

# LA ACTIVACIÓN LABORAL Y LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

## IV Congreso Nacional y I Internacional de Derecho de la Discapacidad

Antonio Galiano Barajas  
Director del Congreso

Beatriz de Miguel Vijandi  
Paula Pérez Sánchez  
Coordinadoras



**tirant**  
lo blanch  
Monografías  
MAIOR



**LA ACTIVACIÓN LABORAL Y LA PROTECCIÓN  
SOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

**IV Congreso Nacional y I Internacional  
de Derecho de la Discapacidad**

## COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

### **MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**

*Catedrática de Filosofía del Derecho  
de la Universidad de Valencia*

### **ANA CAÑIZARES LASO**

*Catedrática de Derecho Civil de  
la Universidad de Málaga*

### **JORGE A. CERDIO HERRÁN**

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho.  
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

### **JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**

*Ministro en retiro de la Suprema  
Corte de Justicia de la Nación y  
miembro de El Colegio Nacional*

### **MARÍA LUISA CUERDA ARNAU**

*Catedrática de Derecho Penal de la  
Universidad Jaume I de Castellón*

### **MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ**

*Catedrático de Derecho Procesal de la UNED*

### **CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO**

*Catedrática de Derecho Civil de la Pontificia  
Universidad Católica de Chile*

### **EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**

*Juez de la Corte Interamericana  
de Derechos Humanos  
Investigador del Instituto de  
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

### **OWEN FISS**

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho  
de la Universidad de Yale (EEUU)*

### **JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**

*Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED*

### **JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC**

*Catedrático de Derecho Penal de  
la Universidad de Valencia*

### **LUIS LÓPEZ GUERRA**

*Catedrático de Derecho Constitucional de  
la Universidad Carlos III de Madrid*

### **ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**

*Catedrático de Derecho Civil de  
la Universidad de Sevilla*

### **MARTA LORENTE SARIÑENA**

*Catedrática de Historia del Derecho de la  
Universidad Autónoma de Madrid*

### **JAVIER DE LUCAS MARTÍN**

*Catedrático de Filosofía del Derecho y  
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

### **VÍCTOR MORENO CATENA**

*Catedrático de Derecho Procesal de la  
Universidad Carlos III de Madrid*

### **FRANCISCO MUÑOZ CONDE**

*Catedrático de Derecho Penal de la  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

### **ANGELIKA NUSSBERGER**

*Catedrática de Derecho Constitucional  
e Internacional en la Universidad  
de Colonia (Alemania)*

*Miembro de la Comisión de Venecia*

### **HÉCTOR OLASOLO ALONSO**

*Catedrático de Derecho Internacional de la  
Universidad del Rosario (Colombia) y  
Presidente del Instituto Ibero-Americano  
de La Haya (Holanda)*

### **LUCIANO PAREJO ALFONSO**

*Catedrático de Derecho Administrativo  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

### **CONSUELO RAMÓN CHORNET**

*Catedrática de Derecho Internacional  
Público y Relaciones Internacionales  
de la Universidad de Valencia*

### **TOMÁS SALA FRANCO**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

### **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)  
del Tribunal Supremo de España*

### **ELISA SPECKMANN GUERRA**

*Directora del Instituto de Investigaciones  
Históricas de la UNAM*

### **RUTH ZIMMERLING**

*Catedrática de Ciencia Política de la  
Universidad de Mainz (Alemania)*

Fueron miembros de este Comité:

**Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón**

Procedimiento de selección de originales, ver página web:  
[www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales](http://www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales)



# LA ACTIVACIÓN LABORAL Y LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

## IV Congreso Nacional y I Internacional de Derecho de la Discapacidad

Director del Congreso:  
**ANTONIO GALIANO BARAJAS**

Coordinadoras:  
**BEATRIZ DE MIGUEL VIJANDI**  
**PAULA PÉREZ SÁNCHEZ**

Organizan



Colaboran



**tirant lo blanch**  
Valencia, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com](http://www.tirant.com).

© Antonio Galiano Barajas (Dir.)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELEF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
[www.tirant.com](http://www.tirant.com)  
Librería virtual: [www.tirant.es](http://www.tirant.es)  
ISBN: 978-84-1197-825-5  
MAQUETA: Disset Ediciones

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSC/Tirant.pdf>

# Índice

<i>Autores</i> .....	7
<i>Prólogo</i> .....	13
MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE	
<i>Prólogo</i> .....	19
ANTONIO GALIANO BARAJAS	

## PONENCIAS

<i>1. Contenidos del derecho de la discapacidad en el derecho del trabajo y la seguridad social</i> .....	23
JOSEFA TORRES MARTÍNEZ RAFAEL DE LORENZO GARCÍA	
<i>2. El empleo digno de personas con discapacidad</i> .....	59
STEFAN TRÖMEL	
<i>3. El derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo: notas sobre el impacto en el derecho español de la Observación General 8</i> .....	67
ANTONIO-LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE	
<i>4. La Observación General No 8 sobre el Artículo 27 Trabajo y empleo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad</i> .....	99
AMALIA GAMIO	
<i>5. Marco jurídico, evolución e insuficiencias</i> .....	121
MARÍA JOSÉ ROMERO RODENAS	
<i>6. Líneas jurisprudenciales en materia de igualdad en el entorno de la discapacidad</i> .....	141
ALBERTO BLASCO HERNANDO DAVID GALLEGRO BERDAH	
<i>7. Justicia social, dignidad y derechos humanos del trabajo para las personas con discapacidad</i> .....	161
GLORIA PILAR ROJAS RIVERO	
<i>8. La iniciativa social como motor de inclusión laboral de las personas con discapacidad</i> .....	171
JOSEFA TORRES MARTÍNEZ	

9. <i>La negociación colectiva y el dialogo social como claves en el empleo de las personas con discapacidad</i> .....	189
MARINA PRIETO TORRES	
10. <i>Reflexiones de Comisiones Obreras sobre el empleo de las personas con discapacidad (a la espera de las conclusiones del Libro blanco)</i> .....	201
RAÚL OLMOS MATA	
11. <i>Los agentes sociales ante el empleo de las personas con discapacidad: La visión desde la patronal de las empresas de Economía Social</i> .....	217
JUAN ANTONIO PEDREÑO FRUTOS	
12. <i>La inclusión laboral de las personas con discapacidad en Latinoamérica</i> .....	225
ANA MOHEDANO ESCOBAR	
13. <i>El empleo de las personas con discapacidad en España: propuestas para salir de un cierto agotamiento</i> .....	231
OCTAVIO GRANADO MARTÍNEZ	
14. <i>La importancia de adecuar la acción protectora de seguridad social a personas con discapacidad</i> .....	243
FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO	
15. <i>Protección social de las personas con discapacidad en el sistema de seguridad social: presente y (posibles) mejoras de futuro</i> .....	271
FERNANDO BARBANCHO TOVILLAS	
16. <i>La agenda política pendiente de la discapacidad en materia de seguridad social</i>	305
LUIS CAYO PÉREZ BUENO	

## COMUNICACIONES

1. <i>El despido de los trabajadores con discapacidad como nueva causa de nulidad, con especial referencia a la atribución de la facultad de opción</i> .....	317
CARLOS GARCÍA-GIRALDA CASAS	
2. <i>Inteligencia artificial y su implicación en la empleabilidad de las personas con discapacidad</i> .....	331
CARMEN DELGADO GARRIDO	
3. <i>Modificaciones introducidas por la Ley de ingreso mínimo vital en relación con las personas con discapacidad</i> .....	353
CATALINA SMINTINICA	

4. <i>El fracaso de los ajustes razonables en la legislación española</i> .....	383
ELVA RODRÍGUEZ RUIZ ENCARNACIÓN SERRANO REINA	
5. <i>Controversias del empleo protegido de las personas con discapacidad en los centros especiales de empleo</i> .....	397
EMILIO DE CASTRO MARÍN	
6. <i>Es el enanismo una profesión</i> .....	423
FELIPE ORVIZ ORVIZ	
7. <i>Cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad y medidas alternativas</i> .....	437
MORARU GRATIELA-FLORENTINA	
8. <i>Las cuotas de reserva para personas con discapacidad: un análisis desde el enfoque de justicia relacional</i> .....	461
JOSÉ ANTONIO RUEDA MONROY	
9. <i>Los centros especiales de empleo y las relaciones laborales de carácter especial de las personas con discapacidad: la necesaria revisión de un modelo de empleo protegido</i> .....	479
JUAN LUIS GARCÍA RÍOS	
10. <i>Discriminación por razón de discapacidad. El acceso a la incapacidad permanente desde la situación de jubilación anticipada por discapacidad</i> .....	507
JUAN PABLO IBÁÑEZ GARCÍA	
11. <i>Responsabilidad por daños provocados por el trabajador con discapacidad</i> .....	531
LUIS CORPAS PASTOR	
12. <i>Curso de extensión “asistente jurídico”. Claves de la formación cualificada para facilitar el desarrollo personal y profesional de las personas con discapacidad intelectual y/o del desarrollo</i> .....	545
M. <sup>a</sup> ISABEL LÓPEZ GARCÍA ESTHER RICOTE SALGUERO MARTA ALBERT MÁRQUEZ DELIA MANZANERO FERNÁNDEZ	
13. <i>El derecho a los ajustes razonables para las personas con discapacidad: últimas novedades jurisprudenciales</i> .....	563
MANEL ATSERIAS LUQUE	
14. <i>La inclusión específica del autismo en la legislación laboral como camino imprescindible para la inclusión laboral de las personas con autismo</i> .....	577
MARÍA PINDADO GALÁN	

- 15. Mujeres con discapacidad y sociedad digital: de la info-exclusión a la Ciudadanía inclusiva.....* 591  
MARÍA DEL PILAR GOMIZ PASCUAL
- 16. El apoyo contra la exclusión laboral de las personas con discapacidad en contexto COVID-19 en Barcelona.....* 611  
SERGI MORERA  
ÀNGELS GARCIA  
LOLA MONTEJO  
ASSUMPTA SOLER  
LAURA TRUJILLO

## *Prólogo*

Es un honor prologar este libro que recoge las actas del VI Congreso Nacional y I Internacional de Derecho de la Discapacidad sobre "*La activación laboral y la protección social de las personas con discapacidad*", celebrado en Barcelona durante los días 15 a 17 de febrero de 2023, fruto del Protocolo de convenio entre la Fundación Derecho y Discapacidad y la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Participaron también en la organización del Congreso el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) y el Ayuntamiento de Barcelona y contamos con la inestimable colaboración de la Fundación Garrigues, del Servicio Público de Empleo Estatal, del Consejo General de la Abogacía Española, de la Fundación ONCE, del Consejo General de Gestores Administrativos de España, de Barcelona Activa, de la Universitat de Barcelona y de la editorial Tirant lo Blanch.

La Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social agradece a todas las entidades organizadoras y colaboradoras su contribución a la realización del Congreso, cuyo éxito rotundo este libro prueba. Somos una Asociación que tiene como objetivos principales promover y difundir el estudio del Derecho del trabajo y de la seguridad social, facilitar y promover la cooperación científica, así como colaborar en la defensa de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras universalmente reconocidos. Está dotada la Asociación de una potente Comisión de Igualdad, órgano asociativo de promoción de la igualdad efectiva y lucha contra todas las discriminaciones en el mundo de las relaciones laborales y de la seguridad social. Proclamamos consecuentemente nuestra satisfacción por la relación convenida de cooperación alcanzada con la Fundación Derecho y Discapacidad y nuestra voluntad de proseguir la común realización de actividades académicas tan relevantes, y de efectos tan provechosos, como el Congreso que estrenó su primera edición internacional.

En un mundo en que el esfuerzo por promover la inclusión social y la igualdad de todas las personas ha de ser constante, el referido Congreso y su fértil resultado, este libro colectivo que recoge sus trabajos, y que ha sido primorosamente editado por Tirant lo Blanch, significan un paso fundamental hacia el reconocimiento y el avance de los derechos de las personas con discapacidad en ámbitos tan decisivos para su vida como los del trabajo, el empleo y la protección social.

Nuestro Estado democrático ha de cumplir funciones sociales por mandato del artículo 1.1 de nuestra Constitución, dirigidas, en expresión sintética, a procurar una mayor igualdad social, a luchar contra las desigualdades y a proteger a los sectores sociales menos favorecidos a través, decisivamente, de las legislaciones laborales y de seguridad social, del diálogo y la concertación social y económica y de la negociación colectiva, y ha de hacerlo en conjunción con los valores superiores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político y el principio basal de la dignidad de la persona, que es una noción absoluta que no admite parcialidades. El logro del valor capital de la igualdad de oportunidades es un imperativo de los Estados sociales para conseguir sociedades más justas.

La discapacidad de las personas es una realidad presente en todas las sociedades, y un recordatorio de la diversidad inherente a la experiencia humana, que ha de permitirnos superar su antigua comprensión como limitación para situar en el centro de esa condición el reconocimiento de derechos como instrumento esencial de las democracias constitucionales en la construcción de un mundo más inclusivo y accesible para todas las personas. La discapacidad es una parte inherente de la diversidad humana, una condición que puede afectar a cualquier persona en cualquier momento de su vida. Es nuestra responsabilidad como sociedad organizada garantizar que todas las personas, independientemente de sus capacidades, tengan igualdad de oportunidades y acceso a una vida plena. Nuestra Constitución declara la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico y ordena a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (arts. 1.1 y 9.2), además de reconocer los derechos fundamentales a la igualdad normativa y a la no discriminación por cualquier condición o circunstancia personal o social en cualquier ámbito de la vida y específicamente en el de las relaciones laborales (art. 14 y 35.1). Con un lenguaje antiguo y una consideración constitucional no especialmente afortunada de principio rector de la política social y económica, los poderes públicos han de realizar “una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos” a los que han de prestar “la atención especializada que requieran” y ampararlos especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I de la Constitución otorga a todos los ciudadanos (art. 49).

La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas proclama, en su artículo 1, que su propósito es “promo-



ver, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente; añadiendo que las “personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. En sus artículos 27 y 28 los Estados parte reconocen los derechos al trabajo y al empleo y a un nivel de vida adecuado y protección social. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 14, y su Protocolo adicional nº 12, en su artículo 1, contienen una prohibición general de discriminación por causas odiosas “en el goce de todos los derechos”, discriminación que los artículos 10 y 19.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el artículo 21.1 de su Carta de derechos fundamentales también prohíben por causa expresa de discapacidad en la definición y ejecución de las políticas y acciones de la Unión, en la adopción por la Unión de acciones legislativas, y en el reconocimiento por su Carta de derechos del derecho fundamental a la no discriminación.

Las actas del Congreso, recopiladas en este libro, nos acercan a estos objetivos irrenunciables.

El Congreso reunió en torno a unas trescientas personas de distintas nacionalidades que compartieron sus conocimientos y experiencias y debatieron en torno a los desafíos que enfrenta y las soluciones que requiere la discapacidad, conjugando la necesaria activación de las oportunidades de formación y empleo y de protección social. De ellas, cuarenta personas expertas, muy destacadas (procedentes de las organizaciones representativas de la discapacidad, de las universidades, de instituciones de investigación, de los interlocutores sociales...), se encargaron de impartir las conferencias, de exponer las ponencias y las comunicaciones. Sin duda, el Congreso ha representado un hito importante en la búsqueda de soluciones y avances en la promoción de los derechos de las personas con discapacidad en los ámbitos del trabajo, del empleo y de la protección social.

Sabido es que el trabajo es esencial para la condición humana; como ha dicho la Presidenta de la Comisión Europea en su comunicación sobre *Una Europa social fuerte para unas transiciones justas*, de 14 de enero de 2020, el trabajo “es más que ganarse la vida”, pues ofrece “relaciones sociales y un lugar en la sociedad, así como oportunidades de desarrollo personal y profesional”. Sin embargo, esto sólo es así, si el trabajo “tiene unas condiciones de trabajo justas y dignas”, si es un trabajo decente que permite una vida

digna, que conlleva “obtener el apoyo necesario para buscar un empleo, tener acceso a una asistencia sanitaria asequible y de calidad, a una educación y formación decentes y a una vivienda asequible, así como poder pagar bienes y servicios esenciales, como el agua, la energía, el transporte o las comunicaciones digitales”. La esencialidad y dignidad del trabajo se corresponden con su centralidad en el sistema económico productivo, centralidad que ha de compaginarse con la existencia de un régimen de trabajo realmente humano, que ya convive con un desarrollo tecnológico sin precedentes.

Es seguramente en el ámbito de la discapacidad en el que pueden marcarse con mayor claridad las diferencias entre las nociones de trabajo y de empleo, entendido el empleo, en términos jurídicos, como una noción paradigmática de trabajo, normativamente definida desde la era industrial por la nota de subordinación -pese a sus atenuaciones en las nuevas formas de trabajar y en los nuevos sectores económicos, en particular los tecnológicos o tecnologizados y digitales-, de la que es determinante que el trabajo sea objeto de intercambio contractual en el mercado de trabajo, excluyendo cualesquiera otras formas de trabajar articuladas al margen del contrato y del mercado (a excepción de la informalidad). En esa absorción del trabajo por el empleo, el Derecho del trabajo se instrumentalizó al servicio de políticas de contribución al crecimiento económico y del empleo. Sin desconocer, obviamente, la estrecha vinculación entre trabajo y empleo, el trabajo, en el ámbito de la democracia política y social y de la economía de mercado, no ha de quedar anclado exclusivamente al empleo, sino estar dotado de autonomía propia como factor de realización personal y de ciudadanía social, y sobre ese concepto reconstruir el Derecho del trabajo para tutelar el trabajo en toda sus dimensiones basado, en definitiva, en las personas.

La seguridad social o la protección social, por su parte, es también una institución esencial de los Estados democráticos sociales de Derecho al construirse su centro de imputación normativa sobre las situaciones de necesidad de las personas, sobre sus riesgos existenciales, llamada a actuar, por lo general, cuando no lo hace el Derecho del trabajo, aunque las técnicas de uno y otro Derecho deban actuar en numerosas ocasiones de forma conjunta. Como el del trabajo, en la comprensión de las necesidades específicas de las personas con discapacidad, el ordenamiento de la seguridad social ha de generar las dosis de innovación precisas para afrontar los cambios necesarios orientados a corregir sus insuficiencias más notorias, que no dispensan la protección debida, según “los principios de universa-

lidad, unidad, solidaridad e igualdad” a que se refiere el artículo 2.1 de la Ley General de la Seguridad Social.

El Congreso demostró una gran capacidad propositiva, de la que dan testimonio las excelentes ponencias y comunicaciones incluidas en este libro de actas. Las dieciséis ponencias son el corazón de este libro, y cada una de ellas aborda aspectos clave relacionados con la discapacidad en los ámbitos materiales del trabajo, el empleo y la protección social, desde los contenidos del Derecho de la discapacidad en el Derecho del trabajo y la seguridad social y la evolución de su marco normativo, y sus insuficiencias, hasta la exploración de las aplicaciones de la Observación General N° 8 (2022) sobre el derecho al trabajo y al empleo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en nuestro Derecho, la igualdad, la justicia social, la dignidad y los derechos humanos del trabajo, la iniciativa social como motor de inclusión laboral, y, necesaria y recurrentemente, el empleo digno de las personas con discapacidad, el papel de la negociación colectiva y el diálogo social y de las empresas de economía social en ese empleo, con “propuestas para salir de un cierto agotamiento”. La protección social de las personas con discapacidad es un componente esencial de cualquier sociedad justa y equitativa, de creciente importancia en un mundo en constante evolución, cuyo tratamiento no podría dejar de ocupar un lugar propio en este libro. La importancia de adecuar la acción protectora de seguridad social a las personas con discapacidad, la actual regulación del sistema de seguridad social y sus mejoras futuras, y la agenda política pendiente de la discapacidad en materia de seguridad social constituyen aportaciones del mayor interés con las que se cierra la relación de ponencias del libro; ponencias, todas ellas, que analizan las cuestiones que tratan en toda su complejidad, ofreciendo un análisis crítico, situacional y prospectivo, que es esencial para orientar futuras políticas públicas, y, precisamente nuevas políticas del Derecho de la discapacidad en los ámbitos materiales considerados.

Las comunicaciones, también incorporadas a este libro de actas, ofrecen enfoques más específicos y diversos, incluso análisis empíricos, y nos sumergen en debates cruciales, desde la aplicación de la inteligencia artificial en la empleabilidad de personas con discapacidad hasta el fracaso de los ajustes razonables en la legislación española y las últimas novedades jurisprudenciales, las controversias sobre el empleo protegido en los centros especiales de empleo y la revisión del modelo, las cuotas de reserva y las modalidades alternativas, la formación cualificada para facilitar el desarrollo personal y profesional de las personas con discapacidad intelectual, jubilación y discapacidad, la ley del ingreso mínimo vital y su proyección so-

bre la discapacidad, la relación entre discapacidad y responsabilidad legal, o la necesaria inclusión laboral de las personas autistas o de las mujeres con discapacidad en la sociedad digital en el logro de una ciudadanía inclusiva.

En su rica conjunción de ponencias y comunicaciones el libro ofrece una visión completa de los avances habidos, de las insuficiencias y de las áreas que necesitan de mayor atención y de la búsqueda de soluciones efectivas. Todas las contribuciones que lo conforman representan la diversidad de enfoques y perspectivas necesaria para abordar un trinomio tan esencial como es el trabajo, el empleo y la protección social para todas las personas y, en particular, para las personas con discapacidad y reflejan el compromiso de la comunidad jurídico-laboral, ampliamente entendida, con la defensa de los derechos de ciudadanía social de las personas con discapacidad.

En efecto, la virtud de este libro es que, además de lo dicho sobre su valía científica, es también una declaración de principios. Manifiesta el firme propósito de avanzar hacia una sociedad más inclusiva, en la que todas las personas, independientemente de sus capacidades, tengan la oportunidad de encontrar su sitio, reconocido y respetado, y de contribuir plenamente al mundo laboral y social. Es una llamada a la reflexión y a la acción, al cambio, recordando que la libertad, la igualdad y la justicia deben ser los pilares de nuestras sociedades.

Felicito a sus autoras y autores por sus valiosas contribuciones y animo a sus lectores, confío que numerosos, a que se unan con entusiasmo al proyecto de construir un mundo más inclusivo. Estoy segura de que este libro servirá de fuente de conocimiento para quienes se acercan por vez primera a los temas de su contenido y será una herramienta valiosa para todas aquellas personas que trabajan incansablemente para promover la dignidad y los derechos de las personas con discapacidad.

La comunidad científica no puede permanecer indiferente ante la propuesta del Director del Congreso, Antonio Galiano Barajas, de crear un Derecho de la Discapacidad como una disciplina jurídica con identidad propia, que figura en su prólogo a esta obra, y que es asimismo propuesta de la Fundación Derecho y Discapacidad y del CERMI.

**MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE**

*Presidenta de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

# *Prólogo*

El libro que el lector tiene en sus manos recopila las ponencias y comunicaciones del IV Congreso Nacional y I Congreso Internacional de Derecho de la Discapacidad celebrado los días 15, 16 y 17 de febrero en la ciudad de Barcelona. Un evento referencial para la discapacidad a escala nacional e internacional, que en esta edición se centró en la activación laboral, factor clave para avanzar en la protección social de las personas con discapacidad.

La cita fue una oportunidad única para escuchar voces expertas y diversas, españolas y extranjeras, procedentes del ámbito académico, de la administración y del mundo jurídico, así como agentes sociales y activistas que debatieron y avanzaron en un derecho laboral y de la Seguridad Social activador e inclusivo.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas nos recuerda en su Observación general núm. 8 (2022), que el derecho al trabajo es un derecho fundamental, esencial para la realización de otros derechos humanos. Forma parte inseparable e inherente de la dignidad humana.

El derecho al trabajo contribuye también a la supervivencia de las personas y de su familia y, en la medida en que el trabajo sea libremente elegido o aceptado, a su desarrollo y reconocimiento en el seno de la comunidad.

El trabajo y el empleo significativos son esenciales para la seguridad económica, la salud física y mental, el bienestar personal y el sentido de identidad de una persona; ambos libremente elegidos, en igualdad de condiciones con los demás, son fundamentales para la vida independiente y la inclusión en la comunidad (art. 19). Proporciona independencia económica, opciones, conexiones sociales, amistades e identidad.

A lo largo de los tres días de Congreso se abordó el contenido del derecho de la discapacidad en el derecho del trabajo y la seguridad social. Fue ampliamente analizada la Observación General N° 8 sobre el Artículo 27 relativo al trabajo y empleo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y las líneas jurisprudenciales en materia de igualdad entorno de la discapacidad. También fue planteada la agenda política pendiente de la discapacidad en materia de seguridad social a cargo del Presidente de CERMI.

Todos ellos debates que interpelan directamente a las administraciones públicas y a la sociedad civil organizada.

La reflexión y el análisis han de ser el motor del cambio. Esperamos contribuir con esta obra al surgimiento del Derecho de la Discapacidad como una disciplina jurídica con identidad propia.

**ANTONIO GALIANO BARAJAS**

*Director del IV Congreso Nacional y I Congreso Internacional de Derecho de la Discapacidad*

# **PONENCIAS**





1.

# *Contenidos del derecho de la discapacidad en el derecho del trabajo y la seguridad social*

**JOSEFA TORRES MARTÍNEZ**

*Secretaria General de la Federación Empresarial Española de Centros Especiales de Empleo (FEACEM)*

**RAFAEL DE LORENZO GARCÍA**

*Secretario General del Consejo General de la ONCE  
Secretario General de la Fundación Derecho y Discapacidad*

## **1. INTRODUCCIÓN**

### ***1.1. CONTEXTO GENERAL: SITUACIÓN DEL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD***

La inclusión laboral de las personas con discapacidad continúa siendo en España una meta por alcanzar. El acceso a un empleo de calidad es el mecanismo más eficaz para romper el círculo vicioso de la pobreza y la exclusión social.

Las personas con discapacidad se han visto históricamente atrapadas en ese círculo y, aunque en los últimos 45 años se han realizado importantes esfuerzos (desde las políticas públicas, las empresas, las entidades sociales y las personas con discapacidad y sus familias) para romperlo, la realidad actual de las personas con discapacidad respecto al ejercicio efectivo de su derecho al empleo sigue siendo desalentadora. Las bajas tasas de actividad y de empleo y la alta tasa de paro son las manifestaciones más evidentes, aunque no las únicas, de esta realidad<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Personas con discapacidad: tasa de actividad del 34,6%, tasa de empleo del 26,9%, tasa de paro del 22,5%. El Empleo de las Personas con Discapacidad (EPD)–Año 2021, INE. [https://www.ine.es/prensa/epd\\_2021.pdf](https://www.ine.es/prensa/epd_2021.pdf)

En los últimos años han proliferado los instrumentos jurídicos y las directrices políticas, internacionales y nacionales, para proteger y promover los derechos de las personas con discapacidad e intentar paliar una circunstancia histórica de inequidad; si bien, a pesar de los esfuerzos realizados desde los ámbitos políticos, normativos y sociales, la inclusión laboral de las personas con discapacidad continúa siendo un reto.

Es más, la evolución de la participación en el mercado de trabajo de las personas con discapacidad demuestra, en la actualidad, un claro estancamiento en el proceso de reducción de la brecha existente en la participación en el mercado de trabajo entre las personas con y sin discapacidad<sup>2</sup>. Igualmente, el diferencial existente entre las tasas de las personas con discapacidad y sin discapacidad no logra reducirse significativamente, siendo un elemento característico con mayor o menor intensidad, en la comparativa y que afecta a todo el colectivo de personas con discapacidad –en términos generales y con datos referidos al año 2021: la tasa de actividad de las personas con discapacidad es 43,1 puntos inferior a la de la población sin discapacidad; la tasa de empleo es más de 39 puntos inferior a la de las personas sin discapacidad; y la tasa de paro supera en casi ocho puntos a la de la población sin discapacidad–<sup>3</sup>.

## ***1.2. EL DERECHO AL TRABAJO COMO DERECHO FUNDAMENTAL***

El derecho al trabajo es un factor clave para la inclusión social. Es esencial para la realización de otros derechos y la dignidad. Sin este derecho, las personas con discapacidad pierden su autonomía e independencia, que forman parte de la dignidad humana<sup>4</sup>.

El empleo digno se configura como un elemento fundamental y determinante para garantizar la igualdad de oportunidades de todas las perso-

---

<sup>2</sup> Evolución de las tasas de actividad, empleo y paro de las personas con discapacidad; comparativa entre personas con y sin discapacidad. El Empleo de las Personas con Discapacidad (EPD)–Año 2021, INE. <https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?tpx=29814&L=0>

<sup>3</sup> El Empleo de las Personas con Discapacidad (EPD)–Año 2021, INE. [https://www.ine.es/prensa/epd\\_2021.pdf](https://www.ine.es/prensa/epd_2021.pdf)

<sup>4</sup> Pérez Bueno, L. C. & De Lorenzo García, R. (2021). Fundamentos del Derecho de la Discapacidad: DERECHOS Y LIBERTADES: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos, pp. 172 – 178. [https://www.researchgate.net/publication/348753841\\_Rafael\\_DE\\_LORENZO\\_GARCIA\\_y\\_Luis\\_Cayo\\_PEREZ\\_BUENO\\_Fundamentos\\_del\\_Derecho\\_de\\_la\\_Discapacidad](https://www.researchgate.net/publication/348753841_Rafael_DE_LORENZO_GARCIA_y_Luis_Cayo_PEREZ_BUENO_Fundamentos_del_Derecho_de_la_Discapacidad)

nas; disponer de un empleo digno contribuye a la plena participación de la ciudadanía en la vida económica, social y cultural. Sin embargo, persisten numerosas situaciones de discriminación en el mercado de trabajo que afectan, principalmente, a las personas más vulnerables socialmente.

Como se ha señalado anteriormente, en el caso de las personas con discapacidad pese a los avances alcanzados en los últimos años, principalmente en cuanto a instrumentos jurídicos para promover la igualdad de oportunidades y luchar contra la discriminación, perduran las limitaciones en el uso y en el disfrute de los derechos sociales y económicos, especialmente en la participación en el mercado de trabajo.

El empleo es uno de los ámbitos de inclusión social en los que están más presentes situaciones de discriminación y donde existen barreras que obstaculizan el ejercicio pleno de este derecho.

## **2. MARCO NORMATIVO GENERAL**

### ***2.1. EL DERECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AL TRABAJO Y AL EMPLEO EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD***

Sin pretender abordar de manera pormenorizada y en profundidad la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad<sup>5</sup> (en adelante CDPD), resulta imprescindible realizar unos breves apuntes sobre la misma.

Los Derechos Fundamentales de las personas con discapacidad han experimentado un impulso tras la aprobación, el 13 de diciembre de 2006, de la CDPD, un instrumento jurídico internacional vinculante para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. La Convención considera la discapacidad a partir de un enfoque basado en derechos y el modelo social de tratamiento de la discapacidad. Con base en este paradigma del modelo social, las respuestas sociales han de perseguir la equiparación de oportunidades, la no discriminación y la erradicación de las barreras que limitan la plena participación.

---

<sup>5</sup> CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

Los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad, adquieren en la CDPD una importancia capital e interactúan con todos y cada uno de los derechos reconocido en la misma. Obviamente, también con el derecho al trabajo y al empleo.

Desde el modelo social, las dificultades y limitaciones para acceder al empleo han de considerarse desde el resultado de la interacción entre las características de las personas con discapacidad y el modo en el que el empleo está organizado. Las exigencias de la Convención relativas al derecho al trabajo de las personas con discapacidad deben interpretarse desde esta premisa.

La CDPD reconoce en su artículo 27 “el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás,” especificando que “ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad.”

De forma que “los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando las medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación...”.

Recientemente, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ha confeccionado la Observación General<sup>6</sup> N°8 relativa al artículo 27 (derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo) de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El objetivo de esta Observación General es aclarar las obligaciones de los Estados Partes en relación con el derecho al trabajo y al empleo consagrado en el artículo 27 de la CDPD; afecta, por tanto, a todos los Estados Partes y, en ese sentido, ha de valorarse teniendo presente los distintos contextos y realidades de cada Estado ya que, en ocasiones, hay referencias generales que no tienen el mismo significado en todas partes.

La CDPD establece “los principios y las normas que rigen el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo, y sienta la base para

---

<sup>6</sup> CRPD/C/GC/8: Observación general núm. 8 (2022) sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo. <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/crpdgc8-general-comment-no-8-2022-right-persons>

que los Estados partes cumplan sus compromisos en relación con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en particular la meta 8.5, relativa a lograr, para 2030, el empleo pleno y productivo y garantizar un trabajo decente para todos los hombres y mujeres, incluidas las personas con discapacidad, y la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor”.

