

El impacto de la Convención en material laboral

CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ

Universidad Carlos III de Madrid¹

Sumario: 1. Introducción. 2. La Convención. 3. El impacto de la Convención en el Ordenamiento español. 3.1. El derecho a trabajar en igualdad de condiciones que los demás. 3.1.1. Políticas de promoción del empleo de las personas con discapacidad en el mercado ordinario. 3.1.2. El empleo protegido como mecanismo de integración de los trabajadores minusválidos. Los centros especiales de empleo. 3.1.3. Los mecanismos de tránsito entre el empleo protegido y el mercado de trabajo ordinario. 3.2. El derecho a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido. 3.3. El principio de mantenimiento del empleo en caso de discapacidad sobrevenida. 3.4. El principio de igualdad de remuneración por trabajo de igual valor.

1. INTRODUCCIÓN

La integración laboral de las personas con discapacidad constituye una pieza clave para lograr su inserción en la sociedad. Sin embargo, la mayoría de las personas discapacitadas no participan en el mercado de trabajo. De hecho, dos de cada tres personas en edad de trabajar están en situación de inactividad (ni trabajan, ni buscan activamente empleo)². En comparación, la tasa de empleo de las personas

¹ Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

² INE. Nota de prensa de fecha 4-08-2003. Las personas con discapacidad y su relación con el empleo. No obstante, la muestra de un reciente estudio financiado por el Ministerio de Trabajo advierte que el porcentaje de personas con discapacidad que buscan activamente empleo se habría incrementado hasta el 50% (VERDUGO, M.A., (dir), *Influencia en la protección social y el sistema de pensiones en la actividad y el acceso al empleo de las personas con discapacidad*, Ministerio de Trabajo e Inmigración: Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, Madrid, 2009, p. 67).

sin discapacidad de 16 a 64 años de edad es ostensiblemente superior, alcanzando el 62,4%. Únicamente el 33,7% de los discapacitados permanece activo lo que representa 787.000 personas, de las cuales sólo el 35% son mujeres. La tasa de inactividad de las personas con discapacidad varía en función del tipo y del grado de minusvalía. En la práctica, se reduce en el caso de las discapacidades sensoriales y se agrava en el caso de las personas con problemas mentales, nerviosos o emocionales³ y se constata una relación inversa entre el grado de minusvalía y el acceso al empleo⁴. Esta dificultad para acceder al mercado laboral, se manifiesta además en el tiempo que necesitan para encontrar un empleo: del total de parados discapacitados, el 58,3% lleva un año o más buscando trabajo.

El problema de integración laboral de las personas con discapacidad obedece a varios motivos. En primer lugar, a su baja cualificación profesional. El 44% de las personas de 18 a 44 años de edad sin discapacidad ha terminado estudios secundarios o superiores, mientras que las personas con discapacidad que, en ese mismo tramo de edad, han finalizado ese nivel de estudios sólo alcanzan el 18%⁵. En definitiva, la probabilidad de que las personas con discapacidad tengan estudios secundarios o superiores es un 57% inferior que en las personas sin discapacidad⁶. Teniendo en cuenta además que la tasa de paro asciende al 18,83% de la población activa⁷, aumenta la competencia y la puerta de acceso al mercado laboral se hace aún más estrecha para las personas discapacitadas.

La existencia de medios inaccesibles de transporte y de barreras arquitectónicas dificulta también la integración laboral de las personas con discapacidad. De hecho, el 42,9% de las personas discapacitadas tienen algún problema para desplazarse al trabajo.

Se aprecia una escasa concienciación social que se manifiesta en la misma negociación colectiva. Aun cuando en el Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2007, los agentes sociales asumieron el compromiso de contribuir a la integración laboral de las personas con discapacidad, según se desprende de la estadística de convenios colectivos que elabora el Ministerio de Trabajo y Asuntos

³ INE. Personas con discapacidad y su relación con el empleo. Año 2002.

⁴ VERDUGO, M.A., (dir). *Influencia en la protección social...*, cit., p. 62.

⁵ INE. Comparación entre las poblaciones con y sin discapacidades.

⁶ INE. Encuesta de Población Activa. 2º trimestre año 2002. Las personas con discapacidad y su relación con el trabajo.

⁷ INE. Encuesta de Población Activa. Datos IV trimestre 2009.

Sociales, sólo 252 convenios de los registrados durante el año 2008 (un 4,85 % sobre el total) prevén, en su articulado, la concreción de puestos preferentes para trabajadores con discapacidad.⁸

Se constata igualmente una reticencia empresarial a contratar personal discapacitado por el desconocimiento de la capacidad profesional de este concreto colectivo de trabajadores y por el coste que pudiera conllevar la adaptación del puesto de trabajo. Esa misma reticencia disuade a los discapacitados para buscar activamente empleo: Una de las principales razones por las que las personas inactivas con discapacidad no buscan trabajo es por la creencia de que no van a encontrarlo⁹.

Conviene apuntar además la influencia inhibitoria de las pensiones públicas en el acceso al mercado de trabajo. Un porcentaje —es cierto que reducido— de las personas con discapacidad no buscan empleo porque no les compensa económicamente.¹⁰

Finalmente, las políticas activas de integración en el mercado de trabajo de las personas con discapacidad se condicionan a la constatación fehaciente de esta situación exigiendo, según los casos, o el certificado de minusvalía en un determinado grado o el reconocimiento de una incapacidad permanente. Pues bien, según se desprende de los datos de la Encuesta de Discapacidades, deficiencias y estado de salud de 1999, el 78,80% de las personas con discapacidad carece de dicho certificado.

2. LA CONVENCION

El 13 de diciembre de 2006 se aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la Convención), resultado de un largo proceso de gestación que se inició en el año 2001 y que fue ratificada por España en diciembre de

⁸ Ministerio de Trabajo e Inmigración. Anuario de Estadísticas Laborales. Convenios colectivos. Convenios y trabajadores afectados por cláusulas especiales, según ámbito funcional, por tipo de cláusula. Total convenios. Datos a diciembre de 2008. Disponibles en Internet:

<http://www.mtas.es/estadisticas/cct/CCT08EneAv/cc1/index.htm>

⁹ INE. Módulo de discapacidades y deficiencias 1999. Personas con alguna discapacidad que no buscan empleo por sexo, razones principales por las que no buscan empleo y edad.

¹⁰ Concretamente, un 10,10% según VERDUGO, M.A. (dir.), *Influencia en la protección social... cit.*, p. 64.

2007. Este tratado, que entró en vigor en mayo de 2008 (treinta días después a la fecha en que se presentó el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión), implica un cambio de enfoque en el tratamiento de la discapacidad: Las personas discapacitadas pasan de ser objeto de políticas sociales y paternalistas a ser sujetos de derechos. Tradicionalmente se enfocó la discapacidad desde una perspectiva médico-sanitaria. Este modelo concebía la discapacidad desde las propias limitaciones de la persona. De ello se derivaba una consecuencia clara: el reto de la integración se afrontaba procurando la adaptación de la persona al entorno (mediante medidas de recuperación, de rehabilitación,...). De manera que, en el caso de que no fuera posible acomodar la persona discapacitada a los estándares sociales, se paliaba la ausencia de rentas mediante prestaciones económicas. El modelo médico, aun cuando supuso un importante avance en el ámbito del reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, partía de una premisa perversa: La persona con discapacidad se considera desviada del estándar de normalidad.

El modelo social propugna un cambio radical del concepto mismo de discapacidad. El problema no reside en la persona, sino en la propia sociedad y en las bases sobre las que ésta se ha edificado, por cuanto dificultan o impiden a determinadas personas —que no obedecen a estos estándares dominantes— el ejercicio de sus derechos.¹¹ El que una persona con movilidad reducida no pueda trabajar no deriva tan sólo de que no pueda caminar y esté sentada en una silla de ruedas, sino del hecho de que los centros de trabajo no sean inclusivos y accesibles. Este modelo propugna, por tanto, la remoción de las barreras y de los obstáculos creados por la propia sociedad. Para el modelo social, el concepto mismo de discapacitado es el resultado de una sociedad que no acepta, que no tiene presente la diversidad. Es la propia sociedad la que discapacita a las personas con deficiencias. Por ello, el modelo social no propugna rehabilitar al individuo, sino rehabilitar una sociedad pensada para las mayorías.

El objetivo del modelo social consagrado por la Convención es asegurar a las personas con discapacidad la igualdad de oportunidades. Concretamente, en el ámbito laboral, el art. 27 de la Convención asegura a las personas con discapacidad el derecho a trabajar en

¹¹ VALDÉS, F., "Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos", VV.AA *Relaciones Laborales de las personas con discapacidad*. Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, p. 372.

igualdad de condiciones que los demás, lo que 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 discapacitadas.

El precepto citado impone a los Estados Partes la obligación de alentar las oportunidades de empleo de las personas con discapacidad ya sea por cuenta propia o por cuenta ajena, ya sea en el sector público o privado. Excedería del alcance de este artículo abordar las diferentes vertientes, por lo que nos centraremos en el trabajo por cuenta ajena en el sector privado, destacando —de los distintos objetivos que marca la Convención— aquellos que, en nuestra opinión, tienen un mayor impacto en nuestro Ordenamiento Jurídico.

3. EL IMPACTO DE LA CONVENCIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

La ratificación de la Convención por nuestro Ordenamiento Jurídico no viene sino a consolidar una clara tendencia hacia un modelo social de la discapacidad. En efecto, en la evolución de la legislación española podemos diferenciar tres etapas: Una primera, claramente influida por el modelo médico, en el que la protección de las personas con discapacidad se canalizaba mediante políticas pasivas como la asistencia sanitaria o las prestaciones económicas.

Una segunda etapa, en la que se aboga por políticas activas dirigidas a lograr la integración laboral de las personas con discapacidad como medio para conseguir su inserción en la sociedad. Se asegura un cupo de reserva a los trabajadores minusválidos, se prevén incentivos a la contratación de este colectivo específico de trabajadores y se crea el empleo protegido como mecanismo de integración laboral de las personas con discapacidad que, por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías, no puedan ejercer una actividad laboral en condiciones habituales.

Y una tercera etapa, influida claramente por el modelo social, en la que el legislador prioriza la integración de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo ordinario. El empleo protegido comienza a percibirse como un mecanismo de integración y segregación a un tiempo. Se crean así los enclaves laborales como mecanismo de tránsito entre el centro especial de empleo y un entorno laboral normalizado (RD 290/2004), se regula el empleo con apoyo como medi-

da de integración laboral de las personas con discapacidad en el sistema ordinario de trabajo (art. 1 RD 870/2007) y se reconoce la posibilidad de que las personas con gran dependencia reciban una prestación económica de asistencia personalizada para facilitar al beneficiario el acceso al trabajo (art. 19 Ley 39/2006). Se introducen además diferencias de trato dentro del mismo colectivo de discapacitados¹² y se reduce parcialmente el desincentivo al trabajo que puede representar la pérdida de la pensión a través de la Ley 8/2005¹³.

