudeza visual distinta en función de cuál es su finalidad: a) A efectos de la afiliación a la ONCE, se exige una agudeza visual igual o inferior a 0,1. Por tanto, basta con que sea igual a 0,1 para afiliarse a la ONCE. b) Por el contrario, a efectos de la asistencia en la Seguridad Social a los discapacitados se exigía una disminución de la agudeza visual más importante: una visión inferior en ambos ojos a 0,1.

¹³ Véase la STS 392/2023 de 31 mayo (rcud. 1909/2022).

4.2. La compleja ponderación exigida para acceso a la gran invalidez

Sin embargo, la pensión de gran invalidez tiene una naturaleza distinta, lo que impide aplicar automáticamente esa concreta cifra de pérdida de agudeza visual o de campo visual al reconocimiento de dicha pensión.

En efecto, constreñir el reconocimiento de la pensión de gran invalidez a una concreta cifra de pérdida de agudeza visual o de disminución del campo visual constituye una simplificación que puede conducir a resultados erróneos.

Podría conducir a que se denegara la pensión de gran invalidez a personas con una pérdida de agudeza visual bilateral igual o superior a 0,1 pero en las que concurren las siguientes circunstancias:

- a) tienen unas facultades intelectuales y volitivas limitadas;
- b) han sufrido la pérdida de agudeza visual cuando tenían una edad avanzada, lo que dificulta o incluso impide la adaptación a la nueva situación;
- c) y están aquejadas de limitaciones en otros sentidos, en particular el oído; por lo que realmente necesitan la ayuda de terceras personas para realizar los actos más esenciales de la vida.

También podría suceder lo contrario: que se reconociera la pensión de gran invalidez a una persona con una agudeza visual bilateral de 0,09 o con un campo visual bilateral inferior a 10 grados pero que, por sus concretas circunstancias personales, en realidad no necesita de la ayuda de terceras personas para realizar los actos más esenciales de la vida.

Por ello, el reconocimiento de la pensión de gran invalidez a personas aquejadas de deficiencia visual exige valorar una pluralidad de circunstancias:

- a) No es lo mismo la pérdida del campo visual central que del campo visual periférico.
- b) Es necesario tener en cuenta las condiciones intelectuales y volitivas del solicitante de la pensión, que pueden facilitar o dificultar la adaptación personal a la pérdida de agudeza visual.
- c) Es importante la edad a la que se sufrió la pérdida de la agudeza visual. La capacidad de adaptación a las limitaciones está en relación inversa a la edad.
- d) Deben valorarse también las restantes dolencias del solicitante de la pensión.

4.3. La necesidad de auxilio personal

La gran invalidez, además de la incapacidad para el trabajo, exige valorar la aptitud de cada persona, a fin de determinar si efectivamente necesita la asistencia de otro para los actos más esenciales de la vida. Con la finalidad de precisar la aptitud vital de cada individuo, la disminución de la agudeza visual no puede examinarse aisladamente, soslayando las restantes circunstancias personales del solicitante de la pensión. Con la misma disminución de la agudeza visual, hay personas que sufren unas limitaciones vitales mayores que otras.

Sin obviar el dato relativo a cuál es la agudeza visual y la disminución del campo visual del solicitante de la pensión, que deben tenerse en cuenta a estos efectos, el

reconocimiento de la gran invalidez exige que se acredite si el solicitante de la pensión, por sus condiciones personales, efectivamente puede realizar los actos más esenciales de la vida sin ayuda de terceros, lo que deberá determinarse en cada caso concreto, valorando el conjunto de las pruebas practicadas.

4.4. Autonomía funcional con deficiencia visual

Las personas con discapacidad visual que adquieren las habilidades adaptativas necesarias para realizar los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros no tienen derecho a percibir la pensión de gran invalidez. La doctrina jurisprudencial sostenía que ello tendría un efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral [sentencias del TS de fecha 3 de marzo de 2014, recurso 1246/2013; 450/2018 de 25 abril (rcud 2322/2016); y 827/2019 de 4 diciembre (rcud 2737/2017), entre otras].