Resumidamente las cuestiones más significativas que contempla la Observación general N° 8 (2022), además de establecer su objetivo general, son:

- Hace referencia a un concepto no recogido expresamente en la CDPD y vincula su no consecución con “el capacitismo”: el trabajo y el empleo significativos.
- Introduce la necesidad de valorar las situaciones de discriminación múltiple y la interseccionalidad.
- Reitera la preocupación por el hecho de que la legislación y las políticas de los Estados partes siguen reflejando un enfoque capacitista de la discapacidad a través de la caridad y/o modelos médicos, a pesar de la incompatibilidad de estos modelos con la Convención
- Recuerda a los Estados partes que para hacer efectivos los derechos de la Convención deben aplicar el modelo de derechos humanos de la discapacidad.
- Realiza una interpretación del contenido normativo de cada uno de los apartados del artículo 27 de la CDPD.
- Establece las obligaciones de los Estados partes: obligaciones generales y obligaciones básicas.
- Relaciona el artículo 27 con otros artículos de la Convención.
- Determina cómo ha de implementarse a nivel nacional.

## ***2.2. EL DERECHO AL TRABAJO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA***

Una primera consideración que se debe hacer es plantear la reflexión sobre cómo el ordenamiento jurídico debe dar respuesta a las necesidades específicas mediante la protección e impulso de los derechos de las personas con discapacidad. La discapacidad necesita de la cobertura y apoyo del ordenamiento jurídico general, pero su particularidad requiere también de instrumentos jurídicos específicos, implementando soluciones normativas que prevean instrumentos y actuaciones especializadas, que brinden apoyos específicos y tengan en cuenta las circunstancias

particulares en las que se pueden encontrar las personas con discapacidad, todo ello con el objetivo de conseguir una sociedad plenamente inclusiva; esta reflexión debe hacer avanzar en la conceptualización del “Derecho de la Discapacidad”.

### **2.2.1. Marco general**

En el ordenamiento jurídico interno, los derechos laborales de las personas con discapacidad, como los de toda la ciudadanía, están reconocidos, en primer término, en el artículo 35.1 de la Constitución Española (en adelante CE), al establecer que “todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.” Igualmente, en el artículo 40, la CE establece la obligación de los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo y de fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesionales. Y, en el artículo 41, se dispone la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social para todas las personas, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en casos de desempleo.

En la CE el artículo 49 es el de mayor trascendencia para los derechos de las personas con discapacidad. Artículo que se encuentra entre los principios rectores de la política social y económica y que establece un mandato directo dirigido a los poderes públicos para realizar “una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. Este mandato está estrechamente vinculado al artículo 9.2, en virtud del cual “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo, y de los grupos en que se integra, sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” y al artículo 14, que dispone que “todos los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

El artículo 49 de la CE (que se encuentra actualmente en proceso de reforma<sup>7</sup>) fue un gran avance en la protección de las personas con discapacidad al reconocer constitucionalmente al colectivo y al establecer un ámbito concreto de protección. Es el precepto fundamental y la base fundamental que sustenta la normativa específica a favor del empleo y el trabajo de las personas con discapacidad.

Estos mandatos constitucionales han tenido un amplio desarrollo normativo –en ocasiones en normativa de carácter general y en otras en normativa específica– con la finalidad de asegurar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y garantizar el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación.

La regulación del “Derecho al Trabajo” de las personas con discapacidad se contempla, básicamente, en el capítulo VI del Título I del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social<sup>8</sup> (en adelante TRLGDPD). Se abordará el contenido de este capítulo en un epígrafe posterior.

El Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024<sup>9</sup> reconoce que, para diversos colectivos, entre ellos las personas con discapacidad “las políticas activas de empleo contribuyen a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, actuando sobre las causas de la menor empleabilidad como los desajustes en la cualificación, las dificultades para adquirir experiencia profesional o habilidades para la búsqueda y el mantenimiento de la ocupación”.

---

<sup>7</sup> PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL.

102/000001 Proyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española. [https://www.congreso.es/es/busqueda-de-publicaciones?p\\_p\\_id=publicaciones&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&\\_publicaciones\\_mode=mostrarTextoIntegro&\\_publicaciones\\_legislatura=XIV&\\_publicaciones\\_id\\_texto=\(BOCG-14-A-54-1.CODI.\)](https://www.congreso.es/es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XIV&_publicaciones_id_texto=(BOCG-14-A-54-1.CODI.))

<sup>8</sup> Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12632>

<sup>9</sup> Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-20185](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-20185)

Por su parte, la Estrategia Española de Discapacidad 2022-2030<sup>10</sup> contempla, como uno de sus Ejes Estratégicos, “la Inclusión y la participación”. En este Eje Estratégico se incluye el ámbito del empleo estableciéndose como objetivo de este “aumentar la tasa de actividad de las personas con discapacidad avanzando en asegurar su derecho a un empleo digno en entornos laborales abiertos, inclusivos y accesibles, y posibilitando su promoción y desarrollo laboral en igualdad de condiciones”.

Recientísimamente se ha aprobado la Ley 3/2023 de Empleo<sup>11</sup>, que contiene diversos aspectos positivos relacionados con la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Así, lo más significativo:

- El artículo 5 recoge específicamente “los principios de igualdad y no discriminación en el acceso y consolidación del empleo y desarrollo profesional por motivo de edad, sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, así como por razón de lengua, dentro del Estado español o cualquier otra condición o circunstancia personal, familiar o social favoreciendo de esta manera la cohesión social”.
- Se establece un nuevo Eje específico en las políticas de empleo dirigido a las personas con discapacidad: Eje 4 “Oportunidades de Empleo para Personas con Discapacidad”.
- Se contempla a las personas con discapacidad como colectivo prioritario. Y, dentro de ese colectivo, se determina el colectivo de personas con discapacidad “de especiales dificultades”.
- Se establece que los programas específicos y las medidas de acción positiva se reforzarán en los supuestos en que se produzcan situaciones de interseccionalidad.
- Recoge un artículo específico, artículo 54, dedicado a las personas con discapacidad demandantes de empleo.
- Se recupera, a efectos laborales, la equiparación como persona con discapacidad, para las personas pensionistas de la Seguridad Social

---

<sup>10</sup> ESTRATEGIA ESPAÑOLA SOBRE DISCAPACIDAD 2022-2030. <https://www.md-socialesa2030.gob.es/derechos-sociales/discapacidad/docs/estrategia-espanola-discapacidad-2022-2030-def.pdf>

<sup>11</sup> Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-5365>



que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

## 2.2.2. Principios básicos

### 2.2.2.1. Igualdad de trato y no discriminación en el empleo.

La legislación antidiscriminatoria se ha impulsado en los últimos años tras la aprobación de la CDPD.

Así, el artículo 35 del TRLGDPD reconoce a las personas con discapacidad el derecho al trabajo “en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación”. Igualmente, el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores contempla la no discriminación en las relaciones laborales. Y, finalmente, la reciente Ley 15/2022<sup>12</sup> integral para la igualdad de trato y la no discriminación que considera el derecho de todas las personas, entre ellas las personas con discapacidad, a la igualdad de trato y a la no discriminación.

La Ley 15/2022 es especialmente relevante. Tiene “la vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas” y traspone los objetivos y fines de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE.

La ley persigue un doble objetivo: “(i) prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y (ii) proteger a las víctimas, intentando combinar el enfoque preventivo con el enfoque reparador”. Por ello, la norma se caracteriza por ser: (i) una ley de garantías, (ii) una ley general y (iii) una ley integral.

Dentro de su ámbito objetivo (artículo 3) está el “(i) empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia, que comprende el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo” (artículo 3.a), (ii) el “acceso, promoción, condiciones de trabajo y formación en el empleo público” (artículo 3.b), (iii) la “afiliación y participación en organizaciones políticas, sindicales,

---

<sup>12</sup> Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-11589>

empresariales, profesionales y de interés social y económico" (artículo 3.c) y (iv) "la protección social, las prestaciones y los servicios sociales" (artículo 3.j).

Varios artículos de esta ley se refieren específicamente al empleo: artículo 9 derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena; artículo 10 negociación colectiva; artículo 11 derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo por cuenta propia y en el artículo 12 derecho a la igualdad de trato, no discriminación e intolerancia en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social y económico.

Igualmente, resultan de especial interés determinadas disposiciones generales de esta norma que tienen trascendencia singularmente para las personas con discapacidad: (i) la consideración de la "enfermedad o condición de salud" como causa de discriminación (artículo 2.1); (ii) la consideración de la denegación de ajustes razonables como causa de discriminación directa (artículo 6.1.a); (iii) la discriminación por asociación y por error (artículo 6.2); (iv) la discriminación múltiple e interseccional (artículo 6.3).

#### *2.2.2.2. Accesibilidad y ajustes razonables.*

A fin de garantizar el principio de igualdad de trato y no discriminación resulta imprescindible cumplir con el principio de accesibilidad y con la adopción de ajustes razonables.

En el ámbito del empleo, el artículo 22.2 del TRLGDPD establece que las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminaciones establecidas en el capítulo V "Derecho a la vida independiente", serán de aplicación con carácter supletorio respecto a lo previsto en la legislación laboral.

Las condiciones básicas de accesibilidad, artículo 23 del TRLGDPD, abarcan muy distintos y diversos ámbitos. Estas condiciones básicas están siendo desarrolladas, progresivamente, por diferentes normativas específicas, reglamentos y documentos técnicos.

Especialmente significativo es el artículo 40 del TRLGDPD, referido al empleo ordinario, al contemplar los ajustes razonables: la obligación de los empresarios de "adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profe-

sionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”.

Para determinar si la “carga es excesiva” se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa. Igualmente, el artículo 66.2 del TRLGDPD, a efectos de determinar si un ajuste es razonable, establece que “se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda. A este fin, las administraciones públicas competentes podrán establecer un régimen de ayudas públicas para contribuir a sufragar los costes derivados de la obligación de realizar ajustes razonables.”

Respecto al régimen de ayudas, el Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo, tanto en el programa de inserción laboral de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo como en el mercado protegido, artículos 49 y 55, establece subvenciones, con una cuantía de referencia de 1.800 euros, por adaptación de puestos de trabajo destinadas “a financiar las medidas de accesibilidad universal física, sensorial, cognitiva y de comunicación y las medidas adecuadas en función de las necesidades de cada situación concreta, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para la entidad, así como la dotación de medios de protección personal para evitar riesgos laborales a las personas trabajadoras con discapacidad contratadas y/o y eliminación de barreras arquitectónicas u obstáculos que impidan o dificulten su trabajo...”.

Varias sentencias del TJUE están ayudando a clarificar algunos aspectos concretos del concepto de “ajuste”, al incluir cuestiones como la modificación de funciones, la variación y ajuste del tiempo de trabajo o la movilidad funcional. Especialmente relevante es la Sentencia del TC 51/2021, 15 de marzo de 2021<sup>13</sup>, al apreciar discriminación y trato desigual asociado a una

---

<sup>13</sup> Sentencia 51/2021, de 15 de marzo de 2021. Recurso de amparo 2950-2018. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-6597#:~:text=Sala%20Primera.-,Sentencia%2051%20de%202021%20de%20marzo%20de%202021.,Nacional%20que%20confirm%C3%B3%20su%20legalidad.](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-6597#:~:text=Sala%20Primera.-,Sentencia%2051%20de%202021%20de%20marzo%20de%202021.,Nacional%20que%20confirm%C3%B3%20su%20legalidad.)

situación de discapacidad y al respaldar plenamente los ajustes razonables, como obligación del empleador y como violación del derecho fundamental a la igualdad cuando, siendo procedente, no se realizan.

Salvo las referencias normativas señaladas, no hay en el ordenamiento jurídico mayor desarrollo normativo del concepto de “ajuste razonable” ni del concepto “carga excesiva”; sería necesario disponer de una regulación exhaustiva y completa de estos conceptos, máxime cuando, la Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación, ha considerado la denegación de ajustes razonables como causa de discriminación directa.

### **3. NORMATIVA SOBRE POLÍTICA DE EMPLEO DIRIGIDA A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

#### ***3.1. FINALIDAD DE LA POLÍTICA DE EMPLEO DIRIGIDA A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD***

La política de empleo general se encuentra recogida en el Título I de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, cuyo objetivo es “promover y desarrollar la planificación, coordinación y ejecución de la política de empleo y garantizar el ejercicio de los servicios garantizados y la oferta de una adecuada cartera de servicios a las personas o entidades demandantes de los servicios públicos de empleo, a fin de contribuir a la creación de empleo y reducción del desempleo, mejorar la empleabilidad, reducir las brechas estructurales de género e impulsar la cohesión social y territorial”.

La finalidad de la política de empleo dirigida, específicamente, a las personas con discapacidad se encuentra determinada en el artículo 37.1 del TRLGDPD, siendo la misma “aumentar las tasas de actividad y de ocupación e inserción laboral de las personas con discapacidad, así como mejorar la calidad del empleo y dignificar sus condiciones de trabajo, combatiendo activamente su discriminación”.

Para alcanzar esa finalidad, el propio artículo 37.1 compele a las administraciones públicas a fomentar las oportunidades de empleo y promoción profesional en el mercado laboral y a promover los apoyos necesarios para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo.

Asimismo, la Estrategia Española sobre discapacidad 2022-2030, contempla como objetivo, dentro del Eje Estratégico 1, “aumentar la tasa de actividad de las personas con discapacidad avanzando en asegurar su de-

recho a un empleo digno en entornos laborales abiertos, inclusivos y accesibles, y posibilitando su promoción y desarrollo laboral en igualdad de condiciones. También de acuerdo con el ODS dirigido al trabajo decente y el crecimiento económico”.

### **3.2. EJERCICIO DEL DERECHO AL TRABAJO**

El derecho al trabajo pueden ejercerlo las personas con discapacidad a través de diferentes tipologías de empleo. Así, el artículo 37.2 del TRLGDPD establece que “las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho al trabajo a través de los siguientes tipos de empleo: a) Empleo ordinario, en las empresas y en las administraciones públicas, incluido los servicios de empleo con apoyo; b) Empleo protegido, en centros especiales de empleo y en enclaves laborales; c) Empleo autónomo”.

Igualmente, se establece que “el acceso al empleo público se regirá por lo dispuesto en la normativa reguladora de la materia”

#### **3.2.1. El ejercicio del derecho al trabajo a través del empleo ordinario**

Para hacer efectivo el derecho al trabajo de las personas con discapacidad es imprescindible, pero no es suficiente, la legislación antidiscriminatoria. Es necesario también implementar medidas de acción positiva que eviten o compensen las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en el ámbito laboral.

Nuestra legislación prevé diversas medidas de acción positiva, de distinta naturaleza, para fomentar el empleo de las personas con discapacidad.

##### *3.2.1.1. Medidas de acción positiva: cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad y excepción de su cumplimiento*

Nuestra legislación establece cuotas de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad tanto en el empleo ordinario –empresas públicas o privadas– como en el empleo público.

El propio Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 17.2, contempla la posibilidad de que la ley establezca “las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente”. Y en su apartado 3 ya prevé la posibilidad de medidas de reserva “no obstante lo dispuesto en el apartado anterior,

el Gobierno podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo”.

Con esta previsión general, el artículo 42 del TRLGDPD regula expresamente una reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad en el empleo ordinario y obliga a las empresas públicas y privadas que empleen a 50 o más personas a que de su plantilla, al menos, el 2% sean personas con discapacidad.

Excepcionalmente se permite la sustitución de esta cuota de reserva obligatoria por medidas alternativas, el artículo 42.1 de la LGDPCD así lo contempla: “de manera excepcional, las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83. 2 y 3, del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente”.

El desarrollo normativo de estas medidas alternativas se encuentra recogido en el Real Decreto 364/2005 por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad<sup>14</sup>, complementado a su vez por la normativa de distintas comunidades autónomas. El Real Decreto 364/2005 establece los procedimientos administrativos que permiten a una empresa obtener del servicio público de empleo competente la declaración de excepcionalidad, bien porque las oficinas de empleo no puedan atender las ofertas de empleo para personas con discapacidad publicadas por la empresa, o porque la empresa solicitante acredite la concurrencia de causas de especial dificultad para la contratación de personas con discapacidad. La excepcionalidad habilita a las empresas obligadas al cumplimiento de la cuota de reserva a quedar, excepcional y transitoriamente (3 años), exentas del mismo, siempre que apliquen alguna o algunas de las medidas alternativas que establece el propio Real Decreto: (i) Celebración de contratos con centros especiales de empleo o personas autónomas con discapacidad para

---

<sup>14</sup> Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2005-6308>

el suministro de productos o la contratación de servicios ajenos y accesorios a la actividad de la empresa; (ii) realización de donaciones o acciones de patrocinio económico a favor de fundaciones y asociaciones de utilidad pública cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, inserción laboral o creación de empleo para personas con discapacidad; (iii) la constitución de enclaves laborales, mediante un contrato con un centro especial de empleo, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero.

El ordenamiento jurídico prevé consecuencias por el incumplimiento de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad o de sus medidas alternativas de carácter excepcional, si bien, sería necesario reforzar, por un lado, el control de su cumplimiento y, por otro, las consecuencias del incumplimiento.

Las principales consecuencias para las empresas obligadas a la reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad por su inobservancia son las siguientes:

- 1) Prohibición para contratar con el sector público. La Ley de Contratos del Sector Público<sup>15</sup> regula dos prohibiciones para contratar relacionadas con el incumplimiento de la reserva de empleo para personas con discapacidad:
  - artículo 71.b) en caso de haber sido sancionadas con carácter firme, entre otras causas, por infracción grave de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad.
  - artículo 71.d) establece, entre otras, la prohibición de contratar con la administración pública por no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de plantilla sean personas con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

---

<sup>15</sup> Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-12902>

- 2) Sanciones por infracción grave. El artículo 15.3 de la LISOS<sup>16</sup> tipifica como infracción grave en materia de empleo “el incumplimiento en materia de integración laboral de personas con discapacidad de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional”. En cuanto a la sanción económica está recogida en el artículo 40.b).

Igualmente, el artículo 46.1 de la LISOS establece una sanción accesoria, entre otras infracciones, cuando se ha cometido incumplimiento de la reserva o medidas alternativas (artículo 15.3).

### *3.2.1.2. Medidas de acción positiva: Fomento de la contratación*

Para fomentar la contratación de personas con discapacidad en el empleo ordinario, nuestro ordenamiento jurídico prevé incentivos a la contratación mediante subvenciones y bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social.

La cobertura legal para esta previsión se encuentra, inicialmente, en el propio Estatuto de los trabajadores, así el artículo 17.3 establece que “el Gobierno podrá otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo. La regulación de las mismas se hará previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas”.

En cuanto a la legislación específica de personas con discapacidad, el artículo 39 del TRLGDPD establece que “se fomentará el empleo de las personas con discapacidad mediante el establecimiento de ayudas que faciliten su inclusión laboral”. Y en su apartado 2 se determina la naturaleza de estas ayudas: “estas ayudas podrán consistir en subvenciones o préstamos para la contratación, la adaptación de los puestos de trabajo, la eliminación de todo tipo de barreras que dificulten su acceso, movilidad, comunicación o comprensión en los centros de producción, la posibilidad de establecerse como trabajadores autónomos, bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social y cuantas otras se consideran adecuadas para promover la

---

<sup>16</sup> Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-15060>



colocación de las personas con discapacidad, especialmente la promoción de cooperativas y otras entidades de la economía social”.

### **3.2.1.2.1. Subvenciones a la contratación de personas con discapacidad en la empresa ordinaria**

El programa de inserción laboral de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo definido en el Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo<sup>17</sup>, tiene por objeto facilitar la inserción laboral de las personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo, mediante la concesión de ayudas o subvenciones públicas.

Las citadas ayudas o subvenciones estarán dirigidas a financiar alguna de las siguientes medidas o la combinación de varias de ellas: el fomento de la contratación indefinida mediante la concesión de subvenciones, el tránsito de las personas trabajadoras con discapacidad desde el empleo en los centros especiales de empleo al empleo en empresas del mercado ordinario, la adaptación de puestos de trabajo (subvención comentada en el apartado de “ajustes razonables”), la realización de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, prestadas por personas preparadoras laborales especializadas en el marco del programa de empleo con apoyo (medida que se comentará más adelante).

En concreto, las ayudas por contratación indefinida o transformación en indefinido, a tiempo completo tienen los siguientes importes: (i) 5.500 € con carácter general. Si la persona contratada es mujer, es mayor de 45 años o pertenece a los colectivos vulnerables que se determinen, la ayuda será de 6.000 €; (ii) si se trata de una persona con discapacidad con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo la ayuda será de 7.000 €. Si es mujer, mayor de 45 años o colectivo vulnerable que se determine, esta ayuda se incrementa hasta los 7.500 €; (iii) se podrán incrementar las cuantías anteriores hasta en 2.000 € para el caso de contratación por personas trabajadoras autónomas, cooperativa o sociedad laboral que contraten a su primer empleado, o bien cuando la persona con discapacidad proceda de un enclave.

---

<sup>17</sup> Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-15771>

Por otra parte, el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, establece en su disposición adicional tercera (tras la modificación operada por el Real Decreto 368/2021, de 25 de mayo, sobre medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite) subvenciones a empresas, personas trabajadoras autónomas, sociedades laborales y cooperativas, que contraten por tiempo indefinido a personas con capacidad intelectual límite. La cuantía de la subvención será de 2.000 € por cada contrato de trabajo celebrado a tiempo completo.

### **3.2.1.2.2. Bonificaciones en las Cuotas de Seguridad Social en empresa ordinaria**

La ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo<sup>18</sup>, establece en su artículo 2.2, bonificaciones a las cuotas de Seguridad Social por contratación de personas con discapacidad en empresa ordinaria –resaltar en este apartado la Disposición adicional quinta del Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, que entrará en vigor el 1 de septiembre de 2023 referida a las bonificaciones por la contratación de personas con discapacidad y que mantiene las bonificaciones establecidas en los apartados 2 y 3 del artículo 2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, así como lo previsto en el artículo 1 del Real Decreto-ley 18/201, de 18 de noviembre.

La cuantía de la bonificación de la cuota empresarial de la Seguridad Social es variable teniendo en cuenta los siguientes supuestos: (i) si la contratación es indefinida o es una transformación en indefinidos de contratos de fomento de empleo o formativos, o si es un contrato de fomento de empleo; (ii) la cuantía se incrementa si la persona con discapacidad es una persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por 100, o con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por 100; (iii) igualmente se incrementa la cuantía de la bonificación si la persona trabajadora con discapacidad tiene en el momento de la contratación 45 o más años o si se trata de una mujer.

---

<sup>18</sup> Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-22949>

Igualmente, existe una bonificación de cuota empresarial de Seguridad Social para los empleadores que contraten por tiempo indefinido a personas con capacidad intelectual límite<sup>19</sup>.

Asimismo, existen otras bonificaciones de las cuotas empresariales a la Seguridad Social en el caso de contratación de personas con discapacidad con contratos formativos en alternancia y formativos para la adquisición de la práctica profesional y en alternancia si no se ha optado por la reducción que marca la Ley 3/2012 para personas con discapacidad; y en los contratos de sustitución en supuestos de incapacidad temporal.

### **3.2.1.2.3. Otras medidas para incentivar la contratación de personas con discapacidad en la empresa ordinaria**

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público regula medidas que pueden incentivar la contratación de personas con discapacidad.

En apartados anteriores se han comentado las prohibiciones para contratar contenidas en su artículo 71, pero la Ley 9/2017 contiene otras previsiones que pueden coadyuvar a ese objetivo y vinculadas con la inclusión de cláusulas sociales, las más significativas se encuentran recogidas en los artículos 129, 145 y 202.

### **3.2.1.2.4. Metodología específica de intervención: el empleo con apoyo**

La legislación contempla también una metodología específica para la inclusión en el mercado ordinario de determinadas personas con discapacidad: los servicios de empleo con apoyo. Los servicios de empleo con apoyo son el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades de inclusión laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes (artículo 41 TRLGDPD).

---

<sup>19</sup> Artículo 2.4 quater de la ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo; artículo 14 y disposición derogatoria única d) del Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero

Así, el Real Decreto 870/2007 regula el empleo con apoyo<sup>20</sup> como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el empleo ordinario.

Los destinatarios finales del programa de empleo con apoyo serán personas trabajadoras con discapacidad inscritas en los Servicios Públicos de Empleo como demandantes de empleo no ocupadas, así como personas con discapacidad contratadas por centros especiales de empleo, siempre que, en ambos casos, se encuentren en alguno de los supuestos que se describen a continuación: a) Personas con parálisis cerebral, personas con trastorno de la salud mental, personas con discapacidad intelectual o personas con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%; b) Personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%, así como personas sordas y con discapacidad auditiva con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%.

Al igual que otros programas de fomento de empleo, los servicios de empleo con apoyo disponen de apoyos económicos mediante subvenciones. El programa de inserción laboral de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo definido en el Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo, establece en su artículo 50 que: “las subvenciones de las acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, prestadas por personas preparadoras laborales especializadas a fin de facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad, se destinarán a financiar los costes salariales y de seguridad social derivados de la contratación de dichas personas preparadoras por las entidades promotoras de empleo con apoyo”. La cuantía de referencia de estas subvenciones se determinará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.2 del Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo.

---

<sup>20</sup> Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-13588>

### 3.2.2. El ejercicio del derecho al trabajo a través del empleo protegido: los centros especiales de empleo

Los Centros Especiales de Empleo son “una tipología de empleo” mediante la cual las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho al trabajo.

#### 3.2.2.1. Definición y características de los Centros Especiales de Empleo

El artículo 43 de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social define los Centros Especiales de Empleo para la inclusión laboral de las personas con discapacidad:

“1. Los centros especiales de empleo son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario. Igualmente, los centros especiales de empleo deberán prestar, a través de las unidades de apoyo, los servicios de ajuste personal y social que requieran las personas trabajadoras con discapacidad, según sus circunstancias y conforme a lo que se determine reglamentariamente.

2. La plantilla de los centros especiales de empleo estará constituida por el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70 por 100 de aquélla. Se entenderán por servicios de ajuste personal y social los que permitan ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que las personas trabajadoras con discapacidad de los centros especiales de empleo tengan en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo. Igualmente se encontrarán comprendidos aquellos dirigidos a la inclusión social, cultural y deportiva.

3. La relación laboral de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo es de carácter especial”.

Según esta definición legal, la finalidad de los Centros Especiales de Empleo es múltiple: (i) asegurar un empleo remunerado; (ii) la prestación, a través de las unidades de apoyo, de servicios de ajuste personal y social que requieran su plantilla con discapacidad; (iii) ser un medio de inclusión del mayor número de personas con discapacidad en el régimen de empleo ordinario (artículo 43.1 TRLGDPD y artículo 1 del Real Decreto 2273/1985<sup>21</sup>).

---

<sup>21</sup> Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982,

La característica principal de los Centros Especiales de Empleo es que realicen trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones del mercado. Además de su función social, deben ser considerados como auténticas empresas, su estructura y organización ha de ser la de una empresa ordinaria (artículo 2 del Real Decreto 2273/1985).

### *3.2.2.2. Los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social*

La Disposición Final 14ª de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, añade el apartado 4 al artículo 43 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, por el que se da reconocimiento legal a los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social. En este apartado 4 se definen los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social: “Tendrán la consideración de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social aquellos que cumpliendo los requisitos que se establecen en los apartados 1.º y 2.º de este artículo son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social.”

Si bien todos los Centros Especiales de Empleo cumplen una función social, en el caso de los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social su función social está reforzada y así ha sido reconocido por diversas Sen-

tencias de distintos Órganos Jurisdiccionales<sup>22</sup>. Igualmente, los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social serían los únicos que forman parte de la Economía Social, al cumplir estrictamente con los principios orientadores de la economía social establecidos en el artículo 4 de la Ley de Economía Social<sup>23</sup> y, en concreto, la aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica al fin social objeto de la entidad, no repartiendo los beneficios sino reinvirtiéndolos en su objeto y finalidad social, sería claramente una característica fundamental y necesaria para considerar a un Centro Especial de Empleo como integrante de la economía social. Los Centros Especiales de Empleo de la Economía Social (los de Iniciativa Social) cumplirían, además, con las características identitarias de la “empresa social”.

Asimismo, los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social cumplirían con los mandatos de la CDPD, según el apartado 15 de la Observación General N°8 al no considerar empleo segregado “a las empresas de empleo que son administradas y dirigidas por personas con discapacidad, incluidas aquellas que son de propiedad conjunta y controladas democráticamente, siempre y cuando brinden condiciones de trabajo justas y favorables en igualdad de condiciones con los demás”.

### *3.2.2.3. Régimen de ayudas a los Centros Especiales de Empleo*

El programa de inclusión laboral de personas con discapacidad en el mercado de trabajo protegido, definido en el Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo, tiene por objeto la integración de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo protegido, mediante la concesión de subvenciones públicas dirigidas a fomentar la creación y mantenimiento de puestos de trabajo en los centros especiales de empleo que hubieran recibido su calificación como tal en los términos legalmente establecidos.

Las subvenciones establecidas en esta normativa son las siguientes:

---

<sup>22</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional. Sala de lo Social de 14/11/2019. N° de Recurso: 207/2019. N° de Resolución: 135/2019; Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Social de 18/05/2022. N° de Recurso: 47/2020. N° de Resolución: 449/2022

<sup>23</sup> Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-5708>

- 1.- Subvención por inversión fija generadora de empleo. La subvención a la inversión fija será de hasta 12.000 euros por cada nueva contratación con carácter indefinido o por cada transformación en indefinido de contratos temporales o de duración determinada que se realicen con personas con discapacidad, sin que en ningún caso rebase el coste real que, al efecto, se justifique por la referida inversión.
- 2.- Subvención del coste salarial: a) En el caso de personas trabajadoras con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo, según lo previsto en el artículo 5.c), la cuantía mínima de la subvención por cada persona trabajadora será equivalente al 55 por ciento del salario mínimo interprofesional vigente (60 por ciento si es mujer o mayor de 45 años) cuando tenga un contrato indefinido, y al 50 por ciento cuando tenga un contrato temporal con la duración mínima que establezca, en su caso, el servicio público de empleo; b) En el caso de personas trabajadoras con discapacidad física o sensorial con un grado reconocido inferior al 65 por ciento, la cuantía mínima de la subvención por cada persona trabajadora será equivalente al 50 por ciento del salario mínimo interprofesional vigente cuando tenga un contrato indefinido, y al 40 por ciento cuando tenga un contrato temporal con la duración mínima que establezca, en su caso, el servicio público de empleo.
- 3.- Subvención por adaptación de puestos de trabajo. La subvención por adaptación de puestos de trabajo, incluidas las medidas de accesibilidad universal física, sensorial, cognitiva y de comunicación y las medidas adecuadas en función de las necesidades de cada situación concreta, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para la entidad, así como la dotación de medios de protección personal y eliminación de barreras arquitectónicas, tendrá una cuantía máxima de 1.800 euros por persona trabajadora con discapacidad contratada durante el período mínimo que establezca cada servicio público de empleo, sin que en ningún caso rebase el coste real que, al efecto, se justifique por la referida adaptación, dotación o eliminación.
- 4.- Subvención por los servicios de ajuste personal y social. La subvención por los servicios de ajuste personal y social que prestan las unidades de apoyo a la actividad profesional tendrá la cuantía señalada en el artículo 4.2 del Real Decreto 469/2006, de 21 de abril, por el que se regulan las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los centros especiales de empleo.



Igualmente, los Centros Especiales de Empleo tienen reconocidas bonificaciones a las cuotas de Seguridad Social. La ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, establece en su artículo 2.3, las siguientes bonificaciones a las cuotas de Seguridad Social por contratación de personas con discapacidad en Centros Especiales de Empleo: bonificaciones del 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta, tanto para los contratos indefinidos como para los temporales. La misma bonificación se disfrutará por los Centros Especiales de Empleo en el supuesto de transformación en indefinidos de los contratos temporales de fomento de empleo de personas con discapacidad o de transformación en indefinidos de los contratos de duración determinada o temporales, incluidos los formativos suscritos con trabajadores con discapacidad.

#### *3.2.2.4. Otras medidas: la reserva de contratos públicos*

La Disposición Adicional 4ª de la Ley de Contratos del Sector Público contempla la obligación del establecimiento por parte del órgano de contratación competente de la reserva del derecho a participar, en los procedimientos de adjudicación de contratos o lotes –siendo en su defecto un 10% para la administración del Estado– a favor de CEE de iniciativa social y de las empresas de inserción.

Esta medida de acción positiva ha sido muy contestada por los Centros Especiales de Empleo que no son de Iniciativa Social; pero tanto el TJUE<sup>24</sup> como diversas Sentencias de distintos Tribunales Superiores de Justicia<sup>25</sup> de distintas Comunidades Autónomas, a excepción de una Sentencia del

---

<sup>24</sup> Sentencia Del Tribunal De Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 6 de octubre de 2021. En el asunto C-598/19.