No obstante, la ratificación de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad por el ordenamiento español abre un proceso de reflexión con respecto a nuestras categorías jurídicas, con el fin de verificar en qué medida dan cumplida respuesta a los objetivos fijados por las Naciones Unidas.

3.1. El derecho a trabajar en igualdad de condiciones que los demás

El art. 3 de la Convención consagra, como uno de sus principios generales, la igualdad de oportunidades. Y conforme a su art. 27.1, los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones que los demás, lo que 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 discapacitadas.

En la misma línea se pronuncia nuestro Ordenamiento Jurídico. Según el art. 9.2 CE, corresponde a los poderes públicos facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural o social. Y el art. 49 del mismo cuerpo normativo impone a

¹² Así, por ejemplo, el programa de fomento del empleo contemplado por la Ley 43/2006 establece incentivos a la contratación cuya cuantía se incrementa si concurren otras circunstancias que dificultan aún más el acceso al mercado de trabajo (como el ser mujer, el ser mayor de 45 años o el acreditar un grado o un determinado tipo de minusvalía).

¹³ En efecto, la Ley 8/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva con el trabajo remunerado (BOE 7-06-2005, nº 135) añade un segundo párrafo al art. 147 LGSS con el propósito de eliminar la incompatibilidad entre la prestación asistencial y los ingresos derivados del trabajo durante los cuatro años siguientes al inicio de la actividad y hasta el límite del IPREM. A partir de dicho límite, la prestación se reduciría en una cantidad igual al 50% de la renta percibida por encima de tal cuantía.

los poderes públicos la obligación de realizar una política de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos y de amparar a este colectivo con el objeto de que puedan disfrutar de los derechos que el título primero de la Constitución otorga a todos los ciudadanos, entre los que se encuentra el derecho al trabajo (art. 35 CE).

El propio ET, en su art. 17, prevé la posibilidad de que el Gobierno adopte medidas de acción positiva para fomentar el empleo de grupos de trabajadores que encuentren especiales dificultades para acceder al empleo y el art. 3.1 LISMI configura, como una obligación del Estado, la integración laboral de las personas con discapacidad, siendo ésta una de las finalidades primordiales de la política de empleo (art. 37.1). El art. 26 Ley 56/2003¹⁴, por su parte, impone al Gobierno y a las Comunidades Autónomas la obligación de adoptar programas específicos destinados a fomentar el empleo de personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, *“especialmente jóvenes, mujeres, parados de larga duración mayores de 45 años, discapacitados e inmigrantes, con respeto a la legislación de extranjería.”*

La integración de las personas con discapacidad en el mercado laboral exige la adopción de políticas legislativas que van más allá de las clásicas medidas antidiscriminatorias. No basta con reconocer el derecho de las personas con discapacidad a no ser discriminadas. Es necesaria la aprobación de medidas que garanticen a las personas con discapacidad el efectivo ejercicio del derecho al trabajo. De nada serviría que el art. 35 CE reconociese a todos los ciudadanos el derecho a trabajar si no se facilitase, al mismo tiempo, el acceso a los centros de trabajo de las personas con movilidad reducida. El principio de igualdad exige, en definitiva, tratar desigualmente al desigual, mediante el establecimiento de medidas de acción positiva que garanticen la igualdad material¹⁵.

Pues bien, nuestra legislación prevé varias medidas al objeto de favorecer la incorporación de las personas con discapacidad al mercado de trabajo.

¹⁴ Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (BOE 17-12-2003, nº 301).

¹⁵ ESTEBAN, R. y NUÑEZ, C., “Igualdad de oportunidades, discapacidad y empleo.” VV.AA, *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales* (XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social). MTASS, Madrid, 2005, p. 569.

3.1.1. Políticas de promoción del empleo de las personas con discapacidad en el mercado ordinario

3.1.1.1. La reserva de empleo en favor de los trabajadores minusválidos

Como sabemos, una de las medidas de integración de las personas con discapacidad en el mercado laboral es el establecimiento de un cupo de puestos de trabajo reservados a los trabajadores minusválidos. En virtud de lo previsto en el art. 38 Ley 13/1982, las empresas públicas y privadas con 50 o más trabajadores en plantilla están obligadas a que, de entre ellos, al menos el 2% sean trabajadores con discapacidad. Si bien, esta obligación legal puede eludirse mediante el establecimiento de alguna de las medidas alternativas desarrolladas reglamentariamente.¹⁶ Por desgracia, esta medida de integración no ha logrado en la práctica el objetivo que se pretendía y ello en base a los siguientes motivos:

En primer lugar, porque se constata un incumplimiento generalizado de esta obligación. Los datos de la Inspección de trabajo son concluyentes. En el año 2008, de las 541 infracciones que se detectaron en materia de empleo, un 59,15% estaban relacionadas con la integración de los trabajadores minusválidos en el mercado laboral.¹⁷ ¿A qué puede deberse este grado de incumplimiento? La ineficacia de la cuota es consecuencia de una insuficiente concienciación social (y, por tanto, empresarial) y de un escaso celo por parte de los poderes públicos en la exigencia de su cumplimiento.¹⁸ Por otro lado, no parece que la sanción establecida al respecto disuada de su inobservancia. El art. 15.3 LISOS tipifica el incumplimiento de la cuota de reserva como infracción de carácter grave, sancionable con multa de 626 a 6.250 € [art. 40.1.b) LISOS]. Ahora bien, en la medida en que la

¹⁶ La DA 39ª Ley 66/1997, de 30 de diciembre (BOE 31-12-1997, nº 313), complementada por la DA 11ª Ley 50/1998, también de 30 de diciembre (BOE 31-12-1998, nº 313) dio una nueva redacción al art. 38.1 LISMI, permitiendo que el cumplimiento de la cuota de reserva se canalizara, de forma excepcional, a través de las medidas alternativas que se desarrollaran reglamentariamente. Esta habilitación del legislador encontró respuesta en el RD 27/2000, de 14 de enero (BOE 26-01-2000, nº 21), posteriormente sustituido por el RD 364/2005, de 8 de abril (BOE 20-04-2005, nº 94).

¹⁷ Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. Informe anual de la ITSS año 2008, Anexo 6A.2. Distribución de las actuaciones e infracciones en materia de empleo y colocación, p. 204.

¹⁸ NUÑEZ, C., "La nueva configuración de la reserva de empleo para personas con discapacidad", *Actualidad Laboral*, 1999, vol. I, p. 247.

reserva de empleo se asienta sobre el principio de igualdad de oportunidades (con el objeto de garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio del derecho del trabajo), entendemos que la inobservancia de esta obligación supondría una discriminación en el acceso al empleo por motivos de discapacidad, por lo que carece de toda coherencia el que no merezca la calificación de muy grave, en la misma línea que la infracción relacionada en el art. 16.2 del mismo cuerpo legal. En definitiva, tal y como prevé el art. 4 Ley 51/2003, constituye una vulneración del derecho de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas. Esta nueva tipificación como infracción muy grave conllevaría además la aplicación del art. 46 LISOS de acuerdo al cual, la empresa infractora perdería automáticamente las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo y podría ser excluida del acceso a tales beneficios por un período máximo de un año.

A mayor abundamiento, conforme a la tipificación actual de la infracción, el importe de la multa resulta en la práctica inferior al coste que supondría para la empresa la observancia de la obligación. La empresa puede, como sabemos, eludir el cumplimiento de la cuota de reserva acudiendo a alguna de las medidas alternativas previstas. Si la empresa tuviera una plantilla de 50 trabajadores y optara, por ejemplo, por la medida más económica (la realización de donaciones y acciones de patrocinio), hemos de tener en cuenta que el importe anual de la donación ha de ser de 1,5 veces el IPREM anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota fijada por el legislador (art. 2.2 RD 364/2005). Por lo expuesto, para este año 2010, la empresa se eximiría del cumplimiento de la cuota de reserva con una aportación que ascendiera a 9.585,18 €¹⁹ (cuando la multa, en su grado máximo, representa 6.250 €).

Adviértase además que la sanción es meramente económica. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, la responsabilidad administrativa ni viene acompañada de la obligación de contratar a un trabajador minusválido, ni supone la nulidad del contrato que en su lugar se realice²⁰.

¹⁹ IPREM anual 2010 x 1,5 = 6.390,12 € x 1,5 = 9.585,18 €.

²⁰ TUSET, P., *La contratación de trabajadores minusválidos*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, p. 125.

El segundo motivo es que resulta relativamente sencillo burlar el cumplimiento de este deber. Sabemos que según lo dispuesto en el art. 38.1 LISMI, las empresas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2% sean trabajadores minusválidos. Pero el precepto matiza: “*El cómputo mencionado anteriormente se realizará cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa*”. ¿A qué concreto cómputo se refiere esta matización? ¿Al cálculo del umbral necesario para hacer efectiva la obligación (los 50 trabajadores en plantilla), a la concreción de la cuota de reserva (el 2%) o a ambos? Aun cuando el legislador se pronuncia en singular, la doctrina más solvente aboga por entender que se trata de un descuido y que ha de aplicarse el mismo criterio en ambas operaciones.²¹ Por lo expuesto, para el cómputo del cumplimiento de la cuota de reserva del 2%, cabría tomar en consideración todo trabajador con discapacidad en plantilla, con independencia del tipo de contrato y de la jornada de trabajo realizada.²² Carece de toda lógica que el legislador confiera idéntico valor a un contrato indefinido a jornada completa, que a un contrato temporal o a un contrato de trabajo a tiempo parcial pues ello no hace sino facilitar que, en la práctica, se burle la obligación de la cuota de reserva.²³

Por otro lado, si el propósito del legislador con el establecimiento de este cupo reservado es favorecer la efectiva incorporación de las personas con discapacidad en el mercado laboral, sería necesario reducir el umbral de plantilla que determina la obligatoriedad del precepto e incrementar el porcentaje aplicable, en consonancia con otros países de la Unión Europea. La regulación actual sólo impone este deber a las empresas que cuenten con, al menos, 50 trabajadores en plantilla y no podemos perder de vista que el tejido empresarial español está constituido de forma mayoritaria por pequeñas empre-

²¹ NUÑEZ, C., “La nueva configuración de la reserva de empleo para personas con discapacidad”, *Actualidad Laboral*, 1999, vol. I, p. 240.

²² Así lo han interpretado: NUÑEZ, C., *La integración laboral de las personas con discapacidad*, Escuela Libre, Madrid, 2000, p. 251; TUSET, P., “La obligación de reserva de empleo en favor de la contratación de trabajadores minusválidos y de la aplicación de las medidas alternativas de carácter excepcional”, *Información Laboral*, 2000, nº 12, pp. 16 y 17. RODRÍGUEZ, J.G., “El fomento del empleo de los minusválidos a través de la cuota de reserva”, *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, 2004, nº 5, p. 560.