Ese argumento no puede resultar decisivo para el reconocimiento de la pensión de gran invalidez porque el citado complemento de la pensión de gran invalidez está «destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda» (art. 196.4 de la LGSS). Si el beneficiario de la pensión no necesita la ayuda de terceros para realizar los actos esenciales de la vida, no tiene derecho a percibir un complemento cuya finalidad es remunerar a esa tercera persona.

4.5. Conclusión

En resumen, no hay razones que justifiquen que el reconocimiento de la pensión de gran invalidez por deficiencia visual deba tener un tratamiento jurídico distinto que el resto de pensiones de incapacidad permanente. La doctrina jurisprudencial que acogió la tesis objetiva en materia de discapacidad visual ha proporcionado seguridad jurídica pero puede conducir a que se deniegue la pensión de gran invalidez en supuestos en los que el solicitante necesita la asistencia de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida y al revés.

Por ello, debe aplicarse la tesis subjetiva a todas las pensiones de incapacidad permanente: el reconocimiento de la pensión dependerá de las circunstancias de cada caso concreto, debiendo valorar individualizadamente las concretas patologías y limitaciones anatómicas o funcionales de cada uno de los demandantes.

5. CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO (CEE) Y TRANSMISIÓN DE CONTRATAS

5.1. Doctrina sobre transmisión de contratatas

La STS (Pleno) 873/2018 de 27 septiembre (rcud. 2747/2016) resumió la doctrina sobre transmisión de contratatas en los siguientes términos:

Primera.- Hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 ET si la sucesión de contratatas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante.

Segunda.- En actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del artículo 44 ET.

Tercero.- Cuando (como en el caso) lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal.

Cuarto.- El hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina.

5.2. Transmisión de contratas mediando CEE

De manera más específica, puede exponerse lo siguiente:

- 1.º Las previsiones sobre subrogación por cambio de contratista que albergan algunos convenios sectoriales solo son aplicables a las empresas comprendidas en su ámbito funcional y territorial.
- 2.º Con carácter general, a la empresa configurada como CEE debe aplicársele su convenio colectivo específico, y no el sectorial de la actividad desarrollada en la contrata.
- 3.º De manera específica, las previsiones del convenio sectorial sobre subrogación asociada a la transmisión de contratas son aplicables a una empresa del tipo CEE que interviene, como cedente o como cesionaria.

5.3. Valoración de la jurisprudencia

Lo expuesto pone de relieve que la jurisprudencia se mueve en varias direcciones, no contradictorias sino complementarias. De un lado, es necesario respetar la correspondencia entre la representatividad de quienes negocian un convenio colectivo y su ámbito de aplicación. De otra parte, la pertenencia del CEE a un tipo singular de empresa reclama la prioridad aplicativa del convenio más específico. Finalmente, razones de protección del empleo y de sanidad del “mercado de las empresas contratistas” aconsejan que las garantías sectoriales sobre sucesión de contratas sí sean aplicables al CEE cuando interviene en tales operaciones, sea como empresa entrante, sea como empresa cesionaria.

La STS 395/2022 de 3 mayo (rcud. 2840/2021) ha puesto de relieve lo relevante que resulta el que la empresa entrante sea un CEE, de modo que no cabe comparar el supuesto con otro en que no concurra tal dato:

Lo que está en discusión respecto de la sentencia referencial es si la solución general de subrogación ha de aplicarse cuando la empresa entrante es un Centro Especial de Empleo, cualidad que no concurre en el presente caso. De ahí que la sentencia referencial (aplicando nuestra doctrina) considere que la empresa que posea esa singular naturaleza está obligada a asumir lo establecido en el convenio colectivo de la actividad de limpieza de edificios y locales, si opta libremente por concurrir a la adjudicación de una contrata de limpieza que se rige ya anteriormente por esa normativa convencional, porque la anterior adjudicataria se encuentra comprendida dentro del ámbito funcional de ese convenio colectivo.