<sup>25</sup> **Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.** Sentencias de la Sala de lo Contencioso, de fecha 23/11/2022. N° de Recurso: 673/2021. N° de Resolución: 1307/2022 y de fecha 16/12/2022 N° de Recurso: 54/2019 y N° de Resolución: 1430/2022. **Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.** Sala de lo Contencioso de fecha:19/10/2022 N° de Recurso: 239/2018 N° de Resolución: 3533/2022. **Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid.** Sala de lo Contencioso. Fecha: 10/10/2022. N° de Recurso: 647/2018 N° de Resolución: 1383/2022. **Tribunal Superior de Justicia** de la Región de Murcia. Fecha: 17/06/2022. N° de Recurso: 383/2018 N° de Resolución: 308/2022.

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco<sup>26</sup>, han dictaminado que es plenamente conforme a derecho la reserva de contratos públicos exclusivamente a Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social.

#### 4. NORMATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y DISCAPACIDAD

En el ámbito de la extensa normativa de la Seguridad Social, la relación con la discapacidad adquiere un papel relevante y de gran alcance. El sistema de Seguridad Social, sistema de protección social por excelencia, contiene numerosas referencias al ámbito de las personas con discapacidad y sus familias. Dada esta amplitud, el análisis jurídico se centrará en dos cuestiones capitales y de incidencia en el empleo de las personas con discapacidad:

el régimen jurídico vigente sobre compatibilidad con el empleo de las pensiones contributivas de incapacidad permanente en sus grados total, absoluta y gran invalidez.

el régimen jurídico vigente relativo a la jubilación anticipada de las personas con discapacidad.

##### ***4.1. RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE SOBRE COMPATIBILIDAD CON EL EMPLEO DE LAS PENSIONES CONTRIBUTIVAS DE INCAPACIDAD PERMANENTE***

La primera referencia que se ha de considerar es la CDPD. Así, su artículo 27 reconoce “el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás...” y la obligación de los Estados de salvaguardar y promover “el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: [...] k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad”.

Como se observa, la propia CDPD da cobertura al ejercicio del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, incluidas las personas que

---

<sup>26</sup> **Tribunal Superior De Justicia del País Vasco.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Recurso N° 626/2018 Sentencia N° 215/2022.

adquieran una discapacidad durante el empleo, y establece la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas pertinentes para promover la rehabilitación vocacional y profesional, el mantenimiento del empleo y la reincorporación al trabajo; teniendo esta obligación una especial relevancia para las personas con discapacidad sobrevenida.

En cuanto a la normativa interna, en las situaciones de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, la regla general –aunque no exenta de controversia– es la compatibilidad entre el trabajo–ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, a tiempo completo o parcial–y la prestación de la Seguridad Social. Si bien, es cierto, que esta regla general tiene ciertos límites, así: (i) en el caso de la incapacidad permanente total es necesario que las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total; (ii) en el supuesto de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, el trabajo desempeñado no puede ser perjudicial o inadecuado para el estado de la persona “incapacitada”.

#### **4.1.1. Normativa de Seguridad Social**

##### *4.1.1.1. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social<sup>27</sup>*

El Capítulo XI del Título II de la Ley General de la Seguridad Social se dedica a la regulación de la incapacidad permanente contributiva.

El artículo 193 define el alcance y concepto de esta figura y determina las causas que dan lugar a ella. Por su parte, el artículo 194 establece los grados de incapacidad permanente. Sin embargo, en tanto no se desarrolle reglamentariamente este artículo 194 resulta de aplicación la Disposición transitoria vigésima sexta del Real Decreto Legislativo 8/2015 que establece lo siguiente:

“Uno. Lo dispuesto en el artículo 194 de esta ley únicamente será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias a que se refiere el apartado 3 del mencionado artículo 194. Hasta que no se desarrolle reglamentariamente dicho artículo será de aplicación la siguiente redacción:

«Artículo 194. Grados de incapacidad permanente.

---

<sup>27</sup> <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724>

1. La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará con arreglo a los siguientes grados: a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual. b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual. c) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo. d) Gran invalidez.

2. Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine.

3. Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

4. Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

5. Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

6. Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.»

Dos. Hasta que no se desarrolle reglamentariamente dicho artículo, todas las referencias que en este texto refundido y en las demás disposiciones se realizasen a la «incapacidad permanente parcial» deberán entenderse hechas a la «incapacidad permanente parcial para la profesión habitual»; las que se realizasen a la «incapacidad permanente total» deberán entenderse hechas a la «incapacidad permanente total para la profesión habitual»; y las hechas a la «incapacidad permanente absoluta», a la «incapacidad permanente absoluta para todo trabajo».

Por otra parte, el artículo 198 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, establece lo siguiente:

“Artículo 198. Compatibilidades en el percibo de prestaciones económicas por incapacidad permanente.

1. En caso de incapacidad permanente total, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total.

De igual forma podrá determinarse la incompatibilidad entre la percepción del incremento previsto en el artículo 196.2, párrafo segundo, y la realización de trabajos, por cuenta propia o ajena, incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social.

2. Las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no

lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

3. El disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el artículo 213.1.”

#### *4.1.1.2. Orden de 15 de abril de 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social*<sup>28</sup>

El artículo 24 de esta Orden, en su apartado 3, establece que la pensión vitalicia por incapacidad permanente total para la profesión habitual, prevista en el número 2 del artículo 15, será compatible con la percepción de un salario, en la misma Empresa o en otra distinta. Cuando la invalidez del trabajador afecte a la capacidad exigida, con carácter general, para desempeñar el nuevo puesto de trabajo, aquél podrá convenir con el empresario que el salario 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. Igualmente, en su apartado 4, establece que las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

#### **4.1.2. Normativa laboral**

Al ser la regla general la compatibilidad entre el trabajo y las pensiones por incapacidad permanente de la Seguridad Social, también hay referencias a esta cuestión en la normativa laboral, básicamente a fin de determinar los efectos en la relación laboral cuando se produce la situación de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta y gran invalidez.

---

<sup>28</sup> <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1969-575>

4.1.2.1. *Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*<sup>29</sup>

El artículo 48, relativo a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo, en su apartado segundo, establece que “en el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente”.

Por su parte, el artículo 49, relativo a la extinción del contrato, en su apartado I.e), establece que el contrato de trabajo se extinguirá por muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2

Y, por último, el artículo 52.a), relativo a la extinción del contrato por causas objetivas, dispone que el contrato podrá extinguirse por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento.

4.1.2.2. *Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores “minusválidos” [sic]*

El artículo 1, establece que “los trabajadores que hayan sido declarados en situación de incapacidad permanente parcial tienen derecho a su reincorporación en la Empresa, en las condiciones siguientes:

1. Si la incapacidad permanente parcial no afecta el rendimiento normal del trabajador en el puesto de trabajo que ocupaba antes de incapacitarse deberá el empresario reincorporarlo al mismo puesto o, en caso de imposibilidad, mantenerle el nivel retributivo correspondiente al mismo. En el supuesto de que el empresario acredite la disminución en el rendimiento, deberá ocupar

---

<sup>29</sup> <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

al trabajador en un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual y, si no existiera, podrá reducir proporcionalmente el salario, sin que en ningún caso la disminución pueda ser superior al 25 por 100 ni que los ingresos sean inferiores al salario mínimo interprofesional cuando se realice jornada completa.

2. Los trabajadores que hubiesen sido declarados en situación de incapacidad permanente parcial y después de haber recibido prestaciones de recuperación profesional recobrarán su total capacidad para su profesión habitual, tendrán derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo originario, si el que viniesen ocupando fuese de categoría inferior, siempre que no hubiesen transcurrido más de tres años en dicha situación. La reincorporación se llevará a efecto previa la comunicación a la Empresa, y a los representantes del personal, en el plazo de un mes, contado a partir de la declaración de aptitud por el organismo correspondiente”.

Por su parte, el artículo 2 establece lo siguiente:

“1. Los trabajadores que hubieran cesado en la Empresa por haberseles reconocido una incapacidad permanente total o absoluta y después de haber recibido prestaciones de recuperación profesional hubieran recobrado su plena capacidad laboral, tendrán preferencia absoluta para su readmisión en la última Empresa en que trabajaron en la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo profesional.

2. Los trabajadores que hubieran cesado en la Empresa por haberseles reconocido una invalidez permanente y después de haber recibido las prestaciones de recuperación profesional continuaran afectos de una incapacidad permanente parcial, tendrán preferencia absoluta para su readmisión en la última Empresa en que trabajaron en la primera vacante que se produzca y que resulte adecuada a su capacidad laboral.

3. Las readmisiones que lleven a efecto las empresas, en los supuestos previstos en este artículo, podrán dar derecho a beneficios de la cuota patronal de la Seguridad Social en los términos que legalmente se establezcan”.

## Consideraciones finales

Analizado el régimen jurídico, se puede concluir que la declaración de incapacidad permanente incide de forma directa sobre el empleo, por tener incidencia sobre la relación laboral que vincula a la persona con la empresa en la que está contratada o por sus consecuencias en el momento en que la persona decide realizar una actividad laboral por cuenta propia o ajena, dependiendo del grado de incapacidad laboral que se le haya reconocido.

Así, y a modo de resumen: (i) la incapacidad permanente parcial no impide la realización de actividades lucrativas; (ii) en el caso de la inca-

pacidad permanente total, la prestación es compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total. Sin embargo, en el caso de trabajar se perdería el incremento del 20 % de la base reguladora de la incapacidad permanente total; (iii) en el caso de la incapacidad permanente absoluta y gran invalidez no impiden el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del “inválido” y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión. La Jurisprudencia ha reconocido que la compatibilidad con el trabajo no solo incluye actividades marginales, superfluas, accidentales o esporádicas. Si bien, tradicionalmente la jurisprudencia viene entendiendo que las actividades compatibles con la situación de incapacidad permanente no pueden ser las mismas que el trabajador realizaba cuando se le reconoció la incapacidad absoluta, sino que deben ser otras distintas.

En cualquier caso y en todos los supuestos, la realización de la actividad por cuenta propia y ajena debe ser comunicada por la persona declarada con incapacidad laboral. Y según el artículo 200.2 de la Ley General de la Seguridad Social “si el pensionista de incapacidad permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá, de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución”.

#### ***4.2. RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE RELATIVO A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.***

Tras la modificación introducida por el artículo 1.5 de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, la regulación de la jubilación anticipada de las personas con discapacidad se encuentra recogida en el artículo 206 bis de la Ley General de la Seguridad Social:

“Artículo 206 bis. Jubilación anticipada en caso de discapacidad.

1. La edad mínima de acceso a la pensión de jubilación a que se refiere el artículo 205.1.a) podrá ser reducida en el caso de personas con discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento, en los términos contenidos en el correspondiente real decreto acordado a propuesta del titular del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento, siempre que, en este último



supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas respecto de las que existan evidencias contrastadas que determinan de forma generalizada una reducción significativa de la esperanza de vida.

2. La aplicación de los correspondientes coeficientes reductores de la edad en ningún caso dará lugar a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a la de cincuenta y dos años.

Los coeficientes reductores de la edad de jubilación no serán tenidos en cuenta, en ningún caso, a efectos de acreditar la exigida para acceder a la jubilación parcial, a los beneficios establecidos en el artículo 210.2, y a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada”.

Por otro lado, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, en su D.A 4<sup>a</sup>, establece:

“Disposición adicional cuarta. Mejora del marco regulador del acceso a la pensión de jubilación de las personas con discapacidad.

El Gobierno remitirá a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, en el plazo de seis meses, un informe acerca de los aspectos relacionados con la protección social de las personas con discapacidad que se recogen en la recomendación 18 del Pacto de Toledo. Se prestará una atención particular a los problemas que afecten al colectivo de personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo como las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental o con discapacidad intelectual, incluidas las personas con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento.

A partir de este informe, y en el plazo de tres meses adicionales, el Gobierno impulsará una reforma del marco regulador establecido en los Reales Decretos 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía y 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento”.

Los Reales Decretos a los que hace referencia esta Disposición Adicional, son los que contemplan actualmente el régimen jurídico de la jubilación anticipada de las personas con discapacidad:

Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía<sup>30</sup>.

Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento<sup>31</sup>.

Actualmente el Real Decreto 1851/2009 se encuentra en proceso de modificación, la propuesta de nuevo Real Decreto flexibiliza la regulación de la jubilación anticipada de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento

## 5. RETOS DE FUTURO: ¿EN QUÉ DEBEMOS AVANZAR?

Desde los tiempos de la LISMI a nuestros días, más allá de los datos estadísticos sobre la participación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo que siguen siendo desalentadores, hemos evolucionado en dos aspectos fundamentales (i) en avances normativos de gran calado que abogan netamente por los derechos de las personas con discapacidad de manera enérgica; (ii) se ha producido un cambio social que ha supuesto una autentica transformación social; hoy en día en el imaginario social y colectivo las personas con discapacidad son sujetos de derechos y “sujetos activos” que contribuyen al desarrollo de la sociedad de la que deben participar plenamente.

Actualmente estamos ante un escenario tan cambiante y que evoluciona tan rápidamente que, para dar respuesta a los retos que se plantean, se requieren nuevas políticas basadas en nuevos parámetros. La propia Comisión Europea ha señalado la necesidad de un enfoque global de las políticas dirigidas a las personas con discapacidad para elevar su nivel de participación en el empleo.

Para ello, sería necesario un nuevo marco normativo que actualice y modernice el actualmente vigente (fundamentalmente el capítulo VI Título I del Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social). Y plenamente conforme a los

---

<sup>30</sup> <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23401>

<sup>31</sup> <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-20652>

mandatos de la CDPC. En definitiva, un marco normativo renovado con unos objetivos estratégicos ambiciosos y que tenga un gran impacto social capaz de transformar la situación actual del empleo de las personas con discapacidad.



## *El empleo digno de personas con discapacidad*

STEFAN TRÖMEL

### **INTRODUCCIÓN: LA SITUACIÓN GLOBAL DEL EMPLEO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

Voy a comenzar con un breve diagnóstico de la situación global del empleo de personas con discapacidad.

Contamos en la OIT con estadísticas de más de cien países que nos permiten comparar los niveles de participación laboral de las personas con discapacidad con la participación laboral de las personas sin discapacidad.

En todos los países vemos que hay una brecha significativa en la participación laboral de las personas con discapacidad, normalmente de al menos 30 puntos porcentuales. Es decir, si en un país el porcentaje de personas en edad laboral que participan en el mercado de trabajo es del 70%, el de las personas con discapacidad estaría entre un 30 y un 40%.

Cuando a la dimensión de discapacidad le añadimos la dimensión de género las cifras empeoran. La brecha es similar pero dado que las mujeres en general tienen niveles menores de participación laboral, las cifras de participación de las mujeres con discapacidad son inferiores a las de los hombres con discapacidad.

En aquellos países donde hay información sobre el nivel de sueldos, vemos que hay una brecha salarial entre los trabajadores con discapacidad y los trabajadores sin discapacidad. Asimismo, los datos nos muestran una sobrerrepresentación de personas con discapacidad en el autoempleo y, en el contexto de países en desarrollo, muchas más personas con discapacidad trabajan en la economía informal, es decir no cuentan con empleos en el sector público o en el sector privado y carecen por ello de acceso a la protección social.

Y una estadística especialmente preocupante es que los jóvenes con discapacidad tienen tasas dobles que los jóvenes en general en lo que concierne a no estar ni en empleo ni en formación ni en educación. Y esto es así en todas las regiones del mundo.

De todo esto se deriva la necesidad prestar atención especial a las mujeres y jóvenes con discapacidad cuando diseñamos iniciativas dirigidas a mejorar el empleo de personas con discapacidad.

Por último, en cuanto al impacto de la pandemia covid-19, lamentablemente, no tenemos buenas estadísticas en la OIT sobre el impacto de la pandemia en el empleo de las personas con discapacidad. No obstante, la información que tenemos es que para aquellas personas con discapacidad que ya estaban trabajando en el empleo formal sobre todo en empresas grandes, no hubo un impacto negativo, pero las personas con discapacidad trabajando en la economía informal o en empresas pequeñas sí tuvieron un impacto muy negativo, muchas veces perdiendo su empleo o teniendo que interrumpir su actividad de autoempleo.

Además sabemos que la pandemia tuvo un impacto negativo en el empleo de mujeres y en el empleo de jóvenes, lo que obviamente nos permite concluir que las mujeres y jóvenes con discapacidad fueron especialmente afectadas por la pandemia.

## **LA IMPORTANCIA DE UN MARCO JURÍDICO ADECUADO**

No cabe la menor duda que el empleo digno de personas con discapacidad requiere un marco jurídico adecuado.

Ese marco jurídico no solo debe asegurar la entrada de personas con discapacidad en el mercado de trabajo, sino que una vez incluidos en el mismo, tengan las mismas condiciones de trabajo (salarios, protección contra la discriminación y contra la violencia y el acoso) y las mismas oportunidades de desarrollo profesional que el resto de las y los trabajadoras/es. Es esto lo que viene a reflejar el concepto de empleo digno que utilizamos en la OIT y que también queda recogido en el objetivo 8 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

El marco conceptual que promovemos para el empleo de las personas con discapacidad es el que se deriva de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y en especial el artículo 27, el cual se beneficia ahora también de un comentario general adoptado recientemente por el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este comentario general provee de líneas directrices adicionales a los Estados, interlocutores sociales y organizaciones de personas con discapacidad de las medidas que se deben tomar para asegurar el acceso en igual de condiciones al derecho al empleo.

Un elemento clave dentro del marco legislativo que todo país debe tener es que exista una adecuada legislación de no discriminación, la cual puede ser específica o general, siempre y cuando incluya las referencias explícitas a personas con discapacidad, y en especial, refleje de manera adecuada la obligación de proveer los ajustes razonables para aquellas personas con discapacidad que así lo requieran. No cabe duda del papel fundamental de los ajustes razonables a la hora de conseguir que la protección contra la discriminación se traduzca realmente en más y mejor empleo de las personas con discapacidad.

Pero seguimos viendo que hay todavía bastante desconocimiento del concepto de ajuste razonable, y por eso es importante, sobre todo de cara a la pequeña y mediana empresa, dar apoyo técnico y financiero para que se provean esos ajustes razonables.

Es muy importante asimismo que la protección contra toda forma de discriminación se vea complementada con una acción afirmativa bien diseñada. Hay casi cien países que, como en el caso de España, utilizan sistemas de cuota de empleo, pero en la mayoría de los países vemos que esa legislación no ha sido bien diseñada y tiene grandes carencias.

Tampoco hay muchos ejemplos de países que hagan uso de la contratación pública para promover el empleo de las personas con discapacidad.

También es importante que las medidas legislativas generales tengan en cuenta de forma adecuada a las personas con discapacidad y en este sentido me gustaría dar el ejemplo de la implementación a nivel nacional del nuevo Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el lugar de trabajo<sup>1</sup>, la cual incluye referencias explícitas a que las medidas que se tomen sean accesibles. Es importante por ello que las leyes y políticas que se tomen a nivel nacional para la implementación de esta Convención aseguren que las medidas sean accesibles a las/os trabajadoras/es con discapacidad.

Por último, desde la OIT entendemos que todas las medidas dirigidas a mejorar las condiciones del mercado de trabajo tienen que ser medidas que tienen que negociarse y acordarse en el ámbito del diálogo social, es decir el diálogo entre el Gobierno, y las organizaciones de empresarios y sindicatos. Dicho esto, es justo reconocer que muchas veces nos encontramos con el desafío de cómo incluir a las personas con discapacidad en ese diálogo tripartito, que a veces está cerrado a la participación de entidades

---

<sup>1</sup> Convenio C190–Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190) (ilo.org)

que representan a colectivos con mayores riesgos de discriminación y exclusión.

## MÁS ALLÁ DEL MARCO LEGISLATIVO

Por la experiencia que tenemos de trabajar en muchos países sabemos que, aunque la legislación sea la adecuada, esto no es suficiente. Es muy importante tener un buen marco legislativo, pero también tiene que haber mucha mayor atención a las personas con discapacidad en todas aquellas iniciativas que utilizan los países para promover el empleo.

Tenemos que asegurar que los servicios de formación profesional de nuestros países incluyan a personas con discapacidad de cara a proveerles con las competencias que el mercado de trabajo en cada momento está demandando. En el contexto actual, destacaría la necesidad de asegurar el pleno acceso a las competencias digitales y las competencias verdes. Y más allá de la formación profesional, debemos asegurar que los servicios públicos de empleo presten atención a los demandantes de empleo con discapacidad y a que haya una buena conexión entre estos servicios públicos de empleo con las iniciativas de intermediación privadas que existen en muchos países.

Asimismo tenemos que promover que todas las iniciativas de promoción del emprendimiento adopten las medidas de inclusión y apoyo a las personas con discapacidad necesarias para asegurar su plena participación. Aunque a veces medidas específicamente dirigidas a personas con discapacidad pueden ser útiles, solamente seremos capaces de tener un impacto significativo si las iniciativas generales son plenamente inclusivas de las personas con discapacidad.

Y hay que hacer una mención especial a la necesidad de que las medidas de promoción del empleo juvenil sean plenamente inclusivas y accesibles, de cara a poder abordar el gran desafío que mencionaba el comienzo de este artículo. Un aspecto clave en este ámbito es la transición de la escuela al mundo del trabajo, un reto para muchos jóvenes y un reto adicional para muchas/os jóvenes con discapacidad. En este sentido cabe destacar la importancia que pueden tener los aprendizajes y otras modalidades de formación en el lugar de trabajo.

También es importante promover la plena participación de las personas con discapacidad en lo que en la OIT definimos como economía social y solidaria, un ámbito en el que España tiene mucha experiencia. Las coo-



perativas y otras iniciativas de tipo social dan empleo a casi 300 millones de personas en todo el mundo y tienen un potencial muchas veces desaprovechado para dar empleo a personas con discapacidad.

En cuanto al papel fundamental del sector privado, desde hace más de diez años la OIT coordina la secretaría de la Red Global de Empresa y Discapacidad, la cual incluye tanto empresas globales como más de treinta redes nacionales de empresa y discapacidad. Este contacto directo y permanente con el sector privado nos ha permitido ver como en estos últimos años ha habido un interés creciente del sector privado por el empleo de las personas con discapacidad, también en países en desarrollo, donde hasta hace poco la única expectativa que había para el empleo de las personas con discapacidad es que pudieran crear su propio empleo en la economía informal.

Y me gustaría en especial destacar que el discurso (y más importante, las acciones) de las empresas está cada vez más basado en el reconocimiento del talento y las competencias que les aportan las personas con discapacidad y en el impacto positivo que ha tenido su contratación en lo que respecta tanto a la mejora de productos y servicios, la motivación del personal, la imagen y reputación de la empresa y, en suma, la sostenibilidad de las empresas.

En este sentido, estamos pasando de discusiones sobre el porqué de la contratación de las personas con discapacidad a cómo asegurar el empleo y desarrollo profesional y estamos viendo cada vez más prácticas en el sector privado que son punteras en ámbitos como la accesibilidad digital, la inclusión de personas neurodivergentes, la existencia de grupos internos de trabajadores/as con discapacidad.

Pero mientras vemos avances en muchas grandes empresas, seguimos teniendo un gran reto con las pequeñas y medianas empresas, las cuales van a requerir más apoyo por parte de poderes públicos. Asimismo, hay un potencial también por explotar en el contexto de las cadenas de suministro de las grandes empresas.

También me gustaría destacar que hay nuevas oportunidades en el ámbito de la UE derivados de una nueva directiva europea recientemente aprobada y que va a obligar a más de 50 000 empresas europeas o que operan en la Unión Europea a tener que reportar anualmente sus acciones y resultados en materia medioambiental, social y de gobernanza. La buena noticia es que esa directiva europea, que en este momento se está trasladando a legislación nacional y que se verá complementada con estándares de reporte, menciona, en especial, el empleo de las personas con discapa-

cidad. Un gran trabajo de incidencia política donde la Fundación ONCE ha jugado un papel fundamental.

Espero que esas obligaciones de reporte anual nos permitan asimismo abordar el reto, mencionado con anterioridad, de mejorar las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad, es decir realmente conseguir el objetivo del empleo digno.

## ALGUNAS OPORTUNIDADES FUTURAS

En estos últimos años, hemos reflexionado y producido en colaboración con la Fundación ONCE dos informes, el primero sobre un Futuro de Trabajo más inclusivo de las personas con discapacidad<sup>2</sup>, y el segundo con atención especial a las oportunidades que proporciona la economía digital<sup>3</sup>.

Estamos viendo en prácticamente todos los países del mundo una clara demanda insatisfecha de profesionales del mundo digital en ámbitos como la inteligencia artificial, la accesibilidad digital, el blockchain y el big data.

Vemos un potencial similar en lo que respecta a la economía verde. Pero la economía digital y la economía verde son grandes oportunidades que solo beneficiarán a personas con discapacidad si tomamos las medidas adecuadas por parte de todos los actores: poderes públicos, sector privado, organizaciones de personas con discapacidad, universidades, para asegurar el acceso a las competencias y a los empleos que se van a crear en estos sectores.

Muy importante también promover una mayor atención a las personas con discapacidad en la economía del cuidado. La economía del cuidado es otro de los nichos de empleo identificados por Naciones Unidas y además tiene un potencial muy importante de cara a mejorar los niveles de empleo de mujeres y reducir la brecha salarial por género. Es importante que las organizaciones de personas con discapacidad participen plenamente en esos debates y aporten la experiencia de personas con discapacidad tanto en su papel de proveedores como receptores de cuidado. Esto también

---

<sup>2</sup> Una publicación conjunta de la Fundación ONCE y la Red Mundial de Empresas y Discapacidad de la OIT: Por un futuro del trabajo inclusivo para las personas con discapacidad (ilo.org)

<sup>3</sup> Publicación conjunta: Una economía digital inclusiva para las personas con discapacidad (ilo.org)

deberá permitir asegurar que las personas con discapacidad en edad de trabajar que requieran de asistencia personal, participen en el diseño de los sistemas de apoyo y cuidado, asegurando una vida independiente y el acceso al mercado de trabajo.

También tenemos que profundizar en las oportunidades y desafíos del teletrabajo para las personas con discapacidad que opten por esta modalidad de trabajo, viendo que esta opción, exponencialmente crecida durante la pandemia, va a seguir siendo una opción con mucha presencia en el mercado de trabajo.

Finalmente, insistir en que las personas con discapacidad y sus organizaciones deben participar en todos los debates relacionados con el mercado de trabajo. Un ejemplo de esto sería el trabajo en plataformas digitales, una nueva opción que está en claro crecimiento y que conlleva grandes retos en materia de condiciones de trabajo. Asimismo, la participación activa en los debates tan en boga estos días del impacto de la inteligencia artificial tienen que incluir la perspectiva de las personas con discapacidad.



# *El derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo: notas sobre el impacto en el derecho español de la Observación General 8*

**ANTONIO-LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE**

*Universidad Miguel Hernández de Elche  
Patrono de la Fundación Derecho y Discapacidad*

## 1. INTRODUCCIÓN

En su 27º período de sesiones, celebrado del 14 de agosto al 8 de septiembre de 2022, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas aprobó la Observación General número 8 (en adelante, OG 8), sobre el derecho al trabajo y al empleo de las personas con discapacidad<sup>1</sup>. Como en las restantes Observaciones Generales, el Comité realiza un extenso comentario acerca del contenido del precepto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD) que reconoce el derecho en cuestión –en este caso, el artículo 27- y detalla las obligaciones de los Estados partes dimanantes del mismo. Como indica el título de este capítulo, en las páginas siguientes pretendo abordar un análisis preliminar del impacto en el Derecho español de la citada Observación General, que, como se verá, desembocará en algunos casos en propuestas de concretas modificaciones normativas.

---

<sup>1</sup> COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación general núm. 8 sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo*, 7 de octubre de 2022, accesible en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FGC%2F8&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FGC%2F8&Lang=en)

En realidad, buena parte de las consideraciones y propuestas que se van a formular son deducibles directamente del contenido del artículo 27<sup>2</sup>. En este sentido, y como marco general que preside estas reflexiones, debe recordarse el importante valor normativo que reviste el artículo 27 CDPD en nuestro ordenamiento constitucional, a la luz de lo dispuesto por el artículo 10.2 de la Constitución española (en adelante, CE), en virtud del cual “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. A tenor de este precepto, podemos afirmar que las normas de los tratados internacionales relativas a derechos fundamentales reconocidos por la Constitución forman parte del bloque de la constitucionalidad; en efecto, lo que opera el artículo 10.2 es propiamente una remisión, en virtud de la cual se reciben en nuestro ordenamiento las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos como normas constitucionales, siempre y cuando se refieran a derechos fundamentales que la Constitución reconoce y no sean contrarias a las normas constitucionales explícitas. Ciertamente, el Tribunal Constitucional ha señalado que los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el artículo 10.2 “no poseen rango constitucional y por tanto, no constituyen canon de la constitucionalidad de las normas con rango de ley” (STC 292/2000, de 30 de noviembre, fundamento jurídico 3º), pero por otra parte ha afirmado que “constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, de suerte que habrán de tomarse en consideración para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que ha reconocido nuestra Constitución” (Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, fundamento jurídico 6º), lo que le ha obligado a reconocer que “configuran de alguna manera el canon de constitucionalidad, aun cuando sin carácter autónomo” (STC 50/1995, de 23 de febrero, fundamento jurídico 4º): en otras palabras, son canon de constitucionalidad –y así vienen funcionando en la práctica– en la medida en que complementan –y no contradicen– la regulación constitucional de

---

<sup>2</sup> Por ello, algunas de las propuestas contenidas en este artículo las pude formular ya en MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, “El concepto de discapacidad. Implicaciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para la legislación laboral española”, en FERNÁNDEZ ORRICO, J. (dir.), *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, especialmente págs. 79-93.

un derecho fundamental que nuestra Constitución reconoce. Ello significa, por tanto, respecto de las personas con discapacidad, que el contenido de cada uno de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos debe completarse con lo que sobre ese derecho disponga la CDPD. En relación con el tema de estas páginas, el contenido del derecho fundamental al trabajo reconocido por el artículo 35 CE debe completarse con las disposiciones de la Convención acerca del derecho de las personas con discapacidad al trabajo, en particular el artículo 27.

No obstante, la OG 8 permite precisar con mayor claridad algunas de las exigencias del artículo 27. En este sentido, conviene recordar a su vez que la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos formulada por los órganos de supervisión creados por los mismos es una interpretación dotada de una particular autoridad en nuestro Derecho, como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Constitucional, que ha indicado que la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales “no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales”<sup>3</sup>.

Por todas estas razones, resulta sumamente oportuno examinar las posibles implicaciones para nuestro Derecho de la citada OG 8. Como es razonable, no se abordará en las páginas siguientes un análisis exhaustivo de la OG, sino que me limitaré a seleccionar aquellos aspectos que pueden tener entre nosotros mayores repercusiones jurídicas. Y, a efectos de una

---

<sup>3</sup> Cfr. vg. STC 116/2006, de 24 de abril, fundamento jurídico 5°. Califica la interpretación de los tratados realizada por los Comités como una interpretación *autorizada*-que, en su opinión, tiene el mismo valor que la auténtica- LOPEZ MARTÍN, fundando esta conclusión, entre otros argumentos, en el valor que le ha dado la Corte Internacional de Justicia: se trata de “la única jurisdicción internacional con competencia general y universal, que tiene expresamente reconocida la competencia para interpretar los tratados internacionales en el artículo 36 de su Estatuto, del que España es parte” (Cfr. LOPEZ MARTIN, Ana Gemma, “La doctrina del Consejo de Estado sobre los efectos jurídicos de los Dictámenes de los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas”, en FERNANDEZ CASADEVANTE, C., ed., *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Madrid, Dykinson-Universidad Rey Juan Carlos, 2019, págs. 193-198; la cita textual en pág. 197). Me he ocupado de esta cuestión en MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, “Mecanismos para dotar de efectividad a las resoluciones de los órganos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos”, en *Anales de Derecho y Discapacidad*, 6 (2021), especialmente págs. 72-73.

mejor ordenación sistemática, seguiré la clasificación realizada por el estudio temático sobre el derecho al trabajo de las personas con discapacidad publicado hace algunos años por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que sintetizaba en cinco aspectos fundamentales el extenso contenido del artículo 27: el derecho a acceder a un empleo en el mercado de trabajo abierto, la prohibición de discriminación, la accesibilidad del puesto de trabajo, los ajustes razonables y las medidas de acción positiva<sup>4</sup>.

## 2. EL DERECHO A ACCEDER A UN EMPLEO EN EL MERCADO DE TRABAJO ABIERTO

El artículo 27, tras reconocer con carácter general “el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás”, especifica que “ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean *abiertos, inclusivos y accesibles* a las personas con discapacidad”.