²³ NUÑEZ, C., “La nueva configuración de la reserva de empleo para personas con discapacidad”, *Actualidad Laboral*, 1999, vol. I, p. 241.

sas. Según los datos ofrecidos por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, en enero de 2010, sólo un 2,23% de las empresas españolas tenían 50 o más trabajadores en plantilla²⁴. No olvidemos también que la actual redacción del precepto puede hacer escapar con facilidad de esta obligación a los grupos de empresas. En la práctica, y partiendo de la tendencia empresarial a crear unidades de negocio de pequeñas dimensiones, cada vez son más las empresas que se liberan del cumplimiento de la cuota.

Además, interesa advertir que la legislación española es mucho menos tuitiva que la correspondiente a otros países europeos. Así, por ejemplo, en Bulgaria, los empresarios con más de 50 trabajadores en plantilla tienen la obligación de proveer trabajo a personas con discapacidad profesional reducida. El porcentaje de puestos de trabajo varía, a partir del 4%, en función de la rama de actividad. Este mismo porcentaje resulta de aplicación en la República Checa pero, en tal caso, la obligación se hace extensiva a los empresarios que tengan una plantilla superior a los 25 trabajadores. Tanto en Alemania, como en Hungría, toda empresa con, al menos, 20 empleados tiene la obligación de reservar una cuota del 5% para trabajadores con discapacidad severa. Y en Francia, basta una plantilla de 20 trabajadores para que la empresa haya de cumplir una cuota, pero en tal caso, del 6%.²⁵

Otro de los motivos de la falta de efectividad de la cuota es la posibilidad de eludir su cumplimiento. En efecto, ya la existencia de medidas alternativas a la obligación de contratación directa supone una cierta legitimación del incumplimiento. A este respecto llama poderosamente la atención el que la nota de excepcionalidad —como requisito previo a la exención, basada en el cumplimiento de determinados requisitos que han de ser acreditados— pueda obtenerse por silencio administrativo (art. 1.3 *in fine* RD 364/2005). Es verdad que tales medidas promueven igualmente el empleo de personas con discapacidad bien de forma directa —mediante la contratación de profesionales autónomos o la externalización de un servicio que se encomienda a un centro especial de empleo—, bien indirectamente —patrocinando

²⁴ Concretamente, 28.027. Datos del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Boletín de Estadísticas Laborales. Empresas Inscritas en la Seguridad Social: Empresas según tamaño. Enero de 2010.

²⁵ Ver tablas MISSOC (Social protection systems in Member States). Disponibles en Internet: http://ec.europa.eu/employment_social/spsi/missoc_en.htm

acciones de inserción social— pero, en nuestra opinión, la regulación reviste incoherencias y dificulta el que la medida alternativa tenga una traducción directa en la generación de empleo. Carece de lógica que se permita a la empresa acudir a una medida alternativa cuando existen razones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motiven la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad en la plantilla de la empresa y, sin embargo, se le permita —precisamente como medida alternativa— realizar un enclave laboral que se define porque los trabajadores con discapacidad son desplazados al propio centro de trabajo de la empresa principal para realizar funciones correspondientes con su actividad normal, de forma que quedan insertos en su organización productiva. Además, decíamos, la medida alternativa no siempre se traduce en generación de empleo. En efecto, para que la medida pueda eximir a la empresa del cumplimiento de la cuota de reserva, el importe de los contratos que se celebren con los autónomos discapacitados o con los centros especiales de empleo ha de superar un determinado mínimo (art. 2.2 RD 364/2005). El problema es que la facturación de estos contratos incluye importes no relacionados estrictamente con la mano de obra.²⁶

Convendría finalmente, y al objeto de evitar discriminaciones dentro del propio colectivo de trabajadores con discapacidad, que se otorgara un valor diferente —de cara al cómputo del 2%— en función del grado, del tipo y del origen de la minusvalía.

3.1.1.2. Modalidades de contratación específicas

Otro de los mecanismos de integración de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo es el establecimiento de modalidades específicas de contratación, como el contrato para el fomento de la contratación indefinida y el contrato para el fomento del empleo.

i.- El contrato para el fomento de la contratación indefinida, que tiene su origen en el Acuerdo Interconfederal por la Estabilidad en el Empleo y que actualmente se encuentra regulado en la DA1ª Ley 12/2001, se caracteriza por abaratar los costes del despido como estímulo a la contratación estable de determinados colectivos de trabajadores con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo o con una elevada probabilidad de ser expulsados del mismo (como es el

²⁶ Ver propuesta CERMI. PÉREZ, L., (dir). *Estrategia Global para el empleo de personas con discapacidad 2007-2008*, Propuesta Cerme, Cinca, Madrid, 2007, pp. 27 a 30.

caso de los trabajadores vinculados a la empresa mediante un contrato temporal). Pues bien, la propia DA1ª Ley 12/2001 incluye —como uno de los colectivos con los que se puede suscribir este tipo de contrato— a las personas que tengan reconocida la condición de minusválidos. Conviene no obstante llamar la atención sobre el siguiente extremo: esta concreta modalidad contractual está orientada a la contratación de trabajadores minusválidos; no así de quienes tengan reconocida una incapacidad permanente.

ii.- Contrato para el fomento del empleo: Conforme a la inicial redacción del art. 15 ET, en relación con el art. 17 del mismo cuerpo legal, se permitía que el Gobierno previera modalidades contractuales de duración determinada, como medida de fomento del empleo de colectivos con dificultades de incorporación al mercado laboral. Con fundamento en este precepto, el art. 44 de la Ley 42/1994²⁷ introdujo el contrato de fomento de empleo para trabajadores minusválidos. Las sucesivas leyes de acompañamiento a los presupuestos mantuvieron en vigor esta concreta modalidad contractual, que se encuentra regulada en la actualidad en la DA.1ª Ley 43/2006²⁸. En su virtud, dicho contrato podrá suscribirse con alguno de los siguientes colectivos: a) trabajadores con discapacidad (valorada en un grado igual o superior al 33%), b) perceptores de una pensión por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del sistema de seguridad social; y c) pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio.

La peculiaridad de este contrato es su duración temporal aun cuando no concurra causa alguna que justifique su limitación en el tiempo. Las empresas podrán acudir al mismo “*para la realización de sus actividades, cualquiera que sea la naturaleza de las mismas.*” (DA 1ª Ley 43/2006). Se establece así una excepción al principio de causalidad que ha de regir en la contratación temporal. De hecho, es el único supuesto de contrato temporal para el fomento del empleo que subsiste en el ordenamiento laboral después de la reforma de 1997. Este tipo de contrato, exclusivamente previsto para los trabajadores con discapacidad, supone en definitiva un mecanismo de precariza-

²⁷ Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE 31-12-1994, nº 313).

²⁸ Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE 30-12-2006, nº 312).

ción del empleo, únicamente admisible en la medida en que puede ser la entrada que permita superar las tradicionales barreras y opiniones erróneas con respecto a la calidad de la prestación de trabajo del colectivo de discapacitados.²⁹ No obstante, como toda acción positiva, la posibilidad de acudir a un contrato temporal acausal para emplear trabajadores discapacitados ha de tener una vigencia limitada. Creemos incluso que convendría reducir su duración máxima³⁰ de tres a dos años, al objeto de equipararla con la duración máxima de los contratos formativos [art. 11 ET, apartados 1.b) y 2.c)] y con el período total de concatenación de contratos temporales (art. 15.5 ET).

3.1.1.3. Modalidades contractuales con particularidades

Nuestro Ordenamiento prevé igualmente algunas particularidades cuando determinados contratos de trabajo se celebran con personas con discapacidad. Es el caso del contrato para la formación, del contrato de trabajo en prácticas y del contrato de interinidad.

i.- El contrato de trabajo para la formación, que se encuentra regulado en el art. 11.2 ET y en el RD 488/1998³¹ y cuyo objeto consiste en la adquisición de la formación (teórica y práctica) necesaria para el desempeño de un oficio, reviste las siguientes peculiaridades si se celebra con trabajadores con discapacidad: En primer lugar, el contrato para la formación puede suscribirse, con carácter general, con trabajadores mayores de 16 años y menores de 21. No obstante, este límite de edad no opera en el caso de trabajadores discapacitados que pueden ser contratados bajo esta concreta modalidad con independencia de su edad. En segundo lugar, conforme a lo previsto en el art. 11.2.c) ET, la duración del contrato para la formación no podrá ser inferior a seis meses, ni superior a dos años. Sin embargo, dicha duración máxima puede prolongarse hasta los cuatro años si se suscribe con un trabajador con discapacidad, siempre y cuando así se

²⁹ NÚÑEZ, C., *La integración laboral de las personas con discapacidad*. Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, p. 203. LAHERA, J., "Acceso al mercado laboral y contratación de los discapacitados" En: VV.AA. *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*. Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, p. 113. GARRIGUES, A. y BURGOS, M^a A., "Contratos de fomento del empleo", VV.AA. *La contratación temporal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 254.

³⁰ Esta es la línea apuntada por el Gobierno en su Estrategia Global para el Empleo de personas con discapacidad 2008-2012.

³¹ RD 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el art. 11 ET, en materia de contratos formativos (BOE 9-04-1998, n^o 85).

hubiese previsto en el convenio colectivo sectorial estatal o, en su defecto, en el convenio —también sectorial— pero de ámbito inferior, teniendo en cuenta el tipo o grado de minusvalía y las características del proceso formativo a realizar. Carece de sentido que sean los agentes sociales quienes, con carácter general y con independencia de la capacidad real del concreto trabajador discapacitado, de sus conocimientos y de su concreta progresión profesional, fijen la posible ampliación del contrato. Al objeto de garantizar a las personas con discapacidad el derecho al trabajo en igualdad de condiciones que los demás y teniendo en cuenta la precarización que supone la temporalidad, convendría que la ampliación del contrato de trabajo se supervisara por el equipo multiprofesional, en la misma línea de lo previsto en el art. 7 RD 1368/1985³² para los trabajadores con discapacidad que presten servicios en centros especiales de empleo.³³

En tercer lugar, según el art. 7 RD 488/1998, la empresa no puede tener más de un determinado número de trabajadores con contrato para la formación que varía en función del tamaño de su plantilla. En defecto de concreción convencional, el apartado 2º del precepto citado establece una escala con respecto a la cual hemos de tener en cuenta las siguientes particularidades. Primera, que en el cómputo de trabajadores en plantilla no se tomarán en consideración los contratos de trabajo para la formación. Segunda, que los trabajadores minusválidos vinculados a la empresa mediante un contrato para la formación no se computarán a efectos del mencionado límite. Por lo expuesto, cabría que en la práctica, el número de contratos para la formación excediera el umbral señalado. Ahora bien, en tal caso, se podría plantear un problema con respecto a la figura del tutor. Según lo establecido en el art. 8.3 RD 488/1998, el empresario deberá tutelar el proceso formativo del trabajador, asumiendo tal función directamente (si prestara servicios para la empresa) o designando para ello a un trabajador de la empresa. Pues bien, uno u otro no podrán tener como pupilos más de tres trabajadores para la formación. En nuestra opinión, aun cuando no opere el límite establecido en el art. 7 RD 488/1998, ha de operar este otro límite indirecto; máxime te-

³² RD 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en centros especiales de empleo (BOE 8-08-1985, nº 189).