La STS 902/2022 de 11 noviembre (rcud. 2979/2021) descarta que el CEE que sustituye a otra empresa del mismo tipo en la prestación de servicios constitutivos de contrata (auxiliares de servicios generales de un centro asistencial) venga obligado a

subrogarse en el personal adscrito cuando no existe convenio colectivo que así lo exija, “al no concurrir los requisitos para que operase la sucesión legal y no estar prevista en la norma colectiva aplicable”

La STS 459/2023 de 28 junio (rcud. 4205/2020) resume todo lo anterior y concluye que al CEE Multiservicio que asume la contrata de actividad a la que el convenio colectivo sectorial anuda la obligación de subrogarse sí le es aplicable esa regulación, aunque en el resto de materias haya de estarse a las previsiones del convenio colectivo específico.

6. ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS (PERSPECTIVA MERCANTIL)

6.1. Diversidad de CEE

La STJUE de 6 de octubre de 2021 (C-598/19), Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo¹⁴, admite que un Estado miembro imponga requisitos adicionales para la adjudicación de “contratos públicos reservados” (para empleadores con al menos el 30 % de trabajadores discapacitados o desfavorecidos), a condición de respetar los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad. Posibilidad de que los Centros Especiales de Empleo de iniciativa empresarial (al menos el 30 % de la plantilla posee discapacidad y su objetivo principal consiste en promover la integración social y profesional) queden excluidos al priorizar la adjudicación a otro tipo de empresas sociales.

6.2. Reserva de empleo en subcontratas

La citada Ley General de 2013 dispone que las empresas con 50 o más trabajadores vendrán obligadas a emplear un número de trabajadores discapacitados no inferior al 2 por 100 de su plantilla¹⁵. Por lo que a tales efectos cabe pensar que la obligación queda cumplida con la contratación de personas que sean titulares de una pensión de IP, sin necesidad de ningún otro requisito.

La STJUE de 30 de enero de 2020 (C-395/18), Tim¹⁶, considera que el Derecho de la UE permite que el poder adjudicador excluya al licitador que presenta una oferta que incumple requisitos referidos a los subcontratistas, siempre que ello se haya comprobado. El respeto a la proporcionalidad exige que la exclusión no sea automática, debiendo comprobarse si el licitador podría asumir el encargo al que aspira con la exclusiva intervención de los subcontratistas que sí cumplen con los requisitos laborales.

14 En el caso, la Diputación Foral reserva a los centros especiales de empleo de iniciativa social o a las empresas de inserción el derecho a participar en procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de algunos de sus lotes, así como la ejecución de una parte de esos contratos en el marco de programas de empleo protegido.

15 El artículo 42 aparece rubricado como “Cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad”.

16 Existe una convocatoria interministerial para comunicación óptica; TIM presenta oferta incluyendo colaboración de tres subcontratistas, una de las cuales incumple las normas sobre empleo de personas con discapacidad. El licitador entiende que se le debería permitir sustituir al subcontratista de referencia o acometer la contrata con el recurso a los otros dos.

7. SERVICIOS DE PREVENCIÓN Y AJUSTES RAZONABLES

Es muy importante reseñar que la discriminación directa (una persona o grupo recibe trato menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de discapacidad) incluye la denegación de ajustes razonables¹⁷.

7.1. Ajustes razonables

La STJUE de 15 de julio de 2021 (C-799/19), Tartu Vangla (Prisión de Tartu)¹⁸, concluye que el Derecho de la UE se opone a la imposibilidad absoluta de mantener en sus funciones a un funcionario de prisiones cuya agudeza auditiva incumple los umbrales mínimos de percepción acústica establecidos en esa normativa, debiendo permitirse la comprobación de si puede desempeñar tales funciones, en caso necesario tras realizarse los ajustes razonables (incluyendo audífonos). Determinada agudeza auditiva puede considerarse un «requisito profesional esencial y determinante para la profesión de vigilante penitenciario. La defensa de los derechos de las personas con discapacidad requiere que su despido por ineptitud se justifique por la incompetencia, o incapacidad o indisponibilidad para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.