La OG 8 presta una detenida atención a esta cuestión, a la que dedica los nn. 12 a 15. En primer lugar, la OG cita la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -concretamente, sus Observaciones Generales 5 y 23-, que ya había señalado que “el derecho de todas las personas a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado no se respeta cuando la única oportunidad real para las personas con discapacidad es trabajar en instalaciones segregadas”, y que “las personas con discapacidad no deberían estar segregadas en talleres protegidos”. Sobre la base de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 27, la OG señala de forma taxativa que “los entornos laborales segregados son incompatibles” con los derechos de las personas con discapacidad (n. 12). Tras señalar en el n. 14 algunos criterios identificativos del empleo segregado y los talleres protegidos, que comentaré más adelante, en el n. 15 insiste en que “el empleo segregado para las personas con discapacidad, como los talleres protegidos, no debe considerarse una medida tendiente al logro progresivo del derecho al trabajo, que solo se hace reali-

---

<sup>4</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Estudio temático sobre el trabajo y el empleo de las personas con discapacidad*, 17 de diciembre de 2012 (A/HRC/22/25).



dad a través del empleo libremente elegido o aceptado y desempeñado en un mercado laboral abierto e inclusivo”.

Parece evidente la clara orientación del Comité a que las personas con discapacidad trabajen en los mismos entornos y empresas en que lo hagan todas las demás personas, y sobre todo aparece en la OG, en mi opinión de forma plenamente coherente con el artículo 27 y con el conjunto de la Convención, una posición explícita frente a la segregación, que, si no se admite en otros ámbitos -por ejemplo, en el ámbito de la educación, pues la educación segregada de personas con discapacidad es incompatible con el derecho a la educación inclusiva proclamado por el artículo 24- no debería ser admitida tampoco en el área del empleo. A la luz de estas orientaciones, resulta pertinente una reflexión sobre la regulación jurídica del empleo protegido en España, y concretamente sobre la figura de los Centros Especiales de Empleo.

Una primera consideración que no debe soslayarse es que los Centros especiales de empleo se han revelado como un potente motor de la creación de empleo para personas con discapacidad en España. De acuerdo con los datos más recientes publicados por el Observatorio de Discapacidad y Mercado de Trabajo de la Fundación ONCE, referidos a 2019, el número total de Centros especiales de empleo se sitúa en 2.202, dando trabajo a un total de 97.653 personas con discapacidad, lo que representaba un 20,09% del total de personas con discapacidad ocupadas ese año (que eran 485.600) Además, han demostrado en los últimos años un extraordinario potencial de crecimiento, pues el número de personas con discapacidad contratadas en Centros especiales de empleo ha crecido desde 2012 un 57,9% (en 2012 eran 61.851), lo que representa un índice de crecimiento superior al 8% anual<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> . Debe añadirse que los Centros Especiales de Empleo han revelado una particular fortaleza en épocas de crisis económica, como demuestra el hecho de que entre 2010 y 2015, en una etapa en la que se destruyeron numerosos puestos de trabajo de personas con discapacidad en empresas ordinarias, los Centros especiales de empleo no sólo no disminuyeron sino que aumentaron su número de trabajadores (lo que, naturalmente, lleva consigo que haya aumentado la proporción de trabajadores con discapacidad que se encuentran contratados en Centros especiales de empleo). Finalmente, es significativo que en torno al 45% de los trabajadores de estos Centros son personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo (entendiendo por éstas las que define hoy el artículo 6.c del Real Decreto-Ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la pro-

No obstante, debemos confrontar los Centros especiales de empleo con los criterios que, de acuerdo con el n. 14 de la OG 8, definen el empleo segregado, que según el Comité no satisface el derecho al trabajo de las personas con discapacidad reconocido por el artículo 27. Concretamente, a tenor de la OG el empleo segregado o los talleres protegidos se caracterizan por la concurrencia de algunos de los seis siguientes elementos: las personas con discapacidad son segregadas, y no participan de un entorno inclusivo; el empleo se organiza en torno a determinadas actividades concretas que se considera que las personas con discapacidad pueden realizar; se manifiestan los enfoques de la discapacidad basados en el modelo médico-rehabilitador; no se promueve eficazmente la transición al mercado de trabajo abierto; las personas con discapacidad no son remuneradas por su trabajo en igualdad de condiciones con las demás, o no perciben una misma remuneración por un trabajo de igual valor; y no tienen un contrato de trabajo estándar, no estando cubiertas por las prestaciones de la Seguridad Social.

Es notorio que algunos de los rasgos mencionados no se dan absoluto en los Centros especiales de empleo, tal y como son contemplados por nuestro Derecho. En efecto, los CEEs se encuentran plenamente sujetos a la legislación laboral -aun cuando, en el caso de los trabajadores con discapacidad, sea a través de una relación laboral de carácter especial, cuestión en la que me detendré más adelante- y, en consecuencia, sus trabajadores gozan de la cobertura y las prestaciones de la Seguridad Social en igualdad de condiciones con todos los demás trabajadores. En segundo lugar, desarrollan una actividad empresarial: participan regularmente en las actividades de mercado ofreciendo bienes y servicios -siendo ésta una nota definitoria de los CEEs según el artículo 43.1 de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre; en adelante, LGDPD)- y además en una amplia variedad de sectores, sin que se encuentren circunscritos a determinadas actividades. En tercer lugar, no puede decirse que se encuentren presididos por el modelo médico-rehabilitador, sino que por el contrario se orientan a corregir las barreras que

---

tección social de las personas artistas). Los datos proporcionados se han obtenido del Observatorio sobre Discapacidad y Mercado de Trabajo ([www.odismet.es](http://www.odismet.es)), y de MORATALLA SANTAMARIA, Pablo, "Centros Especiales de Empleo". *Civilec-España. Revista Jurídica*, 29 (2016), págs. 25-27, y GARCIA SABATER, Antonio Borja, *Necesidades especiales de apoyo laboral en colectivos con discapacidad. En particular, el empleo protegido*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 258-263.

dificultan la plena inclusión social de las personas con discapacidad: en este sentido, se encuentran obligados a prestar servicios de ajuste personal y social a los trabajadores con discapacidad, que el artículo 43.2 LGDPD define como aquellos que permitan ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que tengan en la incorporación al puesto de trabajo o en la permanencia y progresión en él, así como los servicios dirigidos a la inclusión social, cultural y deportiva. Finalmente, debe ponerse de relieve que muchos de ellos se encuentran creados por personas con discapacidad o por las asociaciones del sector, en especial los Centros especiales de empleo de iniciativa social definidos por el artículo 43.4 LGDPD; en este sentido, el n. 15 de la OG 8 señala que “las empresas orientadas al empleo que son gestionadas y dirigidas por personas con discapacidad... pueden no ser consideradas empleo segregado si ofrecen unas condiciones de trabajo justas y favorables en igualdad de condiciones con los demás”, previsión ésta en la que podrían encuadrarse buena parte de los Centros especiales de empleo existentes en nuestro país.

En relación con algunas otras de las notas identificativas del empleo segregado descritas por la OG se suscitan, sin embargo, mayores dudas. Cabe plantear, en primer lugar, si se trata de entornos inclusivos o segregadores. Aunque, en la mayor parte de los casos, en los CEEs desarrollan su actividad trabajadores con y sin discapacidad –si bien con una alta proporción de aquellos, pues de acuerdo con el artículo 43.1 LGDPD “la plantilla de los centros especiales de empleo estará constituida por el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70 por 100 de aquella”, aun cuando “a estos efectos no se contemplará el personal sin discapacidad dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social”- son también frecuentes los CEEs con una proporción de trabajadores con discapacidad superior al 90% e incluso cercana al 100% -lo que incluso se encuentra incentivado normativamente, pues la ratio de trabajadores con discapacidad en el CEE es uno de los parámetros para graduar el importe de las subvenciones (artículo 53.2 del Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo<sup>6</sup>)-, lo que demuestra que los CEEs, aun cuando por definición no sean segregadores, pueden desde luego llegar a serlo.

---

<sup>6</sup> Esta norma trae causa, a su vez, de la anterior Orden Ministerial de 16 de octubre de 1998, vigente hasta ese momento, por la que se establecían las bases reguladoras para la concesión de las ayudas y subvenciones públicas destinadas al fomento de la integración laboral de los minusválidos en centros especiales de empleo y

En segundo lugar, la OG 8 exige que desde los talleres protegidos se promueva eficazmente “la transición al mercado de trabajo abierto”. Este es también uno de los elementos definitorios de los Centros especiales de empleo de acuerdo con nuestro Derecho, pues el artículo 42.1 LGDPD indica que “son un medio de inclusión del mayor número de estas personas [personas con discapacidad] en el régimen de empleo ordinario”. Se ha constatado sin embargo reiteradamente que, por una parte, no existen datos suficientes acerca de la transición de trabajadores con discapacidad del empleo protegido al empleo ordinario, pero de otro lado los escasos datos disponibles muestran que este objetivo no se logra, por lo que en la mayor parte de los casos los CEEs no son una estación de tránsito, como parece configurarlos la normativa vigente, sino una estación final<sup>7</sup>.

Finalmente, pienso que el principal problema que plantea el régimen jurídico de los Centros especiales de empleo es el relativo a la igualdad de condiciones de los trabajadores con discapacidad, en especial en lo atinente a la remuneración. Por un lado, como se ha adelantado, los trabajadores con discapacidad de los CEEs –y sólo ellos, no en cambio los trabajadores sin discapacidad de los mismos Centros- se encuentran sujetos a una relación laboral de carácter especial, como exige el artículo 43.3 LGDPD, y que regula actualmente el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, en el que se contienen disposiciones claramente discriminatorias, como la prohibición del trabajo a domicilio para las personas con discapacidad intelectual (artículo 7.3.a) o la prohibición de que se realicen horas extraordinarias

---

trabajo autónomo, cuyo artículo 4 contemplaba subvenciones más elevadas para los Centros especiales de empleo que tuviesen una proporción de trabajadores con discapacidad superior al 90%.

<sup>7</sup> Cfr, vg. GRIMALDOS GARCÍA, María Isabel, “Los Centros especiales de empleo. Aproximación a su régimen jurídico”, en *Ciriec-España. Revista Jurídica*, 26 (2015), págs. 1-13; GARCÍA SABATER, A. B., *Necesidades especiales de apoyo laboral...*, cit., págs. 250-253. Ya en 2006, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos advirtió que “no se publica ningún dato que evalúe el cumplimiento de dicho objetivo [transición al empleo ordinario] por parte de los Centros Especiales de Empleo, pudiendo razonablemente presumir que, por el contrario, estos favorecerán la permanencia en los mismos de los trabajadores con discapacidad más competentes y productivos por razones obvias vinculadas a la permanencia y viabilidad de los centros” (COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, *Negociación colectiva e inserción laboral de personas con discapacidad*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, pág. 56).

(artículo 13.a)<sup>8</sup>. Por otro lado, los trabajadores de los Centros especiales de empleo no están sujetos al convenio colectivo del sector de actividad correspondiente, sino a un convenio colectivo específico<sup>9</sup>, lo que lleva consigo que los trabajadores de los CEEs puedan recibir una remuneración inferior, o estar sujetos a condiciones de trabajo diferentes, que otros trabajadores que realizan una prestación laboral de la misma naturaleza, e incluso en la misma empresa. Esta situación puede darse notoriamente en los enclaves laborales, pues a través de esta figura “un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora” (artículo 1.2 del Real Decreto 290/2004, de 12 de febrero por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad), pero, como señala reiteradamente el citado Real Decreto, los trabajadores con discapacidad del enclave mantienen plenamente durante su vigencia la relación laboral de carácter especial con el CEE (artículos 1.3 y 8.1). Asimismo, en no pocas ocasiones se da la práctica viciosa consistente en que una empresa ordinaria crea un Centro especial de empleo, para contratar a través de él a personas con discapacidad con una remuneración inferior y beneficiándose de las subvenciones y ayudas previstas para los CEEs. Se trata de prácticas que vulneran claramente la CDPD y la OG8, que en su n. 28 insiste en que “los trabajadores con discapacidad tienen derecho a recibir la misma remuneración que los demás trabajadores cuando realizan el mismo trabajo o uno similar”. Por lo demás, la relación laboral de carácter especial y el convenio colectivo aplicable son dos cuestiones estrechamente vinculadas, como refleja el hecho de que el Tribunal Supremo, que en una jurisprudencia reiterada ha sostenido que no es discriminatoria la aplicación a los trabajadores de los CEEs de un convenio colectivo propio, sean cuales sean las tareas a las que se dediquen, sustenta

---

<sup>8</sup> El carácter discriminatorio de estas disposiciones fue observado ya en INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, *Informe: Impacto de la aplicación de la Convención de Naciones Unidas para los Derechos de las Personas con Discapacidad en la regulación de los Centros Especiales de Empleo*, Madrid, Universidad Carlos III, 2015, pág. 79.

<sup>9</sup> En el momento en que se redactan estas páginas, se encuentra en situación de ultraactividad el XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 4 de julio de 2019), que recientemente ha sido objeto de una modificación parcial, en especial en lo relativo a las tablas salariales, por el Acuerdo parcial respecto del XVI Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 16 de febrero de 2023).

esta conclusión principalmente en que se encuentran sujetos a una relación laboral de carácter especial<sup>10</sup>.

A la luz de las observaciones precedentes, pienso que la figura de los Centros especiales de empleo, tal y como la contempla nuestro Derecho, aun cuando es sustancialmente compatible con la CDPD, para su plena adaptación a ésta y a la OG 8 exigiría algunas modificaciones importantes en su regulación jurídica. Me atrevería a formular, en este sentido, las siguientes propuestas:

- a) Para garantizar que los CEEs no constituyan entornos de trabajo segregados sino inclusivos, debería rebajarse el porcentaje mínimo de personas con discapacidad en la plantilla (que podría reducirse del 70 al 50%) así como, lo que quizás es todavía más importante, establecer un porcentaje máximo, que probablemente no debería estar por encima del 80%.
- b) Debería desaparecer la relación laboral de carácter especial de los trabajadores con discapacidad de los CEEs, y configurarse como una relación laboral ordinaria (lo que exigiría la derogación del artículo 43.3 LGDPD y del Real Decreto 1368/1985).
- c) Debería establecerse expresamente la exigencia –probablemente en el artículo 43 LGDP, en el que se recoge el marco jurídico general de los CEEs- de que el convenio colectivo de aplicación a los Centros especiales de empleo sea el correspondiente al sector de actividad que desarrollen.

Naturalmente, la aplicación de estas medidas habría de ser progresiva, durante un período transitorio, para evitar que se produzca el efecto indeseado de expulsión de personas con discapacidad del mercado de trabajo. Pero se trata de medidas necesarias para la protección de los derechos de las personas con discapacidad y para promover su plena inclusión social.

Si se llevan a cabo las modificaciones normativas apuntadas, podría desaparecer en realidad la actual dicotomía entre empleo ordinario y empleo protegido. Los actuales Centros especiales de empleo -cuya denominación debería también modificarse (para pasar a llamarse “empresas inclusivas” u otra calificación análoga)- serían empresas ordinarias, cuyo particular com-

---

<sup>10</sup> Cfr. STS 969/2022, de 20 de diciembre (Sala de lo Social), especialmente fundamento jurídico 3º. Se trata de la Sentencia más reciente que se ocupa de esta cuestión.

promiso con la inclusión laboral de las personas con discapacidad justificaría un especial apoyo por parte de los poderes públicos (concretado, entre otros aspectos, en las subvenciones públicas que perciben). Naturalmente, ese compromiso no puede reflejarse únicamente en la presencia de una proporción particularmente elevada de personas con discapacidad en la plantilla, sino que exigiría, ante todo, que estas empresas fuesen particularmente modélicas en el cumplimiento de las exigencias de accesibilidad y la obligación de realizar ajustes razonables. Si el artículo 40.2 LGDPD dispone que “los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta (...), *salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario*”, este último límite no sería aplicable a los CEEs, por dos razones que ya han sido apuntadas con acierto: “En primer lugar, porque los costes derivados de la implementación de estas medidas deberían ser cubiertos siempre mediante las ayudas correspondientes... Por otro lado, porque la incidencia en el valor, función y viabilidad social de los CEEs debería suponer que se otorgue un menor peso del argumento económico a la hora de justificar la ausencia de razonabilidad de las medidas de accesibilidad y los ajustes”<sup>11</sup>. Entre estos ajustes razonables, se encontrarían los actualmente llamados “servicios de ajuste personal y social”, cuya denominación debería modificarse por la de “servicios de apoyo”, cambio de nombre que iría unido a una cierta reformulación de su función, que habría de consistir principalmente en realizar las adaptaciones y prestar los apoyos necesarios para que los trabajadores con discapacidad puedan realizar su trabajo en igualdad de condiciones con todas las demás personas, corrigiendo todas las barreras que lo impidan, que –es oportuno recordarlo– de acuerdo con el paradigma inspirador de la CDPD no son barreras derivadas de la discapacidad, sino, como indica su Preámbulo, “debidas a la actitud y el entorno” (no parece en cambio exigible que una empresa preste a sus trabajadores servicios “dirigidos a la inclusión social, cultural y deportiva”, salvo en la medida en que ello favorezca la igualdad en el puesto de trabajo o, en todo caso, como una función estrictamente subsidiaria). Así pues, el óptimo cumplimiento de las exigencias de accesibilidad y de la obligación de realizar ajustes razonables habría de ser un rasgo definitorio de las futuras “empresas inclusivas”, y esta obligación de cumplir estándares de inclusión más exigentes -obligación cuyo cumplimiento habría de ser objeto de vigilancia- sería precisamente

---

<sup>11</sup> INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, *Informe: Impacto...*, cit., págs. 84-85.

el título que justificaría el otorgamiento a estas empresas de un elenco particularmente generoso de ayudas públicas, como el que hoy establece el artículo 52 del Real Decreto 818/2021.

Naturalmente, la revisión del régimen jurídico de los Centros especiales de empleo exigiría a su vez la de algunas otras instituciones conexas, como los enclaves laborales. Básicamente esta figura debería quedar desconectada de la finalidad que hoy la preside según el artículo 46 LGDPD -la transición al mercado ordinario de trabajo de personas con especiales dificultades-, si bien su mantenimiento se justifica en base a otros objetivos definidos por el artículo 2 del Real Decreto 290/2004 -mejorar la experiencia profesional de los trabajadores con discapacidad, lograr que las empresas tengan mejor conocimiento de las capacidades y aptitudes reales de los trabajadores con discapacidad y posibilitar el crecimiento de la actividad de los Centros especiales de empleo, propósitos que pueden traducirse, como resultado final, en la generación de empleo para personas con discapacidad.

Por lo demás, en alguna ocasión se ha propuesto que los CEEs se reserven a personas con discapacidad con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo ordinario<sup>12</sup>. Pienso que la perspectiva que viene apuntándose en estas páginas excluye esta restricción, que haría a los CEEs todavía más segregadores. Por el contrario, las futuras “empresas inclusivas” deberían caracterizarse por la presencia de trabajadores con distintos grados y tipos de discapacidad. En este sentido, para garantizar este objetivo quizás sería oportuno establecer la exigencia de que una cierta proporción de los trabajadores –probablemente el 25%, es decir, la mitad del porcentaje mínimo de trabajadores con discapacidad- se reserve a personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo.

Pienso que este es el horizonte de futuro hacia el que debemos caminar. Si se logra, la exigencia de que este tipo de empresas sean un cauce de transición hacia el empleo ordinario carecería de sentido, pues las “empresas inclusivas” serían empresas ordinarias, con las mismas condiciones de trabajo y las mismas reglas de juego que todas las demás empresas, pero, eso sí, especializadas en la inclusión laboral de personas con discapacidad<sup>13</sup> y

---

<sup>12</sup> Cfr. GARCÍA SABATER, A. B., *Necesidades especiales de apoyo laboral...*, cit., pág. 184.

<sup>13</sup> Como se ha dicho, en este nuevo modelo los actuales CEEs serían “empresas especializadas en acomodar la organización del empleo – los procesos productivos, los rendimientos, los puestos de trabajo, las condiciones laborales, etc. – a las especí-



con estándares más exigentes en este aspecto, lo que, permítaseme insistir en ello, sería la justificación de las ayudas públicas que percibirían. Obviamente, este cambio de modelo -que haría a las nuevas “empresas inclusivas” plenamente acordes con la CDPD y con la OG8- no puede producirse de la noche a la mañana. Pero deberíamos comenzar a abordar las reformas legislativas que hagan posible alcanzarlo.

### 3. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN.

Como aplicación del principio general de no discriminación por razón de discapacidad (artículo 5 CDPD), el artículo 27 prohíbe “la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables”. La OG 8 precisa en el n. 16 que esta prohibición rige también para las empresas privadas, y que se aplica a todo el ciclo del empleo. En este sentido, el Estudio temático del Alto Comisionado de Derechos Humanos que se ha citado más arriba concretó el alcance de esta prohibición en los siguientes términos: “a) Los procesos de contratación, como el anuncio de vacantes, las entrevistas y otros procesos de selección; b) El examen de las normas de contratación para eliminar la discriminación indirecta que coloca a las personas con discapacidad en situación de desventaja; c) Las decisiones de contratación; d) Las condiciones de empleo, como la remuneración, las horas de trabajo y las vacaciones; e) Los ascensos, los traslados, la formación y demás prestaciones asociadas al empleo, o los despidos o cualquier otra decisión perjudicial, como el descenso de categoría o la reducción del salario; f) Las prestaciones asociadas a la terminación (no discriminatoria) del contrato; g) La victimización y el hostigamiento; h) La seguridad y la higiene en el trabajo” (n. 22).

El principio de no discriminación por razón de discapacidad en el ámbito laboral se encuentra plenamente acogido por nuestro Derecho<sup>14</sup>. El precepto central en esta materia es el artículo 35 LGDPD, que debe entender-

---

ficas circunstancias de los/as trabajadores/as con discapacidad” (INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, *Informe: Impacto...*, cit., pág. 78).

<sup>14</sup> Cfr. al respecto CORDERO GORDILLO, Vanessa, *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

se aplicable a todas las modalidades de empleo: privado, tanto ordinario como protegido, y público. Tras exigir su apartado primero la aplicación, en el ámbito del trabajo, de los principios de igualdad de trato y no discriminación, los apartados segundo y tercero definen respectivamente la discriminación directa e indirecta, el apartado cuarto establece -en términos prácticamente idénticos al artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre; en adelante, ET)- la nulidad de “los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de discapacidad, en los ámbitos del empleo, en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo”, y los apartados quinto y sexto contienen la expresa calificación como actos discriminatorios del acoso por razón de discapacidad y de la orden de discriminar. Por su parte, el artículo 8.12 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de octubre; en adelante, LISOS) tipifica como infracciones muy graves “las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad”.

No obstante, y a pesar de lo dispuesto por el artículo 35 LGDPD, subsisten en nuestro Derecho disposiciones discriminatorias o que pueden dar lugar a prácticas discriminatorias. Ya se han comentado, en este sentido, algunas disposiciones del Real Decreto 1368/1985, que regula la relación laboral de carácter especial de los trabajadores con discapacidad de los CEEs, tales como la prohibición de horas extraordinarias o la prohibición del trabajo a domicilio para personas con discapacidad intelectual. Pero quisiera referirme ahora a dos disposiciones de carácter general que en mi opinión deberían ser revisadas. La primera de ellas es el artículo 4.2.c) ET, que parece limitar el alcance del derecho de los trabajadores con discapacidad a la no discriminación; concretamente, en su segundo inciso indica que “tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”. En mi opinión, la redacción de este precepto es particularmente desafortunada. Por una parte, parece dar a entender que la falta de aptitud para desempeñar un puesto de trabajo sólo puede deberse a la discapacidad, lo que es obviamente falso: una persona que no sabe conducir, por ejemplo, carece de aptitud para desempeñar un empleo de chófer o conductor. Por otro lado, según el tenor literal del precepto la falta de aptitud para desempeñar el trabajo justifica el trato discrimina-

torio, lo que tampoco es de recibo, pues a la luz del artículo 14 CE -que establece que no puede prevalecer discriminación alguna por los motivos prohibidos, entre los que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional debe considerarse incluida la discapacidad-, así como de los artículos 5 y 27 CDPD, la prohibición de discriminación es absoluta. Lo que debe recordarse es que no toda diferencia de trato es discriminatoria, pues, como ha señalado de forma reiterada el Tribunal Constitucional español, el principio de igualdad no prohíbe todas las diferencias de trato, sino sólo aquéllas que carezcan de una justificación objetiva y razonable<sup>15</sup>. Y naturalmente, el que no se contrate o no se promueva a una persona para un puesto de trabajo para el que no es idónea, por ejemplo, puede considerarse perfectamente legítimo. Existiría una discriminación por razón de discapacidad, en cambio, si la supuesta falta de idoneidad de un candidato para el puesto de trabajo se debe a que no se han llevado a cabo los pertinentes ajustes razonables -de los que se hablará seguidamente-, o si se prejuzga infundadamente su inidoneidad únicamente con base en su discapacidad. En definitiva, pues, sería deseable la supresión del inciso final del artículo 4.2.c) ET, para alinear con la CPDD la norma básica de nuestro ordenamiento laboral y para evitar posibles interpretaciones que entiendan que la falta de aptitud de un trabajador para un puesto de trabajo justifica la discriminación o la denegación de ajustes razonables.

La segunda de las disposiciones a que deseo referirme afecta al empleo público, y es el artículo 56.1 b) de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre; en adelante, EBEP), que establece como uno de los requisitos generales para participar en los procesos de acceso al empleo público “poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas”. Aun cuando, como es razonable, la función pública se rige por los principios constitucionales de mérito y capacidad (artículo 103.3), y es preciso por tanto acreditar que los aspirantes al empleo público son capaces de realizar las tareas propias del puesto, se ha constatado sin embargo que, en muchas ofertas de empleo público y convocatorias de plazas, se establecen requisitos relativos a condiciones psicofísicas o exclusiones de personas que poseen

---

<sup>15</sup> Por supuesto, en el caso de que la diferencia de trato se base en uno de los motivos de discriminación prohibidos, estará teñida de una particular sospecha de ilicitud, lo que obliga a someter las diferencias de trato basadas en estos motivos a un escrutinio particularmente estricto, que ha de acreditar su necesidad para la realización de un fin constitucional. Cfr. a este respecto MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, *Derechos fundamentales y discapacidad*, Madrid, Cinca, págs. 32-33.

ciertas afecciones o discapacidades que “resultan injustificadas, irrazonables y desproporcionadas en relación con las funciones determinantes y esenciales del puesto y, por tanto, deben calificarse de discriminatorias”<sup>16</sup>, y debe tenerse en cuenta, además, que, en muchas ocasiones, las dificultades que puedan tener algunas personas para la realización de ciertas tareas pueden ser corregidas a través de los correspondientes ajustes razonables. Por tanto, para evitar estas prácticas discriminatorias pienso que debería reformarse el precepto citado, estableciendo que sólo se exigirán aquellos requisitos de capacidad que resulten imprescindibles para la realización de las tareas del puesto de trabajo y que no puedan ser suplidos mediante adaptaciones o ajustes razonables. El proyecto de ley de la Función Pública de la Administración del Estado, que en el momento de redactar estas páginas acaba de iniciar su tramitación parlamentaria<sup>17</sup>, y que reproduce en su artículo 36.1 b) la misma disposición del EBEP antes citada, podría ser una ocasión para introducir esta limitación de los requisitos de capacidad exigibles.

#### 4. ACCESIBILIDAD Y AJUSTES RAZONABLES

Sobre la accesibilidad y la consiguiente obligación de realizar ajustes razonables, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ya había tenido ocasión de realizar un tratamiento detenido en Observaciones Generales anteriores, principalmente las números 2 y 6<sup>18</sup>. La OG 8 retoma esta jurisprudencia precedente, que puede sintetizarse, entre otras, en dos aportaciones fundamentales:

- a) La calificación de la ausencia de accesibilidad como discriminación indirecta. Existe discriminación indirecta, según el Comité, cuando se aplican leyes, políticas o prácticas aparentemente neutras, pero que de hecho perjudican a las personas con discapacidad, lo que su-

---

<sup>16</sup> INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, *Informe: Impacto...*, cit., pág. 66.

<sup>17</sup> BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A, núm. 149-1, 23 de marzo de 2023.

<sup>18</sup> COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación general núm. 2. Artículo 9: Accesibilidad*, 22 de mayo de 2014, accesible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/033/16/PDF/G1403316.pdf?OpenElement>; *Observación General núm. 6 sobre la igualdad y la no discriminación*, 26 de abril de 2018, accesible en [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FC%2F6&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FC%2F6&Lang=en), especialmente nn. 18 y 23-27.

cede, por ejemplo, cuando las personas con discapacidad no pueden acceder a las oportunidades que se brindan a las demás personas por no haberse tenido en cuenta su situación. Como señala la OG8, “la prohibición de la discriminación indirecta lleva implícita la obligación permanente de garantizar la accesibilidad mediante el diseño universal” (n. 18)

- b) El Comité diferencia la obligación de garantizar la accesibilidad de la obligación de proporcionar ajustes razonables, en tanto que la primera es una obligación *ex ante*, que debe integrarse en todos los sistemas y procesos con independencia de las necesidades concretas de acceso de las personas con discapacidad, mientras que la segunda es una obligación *ex post*, que surge cuando una persona con discapacidad requiere ejercer sus derechos en un entorno no accesible; la obligación nace en el momento en que la persona solicita el ajuste o, aun no habiéndolo solicitado, se advierte su necesidad.

Estas reflexiones del Comité son susceptibles, sin embargo, de algunas matizaciones. En primer lugar, pienso que en algunas ocasiones la ausencia de accesibilidad puede calificarse como una discriminación directa, pues la existencia de una barrera de acceso -piénsese, por ejemplo, en un establecimiento público al que se sólo se puede acceder por una escalera- supone un trato menos favorable para las personas con discapacidad por razón de su deficiencia; procedería esta calificación –que no carece de relevancia, pues la doctrina y la jurisprudencia constitucional suelen aplicar un escrutinio más estricto a la discriminación directa<sup>19</sup>- al menos en todos aquellos casos en que la barrera impide absolutamente a la persona con discapacidad el ejercicio de su derecho. Por otra parte, debe también precisarse que, cuando el entorno no es accesible *ex ante*, no siempre lo correcto es la aplicación de un ajuste razonable, pues puede suceder que lo que se requiera sea precisamente una medida correctora de la ausencia de accesibilidad: por ejemplo, si un colegio no tiene ascensor para subir al segundo piso deberá ser instalado; sólo en el caso de que no sea posible o no sea razonable garantizar la accesibilidad con carácter general, entre otras razones por la diversidad de situaciones en que se encuentran las personas, deberá proporcionarse un ajuste razonable, que es precisamente una medida para garantizar la accesibilidad en un caso particular. Por ello, resulta más completo el análisis que ofrece Rafael de Asís, que -dentro de

---

<sup>19</sup> Cfr. al respecto MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., *Derechos fundamentales y discapacidad*, cit., págs. 32-33.

lo que él denomina “eje de la accesibilidad”- distingue tres elementos: el diseño universal, las medidas de accesibilidad -que consisten en actuaciones que tienden a corregir situaciones en las que el diseño universal no se ha satisfecho- y los ajustes razonables<sup>20</sup>.

Por lo que se refiere específicamente al ámbito laboral -en el que los ajustes razonables tienen una particular relevancia, hasta tal punto que el propio concepto de “ajuste razonable” (*reasonable accommodation*) surgió en Estados Unidos en el ámbito del Derecho del Trabajo<sup>21</sup>-, la OG8 señala que “implican realizar modificaciones o adaptaciones y prestar apoyo de manera individualizada para que las personas con discapacidad puedan cumplir los requisitos inherentes a su trabajo en igualdad de condiciones con las demás” (n. 45). Pienso que esta explicación resulta sumamente acertada, y puede ser aplicada a todo el eje de la accesibilidad. En otras palabras, la accesibilidad en el puesto de trabajo exige que la persona con discapacidad pueda desarrollar su prestación laboral en igualdad de condiciones con todas las demás personas; si esta exigencia no puede ser satisfecha con carácter general, debido a la imposibilidad de prever la variedad de situaciones y circunstancias de las personas, deberán adoptarse las medidas necesarias, a través de ajustes razonables, para garantizarlo en el caso particular y para hacer posible que la concreta persona con discapacidad que ocupa el puesto de trabajo pueda realizar su prestación laboral en igualdad de condiciones con todas las demás personas<sup>22</sup>. Debe destacarse, asimismo,

---

<sup>20</sup> Cfr., entre otros trabajos, DE ASIS, Rafael, “El eje de la accesibilidad y sus límites”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, 1 (2016), págs. 51-67.

<sup>21</sup> Cfr. GUTIÉRREZ COLOMINAS, David, “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a personas con discapacidad en Estados Unidos y en España: una visión comparada”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 3 (julio-septiembre 2015), pág. 4.