³³ En este sentido, ESTEBAN, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, p. 221.

niendo en cuenta que son trabajadores con discapacidad cuyo proceso de aprendizaje, en función obviamente de sus concretas circunstancias personales, puede ser más lento y necesitado de una mayor supervisión. A este respecto sería necesario modificar el art. 8.3 RD 488/1998 al objeto de definir las concretas obligaciones del tutor y fijar el número máximo de pupilos en función del tipo de discapacidad (física, psíquica o sensorial) y de su gravedad.

La cuarta particularidad es que si el trabajador contratado para la formación es una persona con discapacidad psíquica, la formación teórica podrá sustituirse, total o parcialmente, previo informe de los equipos multiprofesionales de valoración correspondientes, por la realización de procedimientos de rehabilitación o de ajuste personal y social en un centro psicosocial o de rehabilitación sociolaboral [art. 11.2.e) ET].

Finalmente, la suscripción de un contrato para la formación con un trabajador con discapacidad da derecho a la empresa a beneficiarse de la ayuda prevista en la DA 2ª 3) ET: una bonificación del 50% de la cuota empresarial a la Seguridad Social.

ii.- El contrato en prácticas no constituye una modalidad específica para la contratación de trabajadores con discapacidad pero, al igual que ocurre con el contrato para la formación, reviste determinadas particularidades cuando se celebra con este colectivo específico. En primer lugar, se trata de un contrato que puede concertarse con quienes estuviesen en posesión de título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o de títulos oficialmente reconocidos como equivalentes, que habiliten para el ejercicio profesional, dentro de los cuatro años siguientes a la terminación de los estudios, al objeto de que el trabajador pueda adquirir la práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursados. Ahora bien, dicho período se amplía de cuatro a seis años si el contrato en prácticas se concerta con un trabajador con minusvalía (art. 11.1 ET). En segundo lugar, el ET, en su DA 2ª, también prevé una ayuda económica para las empresas que contraten en prácticas trabajadores con discapacidad. Concretamente, tendrán derecho a una bonificación del 50% sobre la cuota empresarial por contingencias comunes.

iii.- El contrato de interinidad celebrado con un trabajador minusválido para sustituir a otro trabajador, también minusválido, en situación de incapacidad temporal da derecho a la empresa a una bonificación del 100% de la cuota patronal durante la vigencia del contrato. Convendría seguir, en este caso, una política de “coste 0”,

en la misma línea que la prevista con respecto a los supuestos de sustitución en caso de baja por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, conforme a la cual la empresa tiene derecho a una bonificación del 100% de la cuota empresarial tanto por el trabajador sustituto, como por el sustituido (RD-Ley 11/1998³⁴ y DA 2^a Ley 12/2001³⁵).

3.1.1.4. Incentivos económicos a la contratación de trabajadores con discapacidad

Por otro lado, nuestro Ordenamiento Jurídico fomenta el empleo de las personas con discapacidad a través de diversos incentivos económicos como subvenciones, deducciones fiscales, bonificaciones y reducciones del tipo de cotización.

i.- Subvenciones: El RD 1451/1983³⁶, desarrollado por la Orden 13-04-1994³⁷, prevé una subvención por la contratación indefinida de desempleados con minusvalía de 3.907 €, así como por la adaptación del puesto de trabajo para evitar accidentes o para eliminar barreras u obstáculos que dificulten el trabajo de la persona discapacitada. El importe de esta última ayuda —que asciende a 900 €, de acuerdo al art. 1 Orden 13-04-1994, y que no se ha actualizado desde entonces— se muestra claramente insuficiente. Además, su regulación sólo permite su concesión por una única vez, lo que carece de lógica cuando se constata una variación de las circunstancias (por agravación de la discapacidad o por la introducción de modificaciones técnicas en el puesto de trabajo). Al objeto de mejorar la eficacia del art. 9.1.a) de la Convención —que aboga por la adopción de las medidas pertinentes que aseguren el acceso de las personas con discapacidad a los lugares de trabajo— convendría modificar el art. 1 Orden 13-04-1994 para actualizar la cuantía de la subvención y posibilitar que se conceda en más de una ocasión; máxime si tenemos en

³⁴ RD-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad celebrados con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento (BOE 5-09-1998, nº 213).

³⁵ Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE 10-09-2001, nº 164).

³⁶ RD 1451/1983, de 11 de mayo, por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de trabajadores minusválidos (BOE 4-06-1983, nº 133).

³⁷ Orden 13-04-1994, por la que se regula la concesión de las ayudas y subvenciones sobre fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, establecidas en el Capítulo II del Real Decreto 1451/1983, de 11-5-1983 (BOE 5-05-1994, nº 107).

cuenta que la obligación empresarial de realizar las medidas necesarias para adaptar el puesto de trabajo y hacer accesible la empresa se limita a aquellos ajustes que sean razonables, entendiéndose por tales aquellos cuyo coste sea paliado en grado suficiente mediante ayudas o subvenciones públicas (art. 37 bis Ley 13/1982, incorporado por la Ley 62/2003).

Además de las subvenciones por contratación, se incentiva igualmente el mantenimiento del empleo. Conforme a lo previsto en la DA1^a.6 Ley 43/2006, la transformación en indefinido del contrato para el fomento del empleo, también da derecho a la obtención de las subvenciones previstas en el RD 1451/1983. Pero adviértase que dicho beneficio se limita únicamente a esta exclusiva modalidad contractual, no extendiéndose a la transformación en indefinidos de los restantes contratos de trabajo de duración determinada.

ii.- Deducciones fiscales: El art. 41 RD 4/2004³⁸ prevé una deducción de la cuota íntegra del impuesto de sociedades por importe de 6.000 € por cada persona con discapacidad contratada en el período impositivo. Para ello se exige que el contrato de trabajo sea indefinido y a tiempo completo, que la contratación suponga un incremento de la plantilla media de trabajadores con discapacidad en el período inmediatamente anterior y que se garantice la estabilidad en el empleo de estos trabajadores por un tiempo mínimo de 3 años.

iii.- Bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social: La Ley 43/2006 regula bonificaciones específicas tanto por la contratación, como por el mantenimiento del empleo de este concreto colectivo de trabajadores. Concretamente, el programa de fomento del empleo se orienta a desempleados con un grado de minusvalía igual o superior al 33%, así como a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una incapacidad permanente en el grado de total, absoluta y gran invalidez o de clases pasivas beneficiarios de una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

La Ley 43/2006 confiere un tratamiento claramente privilegiado a los desempleados con discapacidad. En primer lugar, por cuanto prevé bonificaciones de cuantía muy superior al resto. En segundo lugar, en la medida en que incentiva su contratación tanto indefinida como temporal (cuando la regla general es el fomento, en exclusiva, de la

³⁸ RD 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (BOE 11-03-2004, nº 61).

contratación indefinida). En tercer lugar, porque su duración no se limita en el tiempo, vinculándose a la vigencia del contrato de trabajo (cuando la tendencia es que estas bonificaciones se prolonguen por un período máximo de cuatro años). Y, finalmente, porque se reducen de forma sustancial los supuestos de exclusión previstos comúnmente. Además, merece una valoración muy positiva el que el propio programa responda a los supuestos de multidiscriminación dentro del propio colectivo de discapacitados y establezca cuantías diferentes en función de la edad, del sexo y del grado de discapacidad del trabajador.

Aunque volveremos con posterioridad sobre este extremo, hemos de tener en cuenta que, en el caso de contrataciones realizadas con trabajadores con discapacidad, el programa de fomento del empleo no resulta de aplicación en los siguientes supuestos: a) Contrataciones realizadas con desempleados que, en los veinticuatro meses anteriores a la fecha de la contratación, hubiesen prestado servicios en la misma empresa, grupo de empresas o entidad mediante un contrato por tiempo indefinido; y b) Desempleados que hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido en otra empresa en un plazo de tres meses previos a la formalización del contrato, salvo cuando se incorpore a la plantilla de la empresa colaboradora proviniendo de un centro especial de empleo o cuando se incorpore a una empresa ordinaria en el marco de un programa de empleo con apoyo. Además, hemos de tener en cuenta que ninguna exclusión se aplica cuando se trata de trabajadores con especiales dificultades de inserción laboral (art. 6.3 Ley 43/2006, tras la redacción dada por la Ley 27/2009).

iv.- Reducciones en el tipo de cotización por desempleo: Como sabemos, el tipo de cotización por desempleo que, con carácter general, es del 7,05%, se incrementa en dos supuestos: cuando el contrato de trabajo tenga una duración determinada, pasando del 7,05 al 8,30, y cuando el contrato —siendo temporal— se celebra a tiempo parcial, en cuyo caso el tipo asciende al 9,30%. No obstante, los contratos de trabajo suscritos con trabajadores con una discapacidad no inferior al 33%, cualquiera que sea su duración y la jornada realizada, cotizarán al desempleo por el tipo general (art. 31.2 Orden TIN/25/2010³⁹). Esta regulación, aun mereciendo una favorable acogida,

³⁹ Orden TIN/25/2010, de 12 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 (BOE 18-01-2010, nº 15).

no creemos que condicione en la práctica la decisión del empleador en pro de la contratación de trabajadores con discapacidad. Partiendo de las bases de cotización mínimas y máximas correspondientes a este año 2010, si la empresa contratara a un trabajador con discapacidad a través de un contrato temporal a tiempo completo, la reducción del tipo de cotización por desempleo implicaría un ahorro para la empresa que oscilaría entre 9,24 € (en el caso de que se cotizara por la base mínima) y 39,96 € al mes (si el trabajador se encontrara en la base máxima).

Todos los incentivos económicos mencionados son compatibles entre sí. No obstante, se prevé una limitación cuantitativa conforme a la cual tales beneficios, en conjunto, no podrán superar el 60% del coste salarial anual correspondiente al contrato que da derecho a los mismos (arts. 7.3 RD 1451/1983 y 7.3 Ley 43/2006). Tal limitación, sin embargo, no resulta aplicable en el caso de trabajadores con discapacidad contratados por los Centros Especiales de Empleo, en que se estará a su régimen específico.

3.1.1.5. El asistente personal como mecanismo de inserción laboral

El art. 19.b) de la Convención impone a los Estados Partes la obligación de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento y su separación de ésta.