7.2. Informe del Servicio de Prevención

La STS (Pleno) 177/2022 de 23 febrero (rcud. 3259/2020) concluye que para que el informe emitido por el servicio de prevención declarando al trabajador no apto sirva como prueba que acredite dicha ineptitud es necesario que identifique con precisión cuáles son las limitaciones concretas detectadas y su incidencia sobre las funciones desempeñadas por el trabajador, sin que baste la simple afirmación de que ha perdido su aptitud para el desempeño del puesto, cuando dicha afirmación no esté justificada y no se soporte con otros medios de prueba útiles, cuando sea contradicha por el trabajador, especialmente cuando la Entidad Gestora haya descartado la declaración de invalidez permanente.

Cuando el servicio de prevención ajeno informe al empresario sobre la ineptitud sobrevenida para el desempeño de su puesto de trabajo, éste, en cumplimiento de su deber de seguridad para con sus trabajadores, previsto en el art. 14.2 ET, deberá ordenar al trabajador afectado que deje de prestar servicios en el puesto de trabajo afectado para evitar, de este modo, cualquier riesgo en el desempeño de su puesto de trabajo.

Ahora bien, el cumplimiento de esa obligación de seguridad por parte del empleador, no comporta que éste pueda extinguir mecánicamente el contrato de trabajo del trabajador por ineptitud sobrevenida del trabajador con base únicamente a las conclusiones del informe del servicio de prevención ajeno, cuya finalidad es meramente informativa, limitándose a trasladar unas conclusiones, que no pueden fundarse en las lesiones del trabajador, toda vez que, la información, relacionada con el estado de salud del trabajador, está protegida

¹⁷ El artículo 2.m de la Ley General de 2013 los define como las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.

¹⁸ Es el caso de vigilante de prisiones despedido tras 15 años de servicios por no superar examen de agudeza acústica.

por su derecho a la intimidad y su derecho a la protección de datos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 22.3 y 4 LPRL.

Consiguientemente, la obligación de los servicios de prevención ajeno de trasladar al empresario sus conclusiones sobre los reconocimientos para la vigilancia de la salud de los trabajadores, referidos en el art. 22.1 LPRL, relacionados con la aptitud del trabajador, tiene por finalidad fundamental asegurar que el empresario tome las medidas precisas para evitar cualquier riesgo del trabajador afectado, pero no permite concluir sin más que, un informe, expedido por el servicio de prevención ajeno, a solicitud unilateral del empresario, aunque la Entidad Gestora haya descartado que el trabajador esté incapacitado para el desempeño de su profesión y, sin que el trabajador se haya incorporado, siquiera, a su puesto de trabajo, constituya por sí solo un medio de prueba imbatible para acreditar la ineptitud sobrevenida para el trabajo del trabajador afectado, que justifique, sin más pruebas, la extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida, toda vez que los datos, relativos a la vigilancia de salud de los trabajadores, no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador, a tenor con lo dispuesto en el art. 22.4 LPRL, ya que, las conclusiones controvertidas derivan necesariamente de dichos datos.

8. DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN

La STJUE (Gran Sala) de 17 de julio de 2008 (C-303/06), Coleman, afronta el caso de trabajadora que sufre un trato desfavorable a causa de ser madre de un hijo con discapacidad: es discriminación (“por asociación”) a causa de discapacidad, contraria a la Directiva 2000/78/CE. Responde que la prohibición de discriminación directa y de acoso no se circunscribe a las personas que sean ellas mismas discapacitadas. En suma: tener un hijo discapacitado no justifica trato discriminatorio; este existe si se acredita que el trato desfavorable está motivado por la discapacidad que padece un hijo a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere.

Una de las modalidades de vulneración de los derechos fundamentales, en particular del que proscribire la discriminación, viene a proteger a quienes están vinculados con la persona que activa la queja frente a aparentes incumplimientos empresariales.

La STJUE en el caso Coleman (STJUE 17 julio 2008, C-303/06, Gran Sala) acoge la doctrina sobre la discriminación relacional de modo que la prohibición de discriminación directa que establecen las diversas normas no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas directamente portadoras de la circunstancia protegida (allí, la discapacidad). Por eso, cuando un empresario trate a una persona trabajadora que no sea ella misma la afectada por el rasgo tutelado de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otra en una situación análoga y se acredite que el desfavor del que es víctima está motivado por la circunstancia tutelada (allí la discapacidad) que afecta a otra persona de su círculo estrecho (allí, su hijo), ello resulta contrario a la prohibición de discriminación directa.