<sup>22</sup> No me parece acertada en cambio la tesis de REY PÉREZ, José Luis, “Una revisión de los conceptos de accesibilidad, apoyos y ajustes razonables para su aplicación en el ámbito laboral”, en *Derechos y Libertades*, 39 (2018), págs. 259-284, según la cual “la accesibilidad se refiere a acceder a un puesto de trabajo, dicho con otras palabras, al derecho *al* trabajo”, mientras que los ajustes razonables “están vinculados con las condiciones en las que se desarrolla el empleo, tienen que ver con los derechos *en* el puesto de trabajo” (págs. 268-269). Este autor parece ignorar que la accesibilidad no se limita al acceso a los derechos, sino que exige que éstos puedan ser ejercidos *en igualdad de condiciones*. Si, por no existir una rampa, una persona con movilidad reducida no puede acceder a su lugar de trabajo de forma autónoma, no será pertinente ajuste razonable alguno, sino una medida de accesibilidad.

que la OG incluye expresamente en los ajustes razonables la provisión de apoyo personalizado; es decir, los ajustes razonables no se reducen únicamente a modificaciones del entorno o de los instrumentos técnicos. Como ha señalado Cordero, pueden clasificarse los variados ajustes razonables en cuatro categorías básicas<sup>23</sup>:

- a) Modificaciones en el entorno.
- b) Proporcionar apoyos, ya sean materiales o personales.
- c) Reestructuración del trabajo, lo que incluiría, por ejemplo, la asignación de tareas marginales a otro trabajador o la modificación del horario.
- d) Asignación de otro puesto de trabajo al trabajador con discapacidad.

La accesibilidad del puesto de trabajo y la obligación de realizar ajustes razonables se encuentran contempladas por nuestro Derecho, si bien serían convenientes algunas modificaciones normativas que adecuasen más plenamente su regulación jurídica a la Convención y a la doctrina del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El precepto central en relación con esta cuestión es el artículo 40.2 LGDPD, ya citado más arriba, que dispone: “los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”. Para determinar si la carga es excesiva, el segundo párrafo de este precepto señala que “se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa”. En mi opinión, este inciso no es plenamente conforme con la Convención, pues parece fijarse únicamente en el coste económico de los ajustes, y, como ha señalado el Comité en la Observación General 6, “para determinar si un ajuste razonable supone una carga desproporcionada o indebida, hay que evaluar la proporcionalidad que existe entre los medios empleados y la finalidad, que es el disfrute del derecho en cuestión” (n. 26). No podrá pues concluirse que el ajuste supone

---

<sup>23</sup> CORDERO, V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad*, cit., pág. 139.

una carga desproporcionada sólo por su elevado coste económico, sino que habrá de ponderarse asimismo su necesidad para el disfrute efectivo del derecho al trabajo, esto es, para que el trabajador con discapacidad desarrolle su prestación laboral en igualdad de condiciones con todos los demás trabajadores. En otras palabras, el examen de proporcionalidad deberá realizarse en términos de derechos: es decir, ponderar sobre todo el sacrificio que el ajuste pueda comportar para otros derechos en juego -concretamente, el derecho a la libertad de empresa, en nuestra Constitución reconocido también como derecho fundamental (artículo 38)- con la incidencia que tenga su denegación en el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones<sup>24</sup>. Sería conveniente, en consecuencia, la modificación del artículo 40.2 LGPD para la expresa inclusión de este criterio, en coherencia además con lo dispuesto por el artículo 66, que regula con carácter general los ajustes razonables, e incluye entre los parámetros para determinar si el ajuste es razonable “los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción”.

Por lo demás, la ausencia de accesibilidad y la denegación de ajustes razonables no se encuentran expresamente contempladas como conductas sancionables por la LISOS; aun cuando pueden considerarse subsumidas en el tipo general del artículo 8.12, que califica como infracciones muy graves, como ya se ha señalado, “las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad”-y tanto la ausencia de accesibilidad como la denegación de ajustes razonables constituyen discriminaciones (en relación con esta última, lo señala expresamente el artículo 2 CDPD)-, sería aconsejable la modificación del precepto citado para incluir de forma explícita estas dos conductas y especificar en qué casos constituyen infracciones sancionables<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Ha puesto también de relieve la deficiencia del artículo 40.2 LGPD, al limitar la evaluación de la carga al criterio económico, GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La obligación de realizar ajustes razonables...”, cit., pág. 22. Sobre el examen de proporcionalidad de los ajustes razonables, cfr. además DE ASIS, Rafael, *Sobre discapacidad y derechos*, Madrid, Dykinson, 2013, págs. 122-124; MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, “Los principios básicos del Derecho de la Discapacidad: propuesta de sistematización y algunas reflexiones”, en MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L. (dir.), *Nuevos horizontes en el Derecho de la Discapacidad. Hacia un Derecho inclusivo*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 46-47.

<sup>25</sup> . CORDERO (*op. cit.*, pág. 169) ha señalado también críticamente que “la norma española no especifica de manera clara que la negativa a realizar ajustes razo-



Señalemos, finalmente, que el Tribunal Constitucional español ha tenido ocasión de ocuparse expresamente de los ajustes razonables en el ámbito laboral, en una interesantísima Sentencia, que recoge expresamente la doctrina del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (es anterior a la Observación General 8, pero cita expresamente la Observación General 6), y en la que merece la pena detenerse con brevedad. Se trata de la STC 51/2021, de 15 de marzo. El caso versa sobre un letrado de la administración de justicia al que, como consecuencia de diversas negligencias o deficiencias en su trabajo (sobre todo relacionadas con el uso de los dispositivos tecnológicos o con la dirección del personal a su cargo) se le incoa expediente disciplinario por falta muy grave; en la contestación al pliego de cargos formulado, informa de que tiene Síndrome de Asperger y en consecuencia derecho a ajustes razonables, pero finalmente el procedimiento concluye imponiéndole la sanción de suspensión de empleo de un año y un día por la comisión de falta muy grave.

Pues bien, el núcleo de la argumentación del Tribunal se encuentra en el apartado 4 del fundamento jurídico 4º, en el que el Tribunal hace cuatro consideraciones sumamente relevantes:

- a) El Tribunal, recogiendo la doctrina resultante de la CDPD y de la jurisprudencia del Comité, afirma expresamente que la denegación de ajustes razonables constituye una discriminación: “el derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad que consagra el art. 14 CE comprende el derecho a los ajustes razonables, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, que son necesarios para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás”.
- b) No es posible adoptar medidas disciplinarias ni proceder a la extinción de la relación laboral si tales ajustes no se han otorgado: “El incumplimiento de la obligación por parte del empleador de adoptar los ajustes razonables priva de legitimidad la adopción de medidas como el despido o la adopción de medidas disciplinarias motivadas en posibles insuficiencias en el desempeño de sus

---

nables constituya discriminación”. La tesis favorable a considerarlas subsumidas en el tipo general del artículo 8.12 ha sido sostenida en cambio por SERRANO ARGÜELLO, N., “La integración laboral de las personas con discapacidad desde la perspectiva de la prohibición de discriminación. El ajuste razonable como medida antidiscriminatoria”, en FERNÁNDEZ ORRICO, J. (dir.), *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual*, cit., pág. 358.

funciones por incurrir en discriminación. Aunque tales medidas puedan estar fundadas, en principio, en razones objetivas y aparentemente neutras relacionadas con dicho desempeño, incurrir en discriminación si no se ha garantizado antes la observancia del principio de igualdad de trato de las personas discapacitadas mediante los debidos ajustes”.

- c) En cualquier momento en que el trabajador solicite tales ajustes, el empleador debe proveerlos. Asimismo, resultan obligatorios cuando, no habiendo sido solicitados por el trabajador, el empleador tenga conocimiento de su discapacidad: “tan pronto como se constate la discapacidad, el empleador deberá cumplir con su obligación de garantizar la igualdad de trato y la no discriminación de las personas con discapacidad a través de los ajustes razonables que sean necesarios y factibles”. Es de interés señalar, además (aunque el Tribunal no se detiene expresamente en esta cuestión), que, huyendo de la interpretación habitual en la doctrina y la jurisprudencia laborales, que, sobre la base de una lectura errónea del artículo 4.2 LGDPD, limita el concepto jurídico-laboral de persona con discapacidad a quien ha sido reconocido con un grado igual o superior al 33%<sup>26</sup>, en este caso se trata de una persona con un grado del 10%, pero el Tribunal constata que el síndrome de Asperger se encuentra incluido en los “trastornos del espectro del autismo” y que según la Organización Mundial de la Salud las personas que los tienen pueden encontrar “barreras para participar en igualdad de condiciones en la sociedad” (fundamento jurídico 4º, apartado 6), por lo que se trata de personas con discapacidad, de acuerdo con la definición del artículo 4.1 LGDPD.
- d) Finalmente, la respuesta del empleador a la solicitud de ajustes razonables debe ser expresa y motivada, “en particular cuando deniegue los ajustes solicitados por considerarlos desproporcionados o indebidos, ya que de lo contrario incurrirá en una denegación tácita carente de la debida justificación que vulnera dicho derecho” (el derecho a la igualdad).

El Tribunal resume finalmente su doctrina señalando que “tan pronto como un trabajador o trabajadora acredite la existencia de una discapacidad el empleador debe tener en cuenta debidamente los obstáculos espe-

---

<sup>26</sup> Me he ocupado extensamente de esta cuestión en MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., “El concepto de discapacidad...”, cit., especialmente págs. 53-56 y 79-82.

cíficos con los que este se enfrenta y cumplir con su obligación de adoptar ajustes razonables en el puesto de trabajo para garantizar a quien la padece el ejercicio de sus derechos en el ámbito del empleo en igualdad de condiciones que las demás personas. Asimismo, por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados, debe exteriorizar debidamente la motivación de la decisión adoptada, en particular si se aprecia la improcedencia o imposibilidad de los ajustes solicitados. En caso contrario, la adopción de medidas como el despido o la imposición de una sanción de carácter disciplinario, que estén relacionadas con dificultades en el desempeño de sus funciones que puedan ser solventadas mediante ajustes razonables, incurrirán en discriminación prohibida por el art. 14 CE aun cuando estén basadas en razones objetivas aparentemente neutras”. Siendo esto lo que ha sucedido en el presente caso -invocación del derecho a ajustes razonables a la que no se ha dado respuesta, y posterior sanción disciplinaria-, el Tribunal concede el amparo, por violación del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de discapacidad reconocido en el artículo 14 CE.

## **5. LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA**

La OG 8 recomienda a los Estados la adopción de medidas de acción positiva para aumentar el empleo de las personas con discapacidad, tanto en el sector privado como en el sector público, y cita en concreto tres tipos de medidas: cupos -es decir, “la obligación de que al menos un determinado porcentaje de la plantilla de un empleador esté constituido por empleados con discapacidad” (n. 41)-, medidas relativas a las adquisiciones públicas, “como los procesos de licitación en que se da prelación a las empresas pertenecientes a personas con discapacidad o que emplean a personas con discapacidad” (n. 42), y la asignación de fondos especiales para promover el empleo de personas con discapacidad, como deducciones fiscales o subsidios salariales; si bien sobre la primera de ellas, los cupos, el Comité expresa ciertas reservas, indicando que “no bastan por sí solos para promover el empleo de las personas con discapacidad y pueden toparse con la oposición de éstas si el sistema se centra más en la deficiencia que en las aptitudes”, además de que “plantean problemas de confidencialidad”. Finalmente, la OG recomienda que todas estas medidas formen parte “de un enfoque holístico de los Estados partes para promover el empleo de las personas con discapacidad” (n. 44).

Como es bien sabido, los tres tipos de medidas a que se refiere la OGS se encuentran contempladas en nuestro Derecho. Por un lado, el cupo -que ha sido denominado tradicionalmente entre nosotros “cuota de reserva”- fue instituido por el artículo 11 del Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores minusválidos, fijándose en el 2% y limitándose a las empresas con más de 50 trabajadores, y ha permanecido invariado desde entonces, siendo regulado hoy por el artículo 42.1 LGDPD. Con posterioridad, esta cuota fue establecida también para el empleo público: hoy el artículo 59 EBEP dispone que en las ofertas de empleo público ha de reservarse “un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad (...), de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública”; de ese 7%, al menos el 2% ha de reservarse para personas con discapacidad intelectual. En segundo lugar, la legislación sobre contratación administrativa ha ido introduciendo progresivamente medidas dirigidas a la promoción del empleo para personas con mayores dificultades de inserción laboral, en particular las personas con discapacidad, consistentes básicamente en promover, a través de distintas técnicas, que las empresas que contratan a un mayor número de trabajadores con discapacidad tengan preferencia en el acceso a la contratación pública; aspecto éste en el que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, significó un decidido paso adelante<sup>27</sup>. Finalmente, existen diversos incentivos económicos a la inser-

---

<sup>27</sup> Concretamente, las medidas que contempla esta Ley para el cumplimiento del objetivo mencionado son las siguientes: la prohibición de que contraten con la Administración las empresas que incumplan con la cuota de reserva establecida por el artículo 42.1 LGDPD (artículo 71.1 d); la posibilidad de incluir como criterios de adjudicación del contrato la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o la subcontratación con Centros Especiales de Empleo (artículo 145.2.1º); la posibilidad de establecer como condiciones especiales de ejecución del contrato determinados criterios de carácter social enumerados por el artículo 202.2, entre los que se encuentran “hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad” o “contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional”; la posibilidad de otorgar preferencia en la adjudicación, en caso de igualdad de proposiciones, a las presentadas por empresas que tengan un mayor número de trabajadores con discapacidad (artículo 147.1); y la reserva de determinados contratos a los Centros especiales de empleo de iniciativa social (Disposición Adicional 4ª). Cfr. sobre esta materia POZO BOUZAS, Eduardo, “Las cláusulas sociales y medioambientales en la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, en *Revista de Derecho Local*, 60 (febrero 2018); CO-

ción laboral de personas con discapacidad, básicamente subvenciones a la contratación, subvenciones para la adaptación de puestos de trabajo, subvenciones del coste salarial de las personas con discapacidad contratadas en Centros especiales de empleo, bonificaciones de las cuotas de la Seguridad Social y deducciones fiscales<sup>28</sup>.

Cabe plantear, sin embargo, el interrogante acerca de si esas medidas han resultado suficientemente útiles. Si se tiene en cuenta que, después de más de cincuenta años con incentivos al empleo de personas con discapacidad en nuestro país, la brecha entre la tasa de empleo de las personas con discapacidad y la población general continúa siendo de más de 37 puntos (un 26,7 frente a un 64,3%)<sup>29</sup>, parece que se impone la respuesta negativa. Se hace precisa pues una profunda revisión de las medidas para promover el empleo de las personas con discapacidad, que deberá tener presente el enfoque global que indica la OG8 y contemplar medidas que puedan ser realmente eficaces para el objetivo de aproximar las tasas de actividad y empleo de las personas con y sin discapacidad; a esta revisión se encamina el Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad, que se encuentra en estos momentos en elaboración, y en cuyo marco “se establecerán las medidas legislativas, los programas y servicios de empleo necesarios en favor de las personas con discapacidad”, como indica la Disposición Adicional 5ª de la reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. En el presente estudio no me detendré, pues, ulteriormente en esta cuestión; me limitaré a formular con brevedad algunas observaciones críticas sobre la deficiente regulación y aplicación de un instrumento que, adecuadamente configurado, podría ser particularmente eficaz: la cuota de reserva.

---

MITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Manual de contratación pública socialmente responsable en relación con las personas con discapacidad*, Madrid, Cinca, 2009.

<sup>28</sup> En la actualidad, esos incentivos se encuentran regulados principalmente por las siguientes normas estatales: artículos 47 a 57 del Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo; artículo 7 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que, en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos; artículo 2 de la Ley 43/2006, de 2 diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo; y artículo 38 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

<sup>29</sup> Cfr. OBSERVATORIO SOBRE DISCAPACIDAD Y MERCADO DE TRABAJO (ODISMET), *Informe núm. 7*, Fundación ONCE, Madrid, 2022, págs. 24-25.

Como se ha señalado, la obligación empresarial de reservar una parte de los puestos de trabajo a personas con discapacidad constituye una medida de discriminación inversa completamente justificada, “ya que las personas con discapacidad no parten de una situación de igualdad de oportunidades en su acceso a la formación, al empleo, a la promoción profesional, etc.”<sup>30</sup>. Sin embargo, la posible virtualidad de esta medida queda completamente desnaturalizada por el escasísimo número de empresas a las que se aplica: en España, según datos del Instituto Nacional de Estadística referidos al 2020, tan sólo el 0,78% de las empresas activas registradas cuentan con más de 50 trabajadores (26.369 de un total de 3.404.428). Llama la atención, por otro lado, que el propio porcentaje de reserva haya permanecido invariado desde que se estableció por primera vez en 1970, y se sitúe únicamente en el 2%, cuando, de acuerdo con la Encuesta sobre Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia (EDAD 2020), el porcentaje de personas con discapacidad en el conjunto de la población se sitúa en un 9,49%. Sería preciso, pues, modificar la regulación de la cuota de reserva tanto para incrementar el porcentaje como para rebajar el número de trabajadores a partir del cual existe la obligación de reserva, en la línea de otros países de nuestro entorno, como Alemania, donde la cuota es del 6% y se aplica a empresas de 16 o más trabajadores, o Italia, que establece la obligación de contratar a un trabajador con discapacidad en las empresas que tengan entre 15 y 35 empleados, dos en las empresas entre 36 y 50, y un 7% en las empresas con más de 50 trabajadores.

Pero, además, la cuota de reserva ha sido desvirtuada adicionalmente por la aplicación que se hace de ella, conforme al desacertado Criterio Técnico 98/2016, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad. Concretamente, quisiera destacar dos aspectos importantes de la interpretación formulada por la Inspección: por un lado, el Criterio Técnico señala, por un lado, que, para la aplicación del porcentaje del 2%, en caso de que la división del número de trabajadores de la em-

---

<sup>30</sup> MOHEDANO ESCOBAR, A., “La inclusión laboral de las personas con discapacidad en Latinoamérica”, en PÉREZ BUENO, L. C. – DE LORENZO GARCÍA, R. (dirs.), *La inclusión de las personas con discapacidad en Latinoamérica. Libro Homenaje a Jesús Coronado Hinojosa*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pág. 275. Por lo demás, algunas de las críticas y propuestas que se recogen a continuación han sido formuladas por FERNÁNDEZ ORRICO, J., *Inserción laboral de personas con discapacidad y capacidad intelectual límite. Diagnóstico y propuestas*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, págs. 171-193.

presa por 50 dé como resultado un número con decimales, el redondeo debe ser a la baja, eliminando los decimales, y no existe la obligación de contratar un trabajador con discapacidad más hasta alcanzar el siguiente número entero; por otro lado, indica que, a efectos de cumplimiento de la cuota, no se tiene en cuenta la jornada de trabajo del trabajador con discapacidad contratado. Ello significa, por ejemplo, que una empresa con 99 trabajadores sólo tiene la obligación de contratar a un trabajador con discapacidad, y que cumpliría con ella si lo contratase con una jornada de trabajo de tan sólo una hora semanal. Frente a esta interpretación –que puede ser adecuada al tenor literal del artículo 40.2 LGDPD, pero en absoluto resulta conforme con su espíritu- ha sostenido Fernández Orrico que debería considerarse cumplida la cuota únicamente si se cubre una jornada completa por cada trabajador con discapacidad que exista obligación de contratar, aun cuando tal jornada completa sea la suma de los contratos a tiempo parcial de varios trabajadores con discapacidad. Este sistema permitiría además contemplar incluso los números fraccionales a que me he referido más arriba. Por ejemplo, una empresa de 75 trabajadores estaría obligada a completar el equivalente a 1,5 jornadas completas de trabajadores con discapacidad, con independencia de que lo haga con dos trabajadores (uno contratado a tiempo completo y otro al 50% de la jornada) o un número mayor. Naturalmente, para evitar contrataciones excesivamente marginales, debería establecerse algún límite a esta posibilidad de fraccionar la jornada, por ejemplo que no cuenten para el cumplimiento de la cuota los contratos inferiores al 25% de la jornada completa.

Otra medida que ha desvirtuado la cuota de reserva ha sido la previsión hoy recogida por el segundo párrafo del artículo 42.1 LGDPD, que permite que excepcionalmente queden exentas del cumplimiento de la obligación las empresas que apliquen medidas alternativas desarrolladas reglamentariamente. Ese desarrollo reglamentario se encuentra en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de trabajadores con discapacidad. La excepcionalidad a la que alude el precepto legal se da si los servicios públicos de empleo no pueden atender la oferta de empleo presentada por la empresa o si la empresa justifica que existen especiales dificultades para la incorporación de trabajadores con discapacidad a la plantilla de la empresa, y las medidas alternativas consisten básicamente en la contratación a centros especiales de empleo o trabajadores autónomos con discapacidad y en la realización de donaciones monetarias a fundaciones o asociaciones que incluyan entre su objeto social la inserción laboral de personas con discapacidad. Sin embargo, este cauce alternativo

se ha convertido en la práctica en una vía de escape al cumplimiento de la cuota de reserva, pues la declaración de excepcionalidad se obtiene prácticamente de modo automático; además, las medidas alternativas contempladas no redundan directamente en la creación de empleo para personas con discapacidad.

Finalmente, debe observarse que, de acuerdo con el artículo 15.3 LISOS, el incumplimiento de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad o de la aplicación de medidas alternativas constituye una infracción grave, en el que la sanción máxima aplicable si la infracción se aprecia en el grado máximo es de 7500 €. La reducida cuantía de las sanciones puede motivar a los empresarios a optar por soportar la sanción en lugar de cumplir la obligación de reserva, por lo que sería necesario tipificar este incumplimiento como infracción muy grave, o al menos endurecer las sanciones establecidas, para que éstas tengan un carácter verdaderamente disuasorio e incentiven a los empresarios al cumplimiento de la cuota de reserva.

Pienso que el análisis precedente ha servido para mostrar que uno de los tipos de medidas de acción positiva sugeridos por la OGS, y que podría ser muy eficaz para promover el empleo de las personas con discapacidad, no ha sido aprovechado debido a una regulación normativa y una aplicación francamente deficientes. Se trata de uno de los aspectos que, en mi opinión, habría de ser objeto con urgencia de una revisión más profunda.

## 6. NOTA FINAL

Sin lugar a dudas, el presente estudio ha permitido constatar que nuestro Derecho del Trabajo se alinea sustancialmente con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y con la interpretación autorizada del artículo 27 formulada por la Observación General 8. Existen, sin embargo, algunos aspectos que mejorar, por lo que a lo largo de estas páginas se han sugerido algunas concretas modificaciones normativas. En esta recapitulación final, quisiera destacar dos debates que me parece de particular interés abordar, por su trascendencia tanto jurídica como práctica.

El primero de ellos es el debate en torno al futuro de los actuales Centros especiales de empleo. Sería por supuesto absurdo dilapidar una institución que se ha revelado enormemente provechosa para la inclusión social y laboral de las personas con discapacidad, por lo que los ejes sustanciales del modelo de éxito que han sido hasta ahora los Centros especiales



de empleo deben ser preservados, pero modificando algunas de sus características para hacerlos más plenamente ajustados a las exigencias formuladas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Observación General 8 y eliminar progresivamente su “especialidad”, lo que permitiría además, en el futuro, concluir con la actual dicotomía entre empleo protegido y empleo ordinario. En estas páginas se han formulado algunas reflexiones para este debate.

En segundo lugar, en el contexto de la revisión de las medidas para promover el empleo de las personas con discapacidad debe abordarse el debate sobre la cuota de reserva. Se trata de un instrumento potencialmente muy útil para incrementar la tasa de empleo de las personas con discapacidad, que sin embargo no ha revelado su eficacia debido a las enormes limitaciones con que se encuentra configurada en nuestro Derecho. Se hace preciso, al menos, incrementar el número de empresas obligadas y el porcentaje de reserva; replantear en profundidad las medidas alternativas, limitándolas realmente a situaciones de excepcionalidad y evaluando su eficacia en términos de creación de empleo para personas con discapacidad; y establecer sanciones por el incumplimiento que resulten verdaderamente disuasorias.

El objetivo final al que debemos aspirar es que las personas con discapacidad puedan acceder a un empleo y desarrollarlo en igualdad de condiciones con todas las demás personas. Confío en que las propuestas formuladas a lo largo de estas páginas puedan contribuir a ello.

## **BIBLIOGRAFIA CITADA**

COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), *Manual de contratación pública socialmente responsable en relación con las personas con discapacidad*, Madrid, Cinca, 2009.

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación general núm. 2. Artículo 9: Accesibilidad*, 22 de mayo de 2014, accesible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/033/16/PDF/G1403316.pdf?OpenElement>

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación General núm. 6 sobre la igualdad y la no discriminación*, 26 de abril de 2018, accesible en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FCG%2F6&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FCG%2F6&Lang=en)

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación general núm. 8 sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo*,

- 7 de octubre de 2022, accesible en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FGC%2F8&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FGC%2F8&Lang=en)
- COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, *Negociación colectiva e inserción laboral de personas con discapacidad*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006.
- CORDERO GORDILLO, Vanessa, *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- DE ASIS, Rafael, *Sobre discapacidad y derechos*, Madrid, Dykinson, 2013.
- DE ASIS, Rafael, “El eje de la accesibilidad y sus límites”, en *Anales de Derecho y Discapacidad*, 1 (2016), págs. 51-67.
- FERNÁNDEZ ORRICO, J., *Inserción laboral de personas con discapacidad y capacidad intelectual límite. Diagnóstico y propuestas*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- GARCIA SABATER, Antonio Borja, *Necesidades especiales de apoyo laboral en colectivos con discapacidad. En particular, el empleo protegido*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- GRIMALDOS GARCÍA, María Isabel, “Los Centros especiales de empleo. Aproximación a su régimen jurídico”, en *Ciriec-España. Revista Jurídica*, 26 (2015), págs. 1-13.
- GUTIÉRREZ COLOMINAS, David, “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a personas con discapacidad en Estados Unidos y en España: una visión comparada”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 3 (julio-septiembre 2015), págs. 2-42.
- INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOME DE LAS CASAS, *Informe: Impacto de la aplicación de la Convención de Naciones Unidas para los Derechos de las Personas con Discapacidad en la regulación de los Centros especiales de empleo*, Madrid, Universidad Carlos III, 2015.
- LOPEZ MARTIN, Ana Gemma, “La doctrina del Consejo de Estado sobre los efectos jurídicos de los Dictámenes de los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas”, en Fernández Casadevante, C. (ed.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Madrid, Dykinson-Universidad Rey Juan Carlos, 2019.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *Derechos fundamentales y discapacidad*, Madrid, Cinca, 2015.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, “Los principios básicos del Derecho de la Discapacidad: propuesta de sistematización y algunas reflexiones”, en Martínez-Pujalte, A. L. (dir.), *Nuevos horizontes en el Derecho de la Discapacidad. Hacia un Derecho inclusivo*, Pamplona Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 31-64.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, “El concepto de discapacidad. Implicaciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para la legislación laboral española”, en Fernández Orrico, J. (dir.), *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, págs. 41-97.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, “Mecanismos para dotar de efectividad a las resoluciones de los órganos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos”, en *Anales de Derecho y Discapacidad*, 6 (2021), págs. 61-84.

- MOHEDANO ESCOBAR, A., “La inclusión laboral de las personas con discapacidad en Latinoamérica”, en Pérez Bueno, L. C. – De Lorenzo García, R. (dirs.), *La inclusión de las personas con discapacidad en Latinoamérica. Libro Homenaje a Jesús Coronado Hinojosa*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, págs. 251-290.
- MORATALLA SANTAMARIA, Pablo, “Centros Especiales de Empleo”, en *Ciriec-España. Revista Jurídica*, 29 (2016), págs. 235-274.
- OBSERVATORIO SOBRE DISCAPACIDAD Y MERCADO DE TRABAJO (ODISMET), *Informe núm. 7*, Fundación ONCE, Madrid, 2022.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Estudio temático sobre el trabajo y el empleo de las personas con discapacidad*, 17 de diciembre de 2012 (A/HRC/22/25).
- POZO BOUZAS, Eduardo, “Las cláusulas sociales y medioambientales en la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, en *Revista de Derecho Local*, 60 (febrero 2018).
- REY PÉREZ, José Luis, “Una revisión de los conceptos de accesibilidad, apoyos y ajustes razonables para su aplicación en el ámbito laboral”, en *Derechos y Libertades*, 39 (2018), págs. 259-284.
- SERRANO ARGUELLO, N., “La integración laboral de las personas con discapacidad desde la perspectiva de la prohibición de discriminación. El ajuste razonable como medida antidiscriminatoria”, en Fernández Orrico, J. (dir.), *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, págs. 295-379.



# *La Observación General No 8 sobre el Artículo 27 Trabajo y empleo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*

AMALIA GAMIO

*Una persona con discapacidad estará completamente rehabilitada el día en que comience a pagar impuestos.*

Dr. Howard A. Rusk<sup>1</sup>

El derecho al trabajo es un derecho fundamental, esencial para la realización de otros derechos humanos, y forma parte inseparable e inherente de la dignidad humana. El derecho al trabajo también contribuye a la supervivencia de las personas y a la de su familia y, en la medida en que el trabajo es libremente elegido o aceptado, a su desarrollo y reconocimiento dentro de la comunidad. El trabajo y el empleo significativos son esenciales para la seguridad económica, la salud física y mental, el bienestar personal y el sentido de identidad de una persona<sup>2</sup>.

La gran pregunta es: ¿Por qué no incluimos a las PcD en el trabajo regular?

Y no pensando en la obligación de cumplir con los tratados sobre derechos humanos, sino por el hecho de que 15% de la población de cada país tiene una discapacidad. Si descartamos a los niños y niñas que son aproximadamente el 25% tenemos 11.24% de la población que sería fundamental para cualquier economía si pagara impuestos.

Siendo solamente prácticos, la exclusión resulta muy cara. Esta exclusión de las personas con discapacidad del mercado de trabajo supone un

---

<sup>1</sup> Considerado el Padre de la rehabilitación.

<sup>2</sup> Observación general No 8 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

gran derroche de potencial que conlleva una pérdida del PIB de entre un 3 y un 7 por ciento<sup>3</sup>

Por ello, durante la elaboración del borrador de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se consideró indispensable contar con un artículo específico sobre esta importante y fundamental actividad humana, pero con el enfoque de derechos humanos de la Convención<sup>4</sup>.

Los antecedentes del Artículo 27 de la Convención se encuentran en instrumentos internacionales:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>5</sup>.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>6</sup>
- En la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR)<sup>7</sup>
- En la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).<sup>8</sup>
- En la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)<sup>9</sup>.
- En la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias.<sup>10</sup>

Y también en **instrumentos regionales**:

- La Carta Social Europea de 1961<sup>11</sup>.
- La Carta Social Europea Revisada de 1996.<sup>12</sup>
- La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>13</sup>

---

<sup>3</sup> OIT (2009) The price of exclusion: The economic consequences of excluding people with disabilities from the world of work. Documento de trabajo núm. 43, Sector del Empleo.

<sup>4</sup> Aprobada por el Comité Ad-Hoc el 13 de diciembre de 2006

<sup>5</sup> Artículo 23

<sup>6</sup> Artículo 8, párrafo 3(a)

<sup>7</sup> Artículo 5, párrafos (e) (i) y (ii)

<sup>8</sup> Artículo 11

<sup>9</sup> Artículo 32

<sup>10</sup> Artículos 25, 26, 40, 52 y 54

<sup>11</sup> Arts. 1 a 10

<sup>12</sup> Parte II, arts. 1 a 10

<sup>13</sup> Artículo 15

- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>14</sup> proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, en su resolución 2542 (XXIV)<sup>15</sup>

Es importante señalar que la **Organización Internacional del Trabajo** ha hecho suya la discapacidad como lo muestran sus Convenios:

- El Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (No. 29) y su Protocolo de 2014.
- El Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (No. 87).
- El Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (No. 98).
- El Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (No. 100).
- El Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (No. 105).
- El Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (No. 111)
- El Convenio sobre el trabajo mínimo, 1973 (No. 138).
- El Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (No. 182) 111).
- El Convenio sobre la edad mínima, 1973 (No. 138).
- El Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (No. 182)-
- El Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) 1983 (No 159).
- El Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (No. 190).
- La Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal, 2015 (No. 204).

---

<sup>14</sup> Artículo 6

<sup>15</sup> 11 de diciembre de 1969. Artículo 6

**El Artículo 27 Trabajo y empleo, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a la letra dice:**

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas:
  - a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables;
  - b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos;
  - c) Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás;
  - d) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua;
  - e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo;
  - f) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias;
  - g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público;
  - h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas;



- i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo;
  - j) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto;
  - k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.
2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio.

Si bien, los artículos de la Convención son “el qué”, las Observaciones generales son “el cómo” aplicar los artículos.

La Convención establece los principios y normas del derecho de las personas con discapacidad en diversos campos de la vida y las Observaciones generales tratan de aclarar las obligaciones de los Estados partes en relación con diferentes artículos de la Convención. Hasta el día de hoy se han elaborado 8 Observaciones generales y la 9ª, para el Artículo 11 Situaciones de riesgo y emergencia humanitarias, está en desarrollo, para lo cuál el Comité sostuvo un Día de Debate General durante la 28ª sesión el 8 de marzo del 2023<sup>16</sup>.