Nuestro Ordenamiento jurídico reconoce la posibilidad de que las personas con gran dependencia reciban una prestación económica de asistencia personalizada. El art. 19 Ley 39/2006⁴⁰ define dicha prestación como aquella que tiene por finalidad contribuir a la contratación de un asistente personal para facilitar al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria. Se trata de una prestación vinculada a la efectiva contratación del asistente, cuya cuantía ayuda a asumir tal gasto, pero sin pretender en ningún caso cubrirlo.⁴¹

El asistente personal es una figura de apoyo a la persona con discapacidad, que le ayuda a realizar las funciones que aquel no puede desa-

⁴⁰ Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE 15-12-2006, nº 299).

⁴¹ GONZÁLEZ, S., "El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia en la Ley 39/2006", *Temas Laborales*, 2007, num. 89, p. 314.

rrollar por sí mismo, al objeto de favorecer su autonomía y su participación en la sociedad. El objetivo es que el asistente personal no supla la voluntad de la persona con discapacidad, sino que colabore para que ésta se pueda llevar a cabo. Se convierte así, por ejemplo, en los ojos de un invidente o en las manos de una persona con paraplejía.⁴²

Al objeto de dar respuesta al art. 19.b) de la Convención, es necesario que el legislador español desarrolle el art. 19 Ley 39/2006 y que, en tal desarrollo, se prevea expresamente la obligación empresarial de permitir al asistente el acceso al centro de trabajo y de facilitar su labor, de forma similar a la prevista en el art. 6.2 RD 870/2007 en relación con el preparador laboral que interviene en los programas de empleo con apoyo. Convendría además que se configurara la relación laboral que vincula a la persona dependiente y al asistente personal como una relación laboral de carácter especial, inspirada en principios similares a los que rigen en la relación de empleados de hogar, y que se establecieran bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social por la contratación de este personal.

3.1.2. El empleo protegido como mecanismo de integración de los trabajadores minusválidos. Los centros especiales de empleo

Los centros especiales de empleo, previstos en el art. 41 Ley 13/1982 y regulados en el RD 2273/1985⁴³, cumplen una importante labor de integración de las personas con discapacidad en el mercado laboral. De hecho, según los datos del Servicio de Empleo Estatal, casi la mitad de las contrataciones realizadas a personas con discapacidad se lleva a cabo en Centros Especiales de Empleo; concretamente, un 48,5% en el año 2007. Y del total de trabajadores que, en algún momento de su trayectoria profesional se ha visto afectado por una discapacidad, el 25% ha trabajado en alguna ocasión en un centro especial de empleo⁴⁴. En definitiva, aun cuando se trata de empre-

⁴² RODRIGUEZ-PICAVEA, A. y ROMANNACH, J., "Consideraciones sobre la figura del asistente personal en el proyecto de Ley de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia", 2006.

⁴³ RD 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se regula los centros especiales de empleo para minusválidos (BOE 9-12-1985, nº 294).

⁴⁴ CUETO, B., (dir.), *Trayectorias laborales de las personas con discapacidad y centros especiales de empleo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, Madrid, 2008, p. 97.

sas con un claro fin productivo, los centros especiales de empleo tienen como objetivo proporcionar un trabajo remunerado y la prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores minusválidos (art. 42.1 Ley 13/1982). De esta manera, las personas con discapacidad pueden adquirir experiencia laboral y fomentar sus habilidades profesionales.

Los centros especiales de empleo merecen el sostenimiento económico⁴⁵ por parte del Estado en la medida en que, en su participación en el mercado, parten de una clara desventaja competitiva. Primero, porque un elevado porcentaje de su plantilla ha de estar integrado por personas con discapacidad. Y en este sentido, el art. 2.1 RD 1368/1985⁴⁶ exige expresamente que los trabajadores del centro especial de empleo tenga reconocida una minusvalía del 33% y, como consecuencia de ello, una disminución de su capacidad de trabajo igual o superior a dicho porcentaje. Segundo, porque otra parte de su plantilla ha de estar destinada a servicios —no productivos— sino de ajuste personal o social al objeto de procurar al trabajador minusválido una mejor integración.

El problema es que estos dos requisitos no siempre se han cumplido. De hecho, resulta llamativo el que no haya sido hasta el año 2006 —varios años después de la creación de los centros especiales de empleo— cuando el legislador ha configurado la composición y las funciones de estos equipos de apoyo.⁴⁷ A mayor abundamiento, al no aplicar el convenio colectivo del sector,⁴⁸ las condiciones labora-

⁴⁵ En la práctica, mas de la mitad del gasto destinado a políticas activas de integración de las personas con discapacidad se dirige a la financiación económica de los centros especiales de empleo (CUETO, B., (dir)., *Trayectorias laborales de las personas con discapacidad y centros especiales de empleo*. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, Madrid, 2008, p. 138).

⁴⁶ RD 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en centros especiales de empleo (BOE 8-08-1985, nº 189).

⁴⁷ A través del 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 (BOE 22-04-2006, nº 96).

⁴⁸ El art. 4 del XII convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, por el que se concreta su ámbito personal, dice textualmente: "*Se incluyen de forma expresa en este ámbito los trabajadores con discapacidad vinculados con un Centro Especial de Empleo en virtud de la relación laboral de carácter especial regulada por el Real Decreto 1368/1985, de 17 de Julio, sin que a los mismos les sea de aplicación ningún otro convenio de sector.*"

les de los minusválidos que prestan servicios en centros especiales de empleo también pueden ser inferiores.⁴⁹

Por otro lado, no se está cumpliendo uno de los fines que los centros especiales de empleo tenía encomendado: favorecer el tránsito de las personas con discapacidad desde un entorno protegido al mercado de trabajo ordinario (art. 1 RD 2273/1985). En la práctica, los centros especiales de empleo se están convirtiendo en lugar de término, en vez de un lugar de paso. El propósito del legislador no es crear guetos de personas con discapacidad. Por ello, si no se favorece el paso al mercado normalizado, corremos el riesgo de que los centros especiales de empleo se conviertan en espadas de doble filo, en herramientas de integración y segregación al mismo tiempo.

Como hemos apuntado, los centros especiales de empleo se crearon como puentes de transición al mercado de trabajo ordinario. Desgraciadamente, no hay datos con base a los cuales constatar el nivel de cumplimiento de este objetivo. Recientes estudios doctrinales estiman que la experiencia laboral en un centro especial de empleo tiene un efecto negativo en la transición al mercado de trabajo ordinario⁵⁰. De hecho, reduce en torno a 29 puntos porcentuales la probabilidad de trabajar en una empresa ordinaria. Y de empezar la trayectoria laboral en un entorno protegido, se reduce esta probabilidad entre 39 y 44 puntos porcentuales⁵¹. Por lo expuesto es importante velar porque el centro especial de empleo cumpla los requisitos que le hacen merecedor de una especial protección estatal y fomentar los mecanismos de tránsito hacia un entorno normalizado.

En este sentido convendría introducir mecanismos de compensación ante la promoción de un profesional al mercado ordinario. Te-

⁴⁹ De hecho, el salario correspondiente a la categoría profesional de operario es el mínimo interprofesional (Anexo 7. Tablas salariales centros especiales de empleo 2006. XII convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad) y hemos de tener en cuenta que en dicha categoría se clasifica un porcentaje elevado de personas con discapacidad si tenemos en cuenta —como apuntamos anteriormente— su baja cualificación profesional. En el reciente estudio llevado a cabo por el grupo de investigación dirigido por Begoña Cueto (ya citado) se pone de manifiesto que los salarios percibidos por los trabajadores con discapacidad que prestan servicios en Centros Especiales de Empleo los salarios son inferiores a los de la empresa ordinaria; concretamente, 1,3 €/hora, lo que implica una diferencia salarial de entre 2.000 y 2.500 € anuales (pp. 102 a 109).

⁵⁰ CUETO IGLESIAS, B., (dir.), *Trayectorias laborales de las personas con discapacidad y centros especiales de empleo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración. Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, Madrid, 2008, p. 129 que analiza la probabilidad de transitar a un entorno normalizado, con base en un análisis econométrico.

⁵¹ Ídem, p. 143.

niendo los centros especiales de empleo —como tienen— un fin productivo, existe una comprensible reticencia empresarial a favorecer el paso a un entorno normalizado, por cuanto implica una pérdida de capital humano que repercute necesariamente en su productividad.

Resulta plausible el camino iniciado por la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas (BOE 31-12-2009, nº 315) que ha modificado el art. 6.3 Ley 43/2006 con el objeto de favorecer el tránsito entre el empleo protegido y el mercado de trabajo ordinario. Hemos visto que el programa para el fomento del empleo excluye de su campo de aplicación las contrataciones de desempleados que hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido en otra empresa en los tres meses previos a la formalización del contrato. La única salvedad que establecía el precepto antes de la reforma, era la incorporación a la plantilla de la empresa de quien provenía de un enclave laboral. En la actualidad, esta salvedad se hace extensiva a toda incorporación que provenga de un centro especial de empleo.

3.1.3. Los mecanismos de tránsito entre el empleo protegido y el mercado de trabajo ordinario

La incorporación de las personas con discapacidad a la sociedad no puede realizarse, de acuerdo al modelo social plasmado en la Convención, a través de mecanismos como el trabajo protegido, sino mediante su inclusión en el mercado de trabajo ordinario, prestándose para ello los apoyos especializados que resulten necesarios.

De acuerdo a lo establecido en el art. 37.1 de la LISMI, es una finalidad primordial de la política de empleo de los trabajadores con discapacidad, su integración en el mercado ordinario de trabajo y sólo de forma excepcional su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo protegido. Los mecanismos de tránsito desde los centros especiales de empleo a un entorno normalizado son dos: los enclaves laborales y el empleo con apoyo.

3.1.3.1. Los enclaves laborales

El RD 290/2004⁵² prevé la posibilidad de que las empresas del mercado ordinario de trabajo (empresas colaboradoras) celebren un contrato con un centro especial de empleo para la realización de

⁵² RD 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regula los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad (BOE 21-02-2004, nº 45).

obras y servicios correspondientes a su actividad. Con ocasión del mismo, los trabajadores del centro especial de empleo se desplazarán, con carácter temporal, al centro de trabajo de aquélla. Y de ahí precisamente su nombre: enclave, definido por la Real Academia Española como grupo inserto en otro de diferentes características.

La misma figura del enclave laboral favorece el tránsito del trabajador con discapacidad desde el empleo protegido al mercado de trabajo ordinario por los siguientes motivos. En primer lugar, en el enclave laboral se externaliza la prestación de un servicio que guarda relación directa con la actividad normal de la empresa. En segundo lugar, la actividad ha de ser ejecutada en su mismo centro de trabajo. Por lo expuesto, el trabajo en el enclave permite que el trabajador con discapacidad adquiera su experiencia profesional en un entorno de trabajo normalizado. Es más, el objeto del enclave —la realización de servicios correspondientes con la actividad normal de la empresa colaboradora (art. 1.2 RD 290/2004)— inserta a los trabajadores con discapacidad en el mismo sistema productivo de la principal,⁵³ lo que facilita que la empresa colaboradora adquiera un conocimiento directo de las capacidades profesionales del trabajador.