Progresando en esa línea, la STJUE 20 junio 2019 (C-404/18, Hakelbrachat y otros) considera opuesta al Derecho de la UE una normativa conforme a la cual se limite la protección frente a la discriminación de quien ha intervenido para intentar evitarla.

Antes de que se aprobara la Ley de 2022 sobre Igualdad, nuestra jurisprudencia ya expuso que puesto que la construcción teórica de la discriminación por solidaridad

o refleja es extensible a otros derechos fundamentales, debe llevarse esa construcción a otros asuntos. De, este modo, la STS 20 enero 2016 (rcud. 3106/2014), en el ámbito de una pensión de viudedad, argumenta cómo al igual que cabe la discriminación a través de persona interpuesta (STJUE 17 julio 2008, C-303/06, Coleman; perjuicio a la madre trabajadora de un discapacitado) no es descartable que se ejerza la violencia sobre la pareja dañando al hijo común, máxime si ha manifestado hechos que perjudican al agresor. Recordemos que la LGSS es la que no ha cerrado el concepto de víctima de violencia de género a los términos recogidos en la LO 1/2004.

La STS 79/2020 de 29 enero (rcud. 3097/2017), al hilo de litigio sobre prestaciones familiares, expone que la aplicación del principio de igualdad de trato y la interdicción de la discriminación no queda limitada únicamente a las personas en las que concurre la condición personal amparada, sino que la protección que del mismo se desprende debe ser aplicable también a quien sufra un trato desfavorable por el mismo motivo pese a no ser la persona sobre la que concurriría la situación de discriminación. Acogemos de este modo el concepto de discriminación por asociación, delimitado por las STJUE de 17 julio 2008 Coleman — C-303/06 — y 16 julio 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD — C-83/14 —, recogido en nuestro Derecho positivo en el art. 63 del RDLeg. 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba el TR de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y también seguido, por ejemplo, en la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado, sobre Pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 del Código Penal (CP), que contempla la figura de la discriminación por asociación en relación con la interpretación de la agravante del art. 22.4 CP .

La STS 1242/2021 de 9 diciembre, realizando el juicio de contradicción pedido por el art. 219 LRJS, entiende que la similitud de los casos no debería descartarse por el hecho de que la decisión (que aparentemente implica una reacción adversa frente al ejercicio de acciones judiciales) derivara de la reclamación de una de las personas (el trabajador del asunto comparado) y no de la otra (la trabajadora recurrente) cuando, además, la situación denunciada es la misma.

9. PROTECCIÓN PREVENTIVA

Para la STJUE de 9 de marzo de 2017 (C-406/15), Milkova, la Directiva 2000/78 permite una normativa de un Estado miembro que confiere a los trabajadores con determinadas discapacidades una protección especial *ex ante* frente al despido, sin otorgar tal protección a los funcionarios con las mismas discapacidades. Lo anterior vale salvo que se compruebe una vulneración del principio de igualdad de trato, lo cual ha de ser verificado por el órgano jurisdiccional remitente. Si se aprecia desigual trato la situación deberá corregirse mediante la equiparación del colectivo discriminado.

10. DISCAPACIDAD Y ENFERMEDAD

El silencio de las normas antidiscriminatorias respecto de la enfermedad, en contraste con la mención de la discapacidad, ha hecho surgir toda una serie de polémicas hasta que la reciente Ley 15/2022 incluyó ambas. Vale la pena recordar algunos hitos de la jurisprudencia comunitaria:

La STJUE de 11 de julio de 2006 (C-13/05), Chacón Navas, respondiendo a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, se interroga sobre si la situación de enfermedad está incluida en el ámbito protector de la Directiva 2000/78 por constituir una discapacidad y contesta en sentido negativo.