En general, tanto el artículo 27 como su Observación general No 8 buscan Condiciones de trabajo justas, favorables, seguras, protegidos contra la violencia y en la dimensión colectiva del trabajo, con su derecho a participar en sindicatos y proporcionan la base para que los Estados partes cumplan sus compromisos en virtud de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en particular la meta 8.5, sobre lograr, para 2030, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, y la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> <https://www.ohchr.org/en/news/2023/03/le-comite-des-droits-des-personnes-handicapees-tient-un-debat-general-sur-les>

<sup>17</sup> Resolución 70/145 de la Asamblea General para aplicar un enfoque basado en los derechos humanos de las personas con discapacidad en la aplicación de la Agenda 2030.

**La Observación general No 8 considera:**

- La interdependencia de las medidas señaladas en el artículo 27.
- **La interrelación con otras provisiones contenidas en la Convención como:**
  - La no discriminación (artículo 5)
  - Mujeres con discapacidades (Artículo 6)
  - Niños y niñas con discapacidad (Artículo 7)
  - La accesibilidad (art. 9)
  - La igualdad de reconocimiento ante la ley (art. 12)
  - El acceso a la justicia (art. 13)
  - La ausencia de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 15)
  - Vivir en forma independiente y a ser incluido en la comunidad (Artículo 19)
  - Educación (Artículo 24)
  - La habilitación y rehabilitación (art. 26)
  - Nivel de vida adecuado y la protección social (art. 28)
  - Participación en la vida política y pública (Artículo 29)
  - Recopilación de datos y estadísticas (Artículo 31)
  - Cooperación internacional (Artículo 32)

**La Observación general No 8 contempla:**

- La imperiosa necesidad de que las leyes y políticas se alejen del modelo médico y de caridad que aún persiste en la mayoría, que no ve a las personas con discapacidad como sujetos de derechos.
- El hecho fundamental que se vea a través del modelo de derechos humanos de la Convención.
- Su fundamento en la Observación general No 6 sobre no discriminación, en la cual se reconoce que la discapacidad es una construcción social y que las deficiencias no deben considerarse un motivo legítimo para negar o restringir los derechos humanos.

**La Convención y la Observación general No 8 reconocen:**

- El derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás.
- En un mercado de trabajo y un entorno laboral abiertos, inclusivos y accesibles.
- A lo largo de todo el ciclo de empleo: la selección, la contratación y el empleo, la permanencia en el empleo, los programas de formación, la promoción profesional, la búsqueda y la solicitud de empleo y la salida del trabajo.

**La Observación general No 8 establece** su frontal oposición a los talleres protegidos porque incluyen una variedad de prácticas:

- La segregación.
- Se organizan alrededor de ciertas actividades específicas.
- Se centran en el modelo médico.
- No promueven una transición real al mercado abierto.
- No reciben igual remuneración por trabajo de igual valor.
- No son reunidas en igualdad de condiciones que los demás.
- No tienen contratos ni seguridad social, se excluyen de los esquemas de relaciones laborales.

**El Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales**<sup>18</sup> dice:

En ocasiones, los trabajadores con discapacidad requieren medidas específicas para disfrutar del derecho a unas condiciones de trabajo justas y favorables en igualdad de condiciones con los demás. Los trabajadores con discapacidad no deben ser segregados en talleres protegidos. Deben beneficiarse de un entorno de trabajo accesible y no se les deben negar los ajustes razonables, como las adaptaciones en el lugar de trabajo o la flexibilidad laboral. También deben disfrutar de la misma remuneración por un trabajo de igual valor y no deben sufrir discriminación salarial debido a la percepción de una capacidad de trabajo reducida

Es importante no confundir los talleres protegidos con las cooperativas o los puestos de trabajo organizados o gestionados por personas con discapacidad en los que, por lo general, se respeta la legislación laboral.

La Observación general No 8 analiza y explica cada inciso del artículo 27.

---

<sup>18</sup> (E/C.12/GC/23) OG 23 párr 47 inc c) Trabajadores con discapacidad.

**Artículo 27(1)(a): Prohibición de discriminación con base en la discapacidad**

Los Estados Partes deben garantizar que no haya discriminación por motivos de discapacidad en relación con el trabajo.

- La discriminación directa;
- La indirecta;
- La denegación de ajustes razonables como forma de discriminación;
- La violencia y la violación;
- La discriminación múltiple e interseccional;
- La violencia de género.

**Artículo 27(1)(b) sobre condiciones de trabajo justas y favorables en igualdad de condiciones con los demás**

- (a) Condiciones de trabajo justas y favorables. Lo relaciona con la jurisprudencia de la OG 23 del PDESC y con el art 28 de la CDPD
- (b) Igualdad de oportunidades e igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor. Que el pago menor a los salarios mínimos no se justifica por motivos de discapacidad. Con beneficios y protección iguales a otros trabajadores.
- (c) Condiciones de trabajo seguras y saludables. Con una política de salud Ocupacional.
- (d) Protección contra el acoso. Aplicación de una legislación específica y exhaustiva contra la discriminación;
- (e) Reparación de las reclamaciones. La legislación debe ir acompañada de recursos y sanciones legales adecuados y eficaces en relación con la discriminación interseccional en procedimientos civiles, administrativos y penales.
- (f) Los recursos individuales deben ir acompañados de cambios efectivos en el lugar de trabajo que impidan futuras violaciones

**Artículo 27(1)(c) sobre el trabajo y los derechos sindicales**

Establece claramente que:

- Los sindicatos desempeñan un importante papel en la defensa del derecho al trabajo de las personas con discapacidad.

- Las leyes y códigos laborales generales deben incluir la prohibición explícita de la discriminación por motivos de discapacidad y
- Es fundamental garantizar que los trabajadores sindicalizados y las instituciones del mercado laboral se concientien plenamente de la igualdad y la no discriminación en el trabajo y el empleo de las personas con discapacidad.

### **Artículo 27(1)(d) sobre el acceso a las guías técnicas vocacionales, capacitación y servicios de colocación**

Es necesario tomar medidas que:

- Certifiquen las capacidades y los logros en igualdad de condiciones con los demás,
- Expresen la inclusión explícita de las personas con discapacidad en la legislación relativa a la formación profesional.
- Hagan referencia explícita a las personas con discapacidad en las políticas generales que regulan la formación profesional.
- Contemplan la accesibilidad de los locales, la información y los materiales.
- Impartan formación al personal profesional sobre los derechos de las personas con discapacidad.
- Financien las medidas sobre ajustes razonables.
- Preparen y formen de manera profesional, así como otorguen otros servicios, proporcionándose de forma accesible e inclusiva.

### **Artículo 27(1)(e) sobre el fomento de las oportunidades de empleo y la promoción profesional**

Las oportunidades de desarrollo deben incluir:

- Oportunidades de recalificación y mejora de las calificaciones.
- Provisión de formación y aprendizaje permanente.
- Programas de tutoría.
- Procesos transparentes y basados en el mérito.
- En particular para mujeres con discapacidad.

**Artículo 27, apartado 1, letra f), sobre el fomento de las oportunidades de trabajo por cuenta propia y las cooperativas**

Establece medidas para:

- Proteger y apoyar a las personas con discapacidad en la economía informal.
- Promover y acelerar su transición a la economía formal.
- Evitar que el trabajo en la economía formal se convierta en informal.
- Que las oportunidades de trabajo libremente elegidas otorguen una información accesible sobre el espíritu empresarial, acceso a los servicios financieros, a la tutoría y a la creación de redes.

**Artículo 27(1)(h) sobre el empleo en el sector privado y los programas de acción afirmativa**

Las medidas para el sector público son igualmente aplicables al sector privado.

Pueden ser necesarias medidas específicas de acción afirmativa:

a) Como las cuotas:

- Que por sí solas son insuficientes.
- Que pueden ser rechazadas por las personas con discapacidad si el sistema se centra en la deficiencia y no en la capacidad.
- Que también plantean problemas de confidencialidad.

b) Otras, como:

- La financiación específica.
- Las modificaciones del entorno de trabajo.
- Las ayudas salariales a los aprendices.
- Las deducciones fiscales en las nóminas.
- Las subvenciones salariales.

Las medidas de acción afirmativa, incluidos los mecanismos de cuotas, son coherentes con la Convención y no provocan consecuencias negativas como la reproducción de estereotipos sobre la discapacidad u otras discriminaciones, pero es necesario estar atentos entre otras cosas a:

- No restringir a las personas con discapacidad a ciertas ocupaciones.

- Que no sean “falsos empleados”.
- Que se incorpore la perspectiva de género.
- Que se consulten con las organizaciones de personas con discapacidad.

### **Artículo 27(1)(i) sobre la provision de ajustes razonables**

El alojamiento fácil es diferente del deber de garantizar la accesibilidad. Los ajustes razonables implican la provisión de modificaciones, ajustes y apoyos individualizados para permitir que las personas con discapacidad realicen los requisitos inherentes de su trabajo en igualdad de condiciones con los demás.

Para proporcionarlos de manera adecuada se requiere:

- Remover obstaculos institucionales y estructurales.
- Entender que los ajustes razonables son diferentes de la obligación de proporcionar accesibilidad.
- Que es un proceso cooperativo e interactivo en diálogo con el empleado que las solicite.

### **Artículo 27(1)(j) sobre la experiencia laboral**

La experiencia laboral en el mercado laboral abierto puede promoverse a través de prácticas, pasantías, planes de aprendizaje en el lugar de trabajo, becas e incentivos financieros para las empresas. Pero deben ser reguladas y controladas claramente ya que las personas con discapacidad corren un riesgo especial de que se utilicen de forma inadecuada las prácticas y los programas de formación no remunerados.

### **Artículo 27(1)(k) sobre la rehabilitación, retención del trabajo y retorno al mismo**

Contempla que:

- Todos los trabajadores pueden experimentar la necesidad de reciclarse, desarrollar nuevas habilidades o cambiar de ocupación.
- Los Estados deben garantizar que las personas con discapacidad reciban apoyo para permanecer en el trabajo o para la transición a

nuevas funciones tras la adquisición de una nueva deficiencia o la exacerbación de una deficiencia existente.

- Es fundamental asegurarse que después de un accidente o enfermedad los trabajadores reciban una adecuada compensación.
- Cuidar de establecer programas de regreso al trabajo.

### **Artículo 27(2) sobre la esclavitud, servidumbre y trabajos forzados**

Las personas con discapacidad corren un mayor riesgo de encontrarse en situaciones de esclavitud o servidumbre, es frecuente el trabajo forzoso de personas con discapacidad intelectual, incluidos los niños, en los lugares de trabajo segregados o incluso la explotación. Al desarrollar medidas para prevenirlos, se deben incluir programas de concienciación, campañas de información, disposiciones legislativas, un procedimiento de reclamación, un régimen de sanciones, mecanismos de investigación y medidas para garantizar la reparación y el resarcimiento.

**Existen obligaciones básicas que los Estados parte deben cumplir en el derecho al trabajo:**

#### **I. Respetar. Que significa:**

- Abstenerse de realizar actos o prácticas que sean incompatibles con la Convención.
- Abstenerse de interferir directa o indirectamente en el disfrute del derecho al trabajo, Abstenerse de negar o limitar la igualdad de acceso al trabajo decente para las personas con discapacidad.
- Abstenerse de eximir a las organizaciones del pago de los salarios mínimos nacionales en función de la discapacidad.
- Prohibir el trabajo forzoso u obligatorio.
- Permitir el acceso a condiciones de trabajo justas y favorables para las personas con discapacidad.
- Implementar medidas para luchar contra la discriminación interseccional y para promover la igualdad de oportunidades de promoción y de remuneración por un trabajo de igual valor.
- Eliminar estereotipos, incluyendo los de sexo y género.



## **II. Proteger.**

Proteger los derechos humanos de las personas con discapacidad en todas las políticas y programas y proteger a las personas con discapacidad de la discriminación por parte de terceros, incluidas las empresas privadas.

## **III. Cumplir.** Incluye facilitar, proveer y promover.

- *Facilitar.* Adoptar medidas positivas para permitir y ayudar a las personas con discapacidad a emprender la educación y la formación técnica y profesional y aplicar planes de educación técnica y profesional para facilitar el acceso al empleo. disponibilidad de nuevas tecnologías recursos suficientes asignados información accesible
- *Proveer.* Los sistemas jurídicos nacionales y adoptar una política nacional y un plan de acción detallado
- *Promover.* Campañas adecuadas de educación, información y concienciación pública, incluyendo la integración de la perspectiva de género, tanto en el sector privado como en el público.

## **Las obligaciones de los Estados parte son, entre otras:**

- Adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles en materia de cooperación económica, social y cultural.
- Emplear la cooperación internacional.
- Adoptar medidas concretas y específicas para desarrollar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el derecho al trabajo y al empleo que incluyan a las personas con discapacidad.
- Crear planes concebidos y revisados periódicamente en estrecha consulta y con la participación activa de las personas con discapacidad y de las organizaciones que las representan.
- Implementarlos en un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor de la Convención.

## **Ajustes Razonables.**

En particular, para garantizar la realización de ajustes razonables<sup>19</sup>, y para lograr o acelerar la igualdad de hecho en el trabajo y el empleo mediante medidas específicas<sup>20</sup>, los Estados Partes deben:

---

<sup>19</sup> CDPD. Artículo 5, apartado 3 y Artículo 27 inciso i) del apartado 1

<sup>20</sup> CDPD. Artículo 5 apartado 4

- a. Facilitar:
  - i. La transición.
  - ii. Las medidas de seguridad y salud laboral de aplicación universal.
- b. Reconocer:
  - i. La denegación de ajustes razonables como discriminación y prohibir la discriminación múltiple e interseccional, así como el acoso.
  - ii. El derecho de las personas con discapacidad a tener acceso a los sindicatos.
- c. Promover:
  - i. El derecho a un empleo con apoyo, incluyendo la asistencia laboral, la preparación para el trabajo y los programas de cualificación profesional.
  - ii. El trabajo en entornos laborales inclusivos y accesibles, seguros y saludables en los sectores público y privado.
- d. Garantizar:
  - i. Que las personas con discapacidad reciban una remuneración no inferior al salario mínimo.
  - ii. Una transición adecuada.
  - iii. El disfrute de la igualdad de oportunidades.
  - iv. El acceso a la formación, el reciclaje y la educación, incluida la formación profesional y el desarrollo de capacidades.

#### **Aplicación a nivel nacional.**

A fin de garantizar el derecho al trabajo y al empleo en igualdad de condiciones con los demás, las Partes deberían aplicar las medidas descritas anteriormente en el contenido normativo y las obligaciones, y adoptar también las siguientes medidas para garantizar la plena aplicación del artículo 27 de la Convención:

- a) Empezar un estudio exhaustivo para determinar el impacto del capacitismo en el derecho al trabajo libremente elegido y al empleo en igualdad de condiciones con los demás para las personas con discapacidad.
- b) Empezar estudios sobre las barreras al acceso de las personas con discapacidad al derecho al trabajo, identificar los desafíos específicos

de género y edad que enfrentan las personas con discapacidad en términos de lograr que esto es correcto.

- c) Celebrar consultas estrechas y lograr la participación activa de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad, incluidos los grupos insuficientemente representados, para examinar y armonizar la legislación, las políticas y los programas nacionales en materia de empleo, así como las prácticas, con la Convención, derogar las leyes y reglamentos discriminatorios que sean incompatibles con la Convención y modificar o abolir las costumbres y prácticas discriminatorias contra la Convención.<sup>21</sup>
- d) Asegurar que esta revisión se extienda a todos los sectores público y privado,
- e) Elaborar una estrategia y un plan de acción nacionales de empleo que incluyan a las personas con discapacidad.
- f) Garantizar que la protección y promoción del derecho de las personas con discapacidad al trabajo se integre en las áreas emergentes de trabajo y empleo, que incluyen: la economía digital; el teletrabajo; la regulación de las economías gig y plataforma, la reactivación económica y más.
- g) Velar por que las medidas destinadas a proteger y promover el derecho al trabajo reconozcan la diversidad de las personas con discapacidad, su experiencia profesional y sus competencias.
- h) Garantizar que se tomen medidas para eliminar la explotación de las mujeres, los niños y las personas con discapacidad.
- i) Eliminar rápidamente el empleo segregado, incluidos los talleres protegidos,
- j) Elaborar y llevar a cabo programas de fomento de los conocimientos y la capacidad, incluida la capacitación en los sectores público y privado.
- k) Establecer métodos desglosados de reunión de datos con un sólido marco conceptual y metodológico en materia de derechos humanos
- l) Establecer mecanismos de reparación accesibles y eficaces y garantizar el acceso a la justicia, en igualdad de condiciones con los demás, para las víctimas de discriminación basada en la discapacidad.

---

<sup>21</sup> CDPD. Artículo 4 párrafo 3

- l) Establecer mecanismos de reparación accesibles y eficaces y garantizar el acceso a la justicia, en igualdad de condiciones con los demás, para las víctimas de discriminación basada en la discapacidad.
- n) Fomentar y fortalecer las asociaciones y redes de múltiples partes interesadas para promover el empleo de las personas con discapacidad.
- o) Promover la presentación de informes por parte de los empleadores estatales y no estatales sobre los niveles y condiciones de empleo de las personas con discapacidad.
- p) Promover el empleo de las personas con discapacidad, en particular las mujeres con discapacidad, incluso mediante la acción afirmativa.

Hablemos de como el trabajo es fundamental para alcanzar los **Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030**<sup>22</sup> que tan ligados están con la Convención.

### Objetivo 1

Fin de la pobreza. 1.4 Garantizar que todos los hombres y mujeres, en particular **los pobres y los vulnerables**, tengan los mismos derechos a los recursos económicos, así como acceso a los servicios básicos, la propiedad y el control de la tierra y otros bienes, la herencia, los recursos naturales, las nuevas tecnologías apropiadas y los servicios financieros, incluida la microfinanciación. Relacionado con el Artículo 27 de la Convención porque no podrá ponerse fin a la pobreza si 15% de la población no trabaja<sup>23</sup>.

Está establecido que más del 80% de las personas con discapacidad viven en la pobreza. Las personas con discapacidad experimentan tasas de pobreza y privación más altas y niveles de ingresos más bajos que la población general, y existe un fuerte vínculo entre tener una discapacidad y estar en la pobreza<sup>24</sup>.

### Objetivo 2

Hambre cero. Meta 2.1 Para 2030, poner fin al hambre y asegurar el acceso de todas las personas, en particular los pobres y las personas en situaciones vulnerables, incluidos los lactantes, a una alimentación sana, nutritiva y suficiente durante todo el año. Este se relaciona claramente con

---

<sup>22</sup> Adoptados el 25 de septiembre de 2015 e insertados en la Agenda 2030

<sup>23</sup> Trabajo y empleo

<sup>24</sup> Agenda 2030 para el desarrollo sostenible

el Artículo Artículo 27<sup>25</sup> de la Convención, ya que hambre cero solo podrá lograrse incluyendo en la fuerza laboral a todos, incluidas las personas con discapacidad.

#### Objetivo 4

Educación de calidad. Meta 4.5 **Eliminar las disparidades de género en la educación** y garantizar el acceso igualitario de las personas vulnerables, incluidas las personas con **discapacidad**, los pueblos indígenas y los niños en situaciones de vulnerabilidad, a todos los niveles de la enseñanza y la formación profesional.

Meta 4.a Construir y adecuar **instalaciones escolares** que respondan a las necesidades de los niños y **las personas con discapacidad** y tengan en cuenta las cuestiones de género, y que ofrezcan entornos de aprendizaje seguros, no violentos, inclusivos y eficaces para todos. Relacionado con los Artículos 24<sup>26</sup> y 27<sup>27</sup> de la Convención; uno de los principios obstáculos para que las personas con discapacidad obtengan un empleo digno en el mercado regular es la falta de una educación y capacitación.

La educación de los niños con discapacidad en la mayoría de los países de ingresos bajos y medios sigue siendo un reto. La brecha existente de niños con discapacidades que no disfrutaban del derecho a la educación en igualdad de condiciones con los demás sigue siendo un reto mundial. Estadísticamente, 93 millones de niños con discapacidades se encuentran entre los más propensos a quedarse atrás<sup>28</sup>.

El Comité alienta siempre a los Estados Partes a tener en cuenta el artículo 24 y los artículos conexos de la Convención al aplicar el Objetivo 4: acceso a una educación de calidad. Este exige que se garantice el acceso a una educación de calidad a todos, incluidas las personas con discapacidad. Sin embargo, la aplicación del Objetivo 4 de los ODS de conformidad con el artículo 24 de la CDPD todavía debe tener en cuenta el fortalecimiento de las escuelas de entorno inclusivo tanto en las zonas rurales como en las urbanas de forma progresiva<sup>29</sup>.

#### Objetivo 8

---

<sup>25</sup> Nivel de vida adecuado y protección social

<sup>26</sup> Educación

<sup>27</sup> Trabajo y empleo

<sup>28</sup> Agenda 2030 para el desarrollo sostenible

<sup>29</sup> Recomendaciones del Comité a los estados parte

Trabajo decente y crecimiento económico. Meta 8.5 Lograr el **empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos** los hombres y mujeres, incluidos los jóvenes y las **personas con discapacidad**, y la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor. En conjunción con el artículo 27<sup>30</sup> de la Convención.

De los mil millones de personas con discapacidad en el mundo -es decir, un 15 por ciento de la población actual- al menos 785 millones están en edad de trabajar<sup>31</sup>.

En 91 países y territorios de ocho regiones geográficas, la relación empleo-población (RPE) de las personas con discapacidad de 15 años o más es del 36% de media, mientras que la RPE de las personas sin discapacidad es del 60%. La situación es aún peor para las mujeres con discapacidad, ya que los datos de seis regiones muestran una relación empleo-población más baja para las mujeres con discapacidad que para los hombres con discapacidad en las seis regiones.

También existe una brecha entre las personas con discapacidades múltiples, graves, psicosociales o intelectuales. Los datos de doce países muestran una tasa media de empleo del 37% para las personas con discapacidades múltiples, en comparación con el 47% con una sola discapacidad. Del mismo modo, los datos de nueve países muestran una tasa media de empleo en relación con la población del 18% para las personas con discapacidades psicosociales, en comparación con el 52% para las personas sin discapacidades psicosociales<sup>32</sup>.

### **Objetivo 10**

Reducción de desigualdades. Meta 10.2 **Potenciar y promover la inclusión social, económica y política de todos**, independientemente de su edad, sexo, discapacidad, raza, etnia, origen, religión o situación económica u otra condición. Relacionado con el Artículo 5<sup>33</sup> de la Convención y desde luego, la reducción de las desigualdades incluye que todos y todas tengan un trabajo decente en el mercado laboral regular, incluidas las personas con discapacidad..

---

<sup>30</sup> Trabajo y empleo

<sup>31</sup> OIT. Estrategia y Plan de Acción para la Inclusión de la Discapacidad.

<sup>32</sup> OIT, varios documentos sobre trabajo y discapacidad.

<sup>33</sup> No discriminación.

## Objetivo 11

Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles. **Meta 11.1** Asegurar el acceso de todas las personas a **viviendas y servicios básicos adecuados, seguros y asequibles** y mejorar los barrios marginales. **Meta 11.2** **Proporcionar acceso a sistemas de transporte seguros, asequibles, accesibles y sostenibles** para todos y mejorar la seguridad vial, mediante la ampliación de transporte público. Relacionados con los Artículos 9<sup>34</sup> y 21<sup>35</sup> y 27<sup>36</sup> de la Convención, porque el ingreso de las personas con discapacidad a un empleo digno en el mercado regular requiere la accesibilidad física, a la información y a la comunicación, así como libertad de expresión sindical, por ejemplo.

## Objetivo 16

Paz, justicia e instituciones sólidas. **Meta 16.1** Reducir significativamente todas las formas de **violencia** y las correspondientes tasas de mortalidad en todo el mundo. Relacionado con los artículos 6<sup>37</sup>, 7<sup>38</sup>, 15<sup>39</sup> y 16<sup>40</sup> de la Convención; las mujeres se encuentran particularmente expuestas a violencia laboral y a que se dude de ellas cuando la denuncian; los niños y niñas no deben trabajar, pero en muchos países continúan indebidamente siendo parte de la furza laboral; en general, las personas con discapacidad pueden enfrentar malos tratos en el campo laboral.

El esfuerzo tanto de organizaciones de personas con discapacidad, como del Comité como de la entonces Relatora Especial para los derechos de las personas con discapacidad hicieron posible que los Objetivos de Desarrollo Sostenible tuvieran un enfoque hacia la discapacidad<sup>41</sup>.

Desde antes de 2015, durante los trabajos para elaborar los ODS de la Agenda 2030, el Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad

---

<sup>34</sup> Accesibilidad

<sup>35</sup> Libertad de expresión y de opinión y acceso a la información

<sup>36</sup> Trabajo y empleo

<sup>37</sup> Mujeres con discapacidad

<sup>38</sup> Niños y niñas con discapacidad

<sup>39</sup> Protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

<sup>40</sup> Protección contra la explotación, la violencia y el abuso

<sup>41</sup> "Towards inclusive, resilient and sustainable development: an evidence-based approach to the mainstreaming of disability in the implementation, monitoring and evaluation of the Agenda 2030. csocd56-draft-conceptnote-disability.pdf

ha colaborado constantemente con el Foro de Alto Nivel Político con aportaciones, señalando siempre que los ODS deben estar constantemente en línea con los instrumentos internacionales de derechos humanos incluyendo desde luego la Convención<sup>42</sup>.

### **El Artículo 27 y su Observación general No 8 se resumen así<sup>43</sup>:**

Los países deben entender la inclusión laboral como una forma de que toda la población contribuya dignamente al desarrollo.

Se debe reformar la legislación prohibiendo la discriminación en el campo laboral a las personas con discapacidad.

El trabajo debe ser libremente escogido. No dar trabajos específicos para personas con discapacidad.

El trabajo debe ser en entornos inclusivos, no en talleres protegidos.

Se debe contar con accesibilidad física, a la información y comunicación en todo el proceso de adquirir y ejercer un trabajo.

Se deben aplicar ajustes razonables cuando así se requieran.

Se requieren medidas holísticas para promover el trabajo.

Para llegar al trabajo decente se requieren como prerequisites, la educación inclusiva, la igualdad ante la ley, así como la vida independiente en la comunidad.

## **CONCLUSIÓN**

El derecho al trabajo de las personas con discapacidad ha sido defendido por ellos y por sus aliados sin mucho éxito desde hace mucho tiempo.

Es necesario buscar nuevos interlocutores para lograr la inclusión laboral de las personas con discapacidad.

Se deben buscar nuevas herramientas, como la difusión y aplicación de la Observación general No. 8 y todas las Observaciones generales existentes.

---

<sup>42</sup> <https://sustainabledevelopment.un.org/hlpf>.

<sup>43</sup> Amalia Gamio. Ponencia en la Suprema Corte de Justicia de Colombia



Se deben encontrar nuevas formas de difundir y hacer cumplir las recomendaciones que el Comité envía a los Estados parte; en esto, la sociedad civil y la Academia tienen una enorme responsabilidad.

Porque si bien como se dijo al inicio, el trabajo es parte fundamental de la vida de cualquier ser humano, es necesario que las sociedades otorguen las condiciones para que las personas con discapacidad tengan oportunidades en el empleo, en igualdad de condiciones con los demás, para que contribuyan al progreso de la sociedad.

Cualquier país que se asuma democrático, no puede dejar a nadie atrás<sup>44</sup>, por el bien de todos.

---

<sup>44</sup> Principios de la Agenda 2030



## *Marco jurídico, evolución e insuficiencias*

I.INTRODUCCIÓN. II. ALGUNAS DEFICIENCIAS Y OPORTUNIDADES EN EL MARCO NORMATIVO PARA DERRIBAR LAS BARRERAS MATERIALES DE ACCESO AL TRABAJO DECENTE PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDADES. III. EL DERECHO AL TRABAJO Y EL TRABAJO CON DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. IV. A MODO CONCLUSIONES<sup>1</sup>

**MARÍA JOSÉ ROMERO RODENAS**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UCLM.*

### I. INTRODUCCIÓN

El pasado mes de noviembre se conmemoraban el 80 aniversario del primer Informe Beveridge, un documento clave en nuestra historia social, económica y política porque este Informe se erige como uno de los pilares de la construcción del Estado del Bienestar, según el modelo británico.

El primer Informe se hizo público en diciembre de 1942 y llevaba por título, “Informe al Parlamento acerca de la Seguridad Social y de las prestaciones que de ella se derivan”, es decir, ha cumplido 80 años y se abordaba la necesidad de que los gobiernos y poderes públicos considerasen como cuestión de estado el bienestar de la sociedad. El objetivo de Beveridge era derrotar a los cinco gigantes que sacudían a la sociedad: La Necesidad, la Ignorancia, la Enfermedad, la Miseria y la Vagancia<sup>2</sup>, para lo que era necesario poner en marcha un plan de Seguridad Social que garantizase

---

<sup>1</sup> Intervención en el IV Congreso Nacional y I Congreso Internacional de Derecho de la Discapacidad “Activación laboral y protección social de las personas con discapacidad”, Barcelona 15 al 17 de febrero de 2023.

<sup>2</sup> APARICIO TOVAR J.: “Sumar en el 80 aniversario del Informe Beveridge” [http://www.insightweb.it/web/content/sumar-en-el-80-aniversario-del-informe-beveridge?fbclid=IwAR3TzCHJQQNVHikNcpc\\_h\\_1C\\_BfardapVB3jUjTUzWLM-ds0FRi-DDikrxw](http://www.insightweb.it/web/content/sumar-en-el-80-aniversario-del-informe-beveridge?fbclid=IwAR3TzCHJQQNVHikNcpc_h_1C_BfardapVB3jUjTUzWLM-ds0FRi-DDikrxw) También en BAYLOS GRAU A., “Sumar en el 80 aniversario del informe

prestaciones económicas a toda la población cuando fallasen los medios ordinarios de obtener rentas, un sistema nacional de salud universal, una política de educación potente, una política de vivienda, pues la carencia de una vivienda digna es fuente de miseria, y una política de pleno empleo.

Los beneficios que generaba la economía no podían ser solamente disfrutados por una parte de la sociedad. Pero el propio Beveridge intentó convencer a los conservadores de que la seguridad social era fundamental porque beneficiando a las personas trabajadoras salía ganando la industria, ya que, el bienestar aumentaría la productividad, y con ella un imprescindible aumento de la competitividad y porque no el consumo.

Ese era “el espíritu del 45” con un programa que auspiciaba profundas reformas sociales, entre ellas la puesta en marcha del plan Beveridge. Desde luego, no cabe comparar los momentos y circunstancias entre dos siglos y entre dos épocas marcadas por el año 1945 y el actual 2023, pero como señala APARICIO TOVAR no deja de llamar la atención que otra guerra ha estallado en suelo europeo afectando de modo intenso a la Unión Europea y otros muchos países en un contexto en el que, sin haber sido restaurados los destrozos sociales y económicos causados por la crisis financiera de 2008, ha habido que hacer frente a una impensable pandemia del Covid-19 y recientemente nos encontramos con nueva crisis humanitaria derivada del gravísimo terremoto producido en Túnez y Siria.

Hoy la desigualdad, la pobreza y la discapacidad han aumentado y requieren nuevas propuestas y reformas y aquí Beveridge puede sernos de utilidad en un momento que podemos pensar en definir como constitutivo y central de un nuevo derecho de las personas con discapacidad, centrado en los derechos subjetivo y con apoyo en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. El tratamiento social de la discapacidad no debe centrarse en exclusividad en las personas con discapacidades, sino en el sociedad que se relaciona con dichas personas.

Claro para ello, el verdadero enfoque social de las discapacidades se muestra en función de la relación de las personas con discapacidad en su entorno, y esta es la verdadera asignatura pendiente, es verdad que el avance social es y ha sido importante pero hay debilidades o ralentizaciones causales que impiden desarrollar el enfoque social de la discapacidad, y entre ellas destaco, el marco normativo actual y clásico, su dispersión y va-

riedad legislativa y normativa, la ausencia de un completo texto o compendio legislativo y además las múltiples causas discriminatorias que rodean y persisten en las personas con discapacidades, entre otras.

En este último sentido, ponemos en valor, la reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, esta ley, “pone blanco sobre negro ante el polémico y largo tratamiento de la discapacidad “social” en España por parte de algunos de nuestros tribunales de lo social, que se han mostrado reticentes a la hora de incluir en la causa discriminatoria relativa a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” recogida por el art. 14 CE, ciertas enfermedades muy próximas a la discapacidad”<sup>3</sup>.