Al margen de lo anterior, la específica regulación de los enclaves prevé los siguientes mecanismos de transición:

Uno: La duración limitada del enclave. El enclave laboral tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de tres años y se puede prorrogar por períodos no inferiores a tres meses hasta alcanzar la citada duración máxima. Alcanzada ésta, el enclave sólo puede prorrogarse por períodos iguales de tiempo si la empresa colaboradora u otra empresa del mercado ordinario hubiera contratado indefinidamente a un determinado número de trabajadores del enclave. Llegada la duración máxima de seis años, no podrá prorrogarse el enclave ni iniciarse uno nuevo para la misma actividad (art. 5.2 RD 290/2004). Esta regulación favorece el tránsito por dos razones. Primera, el hecho de condicionar la prórroga extraordinaria a la contratación de un determinado número de trabajadores por parte de una empresa colaboradora constituye una vía indirecta de exigir al enclave un resultado, al objeto de constatar que está favoreciendo en la práctica el tránsito entre el empleo protegido y el mercado de trabajo

⁵³ TUSET, P., "Los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad: comentario al Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero". *Información Laboral*, 2005, nº 14, p. 15.

ordinario. Segunda, porque impide que la misma actividad sea cubierta de forma indefinida por ese u otro enclave, lo que favorece la decisión de internalizar el servicio y de incorporar a los trabajadores desplazados a la plantilla de la empresa principal.

Dos: La necesaria estabilidad del trabajador en el enclave. Según lo previsto en el art. 8.4 RD 290/2004, el centro especial de empleo sólo podrá sustituir a los trabajadores destinados en el enclave cuando exista una causa que lo justifique. Se facilita con ello el que la empresa colaboradora tenga un mejor conocimiento de las capacidades y de las aptitudes reales de cada concreto trabajador con discapacidad, como paso previo a su eventual incorporación a la plantilla de la empresa.

Tres: La nulidad de las cláusulas que prohíban el tránsito. La empresa colaboradora podrá contratar trabajadores del enclave en cualquier momento (art. 11.1 RD 290/2004) y se considera nula la cláusula del contrato que prohíba la contratación del trabajador con discapacidad que esté prestando servicios para el centro especial de empleo (art. 5.4 RD 290/2004).

Cuatro: Los incentivos económicos. Si la empresa colaboradora contrata a un trabajador del enclave se puede beneficiar de determinados incentivos económicos cuya cuantía varía en función del grado de discapacidad del trabajador. Si el empleado que transita del enclave a la empresa colaboradora no estuviese encuadrado en el colectivo de trabajadores con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo⁵⁴, aquélla tendría derecho a los incentivos económicos previstos con carácter general. Ahora bien, si la empresa colaboradora contratara a un trabajador con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo, tendría derecho: a) a una subvención de 7.814 € por contrato celebrado a jornada completa⁵⁵; b) a una bonificación del 100% de la cuota empresarial por todas las contingencias y durante toda la vigencia del contrato; y c) a una subvención por adaptación del puesto de trabajo.

Cinco: El reconocimiento de un derecho de retorno. Conforme al art. 11.3 RD 290/2004, el trabajador con discapacidad, al ingresar en la empresa colaboradora, pasará a la situación de excedencia volunta-

⁵⁴ Entendiendo por tales: a) las personas con parálisis cerebral, las personas con enfermedad mental y las personas con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33%; y b) las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de minusvalía igual o superior al 65% [art. 12.1, en relación con el art. 6.2 apartados a) y b) RD 290/2004].

⁵⁵ Si la jornada de trabajo fuera inferior, la empresa percibiría la parte proporcional.

ria en el centro especial de empleo en las condiciones que establezca el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, el art. 46.2 ET. Este derecho de retorno puede contribuir a reducir la posible reticencia del trabajador a transitar de un entorno protegido a otro normalizado.

No obstante lo anterior, estamos ante un régimen que presenta algunas disfunciones de importancia:

Una.- La exigencia de un número mínimo de trabajadores destinados en el enclave. El enclave deberá estar formado por un determinado número de trabajadores con discapacidad. Así, no podrá ser inferior a 5, cuando la empresa colaboradora tenga una plantilla de más de 50 trabajadores, ni a 3 en caso de que la plantilla fuese inferior (art. 5.3 RD 290/2004). A este respecto, conviene tener en cuenta que no se incluirá en el cómputo a los encargados⁵⁶, salvo que éstos fueran también trabajadores con discapacidad. Esta medida, justificada por parte de la doctrina por cuanto resulta adecuada para evitar la existencia de cesión ilegal,⁵⁷ encarece en nuestra opinión la constitución de un enclave como medida alternativa a la cuota de reserva, lo que disuade a los empresarios de su utilización y pondría en entredicho el cumplimiento de uno de los objetivos pretendidos por el legislador como es el de fomentar el crecimiento de la actividad de los centros especiales de empleo [art. 2.d) RD 290/2004] o como favorecer la inserción en un entorno normalizado [art. 2.a) RD 290/2004]. Sólo en el caso de que la empresa colaboradora tuviera una plantilla de 250 empleados, el número mínimo de trabajadores desplazados se equipararía con la obligación derivada de la cuota de reserva. El problema es que estamos hablando de un porcentaje mínimo del tejido empresarial español, pues el número de entidades con un volumen de plantilla superior a este umbral no llega a 5.000, lo que representa un 0,36% sobre el total⁵⁸. Por lo expuesto, y en la misma línea que la propuesta defendida por el CERMI⁵⁹, abogamos por la supresión de este requisito.

⁵⁶ Responsables del equipo destinado a la empresa colaboradora cuya presencia en el enclave es ineludible en virtud del art. 8.2 RD 290/2004.

⁵⁷ ESTEBAN, R. y FUSTÈ, J.M., "Los enclaves laborales de centros especiales de empleo en empresas ordinarias (una aproximación crítica tras un período de experimentación)", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2007, nº 4, p. 176.

⁵⁸ Ministerio de Trabajo e Inmigración. Boletín de Estadísticas Laborales. Empresas inscritas en la Seguridad Social: Empresas según tamaño. Enero de 2010.

⁵⁹ PÉREZ, L., dir., *Estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2007-2008. Propuesta CerMI*. Cinca, Madrid, 2007, p. 53.

Dos.- La propia debilidad de la garantía de retorno. Como hemos visto, el trabajador que ingrese en la empresa colaboradora pasará a la situación de excedencia en el centro especial de empleo. Salvo que el convenio colectivo prevea una regulación específica, el RD 290/2004 se remite al art. 46.2 ET y, por tanto, al régimen jurídico de la excedencia voluntaria, de lo que se derivan determinadas consecuencias: a) que esta garantía sólo se reconoce a los trabajadores que acrediten una antigüedad de un año en la empresa; b) que el derecho de retorno ha de ser ejercido en un período determinado: después de transcurridos cuatro meses desde el cese y necesariamente antes de los cinco años; c) que quien haya ejercido este derecho, no podrá volver a solicitarlo hasta que no hayan transcurrido cuatro años; y d) que el trabajador que decida incorporarse a la plantilla de la empresa usuaria sólo conserva en el centro especial de empleo una mera expectativa al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría que hubiere o se produzcan en la empresa. Como se desprende de lo anterior, la aplicación del régimen propio de la excedencia voluntaria a estos supuestos de transición carece de todo sentido y desvirtúa esta garantía de empleo. Compartimos por ello la opinión de quienes consideran la conveniencia de haber previsto un régimen específico, más protector, para estas excedencias por transición⁶⁰, pues no podemos perder de vista que uno de los mayores obstáculos al tránsito es, precisamente, la voluntad de los propios trabajadores discapacitados, reacios a acceder a un entorno normalizado que se presume amenazante y hostil. En la práctica, los únicos trabajadores que encontrarían un incentivo para su incorporación en la empresa colaboradora serían aquellos que estuviesen vinculados al centro especial de empleo a través de un contrato por obra o servicio determinado condicionado a la vigencia de la contrata; trabajadores que serán en la práctica un porcentaje minoritario pues no olvidemos que el art. 6.4 RD 290/2004 exige que el 75% de los trabajadores destinados en el enclave acrediten tres meses de antigüedad en el centro especial de empleo, lo que impide su contratación *ad hoc* en tales casos.

3.1.3.2. El empleo con apoyo

El empleo con apoyo representa un importante mecanismo de integración de las personas con discapacidad en un entorno normali-

⁶⁰ ESTEBAN, R. y FUSTÈ, J.M., "Los enclaves laborales de centros especiales de empleo en empresas ordinarias (una aproximación crítica tras un periodo de experimentación)". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2007, nº 4, p. 182.

zado. Regulado por el RD 870/2007⁶¹, se define como 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 (art. 2.1 RD 870/2007).

Son tres los partícipes de esta concreta medida de inserción: el promotor del programa, la empresa del mercado ordinario de trabajo y el trabajador discapacitado que presente especiales dificultades de integración laboral (ya sea por el grado o por el tipo de discapacidad⁶²) que se encuentre desempleado o esté contratado por un centro especial de empleo. Es el promotor el que contrata al preparador laboral y la empresa del mercado ordinario la que contrata al trabajador discapacitado. En virtud de un convenio de colaboración entre ambos empresarios, el primero destina a su trabajador al centro de trabajo del segundo con el propósito de acompañar, de forma individualizada y en el mismo puesto de trabajo, al destinatario final del programa. Esta medida de inserción se concibe con carácter temporal, de manera que su puesta en práctica lleva aparejada la retirada del apoyo personalizado⁶³.

El régimen jurídico del empleo con apoyo merece una valoración muy positiva por varios motivos: a) porque favorece el acceso al mercado ordinario no sólo desde un entorno protegido, sino también desde la situación de inactividad (art. 3.1); b) por su carácter gratuito para la empresa ordinaria (art. 4); c) por el hecho de que se exija que los preparadores acrediten un nivel mínimo de formación y una experiencia de al menos un año en actividades de integración laboral de personas con discapacidad (art. 7) y que dediquen un porcentaje

⁶¹ 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 (BOE 14-07-2007, nº 168).

⁶² Entendiéndose por tales, a estos efectos: a) las personas con parálisis cerebral o con una enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual en grado superior o igual al 33% [art. 3.1.a) RD 870/2007]; b) las personas con discapacidad física o sensorial en un grado superior o igual al 65% [art. 3.1.b) RD 870/2007]; y c) las personas sordas o con discapacidad auditiva en un grado superior o igual al 33% (DA 1ª RD 870/2007).