La STJUE de 11 de abril de 2013 (C-335/11 y C-337/11), Ring y Werge sienta varios criterios relevantes: 1º) La enfermedad como discapacidad (tras la Convención de la ONU) cuando acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración (dolores lumbares, latigazo cervical). 2º) El Derecho de la UE se opone a una extinción del contrato por absentismo antes de adoptar la empresa medidas de adaptación al puesto de trabajo. 3º) El Derecho de la UE se opone a esa extinción si las bajas son consecuencia de la discapacidad, salvo si la norma laboral en que se basa persigue un objetivo legítimo y no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente.

La STJUE de 18 de marzo de 2014 (C-363/12), aclara que la situación de una madre subrogante en lo concerniente a la atribución de un permiso por adopción no está comprendida en la Directiva 2000/78 por no tener relación con asuntos de empleo y ocupación. La esterilidad de la madre intencional no es una discapacidad con repercusión laboral, que active la prohibición discriminatoria

La STJUE de 22 de mayo de 2014 (C-356/12), Glatzel, entiende que la prohibición de discriminar por razón de discapacidad no impide la diferencia de trato para permiso de conducir según se posea o no la agudeza visual necesaria para la conducción de vehículos de motor siempre que tal exigencia responda efectivamente a un objetivo de interés general (en el caso, mejorar la seguridad vial), sea necesaria (en el caso resulta esencial que las personas a las que se concede un permiso de conducir tengan las capacidades físicas necesarias, en especial de visión, dado que las deficiencias físicas pueden tener consecuencias importantes) y no constituya una carga desmesurada.

La STJUE de 18 de diciembre de 2014 (C- 354/13), Kaltoft, concluye que el Derecho de la UE no consagra, como tal, un principio general de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito del empleo y la ocupación, pero esa circunstancia puede considerarse como «discapacidad» cuando acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

Para la muy conocida STJUE de 1 diciembre de 2016 (C-395/15), Daouidi¹⁹, que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal de duración incierta no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad». La protección antidiscriminatoria frente a discapacidad se extiende a las secuelas de un accidente de trabajo. Como indicios para evaluar si tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada

¹⁹ Es el caso de ayudante de cocina que resbala trabajando y sufre lesión en codo, despidiéndole la empresa por bajo rendimiento, tras haber prorrogado poco antes su contrato temporal.

en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

La STJUE de 18 de enero de 2018 (C-279/16), Ruiz Conejero²⁰ considera que el Derecho de la UE se opone al (hoy derogado) artículo 52.d) ET que permite despedir a un trabajador por faltas de asistencia, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente. Corresponde al Juez nacional examinar si el ET ha tenido en cuenta los datos relevantes sobre los trabajadores con discapacidad.

La STJUE de 11 de septiembre 2019 (C-397/18), Nobel Plastiques Ibérica²¹ subraya que el Derecho de la UE solo considera discapacidad el estado de salud de una persona especialmente sensible que no puede desempeñar determinado trabajo (al suponer un riesgo para ella u otras) si implica una limitación de la capacidad por dolencias (físicas, mentales o psíquicas) duraderas que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva (en igualdad de condiciones) en la vida laboral. Una persona “especialmente sensible” a determinados riesgos no está *necesiter* afectada por discapacidad, en sentido jurídico. El despido objetivo de persona elegida por criterios aparentemente neutros (menor productividad, menos polivalencia, absentismo) es indirectamente discriminatorio por discapacidad si el empresario no ha realizado antes los ajustes razonables que garanticen la igualdad de trato.

20 Es el caso de limpiador con discapacidad reconocida [obesidad, problema lumbar, factores complementarios] que atraviesa varios periodos de IT por patologías relacionadas.

21 Trabajadora contratada en 2004; diagnosticada de epicondilitis, como enfermedad profesional, en 2011; reconocida como especialmente sensible; pide varias veces adecuación del puesto de trabajo; se le cambia de destino transitoriamente; en 2016 es despedida por causas objetivas junto con otras nueve personas; tiene jornada reducida por cuidado de menor. En ese año presenta productividad media ponderada del 59,82%, polivalencia muy reducida, absentismo del 69,55%.