El derecho a la discapacidad debe de existir porque hay un derecho propio y característico para la discapacidad. Este derecho parte de una realidad histórica, de unas relaciones jurídicas específicas y muy identificadas por su singularidad compartida por una panoplia de instituciones y principios compartidos con otras ramas del ordenamiento jurídico como el derecho del trabajo, el derecho administrativo y el derecho civil, entre otros.

Es necesario cambiar el discurso, hasta ahora todas las personas con discapacidades son las que han tenido que desarrollar habilidades para adaptarse a la sociedad, a su entorno, y ahora debemos avanzar en un nuevo paradigma que permita responsabilizar y exigir que sea la sociedad, el entorno sin discapacidades la que abra las opciones de una sociedad global que dispensa a toda la ciudadanía para contribuir a una inclusión generalizada no individualizada donde todas personas tenga en el mismo espacio social los mismos derechos y las mismas oportunidades.

Lo anterior no constituye una utopía, ni tampoco es un reto nuevo ni una propuesta propositiva ni innovadora porque cabe recordar que el art. 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social al definir la discapacidad está reconociendo la necesidad de “interacción entre las personas” y la define como “una situación que resulta de la interacción entre las personas con

---

<sup>3</sup> TERRADILLOS ORMAETXEA E., “Enfermedad y discapacidad: dos posibles causas discriminatorias que protege la nueva Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, Brief AEDTSS consulta <https://www.aedtss.com/enfermedad-y-discapacidad-dos-posibles-causas-discriminatorias-que-protege-la-nueva-ley-15-2022-de-12-de-julio-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion/>

deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Quizás la definición resulte obsoleta y poco precisa y sea necesario reivindicar un cambio que contemplan la interacción entre las personas con discapacidades y la sociedad más expresamente.

## **II. ALGUNAS DEFICIENCIAS Y OPORTUNIDADES EN EL MARCO NORMATIVO PARA DERRIBAR LAS BARRERAS MATERIALES DE ACCESO AL TRABAJO DECENTE PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDADES.**

La Constitución Española reconoce en un desfasado art 49 que “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos” un precepto necesitado de urgente reforma y no solo un cambio terminológico<sup>4</sup> y que su falta de acuerdo para modificar la terminología no solo evidencia el malestar de

---

<sup>4</sup> DE LOREZO GARCIA R. “Reforma social de la constitución: comentarios y reflexiones al art. 49”, *Anales de derecho y discapacidad*, núm. 3, 2018, págs.. 11-40. En mayo de 2021 la propuesta de reforma del art. 49 CE tenía cuatro párrafos:” 1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación. 2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad en los términos que establezcan las leyes. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad. 3. Se regulará la especial protección de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes”. “(dando cumplimiento así a la STC 208/2013, de 16 de diciembre). 4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España que velan por sus derechos.” Vid in extenso, DE ASIS ROIG R.F “De nuevo sobre Constitución y discapacidad”, en *Revista de filosofía, derecho y política*, 2020, págs. 52-64; RODRÍGUEZ PIÑEIRO, M., “Artículo 49”, en RODRIGUEZ-PIÑEIRO, M. Y CASAS, M.E.,

la sociedad sino que conlleva adicionalmente el claro perjuicio provocado por la absoluta desconexión (del art. 49 CE) con los principios inspiradores de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), debilitando las obligaciones de los poderes públicos en las políticas encomendadas a nivel constitucional.

Una muestra más de que las reformas y cambios legislativos en materia de discapacidad no son solo de legislación básica sino de reforma constitucional por lo que los cambios deben ir orientados a abordar un conjunto de reformas valientes, constructivas y protectoras de las personas con discapacidad para encarar los desafíos que la sociedad del siglo XXI y la Economía 4.0, debe de afrontar.

Desde la década de los 80 con la LISMI (1982) se puede hablar de intensa y desordenada labor legislativa pero sin grandes resultados desde mi punto de vista. Han sido sin embargo los Planes Nacionales de Empleo para las personas para discapacidad a partir de dicha norma y posteriormente subrayo la importante Disposición Adicional 6ª de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los impulsores de un campo normativo basado específicamente en prescripciones imperativas de origen estatal-nacional a las que se unen los ya conocidos y renovados incentivos económicos<sup>5</sup> al empleo recientemente aprobados y renovados para las personas con discapacidades en el RDL 1/2023, de 10 de enero.

Prueba de lo anterior es el RD 368/2021, de 25 de mayo, sobre medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite, estableciendo la obligación de los poderes públicos, en el marco de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad, de articular medidas de acción positiva dirigidas a promover el acceso al empleo de las personas con capacidad intelectual límite, que tengan reconocida oficialmente esta situación, aunque no alcancen un grado de discapacidad del 33 por ciento.

Una iniciativa que había sido prometida pero no cumplida desde la Ley del 2011, y que se inscribe en la idea de favorecer la inclusión laboral del

---

*Comentarios a la Constitución española*, BOE, Wolters Kluwer, Madrid 2018, pág. 1.405.

<sup>5</sup> Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas.

colectivo de las personas con capacidad intelectual límite, es decir “aquellas personas inscritas en los Servicios Públicos de Empleo como demandantes de empleo no ocupados que acrediten oficialmente, según los baremos vigentes de valoración de la situación de discapacidad, al menos un 20 por ciento de discapacidad intelectual y que no alcancen el 33 por ciento”.

Una oportunidad, materializada en una importante acción positiva para el acceso al empleo de estas personas con capacidad intelectual límite supone el reconocimiento de la acción pública en el compromiso de intentar derribar las barreras materiales de acceso al trabajo decente por parte de este colectivo. El RD 368/ 2021 pretende compensar esta situación de hecho y establecer algunos mecanismos de promoción del empleo de este colectivo, abordando con gran timidez la posibilidad de constreñir la voluntad del empleador en la contratación por tiempo completo a las personas de este colectivo, en función de la especialización posible del mismo y sus trayectorias personales. Pero en cualquier caso, implica un importante reconocimiento de derecho a un colectivo especialmente vulnerable que no tenía hasta ahora su nicho de protección en las políticas públicas de empleo<sup>6</sup>. Con la reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, en su art. 30, se obliga a la especialización y profesionalización del personal de los servicios públicos de empleo y las entidades colaboradoras, incluidas las personas con discapacidad. A tal fin señala el apartado segundo del precepto señalado que “en los planes de formación para sus plantillas, las acciones necesarias para la adquisición de las competencias que permitan atender las distintas realidades. Se incluirá formación específica en accesibilidad cognitiva para atender las especiales necesidades de las personas con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo”.

Como podemos comprobar el acceso al empleo de las personas con discapacidad es mucho más que un aspecto ligado a los déficit sustantivos y subjetivos del mercado de trabajo. El debate de la inclusión e integración no se puede delimitar exclusivamente en los mecanismos ordinarios o protegidos de empleo, más bien estamos ante un debate más global que delimite la correcta imposición y específica del principio constitucional de igualdad que como ha señalado la doctrina se han articulado a través de

---

<sup>6</sup> Vid ESTEBAN LEGARRETA R. GALA DURÁN C en un informe hecho público en abril de 2021, (<https://www.lavanguardia.com/vida/20210430/7418225/discapacidad-intelectual-losa-lograr-trabajo.html>), la discapacidad intelectual es una situación que dificulta extraordinariamente la inserción laboral, y en aquellos que logran encontrar trabajo, la brecha salarial respecto del resto de trabajadores es abismal, como muestran las encuestas realizadas al respecto



una panoplia de medidas de fomento del empleo no siempre con efectos positivos<sup>7</sup> y que reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo cubrirá sin duda las lagunas formativas no solo del personal del Sistema Nacional de Empleo sino que la atención de las personas con discapacidad demandantes de servicios de empleo se encauza por múltiples vías, prioritariamente, el acceso al empleo ordinario, pero también la creación y funcionamiento de centros especiales de empleo y enclaves laborales que faciliten su integración en el mercado de trabajo.

### III. EL DERECHO AL TRABAJO Y EL TRABAJO CON DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Los datos de la UE son inquietantes puesto que solo la mitad de los 42,8 millones de personas con discapacidad en edad de trabajar en la UE tiene empleo. Los últimos datos, reflejan que España (2022) cuenta con 4.654.495 personas con discapacidad, en 2050 se prevé que lleguemos a 6.657.174. Estos datos desglosados por sexos, ponen de manifiesto un dato alarmante sobre la situación de las mujeres con discapacidades es comparativamente peor que la de los hombres: un 58,6% de las mujeres tienen discapacidades, a pesar de que representan un 51% de la población española, dato que se reduce hasta el 51,7% cuando se analiza solo la muestra de las personas activas. La perspectiva de género y las acciones positivas en las políticas públicas y privadas que permitan reducir y eliminar las altas tasas de desocupación y desempleo de las mujeres con discapacidades deberían de constituir un objetivo prioritario e inmediato. Dicho lo anterior, no es baladí afirmar que la discapacidad aparece íntimamente ligada al sexo, sugiriendo una aproximación intersectorial, que debe afectar también el reto no menos importante de la igual remuneración.

La última EPD de empleo de las personas con discapacidades<sup>8</sup> refleja un alto porcentaje de desempleo de las personas con discapacidades en relación al desempleo de personas sin discapacidad, un tímido aumento de la empleabilidad de las personas con discapacidades unido al incremento del número de personas con discapacidad y todavía un largo distanciamiento porcentual con la tasa de empleabilidad de las personas sin discapacidad,

---

<sup>7</sup> RUIZ CASTILLO M.M, *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Bomarzo, Albacete, 2010, págs.. 81 y ss.

<sup>8</sup> INE 14 diciembre de 2022.

ya que el 34,6% de las personas de 16 a 64 años con discapacidad oficialmente reconocida en 2021 eran personas activas, lo que supone 0,3 puntos más que en el año anterior. Esta tasa de actividad era 43,1 puntos inferior a la de la población sin discapacidad. El número de personas con discapacidad aumentó en 4.300 (un 0,6%) respecto al de 2020. El de personas sin discapacidad creció un 2,0%. La tasa de empleo de las personas con discapacidad fue del 26,9% (del 66,3% para las personas sin discapacidad), con un aumento de 0,2 puntos respecto a 2020. El 89,8% de los ocupados eran asalariados y, de estos, el 74,9% tenía contrato indefinido. El número de ocupados con discapacidad aumentó en 1.800 personas (un 0,3%) en 2021. El de personas sin discapacidad aumentó un 2,9%. La tasa de paro del colectivo con discapacidad fue del 22,5%, 0,3 puntos más que en 2020. Esta tasa era 7,8 puntos superior a la de la población sin discapacidad. El número de parados con discapacidad aumentó en 2.500 personas (un 1,7%) durante 2021, mientras que entre las personas sin discapacidad disminuyó un 3,2%.

Estos datos nos hacen reflexionar sobre el valor del trabajo y el art. 35 de la CE al legitima el reconocimiento del derecho al trabajo sobre una base y compromiso político como “factor de inclusión social y de cohesión social que nuclea la sociedad y sobre todo como un espacio de derechos que da sentido a la noción de ciudadanía”. El trabajo es una relación social sobre la que reposa todo el sistema económico, pero principalmente estructura el sistema social y vertebró políticamente un proyecto de futuro.

El trabajo al ser un espacio de derechos es también un espacio de conflicto y de lucha por estos derechos, donde se realiza la idea democrática, un campo de derechos individuales y colectivos que abre además la posibilidad de ser titular de derechos de Seguridad Social, es decir, que enlaza la cláusula de Estado social con una situación de subordinación o de dependencia social y económica que caracteriza al trabajo asalariado como llave de una extensión universal a todos los ciudadanos de estas prestaciones sociales. Eso quiere decir también desde el punto de vista cultural que el trabajo aparece como una actividad social creativa, como un elemento central en la creación de riqueza, pero también como una forma de que las personas se sientan socialmente activas, que aportan algo a la sociedad y que, por tanto, esperan como contrapartida unos derechos<sup>9</sup>, y en esta conceptualización se integran las personas con discapacidad porque el trabajo forma parte del denominado proyecto político democrático de

---

<sup>9</sup> BAYLOS GRAU A., “El derecho al trabajo y el trabajo con derechos”, en [www.bez.es](http://www.bez.es)

emancipación y eso es algo que se recoge en la CE y en el derecho y en el deber de trabajar.

El derecho al trabajo se configura como un derecho político que integra la condición de las personas con discapacidad en tanto se reconoce la centralidad social, económica e ideológica del trabajo del conjunto de las personas trabajadoras. “El punto de partida de este reconocimiento del derecho al trabajo es precisamente el entender que una sociedad avanzada tiene que basarse en el trabajo y en el conocimiento como ejes del desarrollo de la misma, lo que implica asignar un valor fundamental para la democracia a la posición subordinada que ocupan las personas que trabajan para obtener un salario que les permita mantener su existencia”, su integración social como principio básico de garantía de la dignidad humana. El trabajo se constituye como “la condición que posibilita la dignidad de las personas y el factor que impulse un tratamiento tendencialmente igualitario en la sociedad cuyo desarrollo y bienestar procura”.

Es a partir del trabajo, de su regulación jurídica, el derecho del trabajo, a través del cual se pueden remover los obstáculos y “las desigualdades presentes en nuestras sociedades, por eso es también el fundamento político de las opciones constitucionales por la democratización de las relaciones de poder, público y privado, que están presentes en la misma y que deben ser modificadas, niveladas, contrarrestadas colectiva e individualmente”<sup>10</sup>.

Estamos en un momento central de configuración y reconocimiento de un derecho autónomo de la discapacidad que aplique, recoja e innove medidas significativas y sostenidas para favorecer la inclusión de las personas con discapacidad en las políticas públicas con la finalidad de ofrecer y reconocer oportunidades de trabajo decente y avanzar hacia la consecución de todos los Objetivos de Desarrollo del Milenio. No hacemos mención a los múltiples instrumentos internacionales de protección de las personas con discapacidad<sup>11</sup>, nos referiremos a la importante Convención sobre los

---

<sup>10</sup> Entrecorrido de BAYLOS GRAU A., ¿Derecho al trabajo en un mundo sin trabajadores? En <https://baylos.blogspot.com/2018/11/derecho-al-trabajo-en-un-mundo-sin.html>

<sup>11</sup> COURTIS C., “ Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas”, en *Tratado sobre discapacidad* (Coord. De Lorenzo, Pérez Bueno L), Aranzadi, Navarra 2007, págs. 277 y ss. Recorre en un plano internacional específico la protección de las personas con discapacidad frente a las múltiples formas de discriminación es extensa. Desde la Declaración de derechos del deficiente mental, de la ONU (1971), Resolución 3447 de la ONU de Declaración de derechos de los minusválidos; Programa de Acción Mundial para personas

derechos de las personas con discapacidad (CDPD), adoptada por unanimidad en la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2006, cuyo art. 27 relanza esta idea consolidando el camino hacia la independencia y la dignidad del trabajo decente, salvaguardo y promoviendo el derecho de las personas con discapacidades a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad<sup>12</sup>. La CDPD establece los principios y están-

---

con discapacidad de la ONU (1982); Carta de los Derechos Fundamentales de la UE; La Carta Social Europea de 1961 y la Carta Social Europea (revisada) de 1996; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; Convenios de la OIT núm. 159, 111, 142; El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales proclama el derecho al trabajo en sentido general en el artículo 6 y desarrolla explícitamente la dimensión individual del derecho al trabajo mediante el reconocimiento en el artículo 7 del derecho de toda persona al disfrute de unos derechos justos y condiciones de trabajo favorables, en particular condiciones de trabajo seguras. La dimensión colectiva del derecho al trabajo se aborda en el artículo 8, que enuncia el derecho de todas las personas a formar sindicatos y afiliarse al sindicato de su elección y el derecho de los sindicatos a funcionar libremente.

<sup>12</sup> Art. 27 CDPD: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables; b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos; c) Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás; d) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua; e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo;

dares del derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo, y proporciona la base para que los Estados partes cumplan sus compromisos en virtud de todos los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en particular la meta 8.5, sobre el logro, para 2030, de una vida plena y productiva, empleo y trabajo decente para todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, e igualdad de remuneración por trabajo de igual valor.

Es precisamente, la importante Observación general núm. 8 (2022) sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo<sup>13</sup> la que incide y delimita extensamente los principios y estándares del derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo y fija como objetivo aclarar las obligaciones de los Estados partes en relación con el derecho al trabajo y al empleo consagrado en el artículo 27 CDPD. Dicha Observación fija el derecho de todas las personas con discapacidad al trabajo impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados partes: las obligaciones de respetar, proteger y cumplir. A su vez, la obligación de cumplir contiene obligaciones de facilitar, proveer y promover. La obligación de respetar está contenida en el artículo 4.1.d) de la CDPD en el que el Estado parte se obliga a abstenerse de realizar cualquier acto o práctica que sea incompatible con la Convención. La obligación de proteger está contenida en el artículo 4.1 apartados c) y e) , en el que el Estado parte está obligado a tener en cuenta la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad en todas las políticas y programas y tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación por motivos de dis-

---

-23- f) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias; g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público; h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas; i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo; j) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto; k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad. 2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio.

<sup>13</sup> Aprobada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ONU, en su vigésimo séptimo período de sesiones (15 de agosto a 9 de septiembre de 2022). Publicada 9 9 de septiembre de 2022.

capacidad incluidas las empresas privadas. La obligación de cumplir señala la Observación núm. 8, está contenida, por ejemplo, en el artículo 4.1 apartados f) y g), en el que el Estado está obligado a emprender o promover la investigación y el desarrollo de bienes y servicios de diseño universal y nuevas tecnologías de apoyo.

La Convención establece los principios y estándares del derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo, y proporciona la base para que los Estados partes cumplan sus compromisos en virtud de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en particular la meta 8.5, sobre el logro, para 2030, de una vida plena y productiva, empleo y trabajo decente para todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, e igualdad de remuneración por trabajo de igual valor .

La noción de trabajo y empleo del art 27 CDPD es inseparable de la noción de trabajo con derechos que reconoce el sistema político democrático como un elemento fundamental, integrante de sus señas de identidad en cuanto forma de organización política y social. Que además debe abrirse y compenetrarse con los tiempos de vida que marcan la existencia social de las personas, evitando la desigualdad de género. Este artículo constituye sin duda una gran oportunidad para eliminar la distancia existente entre quedarse en el siglo XX o avanzar hacia la sociedad del siglo XXI de las personas con discapacidades que nos obliga la CDPD.

El derecho al trabajo es un derecho fundamental, esencial para la realización de otros derechos humanos, y forma parte inseparable e inherente de la dignidad humana. El derecho al trabajo contribuye también a la supervivencia de las personas y de su familia y, en la medida en que el trabajo sea libremente elegido o aceptado, a su desarrollo y reconocimiento en el seno de la comunidad. Como es sabido, el derecho al trabajo está reconocido en varios instrumentos jurídicos internacionales y regionales. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales proclama el derecho al trabajo en sentido general en el artículo 6 y desarrolla explícitamente la dimensión individual del derecho al trabajo mediante el reconocimiento en el artículo 7 del derecho de toda persona al disfrute de unos derechos justos y condiciones de trabajo favorables, en particular condiciones de trabajo seguras. La dimensión colectiva del derecho al trabajo se aborda en el artículo 8, que enuncia el derecho de todas las personas a formar sindicatos y afiliarse al sindicato de su elección y el derecho de los sindicatos a funcionar libremente . El Comité se ha basado en su propia jurisprudencia y la del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Cultu-

rales y otros órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos para elaborar la presente observación general<sup>14</sup>.

Es el modelo social de atención a las personas con discapacidades que subyace a partir de la CDPD se erige como punto de partida de las políticas públicas de las personas con discapacidades en nuestro país. Es una asignatura pendiente puesto que cuando España ratifica la CDPD y entra en vigor en 2008, el marco normativo entonces existente era la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades no discriminación y accesibilidad universal y derogada por la disposición derogatoria única.b) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre por el que se aprueba el Texto de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión. Esta Ley derogada de 2003 supuso un avance importante hacia el desarrollo de políticas públicas sociales centradas desde nuestro punto de vista a la plena inclusión de las personas con discapacidad pero todavía con fuertes vínculos con un modelo médico-rehabilitado fuertemente impregnado en las políticas públicas ad hoc. Así pues las exigencias del art. 27 de la CDPD relativas al derecho al trabajo de las personas con discapacidad, han de interpretarse desde este presupuesto (Observación General núm 8 (2022) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD/C/GC/8)) los entornos laborales han de ser abiertos, inclusivos y accesibles. La CDPD introduce, entre sus principios generales, el de la “plena y efectiva participación e inclusión en sociedad” que implica que la sociedad en sus dimensiones públicas y privadas está organizada para posibilitar que todas las personas con discapacidad puedan participar plenamente. Una sociedad inclusiva es, por tanto, una sociedad capaz de reducir las barreras (físicas, relativas a la comunicación y actitudinales), en orden a garantizar la participación plena de todas las personas que la componen, así como el goce efectivo de sus derechos. Volvemos a nuestra argumentación y cambio de modelo, frente a la integración, que requiere que las personas se adapten a la sociedad, la inclusión exige que sea la sociedad quien se adapte a las personas. Es más como señala la Observación General número 8, citada, las condiciones cambiantes en las economías y el mercado laboral crean nuevos desafíos y oportunidades para garantizar el derecho al trabajo. Las nuevas tecnologías, incluida la inteligencia artificial y el cambio al trabajo digital, pueden crear nuevas barreras o formas de discriminación, además de ofrecer nuevos caminos hacia el trabajo y

---

<sup>14</sup> Observación general núm.. 8 (2022) sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo, citada.

nuevas formas de empleo. Las transformaciones económicas, como la transición a una economía verde o la respuesta a las crisis, crean oportunidades para la inclusión, así como la amenaza de dejar atrás a las personas.

Las importantes exigencias de la CDPD se manifiestan, en cuanto a la aplicabilidad del derecho del trabajo de las personas con discapacidades solo se satisfará cuando los trabajos se adapten a las personas, no a la inversa. Ello requiere que las condiciones de trabajo no sean discriminatorias, y se establezcan teniendo presente las necesidades, capacidades y potencialidades de las personas, en el contexto de la diversidad humana, quedando al margen a nuestro parecer la vinculación demasiado arraigada del capacitismo<sup>15</sup> constituyendo un elemento potencial de las exclusiones sin contar por el momento de un debate en la agenda política sobre el tema que permita abordar la inclusión no la integración de las personas con discapacidades en conexión con la generación de conocimiento al margen de la idea clásica de capacitismo, poco desarrollada en los ordenamientos jurídicos. Los sistemas de valores vinculados al capacitismo, son sustentados por la legislación aplicable, las políticas públicas y privadas y las prácticas que conducen a la desigualdad y la discriminación, mantienen sistemas de inclusión de las personas con discapacidad que no forman parte del enfoque correcto de la discapacidad de la CDPD que trata de integrar el modelo social y el modelo de la diversidad, conjugando un marco regulador de derechos y obligaciones de las personas con discapacidades, tales sistemas de valores sobre el concepto de capacitismo deben ser identificados y deben ser eliminados<sup>16</sup>.

El trabajo de las personas con discapacidad -de todas- se conceptualiza como empleo, y en esa condición se entiende que ingresa en el llamado mercado de trabajo. Lógicamente debemos de partir de una construcción holística en la determinación de lo que debe significar el “trabajo” como una relación social sobre la que reposa todo el sistema económico, pero principalmente estructura el sistema social y vertebró políticamente un proyecto de futuro en el que las personas con discapacidad forman parte. Como ha señalado el profesor Baylos “el trabajo al ser un espacio de derechos es también un espacio de conflicto y de lucha por estos derechos, donde se realiza la idea democrática, un campo de derechos individuales y

---

<sup>15</sup> ÁLVAREZ G., “El capacitismo, estructura mental de exclusión de las personas con discapacidad” <https://cermi.es/noticia/el-cermi-analiza-el-capacitismo-como-la-estructura-mental-que-desencadena-la-exclusion-de-las-personas-con-discapacidad>

<sup>16</sup> Apartado 68 de la Observación General núm. 8, citada.



colectivos que abre además la posibilidad de ser titular de derechos de Seguridad Social, es decir, que enlaza la cláusula de Estado social con una situación de subordinación o de dependencia social y económica que caracteriza al trabajo asalariado como llave de una extensión universal”<sup>17</sup>. Ello significa que desde el punto de vista del trabajo de las personas con discapacidades el trabajo aparece como una actividad social creativa, dignifica la condición humana y le dota de un componente central en la creación de riqueza, pero también como una forma de que las personas con discapacidades se sientan socialmente participativas, con importantes aportaciones a la sociedad y justamente esperan como contrapartida unos derechos a través del trabajo digno.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La actualización y renovación de las políticas que integren la plena incorporación de muchos de los derechos ya reconocidos y de su inclusión en un único texto refundido sería central no solo desde la perspectiva de la comprensión y alcance de todos los ordenamientos jurídicos implicados en la discapacidad, centrales de nuestra sociedad, ello serviría adicionalmente en la obligada renovación del discurso, específicamente dirigido a subrayar la centralidad del empleo para el conjunto de la ciudadanía y, más específicamente, para las personas con discapacidades.

El punto de partida, desde la perspectiva más desfavorables, sin duda es el necesario avance hacia la erradicación de cualquier forma de discriminación que atente contra la igualdad, dignidad y derechos de personas con discapacidades, incluyendo las que lo son por su grado de discapacidad, y, en positivo, el fin en la consecución de la plena inclusión en condiciones de igualdad de las personas con discapacidades, atendiendo a sus necesidades específicas y respetando sus diferencias.

El necesario avance va ligado al discurso planteado por Ferrajoli sobre la igualdad dignidad de todas las diferencias<sup>18</sup>, y en la necesidad de atender

---

<sup>17</sup> BAYLOS GRAU A., El derecho al trabajo y el trabajo con derechos”, en [www.bez.es](http://www.bez.es)

<sup>18</sup> FERRAJOLI L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999, p. 15. “Igualdad” es término normativo: quiere decir que los diferentes deben ser respetados y tratados como iguales; y que, siendo ésta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla. “Diferencia(s)” es término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas, hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada, precisamente, por sus diferencias, y que son

a los mismos, en la dirección del reconocimiento de todos los derechos, de manera amplia, contribuyendo a la plena inclusión en la ciudadanía social y al reconocimiento interseccional no cerrada, que tenga en cuenta las múltiples diversidades que atraviesan las personas con discapacidades, fundamentadas al género, al tipo de discapacidad presentada, a la edad, el lugar de residencia, u otras, como podrías el nivel de estudios o la posición socioeconómica.

Como hemos manifestado anteriormente hasta ahora todas las personas con discapacidades son las que han tenido que desarrollar habilidades para adaptarse a la sociedad, a su entorno, y ahora debemos de exigir que sea la sociedad, el entorno sin discapacidades abra las opciones de la sociedad global que dispensa a toda la ciudadanía sin discapacidades para contribuir a una inclusión generalizada no individualizada donde las personas con discapacidades y sin ellas, tengan en el mismo espacio social los mismos derechos. Esto implicaría la construcción de un nuevo paradigma del modelo social que distancie la consideración de las discapacidades desde el ámbito subjetivo, en tanto que característica inherente a la persona “afectada”, al modelo social (es el esquema de tratamiento de la discapacidad presente en la CDPD), como principal responsable de la eliminación de las barreras, de todo tipo, que imposibilitan o dificultan el libre desenvolvimiento de las personas con discapacidades, en condiciones de igualdad con otros miembros de la sociedad. La consecución del modelo social de discapacidades requeriría tanto de una renovación discursiva, sociocultural y sobre todo normativa como de políticas activas, reformas laborales y de seguridad social para erradicar la discriminación negativa, así como para incentivar la integración y la participación de las personas con discapacidades.

Las organizaciones de la sociedad civil especializadas en velar por los derechos de las personas con discapacidades son fundamentales para reivindicar frente a los poderes públicos el cumplimiento de las obligaciones del Estado con las personas con discapacidades. Consideramos que es importante poner en valor su labor y su responsabilidad, así como su soporte, que promueven el asociacionismo y las iniciativas comunitarias en este terreno, así, como en conjunto, el respaldo a las acciones colectivas, en

---

éstas las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad. Y entonces no tiene sentido contraponer igualdad a diferencias. Y si una diferencia como la sexual resulta de hecho ignorada o discriminada, ello no quiere decir que la igualdad es contradicha, sino simplemente que es violada”.

diferentes ámbitos, incluyendo el local, que favorezcan su participación, en todos los ámbitos de la vida y en el ámbito de la participación política. Dos argumentaciones avalan nuestro planteamiento:

En primer lugar, consideramos esencial la necesidad de contar con las personas con discapacidades para diseñar y poner en marcha las políticas dirigidas precisamente a las personas con discapacidades, sin ellas, las medidas no contarán con el conocimiento completo. El tratamiento de las discapacidades sería parcial si no se contempla como un tratamiento multifactorial y poliédrico, conocer plenamente las discapacidades, sus necesidades que no son genéricas, sino específicas, las diferencias y diversidades sobre todo, nos permite, de forma precisa y completa, a conocer la gran cantidad de diferencias y diversidades que lo atraviesan, y por tanto de sus necesidades específicas. No nos interesan las discapacidades, lo que nos interesan son las personas con discapacidades y su relación e interacción en la sociedad.

Y, en segundo lugar, para considerar el objetivo del obligado empleo de las personas con discapacidades, como hemos señalado con anterioridad, cabe recordar que los derechos de las personas con discapacidades en especial consideración al derecho a un trabajo digno conforma uno de los objetivos centrales que se especifican en nuestra legislación estatal en el art. 37 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social al señalar, que “será finalidad de la política de empleo... mejorar la calidad del empleo y dignificar sus condiciones de trabajo, combatiendo activamente su discriminación”, de modo que la discapacidad no se puede convertir en un elemento que genere empleo precario o vulnerable. Lo anterior está íntimamente ligado al cumplimiento del ODS núm. 8.5 “trabajo decente crecimiento económico” a “lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, así como la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor” donde las grandes empresas y las pequeñas y medianas empresas, a excepción de las microempresas, que sean entidades de interés público tal como se definen en el artículo 2, punto 1, letra a), están obligadas a incluir en su informe de gestión la información necesaria para comprender el impacto de la empresa en las cuestiones de sostenibilidad, y la información necesaria para comprender cómo afectan las cuestiones de sostenibilidad a la evolución, los resultados y la situación de la empresa. Esta nueva obligación nace de la reciente Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que

se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas<sup>19</sup> en el que se incorpora un nuevo artículo (art. 29 ter) donde se fija que las normas de presentación de información sobre sostenibilidad de las empresas, deberán, entre otros requisitos cumplir:

b) especificar la información que las empresas deban divulgar sobre los siguientes factores sociales y de derechos humanos:

- i) la igualdad de trato y de oportunidades para todos, incluida la igualdad de género y la igualdad de retribución por un trabajo de igual valor, la formación y el desarrollo de capacidades, el empleo y la inclusión de personas con discapacidad, las medidas contra la violencia y el acoso en el lugar de trabajo, y la diversidad,
- ii) las condiciones de trabajo, incluido el empleo seguro, el tiempo de trabajo, la adecuación de los salarios, el diálogo social, la libertad de asociación, la existencia de comités de empresa, la negociación colectiva, incluida la proporción de trabajadores cubiertos por convenios colectivos, los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores, la conciliación de la vida privada y la vida laboral, y la salud y la seguridad,
- iii) el respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales, los principios democráticos y las normas establecidas en la Carta Internacional de Derechos Humanos y otros convenios fundamentales de las Naciones Unidas sobre derechos humanos, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Carta Social Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En este sentido, el fortalecimiento del derecho del trabajo y de la seguridad social de las personas con discapacidades permitirá eliminar o disminuir la relación discapacidad con los niveles de pobreza de las personas ocupadas, que han aumentado en la última década y hay un mayor número de trabajadores y trabajadoras pobres, con discapacidades. Durante las recesiones económicas, el papel de unos salarios mínimos adecuados en la protección de las personas discapacitadas con salarios bajos es particu-

---

<sup>19</sup> DOUE núm. 322, de 16 de diciembre de 2022

larmente importante, ya que estos son más vulnerables a las consecuencias de dichas recesiones, y resulta esencial a la hora de respaldar una recuperación económica sostenible e integradora, que debe conducir a un incremento del empleo de calidad. Las personas con discapacidades y más las mujeres con discapacidades forman parte del colectivo de personas trabajadoras pobres junto con los jóvenes, migrantes, progenitores de familias monoparentales, o colectivos de personas trabajadoras poco cualificados siguen teniendo una mayor probabilidad de ser trabajadores y trabajadoras con salarios mínimos o con salarios bajos. Así se ha recogido en la reciente Directiva 2022/2041 del Parlamento europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea constatando la importancia de la negociación colectiva. Dicha Directiva, prevé una serie de medidas destinadas a aumentar el número de trabajadores cubiertos por la negociación colectiva y facilitar el ejercicio de este derecho en esta materia, tales como: i) fomentar el desarrollo y el refuerzo de capacidad de los interlocutores sociales, ii) promover unas negociaciones constructivas, significadas e informadas, y/o iii) adoptar medidas para proteger el derecho de negociación colectiva de actos de discriminación<sup>20</sup>. Medidas todas ellas que contribuirán a una mejora de las condiciones salariales de las personas con discapacidad. Esta reciente Directiva entrará en vigor el 15 de noviembre 2022, a los veinte días de su publicación en el DOUE y obliga a los Estados miembros a trasponer, es decir a “adoptar las medidas necesarias” para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva “a más tardar el 15 de noviembre de 2024”, para la mejora de la adecuación de los salarios mínimos y su contribución a la igualdad de género, ya que fomentará la reducción de la brecha salarial y por ende de pensiones de género y también reducirá la pobreza de las mujeres, y contribuye asimismo al crecimiento económico sostenible de España y de la UE.