⁶³ ESTEBAN, R., *La regulación estatal del empleo con apoyo: un mecanismo necesario para el empleo normalizado de las personas con discapacidad*, Comunicación al XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Vigo, 10 y 11 de mayo de 2007.

mínimo de su jornada a cada trabajador discapacitado en función del grado de minusvalía y de sus dificultades de integración; y finalmente d) por la existencia de incentivos económicos al objeto de financiar los costes laborales de los preparadores (art. 8).

El problema que se aprecia es el desconocimiento por parte de las empresas de este concreto mecanismo de inserción lo que requiere, por parte del Gobierno, campañas de difusión del empleo con apoyo y de buenas prácticas al respecto.

3.2. El derecho a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido

Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones que los demás (art. 27.1 de la Convención), lo que incluye el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo *“libremente elegido o aceptado”*. Nuestro Ordenamiento Jurídico efectivamente reconoce, con carácter general, el derecho a la libre elección de profesión u oficio y a la promoción profesional a través del trabajo [arts. 35 CE, 4.1.a) y 4.2.b) ET]. No obstante, partiendo de las especiales dificultades que encuentran los trabajadores discapacitados tanto para acceder al mercado de trabajo, como para promocionar en el empleo, el reconocimiento de la Convención del derecho a un trabajo libremente elegido puede entrar en colisión con algunos de nuestros preceptos.

Por ejemplo, el art. 6 RD 1451/1983 permite que, por convenio colectivo, se establezcan los puestos de trabajo que quedan reservados a los trabajadores minusválidos. Este precepto, aun cuando pretender favorecer la integración de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo, dificulta el ejercicio del derecho a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido, al ser un tercero quien determina el concreto puesto de trabajo que queda reservado para las personas con discapacidad. A mayor abundamiento, este mecanismo de inserción puede revertir en herramienta de cierta marginación al no promover la inserción sino en una categoría profesional determinada. Además, el empresario que cumpla el cupo del 2% cubriendo los puestos de trabajo expresamente reservados a las personas con discapacidad, carece de incentivos para contratar minusválidos en puestos de trabajo distintos.

Por otro lado, los incentivos económicos (bonificaciones y subvenciones) establecidos para la contratación de trabajadores con discapacidad exigen, entre otros requisitos, que los trabajadores se encuen-

tren en situación de desempleo. Es más, el programa para el fomento recogido en la Ley 43/2006 excluye de su ámbito de aplicación las contrataciones de aquellos desempleados que hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido en otra empresa en un plazo de tres meses previos a la formalización del contrato [art. 6.1.c) Ley 43/2006], salvo cuando el empleado se incorpore a la plantilla colaboradora proviniendo de un centro especial de empleo (art. 6.3 Ley 43/2006). Como se desprende de lo expuesto, nuestro legislador potencia el acceso al mercado de trabajo desde una situación de inactividad; pero no así, la promoción profesional entre empresas distintas. Creemos que convendría, a este respecto, modificar los arts. 2.2 Ley 43/2006 y 8 RD 1451/1983 para permitir que la empresa pueda tener derecho a los incentivos por contratación aun cuando el trabajador con discapacidad no acceda a la empresa desde una situación de desempleo, al igual que ocurre con los trabajadoras víctimas de la violencia de género.

A mayor abundamiento, la reforma operada por el RD-Ley 5/2006, supuso un cambio en la tradicional configuración de los incentivos al empleo que pasaron de ser bonificaciones porcentuales a ser deducciones en las cuotas a la Seguridad Social de importe fijo. Este tipo de incentivos no favorece la promoción del empleado dentro de una misma empresa por cuanto la cuantía de la bonificación se mantiene a pesar de que el trabajador realice una categoría superior que conlleve un mayor salario y, en consecuencia, un incremento de la base de cotización.⁶⁴

En este sentido interesa destacar que uno de los objetivos de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad 2008-2012 es precisamente asegurar que los incentivos a la contratación no supongan una barrera al desarrollo profesional de los trabajadores con discapacidad (objetivo 4.9)

3.3. El principio de mantenimiento del empleo en caso de discapacidad sobrevenida

Otro de los principios que consagra la Convención es el del mantenimiento en el empleo en los supuestos de discapacidad sobrevenida. El art. 27.1 exige a los gobiernos que salvaguarden el derecho al trabajo, incluso, de las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, y en el apartado k) de este mismo artículo, se impone

⁶⁴ PÉREZ, J., "Las políticas de integración laboral", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, 2008, nº 2-3., p. 306.

a los Estados la obligación de promover el mantenimiento del empleo y la reincorporación al trabajo de las personas con discapacidad.

Nuestro Ordenamiento trata de garantizar el mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad mediante determinados incentivos económicos. Por un lado, las bonificaciones previstas en el programa de fomento del empleo de la Ley 43/2006 para los trabajadores con discapacidad se prolongan durante toda la vigencia del contrato. Por otro, la transformación en indefinido de un contrato formativo o de fomento del empleo suscrito con un trabajador con discapacidad genera el derecho a la obtención de las bonificaciones reguladas en el programa de fomento del empleo (art. 2.2.1 Ley 43/2006) y, en el segundo caso, también de las subvenciones previstas en el RD 1451/1983 (DA 1^a.6 Ley 43/2006). El problema es que estos incentivos se refieren exclusivamente a la contratación *ex novo* y a la transformación de determinados contratos temporales en indefinidos. Salvo un concreto supuesto de carácter absolutamente excepcional —que después mencionaremos—, no se reconocen incentivos al mantenimiento del empleo del trabajador que adquiriera una minusvalía o al que se le reconozca una incapacidad permanente durante el desarrollo de la relación laboral.

A mayor abundamiento, una de las pocas exclusiones del programa de fomento del empleo que afecta a los desempleados con discapacidad, con carácter general, es aquella que deja fuera de su ámbito de aplicación a quienes, en los 24 meses anteriores a la contratación, hubieran prestado servicios en la misma empresa, grupo de empresas o entidad, mediante un contrato por tiempo indefinido. Se evita con ello el fraude que supondría el que la empresa, tras una discapacidad sobrevenida del trabajador, acordara con el empleado la resolución de la relación laboral, con el propósito de contratarle con posterioridad —una vez que éste se hubiera inscrito como demandante de empleo— y de beneficiarse de los correspondientes incentivos a la contratación de trabajadores discapacitados.

Por otro lado, como sabemos, la merma de la capacidad profesional puede ser causa de extinción del contrato de trabajo, ya sea por ineptitud sobrevenida [art. 52 a) ET] o por el reconocimiento de una incapacidad permanente [art. 49.1.e) ET]. Así es, la pérdida o el deterioro de las facultades profesionales derivados de una discapacidad producida durante la relación laboral podría ser justa causa de despido objetivo vía art. 52.a) ET, en la medida en que encontraría encuadre

en el concepto de ineptitud sobrevenida, definido por la jurisprudencia como la *“inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, percepción, destreza, falta de capacidad de concentración, rapidez, etc.”*⁶⁵

Por su parte, la incapacidad permanente (en sus grados de total, absoluta y gran invalidez) es igualmente causa de extinción del contrato de trabajo [art. 49.1.e) ET]. Ahora bien, mientras la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez son causa automática de extinción, la incapacidad permanente total para la profesión habitual exige la decisión de la empresa de acogerse a esta causa extintiva, en la medida en que no impide que el profesional desempeñe otra profesión u oficio y cabe que el empresario reubique al trabajador en otro puesto de trabajo compatible con su capacidad residual. En definitiva, en tal caso, estamos ante un supuesto en el que no se impone la extinción, sino que se habilita al empresario para que decida la resolución del contrato.⁶⁶

Lo que ocurre es que nuestro Ordenamiento no obliga al empresario, ni en uno, ni en otro caso, a reubicar al trabajador en otro puesto aunque existiera una vacante en la empresa de tales características. Tanto la ineptitud, como la incapacidad, habilitan al empresario a extinguir la relación laboral.

El art. 1 RD 1451/1983 sí que reconoce el derecho del trabajador al que se le ha reconocido una incapacidad permanente parcial, a ser reubicado en un puesto de trabajo adecuado con su capacidad residual. Esta protección no se ha hecho extensiva ni a la incapacidad permanente total, ni a la ineptitud sobrevenida. No cabe duda que resulta complejo defender una regulación que imponga, en todo caso, la reubicación del trabajador en otro puesto de trabajo compatible con su capacidad residual. Lo que sí que cabría, en nuestra opinión, sería condicionar la extinción del contrato a la imposibilidad de la reubicación, siendo necesario al respecto el informe de la representación legal de los trabajadores, o incentivar económicamente el mantenimiento del empleo, en la línea abierta por la DA 7^a Ley 2/2008 para los supuestos de cambio de puesto con motivo en la enfer-

⁶⁵ STS de 2 de mayo de 1990.

⁶⁶ NUÑEZ, C., *La integración laboral de las personas con discapacidad*, Escuela Libre, Madrid, 2000, p. 332.

medad profesional del trabajador. En esta última dirección se orienta la Estrategia Global para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012 que aboga por “*estudiar la posibilidad de ayudas para la adaptación de puestos de trabajo en los casos de discapacidad sobrevenida y en los de cambio de puesto de trabajo en la empresa y de movilidad geográfica*” (objetivo 6.6).

No obstante, es cierto que sí se prevén determinadas garantías al mantenimiento del empleo, como la suspensión del contrato de trabajo si el órgano de calificación de la incapacidad permanente considera previsible la recuperación del trabajador (art. 48.2 ET) o como el reconocimiento de un derecho preferente al reingreso en la última empresa en la que el trabajador hubiera prestado servicios, en el caso de que hubiera recuperado —total o parcialmente— su capacidad laboral (art. 2 RD 1451/1983).

a) La suspensión del contrato de trabajo: Si el órgano que califica la invalidez considera que es previsible la recuperación del trabajador en el plazo de dos años, así se lo hará saber al empresario con la finalidad de que el contrato de trabajo no se extinga, sino que quede en suspenso (art. 7.2 RD 1300/1995⁶⁷). La empresa, durante este lapso de tiempo, tendría la obligación de reservar al trabajador su puesto de trabajo para el caso de que éste recuperara su capacidad profesional (art. 48.2 ET). A este respecto, no podemos perder de vista que toda incapacidad es susceptible de revisión en tanto el interesado no haya cumplido la edad de jubilación (art. 143 LGSS). El art. 48.2 ET parte de una revisión por mejoría no ya posible sino probable; probabilidad de la que se deriva la suspensión —y no la extinción— de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo.

El plazo de dos años previsto por el legislador constituye un período máximo, transcurrido el cual cesa la causa de la suspensión y emerge la de extinción. A este respecto, creemos que es necesario flexibilizar la duración máxima de este período de letargo de la relación laboral, al objeto de que sea el servicio de valoración de incapacidades el que lo determine en función de la concreta incapacidad del trabajador. En caso contrario, las personas afectadas por una patología cuyo proceso de recuperación es lento y prolongado, se encontrarían ante una situación de cierta indefensión pues habrían perdido su de-

⁶⁷ RD 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30-12-1994, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE 19-08-1995, nº 198).

recho a la reserva del puesto de trabajo y únicamente mantendrían una expectativa al reingreso en el caso de que existieran vacantes.⁶⁸

b) La preferencia absoluta a la reincorporación en caso de recuperación: Conforme a lo previsto en el art. 2.1 RD 1451/1983, los trabajadores que hubieran cesado en la empresa por haberseles reconocido una incapacidad permanente (en los grados de total o absoluta) y recuperaran su plena capacidad laboral, gozarán de preferencia absoluta para su readmisión en la última empresa al objeto de cubrir la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo profesional. Ahora bien, si el trabajador al que se le ha reconocido una incapacidad permanente total o absoluta, tras haber recibido las prestaciones de recuperación profesional, continuara afecto de una incapacidad permanente parcial, tendrá también preferencia absoluta para su readmisión en la última empresa, pero esta vez para ocupar la primera vacante que resulte adecuada a su capacidad residual (art. 2.2 RD 1451/1983). La empresa que readmitiera al trabajador, en cualquiera de los supuestos mencionados con anterioridad, tendría derecho a la reducción del 50% en la cuota patronal por contingencias comunes, durante un período de dos años (art. 2.3 RD 1451/1983).

La regulación contenida en el art. 2 RD 1451/1983 plantea varios problemas prácticos. En primer lugar, esta protección se otorga en exclusiva a aquellos trabajadores que han visto extinguido su contrato de trabajo con motivo del reconocimiento de una incapacidad permanente. Y en este sentido, hemos de tener en cuenta que tal reconocimiento, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 14-10-1991, R^o 344/1991) reviste una estructura compleja por cuanto constata, al mismo tiempo, la existencia de una incapacidad para el trabajo de carácter definitivo y el cumplimiento de los requisitos necesarios para tener derecho a la prestación del sistema público de pensiones. Si ambos aspectos no son susceptibles de contestación recíproca, el INSS eludiría el pronunciamiento sobre la incapacidad. Por lo tanto, si el interesado cumpliera los requisitos médicos y no así los jurídicos, no tendría derecho a la prestación y, en consecuencia, no se le reconocería una situación de incapacidad. El contrato no podría extinguirse, por tanto, con base en el art. 49.1.e) ET pero, par-

⁶⁸ ESTEBAN, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, p. 399, defiende un plazo de suspensión de seis años desde que se inició la incapacidad temporal.

tiendo de la existencia de una efectiva incapacidad para el trabajo, nada obsta para que el empresario resuelva la relación laboral por ineptitud sobrevenida. Si con posterioridad, el trabajador recuperara su aptitud profesional se encontraría en una situación de total desprotección. En la práctica, está siendo la negociación colectiva la que otorga una solución al problema. Por ejemplo, el art. 53 del I Convenio colectivo de Safety Kleen España, S. A.⁶⁹ reconoce a los trabajadores que devienen ineptos *“los derechos de permanencia en la empresa y reincorporación a la misma que se contemplan en el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo”*.

Resulta sorprendente que el campo de aplicación del art. 13 D. 2531/1970⁷⁰ —ya derogado— fuese mucho más amplio, pues reconocía el derecho a la reincorporación a los trabajadores que hubieran cesado en la empresa por *“la disminución de su capacidad”*, cuando obtuvieran plena recuperación funcional.

En segundo lugar, el trabajador cesado por incapacidad, al no formar parte de la plantilla, no tiene facilidad para conocer si se ha producido o no una vacante en su categoría profesional, por lo que en la práctica resulta difícil ejercer el derecho a la reincorporación. Además, el legislador no concreta cuáles son las consecuencias del incumplimiento de esta obligación por parte de la empresa. La ausencia de readmisión, ¿constituiría un despido? Nada dice el legislador al respecto y está siendo la doctrina judicial la que está dando respuesta a esta cuestión, equiparando el supuesto a la ausencia de readmisión tras una excedencia voluntaria y aplicando, de forma analógica, la doctrina jurisprudencial recaída sobre ésta última (STSJ Cataluña 5-09-2002, R^o 521/2002).

3.4. El principio de igualdad de remuneración por trabajo de igual valor

Según lo previsto en el art. 27.1.b) de la Convención, los Estados Partes protegerán los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular, la igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor.

⁶⁹ BOE 199 de 20/8/2007.

⁷⁰ D. 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores minusválidos (BOE 15-09-1970, n^o 221).

Nuestro Ordenamiento Jurídico consagra este principio de igual remuneración por trabajo de igual valor en el art. 28 ET, si bien dirigido a evitar la discriminación salarial por razón de sexo. Adviértase que el principio de igualdad de remuneración sólo se predica ante trabajos de valor equivalente. Partiendo del tenor literal del art. 27.1.b) del tratado de las Naciones Unidas, cabría admitir la reducción del salario con base en una merma del rendimiento motivada por la discapacidad. De hecho, resulta necesaria una cierta flexibilidad para evitar que el desequilibrio entre las prestaciones de la relación laboral favorezca la extinción del contrato. Conviene tener en cuenta, a este respecto, los diferentes regímenes previstos por nuestro legislador para los trabajadores discapacitados.

Uno de ellos es el de la incapacidad permanente. Como sabemos, la declaración de invalidez permanente es causa de extinción del contrato de trabajo conforme a lo expuesto en el art. 49.1.e) ET. No obstante lo anterior, en el caso de que al trabajador se le hubiera reconocido una incapacidad permanente en el grado de total, cabría que la empresa no se acogiera a esta causa extintiva y le encomendara funciones compatibles con su capacidad residual. En tal caso, y según lo establecido en el art. 24.3 Orden de 15 de abril de 1969⁷¹, si la invalidez afectara a la capacidad exigida para desempeñar el nuevo puesto de trabajo, el empleado *“podrá 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 pensión”*. Como se aprecia de lo expuesto, esta medida se caracteriza, en primer lugar, por su origen paccionado. Y, en segundo, por establecer un límite de reducción (el 50%), pero no una garantía de salario mínimo. A este respecto, se plantea la duda de si cabría la posibilidad de abonar al trabajador una retribución inferior al Salario Mínimo Interprofesional o resultaría de aplicación, con carácter supletorio, el art. 27 ET. La doctrina más solvente se inclina por la primera opción, en la medida en que, en tal caso, se permite la compatibilidad entre el salario y la prestación por incapacidad permanente total en base a lo previsto en el art. 141 LGSS⁷².

⁷¹ Orden de 15 de abril de 1969, de prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE 8-05-1969, nº 110).

⁷² ESTEBAN, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, p. 347.

El segundo supuesto para el que se prevé una específica regulación es la incapacidad permanente parcial. La incapacidad permanente, en el grado de parcial, por cuanto ocasiona al trabajador una disminución del rendimiento que no le impide realizar las tareas fundamentales de su profesión habitual, no es causa de extinción del contrato de trabajo. Ahora bien, de acuerdo a lo previsto en el art. 1 RD 1451/1983, si el empresario acredita tal disminución del rendimiento, podría disminuir proporcionalmente el salario del trabajador. No obstante, esta reducción se encuentra sujeta a varios límites. En primer lugar, sólo cabe aplicar la reducción salarial en caso de que la empresa no disponga de un puesto de trabajo adecuado a la capacidad residual del trabajador. En segundo lugar, la reducción no podrá superar el 25% de los ingresos. Finalmente, el trabajador que preste servicios a jornada completa deberá percibir, al menos, el importe del salario mínimo interprofesional. A diferencia de la anterior, en este caso, la reducción del salario no tiene carácter paccionado, sino que puede aplicarse por decisión unilateral del empresario. Lo que es obvio es que para que proceda la disminución salarial, el empresario deberá acreditar la correlativa disminución del rendimiento por parte del trabajador, sin que ésta pueda darse por supuesto, ni presuponerse de un modo abstracto (STSJ Galicia 24-11-2000, Rº 2446/1997). Sobre el empresario recae, por tanto, la carga de probar la efectiva disminución del rendimiento, así como su cuantificación y duración. Por otro lado, esta específica regulación sí que garantiza a los trabajadores a los que se les ha reconocido una incapacidad permanente parcial —que no son beneficiarios de una pensión vitalicia, sino de una indemnización a tanto alzado— una percepción mínima mensual.

Por último, el art. 12.c) RD 1368/1985 regula el contrato de bajo rendimiento que, no obstante su denominación, no constituye una modalidad contractual específica, sino un pacto salarial dentro del propio contrato de trabajo.⁷³ Podrá celebrarse este acuerdo cuando, con motivo de las circunstancias personales del trabajador, su rendimiento laboral sea inferior al normal en un 25%; circunstancia que ha de ser constatada por el equipo multiprofesional correspondiente. Ahora bien, el precepto establece un límite a la reducción del salario por cuanto éste no podrá exceder de un 25% del mismo.

⁷³ GARRIDO, E., *El trabajo de minusválidos en centros especiales de empleo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 115.

De todo lo anteriormente expuesto se pone de manifiesto la intención del legislador de primar el mantenimiento del empleo del trabajador con discapacidad, frente al mantenimiento de sus anteriores condiciones laborales. La reducción salarial se plantea así como la alternativa a la extinción del contrato de trabajo, al objeto de acomodar las distintas prestaciones de la relación laboral y de evitar que el empresario prescinda de los servicios del trabajador al producirse un desequilibrio entre aquéllas.

El conjunto normativo apuntado presenta importantes disfunciones. En primer lugar, la posibilidad de reducir el salario por disminución del rendimiento se prevé exclusivamente para estos tres supuestos concretos, lo que puede plantear problemas en caso de incapacidad permanente absoluta⁷⁴ o ineptitud sobrevenida por discapacidad.

En segundo lugar, no se establecen criterios objetivos con los que poder cuantificar la efectiva disminución del rendimiento, por lo que el principio de igualdad retributiva podría quedar en entredicho. Convendría, por tanto, exigir la intervención de un tercero imparcial como el comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de personal al objeto de paliar posibles arbitrariedades empresariales.⁷⁵

Finalmente, no se establecen mecanismos homogéneos de adaptación salarial. Partiendo de la existencia de diferentes regímenes de reducción del salario, convendría establecer criterios uniformes que aseguraran, en todo caso, la percepción de unos ingresos mínimos (computando, eso sí, tanto el salario como la posible prestación percibida).

⁷⁴ Tiendo en cuenta además la corriente jurisprudencial que, interpretando el art. 135.5 LGSS1974 y el art. 141.2 LGSS, flexibiliza la compatibilidad entre el trabajo y la pensión (STS 30-01-2008, R° 480/2007).

⁷⁵ ESTEBAN, R. en VV.AA. *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, Bomarzo, 2007, p. 73, aboga por la intervención de los Equipos Multiprofesionales.