Como no es posible adaptar a la realidad social el art. 35 CE podría introducirse en la anunciada reforma del art. 49 CE una previsión que

---

<sup>20</sup> Vid. Art. 10 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, inciden en ello, en cuyo apartado 2 se dice expresamente “2. De acuerdo con lo dispuesto en esta ley y en la legislación laboral, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo por las causas previstas en esta ley. Como parte de las medidas que, en su caso, pudieran acordarse en el marco de la negociación colectiva, podrán establecerse conjuntamente por las empresas y la representación legal de los trabajadores, objetivos y mecanismos de información y evaluación periódica.

contemplará que todas las personas con discapacidades tienen el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades, respetando el derecho a la igualdad de trato y no discriminación.

Y por último, una asignatura pendiente en el marco normativo de la protección de las personas trabajadoras con discapacidades es en los Planes de Igualdad de las empresas y AAPP, a fin de servir como herramienta de naturaleza jurídico laboral y negociada para eliminar las cuatro formas de discriminación más identificativas en las que pueden concurrir de forma individual o simultánea: discriminación directa, indirecta, denegación de ajustes razonables, acoso, acoso sexual, violencia en el trabajo y discriminación por asociación. Tanto la CDPD y la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, inciden en ello.

## *Líneas jurisprudenciales en materia de igualdad en el entorno de la discapacidad*

**ALBERTO BLASCO HERNANDO**

*Socio responsable del departamento de derecho laboral de Garrigues en Cataluña, Aragón y Baleares.*

**DAVID GALLEGO BERDAH**

*Asociado Principal del departamento de derecho laboral de Garrigues.*

A lo largo del presente trabajo, se expondrán de forma sucinta las líneas jurisprudenciales más actuales, y que se han considerado más relevantes, en materia de igualdad en el ámbito laboral para las personas con discapacidad.

En este sentido, se ha optado iniciar el análisis por una sentencia local, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de enero de 2022, en la que, además de resolverse un supuesto concreto de posible discriminación por motivo de discapacidad en un despido disciplinario, se hace un buen repaso de **tres conceptos** relevantes a la hora de determinar la posible existencia de discriminación en el empleo por motivo de discapacidad.

En concreto:

1. El propio concepto de **persona con discapacidad**: hay que preguntarse, en términos jurídico-laborales, qué entienden nuestros Tribunales como “*persona con discapacidad*”. En concreto, y a efectos prácticos, ¿en qué circunstancias se entiende que una persona trabajadora padece una discapacidad que deba ser objeto de una especial protección? ¿Cuándo así se reconozca y declare por un organismo oficial, o se trata de un concepto más amplio?
2. El concepto de **discriminación por razón de discapacidad**, y sus distintas acepciones.
3. El concepto de **ajustes razonables**: muy relevante pues, según dispone nuestra legislación nacional más reciente (ley 15/2022, de 12 de julio, sobre igualdad de trato y no discriminación), su ausencia en

un caso particular en el que se requiera ya constituye un supuesto de discriminación directa.

Por su relevancia y necesidad de análisis “*ad casum*”, será en la interpretación jurisprudencial de este último concepto en la que se centrará la mayor parte de la presente exposición, mediante el análisis de las sentencias más recientes y relevantes tanto a nivel europeo como nacional.

Como hemos anunciado, la primera sentencia a la que vamos a referirnos es la siguiente:

### **1) SENTENCIA NÚM. 418/2022 DE SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, DE 25 DE ENERO**

Como hechos probados de esta sentencia, constan los siguientes:

- El trabajador tiene reconocido un grado de discapacidad del 36%, a causa de la inteligencia límite y crisis convulsivas generalizadas que sufre.
- Es contratado en 2017 por la empresa Sociedad de Transformación de Plásticos, S.A.
- El 10 de septiembre de 2020, su empleadora le notifica su despido disciplinario por “disminución voluntaria de su rendimiento en el trabajo, en base a unas productividades mensuales desde enero a agosto de 2020 inferiores, en la mayoría de estos meses, al 50%”.
- Tras el despido, el trabajador acredita que sufre ansiedad y desasosiego, consecuencia de repetición de pensamientos negativos, y emociones negativas que son revividas de forma traumática.

No ha quedado acreditado el porcentaje de productividad pactado en el contrato, ni el de periodos anteriores, ni tan siquiera que la productividad señalada correspondiente al año 2020 difiera de la que haya obtenido el trabajador en la empresa desde su incorporación en el año 2017.

No obstante, como sabemos, el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores define como un incumplimiento muy grave que justifica el despido disciplinario, “*la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado*”.

Pues bien, en base a estos hechos probados, la Sala repasa la evolución de los conceptos jurídicos aplicables: (i) el concepto de persona con dis-



capacidad, (ii) la regulación de la discriminación por este motivo y (iii) el régimen de obligaciones empresariales al respecto.

### **1. Persona con discapacidad**

El concepto de persona con discapacidad se regula, en primer lugar, en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (“**Convención de la ONU**”), ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

En su artículo 1, la Convención define como personas con discapacidad:

*“aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.*

Posteriormente, encontramos el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (“**RD Legislativo 1/2013**”), que se dicta en aplicación de lo previsto en la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

El artículo 4.1 del RD Legislativo 1/2013 establece que:

*“Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, **previsiblemente permanentes** que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.*

Por tanto, vemos que el RD Legislativa 1/2013, que se encarga de adaptar la Convención de la ONU, modifica ligeramente la definición de “persona con discapacidad” de forma que se entienda como tal, las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que la persona debe presentar no son ya a “largo plazo” sino “previsiblemente permanente”.

Pero no solo eso, sino que el apartado 2 del mismo artículo 4, añade lo siguiente:

*“**Además de lo establecido en el apartado anterior**, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un **grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento**.”*

*Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.*

*Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos”*

En consecuencia, queda claro, a todos los efectos (incluidos los laborales), que “persona con discapacidad” para nuestro ordenamiento nacional no es solamente la persona que tiene un grado de discapacidad reconocido del 33% sino que abarca, de forma general, a todas las personas que cumplan los requisitos del apartado primero del artículo analizado, sin necesidad de que se haya declarado previamente la discapacidad por el organismo competente.

Este punto guarda especial relevancia en relación con las obligaciones del empresario respecto de las personas con discapacidad, que analizaremos más adelante. En este sentido, concluimos que la norma no exige para que se activen estas obligaciones que una persona trabajadora acredite una discapacidad reconocida por un organismo competente, sino que concurre la existencia de una discapacidad en los términos, más amplios, del artículo 4 del RD 1/2013.

## ***2. Discriminación por razón de discapacidad***

Este concepto ha sido definido y desarrollado por diferentes textos normativos, tanto nacionales como internacionales que se enumeran y transcriben en la sentencia analizada. No obstante, conviene remitirse a la reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (“**Ley 15/2022**”) que transpone de manera más adecuada (de lo que parcialmente hizo, con anterioridad, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social) la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (la “**Directiva 2000/78**”).

En concreto, el artículo 6 de la Ley 15/2022 define, entre otros tipos de discriminación, las siguientes:

- **Discriminación directa:** es la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tra-

tada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2 de la Ley 15/2022 (nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, etc.)

Además, es relevante destacar que este mismo apartado añade que se considera discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad a cuyo análisis se destina, por su especial relevancia, un apartado específico a continuación.

- **Discriminación indirecta:** se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de las citadas en el punto anterior.

Por otra parte, el RD Legislativo 1/2013, en su artículo 35, en relación a las garantías del derecho al trabajo para las personas con discapacidad, especifica que *“existirá discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral del empresario, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a las personas con discapacidad respecto de otras personas, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios, o salvo que el empresario venga obligado a adoptar medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta y de acuerdo con el artículo 40, para eliminar las desventajas que supone esa disposición, cláusula, pacto o decisión”*.

A este respecto, el Tribunal Constitucional (“TC”) en sentencia 3/2018, de 22 de enero, declaró que

*“existe discriminación por razón de discapacidad tanto si se acredita un propósito de causar perjuicio a la persona por el mero hecho de ser discapacitada, como si se constata que se ha producido un resultado debido a la acción de un responsable [...] de Allí, la importancia que la propia Convención (de la ONU) confiere a quien tiene a su cargo el evitar esas barreras restrictivas, de emplear los “ajustes razonables” que eviten el resultad discriminatorio”*.

En consecuencia, es evidente y así lo reitera en numerosas ocasiones tanto nuestro TC como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”), la adopción de los ajustes razonables en el empleo desempeña un papel fundamental a la hora de combatir la discriminación por razón de discapacidad.

### 3. *Ajustes razonables*

La Directiva 2000/78, en su artículo 5, estableció que, con el objetivo de garantizar la igualdad de trato en relación con las personas con discapacidad, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las **medidas adecuadas**, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidad **acceder al empleo, desempeñarlo o progresar profesionalmente**, o para que se les ofrezca **formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario**. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.

Más adelante, el RD 1/2013 desarrolló el concepto de carga excesiva, en su artículo 40, especificando que, para determinar si una carga es excesiva a los efectos del párrafo anterior, se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o **subvenciones públicas** para personas con discapacidad, así como los **costes financieros** y de otro tipo que las medidas impliquen y el **tamaño** y el **volumen de negocios total de la organización** o empresa

Finalmente, la Ley 15/2022 ha definido como “ajustes razonables” las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.

A este respecto, la sentencia analizada (TSJ Cataluña 418/2022) cita algunas sentencias del TC, si bien una de ellas nos parece especialmente relevante y consideramos oportuno detenernos en sus cuyas reflexiones y conclusiones

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 51/2021, de 15 de marzo

Esta sentencia del Tribunal Constitucional recuerda que el empleo es una de las esferas en las que la discriminación por motivos de discapacidad ha sido “*tan preeminente como persistente*” y que, por este motivo, es tal la relevancia de los ajustes razonables como herramienta para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones.

Además, nos recuerda que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya declaró expresamente, en sentencia de 30 de enero de 2018 (Asunto Enver Sahin c. Turquía), que la denegación de “acomodo razonable” era una forma de discriminación. Por tanto, el TC concluye que resulta discriminatorio el incumplimiento por parte de la empleadora de adoptar los ajustes razonables, que no le impongan una carga desproporcionada o indebida y que sean necesarios para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás (actualmente, según se ha expuesto, esta interpretación ya ha sido recogida de forma expresa por el artículo 6 de la Ley 15/2022).

Finalmente, el TC concluye que:

*“el incumplimiento de la obligación por parte del empleador de adoptar los ajustes razonables **priva de legitimidad la adopción de medidas como el despido o la adopción de medidas disciplinarias motivadas en posibles insuficiencias en el desempeño de sus funciones por incurrir en discriminación.***

*Aunque tales medidas puedan estar fundadas, en principio, en razones objetivas y aparentemente neutras relacionadas con dicho desempeño, **incurren en discriminación si no se ha garantizado antes la observancia del principio de igualdad de trato de las personas discapacitadas mediante los debidos ajustes.**”*

Por tanto, y esto arroja ya cierta idea acerca de la resolución del caso analizado por el TSJ de Cataluña en la primera sentencia analizada, el hecho de no implementar los ajustes razonables necesarios y adecuados a las necesidades de una persona trabajadora con discapacidad, que no resulten excesivos o desproporcionados para la empleadora, para que esta persona pueda desempeñar sus funciones en igualdad de condiciones que el resto de personas trabajadores que ocupen el mismo puesto, no puede acarrear su despido por motivos de bajo rendimiento. En caso de hacerlo, el despido deberá ser declarado nulo en aplicación del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores.

A continuación, la sentencia del TC 51/2021 refiere a la obligación del empleador de atender a la eventual existencia de discapacidad en sus personas trabajadoras desde el momento en que tenga conocimiento de su “discapacidad” en el sentido dado por el artículo 4 del RD 1/2013.

*“Cuando una persona solicita en su empleo ajustes razonables por razón de su discapacidad su petición debe ser objeto de consideración desde el momento en que se solicite y se acredite -conforme a la normativa aplica-*

ble- el alcance de la discapacidad. La **respuesta del empleador debe ser expresa** y estar debidamente motivada; **en particular cuando deniegue los ajustes solicitados por considerarlos desproporcionados o indebidos**, ya que de lo contrario incurrirá en una **denegación tácita carente de la debida justificación** que vulnera dicho derecho.

La constatación de que una persona tiene una "discapacidad" en el sentido asumido por el legislador en el artículo 4 de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad (RD Legislativo 1/2013), y la determinación de su alcance, precede lógicamente a la consideración y adopción de las medidas necesarias para cumplir con la obligación de proceder a los ajustes razonables. Sin embargo, hay que precisar que **la obligación de realizar dichos ajustes no se limita únicamente a aquellos casos en que se soliciten expresa y formalmente por el afectado; alcanza también a los supuestos en que, aun cuando no se haya procedido a su petición formal por la persona que sufre discapacidad, quien deba garantizar su derecho a no ser discriminado tenga conocimiento de dicha discapacidad**. En esta línea, la observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Convención de la ONU puntualiza que "la obligación de proporcionar ajustes razonables no se limita a situaciones en que una persona con discapacidad haya pedido un ajuste o en que se pueda demostrar que el garante de los derechos en cuestión era consciente de que esa persona tenía una discapacidad. **También se aplica cuando el posible garante de los derechos debería haberse dado cuenta de que la persona en cuestión tenía una discapacidad** que tal vez obligara a realizar ajustes para que esta pudiera superar obstáculos al ejercicio de sus derechos" (CRPD/C/GC/6, párrafo 24 in fine; en la misma dirección, véanse las conclusiones de la abogada general Eleanor Sharpston, de 19 de octubre de 2017, en el asunto Carlos Enrique Ruiz Conejero, C-270/16, puntos 39 y 41). En estos últimos casos, **ciertamente, el cumplimiento de la obligación de proceder a ajustes razonables puede verse obstaculizado o impedido por la falta de datos relevantes facilitados por el empleado o empleada**, en cuyo caso, y hasta que no tenga la información necesaria, tan solo estará en manos del empleador informarle de este derecho. Sin embargo, tan pronto como se constate la discapacidad, el empleador deberá cumplir con su obligación de garantizar la igualdad de trato y la no discriminación de las personas con discapacidad a través de los ajustes razonables que sean necesarios y factibles."

Por tanto, si bien es cierto que la empleadora debe adoptar las correspondientes adaptaciones del puesto de trabajo de acuerdo con las limitaciones derivadas de la discapacidad de una persona trabajadora, no es menos cierto que la obligación del empresario tampoco parece ilimitada pues, como condición *sine qua non* para que se nazca su obligación de realizar los ajustes razonables está la previa constatación de la existencia de discapacidad. Esta constatación, cuando no

derive de una comunicación expresa por parte de la persona interesada, podría no resultar siempre evidente de producirse.

Lo que está claro es que no parece que estemos ante un supuesto de responsabilidad objetiva, sino que parece que deberían existir muestras o indicios suficientes de la discapacidad de la persona trabajadora para poder exigir a la empleadora la implementación de los ajustes razonables.

Pues bien, analizados los conceptos de “persona con discapacidad” y “discriminación por razón de discapacidad”, y revisadas las obligaciones empresariales al respecto, conviene atender a la resolución del conflicto por parte del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que, para alcanzar su fallo, tiene en cuenta las siguientes circunstancias:

- El actor fue contratado por el empresario que conocía perfectamente su discapacidad (inteligencia límite y crisis convulsivas generalizadas).
- No consta que el empresario tomase medidas para adaptar el puesto de trabajo del actor. Por tanto, no realizó ajustes razonables para que el actor pudiera desempeñar las funciones propias de su puesto de trabajo en igualdad de condiciones que el resto de personas trabajadores que ocupaban el mismo puesto.
- Se despide al demandante por disminución voluntaria y continuada en su rendimiento de trabajo normal o pactado, sin que se acredite la productividad en periodos anteriores, ni los términos de comparación ni tampoco la existencia de una productividad pactada.

En atención a las circunstancias anteriores, la sentencia analizada declara la nulidad del despido por discriminación por razón de discapacidad, por el simple hecho de que el empresario no adoptó ningún tipo de ajuste razonable a pesar de que era perfectamente consciente de la discapacidad del trabajador.

## **2) STJUE (SALA PRIMERA). CASO DW CONTRA OTROS. SENTENCIA DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2019**

Los hechos probados en el litigio principal son los siguientes:

- La demandante fue contratada por la empresa para prestar servicios de embalaje y conformado de tubo plástico y se acogió a una reducción de jornada por cuidado de hijos menores.

- La demandante padecía una epicondilitis, que fue calificada como “enfermedad profesional”, encontrándose en situación de incapacidad temporal durante varios periodos entre septiembre de 2011 y abril de 2014 por este motivo. A partir del 31 de agosto de 2016, la demandante se encontró en situación de incapacidad temporal derivada del accidente de trabajo por la epicondilitis que sufría.
- En 2011 se reconoció a la demandante como “trabajadora especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo”.
- Desde la fecha en que se le diagnosticó la epicondilitis, la trabajadora fue declarada como “apta con limitaciones” para ocupar su puesto de trabajo.
- A partir de 2016, en los periodos en los que trabajó, fue destinada preferentemente a puestos que requerían la manipulación de tubo pequeño, en los cuales no había tanto riesgo para su salud como en los puestos en los que manipulaba tubo grueso.
- El 22 de marzo de 2017, estando la trabajadora de baja por incapacidad temporal derivada de la epicondilitis, la empresa notifica a la demandante su despido objetivo en base a los siguientes criterios objetivos aplicables a 2016 (despidieron a 9 personas más en las mismas fechas):
  - Adscripción a los procesos de ensamblaje y conformado de tubo plásticos.
  - Productividad inferior al 95%
  - Menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa, y
  - Mayor índice de absentismo.
- Mediante informe posterior al despido, la Inspección de Trabajo consideró que la empresa había mantenido las condiciones de trabajo de la demandante, una vez conocida su epicondilitis. Es decir, que la había destinado a puestos en los que seguían existiendo operaciones que suponían riesgos ergonómicos para la demandante. La Inspección de Trabajo concluyó que la empleadora no había adaptado el puesto de trabajo para compatibilizarlo con la salud de la demandante.
- El Juzgado Social 3 de Barcelona plantea diversas cuestiones prejudiciales, que se resuelven como sigue:
  - La condición de “trabajadora especialmente sensible” no equivale a la condición de “persona con discapacidad”. Solamente podrá



tener esta consideración en caso de que su estado de salud implique una limitación en su capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo (según el RD Legislativo 1/2013, “previsiblemente permanente”) que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Corresponde al JS 3 de Barcelona, como órgano remitente, comprobar el estado de salud de la demandante es constitutivo de “discapacidad” en los términos indicados previamente.

- Los criterios de afectación al despido objetivo notificado a la demandante no pueden considerarse como constitutivos de discriminación directa, dado que no están indisociablemente ligados a la discapacidad. No obstante, siendo aparentemente neutros, sí que pueden ocasionar desventajas particulares a la demandante (en caso de considerarse como “persona con discapacidad”). En concreto:
  - Productividad inferior al 95% y menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa: una persona trabajadora con discapacidad puede tener menos posibilidades de obtener buenos resultados, y menor polivalencia, que una persona trabajadora sin discapacidad.
  - Mayor índice de absentismo: una persona trabajadora con discapacidad está más expuesta al riesgo de tener un elevado índice de absentismos que una persona trabajadora sin discapacidad, dado que incurre en el riesgo adicional de estar de baja por una enfermedad relacionada con su discapacidad.
- Por tanto, el despido de la demandante en base a los criterios indicados (siempre y cuando se entendiese que tiene una “discapacidad”) constituiría una discriminación indirecta salvo que se hubieran aplicado los “ajustes razonables” en los términos del art. 40 del RD Legislativo 1/2013.
- En el caso analizado, el TJUE resuelve que si bien la empleadora realizó algunos ajustes en el puesto de trabajo de la demandante, tras conocer su condición de trabajadora especialmente sensible, hay que tener en cuenta que el Informe de la Inspección de Trabajo concluyó que la empleadora no había adaptado el puesto de trabajo para compatibilizarlo con la salud de la demandante al

haberla destinado a puestos en los que seguían existiendo operaciones que suponían riesgos ergonómicos para la ella. No obstante, de nuevo, se remite al órgano jurisdiccional remitente (JS 3 de Barcelona) para que valore y concluya acerca de si la empresa empleadora adoptó, o no, con anterioridad al despido de la trabajadora, los ajustes razonables para que pudiera desempeñar su trabajo en igualdad de condiciones que el resto de las personas trabajadoras.

- El TJUE concluye que el despido por «causas objetivas» de una persona trabajadora en base a criterios de selección consistentes en (i) presentar una productividad inferior a un determinado nivel, (ii) una menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y (iii) un elevado índice de absentismo, constituye una discriminación indirecta por motivos de discapacidad. Todo ello, salvo que la empleadora haya realizado previamente con respecto a esa persona trabajadora ajustes razonables, en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2000/78 (y del art 40 del RD Legislativo 2/2013), a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.
- Finalmente, hay que tener en cuenta que, con la entrada en vigor de la Ley 15/2022, la denegación de ajustes razonables supone incurrir en discriminación directa.

### **3) STJUE (SALA SEGUNDA). CASO TC Y OTROS CONTRA KOMISIA ZA ZASHTITA OT DISKRIMINATSIA Y OTROS. SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 2021**

Los hechos probados en el litigio principal son los siguientes:

- La trabajadora está afectada de incapacidad permanente a causa de la pérdida de la vista. Es licenciada en Derecho y, en 2014, fue habilitada como jurado por el Sofiyski gradski sad (Tribunal de la Ciudad de Sofía, Bulgaria) mediante un procedimiento tramitado por el consejo municipal de esta ciudad. Las funciones de jurado constituyen una actividad profesional retribuida
- Fue adscrita al Sofiyski rayonen sad (Tribunal de Primera Instancia de Sofía, Bulgaria) y, mediante sorteo, a la Sala Sexta de lo Penal de

este Tribunal, de la cual era juez “UB” y a la que estaban adscritas como jurados otras tres personas.

- Durante el período comprendido entre el 25 de marzo de 2015 y el 9 de agosto de 2016, la trabajadora no participó en ningún juicio oral en procesos penales (a partir del 9 de agosto de 2016, se introdujo una reforma legislativa que permitía la asignación electrónica de jurados, lo que provocó que se le empezaran a asignar juicios orales en asuntos penales a la trabajadora).
- En mayo de 2015, solicitó a “TC”, presidente del Sofiyski rayonen sad (Tribunal de Primera Instancia de Sofía), ser asignada a otro juez, si bien no recibió respuesta alguna. Posteriormente, la trabajadora presentó una reclamación ante la Comisión de Protección contra la Discriminación, alegando haber sufrido un trato desfavorable por motivo de su discapacidad tanto por parte de la juez “UB” —en la medida en que esta no le había permitido participar en ningún proceso penal— como por parte de “TC” —que no dio curso a su solicitud de reasignación para poder ejercer su derecho a trabajar como jurado—.

Como respuesta, “TC” y “UB” alegaron, en particular, la naturaleza de las obligaciones de un jurado, la necesidad de poseer características físicas específicas (la visión) y la existencia de un objetivo legal, concretamente el respeto de los principios de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que justifica el distinto trato (inmediación, determinación de la verdad objetiva y formación de la íntima convicción).

No obstante, la Comisión de Protección contra la Discriminación resolvió que “TC” y “UB” habían cometido una discriminación por motivos de discapacidad contra la trabajadora, lo que fue confirmado, tras interposición de sendos recursos por “TC” y “UB”, por el Administrativen sad Sofia-grad (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Sofía, Bulgaria). Este órgano jurisdiccional añadió que el hecho de que la trabajadora hubiese participado en una serie de juicios orales en asuntos penales desde el 9 de agosto de 2016, fecha en la que entró en vigor una reforma legislativa por la que se introdujo la asignación electrónica de jurados, corroboraba estas consideraciones.

- Tras las cuestiones prejudiciales planteadas por El Varhoven administrativen sad (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Bulgaria), el TJUE alcanza las siguientes conclusiones:

- La trabajadora padece una discapacidad en el sentido dado por la normativa europea de aplicación.
- El hecho de que se la haya tratado de forma menos favorable que a los otros dos jurados adscritos a la Sala Sexta de lo Penal del Tribunal de Primera Instancia de Sofía, por motivo de su ceguera, constituye una discriminación directa.
- La excepción prevista en el artículo 4.1 de la Directiva 2000/78<sup>1</sup> debe interpretarse restrictivamente y, en concreto, respecto de lo que se entiende por “requisito profesional esencial y determinante”, el “objetivo legítimo” y el “requisito proporcionado”. En concreto:
  - En cuanto al “requisito profesional esencial y determinante”, el TJUE resuelve que la visión podría considerarse como tal para ejercer la profesión de jurado.
  - En cuanto al “objetivo legítimo”, entiende el TJUE que el querer garantizar el pleno respecto de los principios del proceso penal (inmediación y apreciación directa de las pruebas) puede ser un objetivo legítimo.
  - No obstante, respecto del “requisito proporcionado”, el TJUE recuerda que el empresario debe tomar las medidas adecuadas en función de las necesidades de cada situación concreta para permitir a las personas con discapacidad realizar su trabajo en igualdad de condiciones con el resto de las personas trabajadoras (con el límite de la carga excesiva para el empleador). En este caso, el empresario excluyó por completo a la trabajadora de participar como jurado en asuntos tramitados por la referida sala de lo penal, sin distinción en función de los asuntos tratados y sin examinar la posibilidad de subsanar las eventuales dificultades que se hubieran podido plantear (ajustes razonables).

---

<sup>1</sup> “No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una **diferencia de trato basada en una característica relacionada** con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la **actividad profesional concreta** de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un **requisito profesional esencial y determinante**, siempre y cuando el **objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado**”.

- El concepto de “ajustes razonables” deben interpretarse de forma amplia, en el sentido de eliminar las barreras que dificultan la participación de las personas trabajadoras con discapacidad de su participación plena y efectiva en la vida profesional, en igualdad de condiciones con las demás personas trabajadoras.

El TJUE menciona, como posibles ajustes razonables en este caso concreto, ayuda material (dispositivos médico-técnicos), personal u organizativa.

Finalmente, el TJUE entiende que el hecho de que, a partir del 9 de agosto de 2016, la trabajadora participó en numerosos asuntos penales como jurado, tras la implementación de su asignación electrónica, acredita que era capaz de asumir las funciones de jurado respetando plenamente las normas procesales penales.

- Conclusión: resulta discriminatorio privar a una persona trabajadora invidente de toda posibilidad de ejercer las funciones de jurado (profesional) en un proceso penal.

#### **4) STJUE (SALA TERCERA). CASO XXX CONTRA HR RAIL, S.A. SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 2022**

Los hechos probados en el litigio principal son los siguientes:

- El recurrente en el litigio principal fue contratado como trabajador de mantenimiento especializado en vías férreas por HR Rail, empleador exclusivo del personal de Chemins de fer belges.
- El 21 de noviembre de 2016, comenzó un período de prácticas en Infrabel, organismo jurídico que actúa como «administrador de infraestructuras» para Chemins de fer belges.
- En diciembre de 2017, se diagnosticó al recurrente en el litigio principal una patología cardíaca que precisó la colocación de un marcapasos, dispositivo sensible a los campos electromagnéticos emitidos, en particular, por las vías férreas. Dado que este dispositivo médico es incompatible con las exposiciones repetidas a campos electromagnéticos que sufre un trabajador de mantenimiento en las vías férreas, el recurrente en el litigio principal ya no estaba en condiciones de realizar las tareas para las que había sido contratado inicialmente.

- El 12 de junio de 2018, el Service public fédéral «Sécurité sociale» (Servicio Público Federal de la Seguridad Social, Bélgica) reconoció su discapacidad.
- El 28 de junio de 2018, el centre régional de la médecine de l'administration (Centro Regional de Medicina de la Administración, Bélgica), encargado de evaluar la aptitud médica de los agentes estatutarios de Chemins de fer belges, declaró que el recurrente en el litigio principal no era apto para ejercer las funciones para las que había sido contratado.
- Se destinó entonces al recurrente en el litigio principal a un puesto de operario de almacén en la misma empresa.
- El 26 de octubre de 2018, el director general de HR Rail comunicó al recurrente en el litigio principal que, en virtud del Estatuto y del Reglamento aplicables al personal de Chemins de fer belges, se ponía fin a su período de prácticas debido a su imposibilidad total y definitiva para realizar las funciones para las que había sido contratado. En efecto, a diferencia de los agentes nombrados con carácter definitivo, los trabajadores en prácticas a los que se les reconoce una discapacidad y que, por tanto, ya no son capaces de desempeñar su función no tienen derecho a un cambio de puesto en la empresa. El director general le informó asimismo de que el escrito que ofrecía un «acompañamiento personalizado» había quedado sin objeto.
- El TJUE resuelve lo siguiente:
  - El hecho de que el recurrente en el litigio principal no fuera, en la fecha de su despido, un agente contratado con carácter definitivo no impide que su situación profesional esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78.
  - No es controvertido que el recurrente en el litigio principal tiene una “discapacidad” en el sentido de la legislación nacional que transpone la Directiva 2000/78.
  - El empresario está obligado a adoptar las medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas, teniendo en cuenta cada situación individual, para permitir a cualquier persona con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, sin que suponga una carga excesiva para el empresario.
  - Pues bien, según el artículo 2, párrafo tercero, de la Convención de la ONU, **la discriminación por motivos de discapacidad incluye**

**todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.**

- Por consiguiente, procede considerar que, cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a la aparición de una discapacidad, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada como “ajuste razonable” a efectos del artículo 5 de la Directiva 2000/78.
- El artículo 5 de la Directiva 2000/78/ debe interpretarse en el sentido de que el concepto de “ajustes razonables para las personas con discapacidad” implica que una persona trabajadora, incluida la que realiza un período de prácticas tras su incorporación, que, debido a su discapacidad, ha sido declarada no apta para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa sea destinada a otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para el empresario.

### **5) SJCE (GRAN SALA). CASO S.COLEMAN CONTRA ATTRIDGE LAW. SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 2008**

En esta sentencia, la Gran Sala conoce de un conflicto nacido entre la Sra. Coleman y su empleadora, Attridge Law, concurriendo los siguientes antecedentes fácticos según la demanda presentada:

- El hijo de la demandante es una persona con discapacidad y es ella quien le dispensa la mayor parte de los cuidados que éste necesita.
- La demandante asegura haber sido objeto de acoso debido a la discapacidad de su hijo y a haber sido haber sido víctima de un trato menos favorable que sus compañeros por este mismo motivo.
- La demandante presentó su baja voluntaria incentivada (“voluntary redundancy” según Derecho inglés) a propuesta del empresario, debido al exceso de plantilla existente en la empresa.
- El TJCE concluye que **la prohibición de discriminación (y del acoso, como forma de discriminación) por motivo de discapacidad, no solo afecta a las personas trabajadoras con discapacidad sino también a las personas trabajadoras con hijos o hijas con discapacidad a quien la persona trabajadora prodigue la mayor parte de los cuidados que necesita.**

## 6) SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 5/2022, DE 24 DE ENERO

- En esta sentencia, el Tribunal Constitucional español conoce de un asunto en el que a una persona con discapacidad derivada de un trastorno severo de su visión (que le provoca una ceguera prácticamente total), le es denegado el acceso a la prestación de gran invalidez debido a que, previamente, había accedido a la jubilación anticipada por motivo de discapacidad al amparo del artículo 206 bis de la Ley General de la Seguridad Social.
- El artículo 191 de la Ley General de la Seguridad Social establece que *“no se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad prevista en el artículo 205.1.a) y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social”*. Aquí se refiere a la edad y demás requisitos para acceder a la jubilación ordinaria.
- Se viene reconociendo la compatibilidad entre la prestación de incapacidad permanente y la jubilación anticipada de personas sin discapacidad (que sufren una merma en su pensión debido al adelanto de la edad de jubilación).
- El artículo 206 bis de la Ley General de la Seguridad Social prevé la posibilidad de que las personas con discapacidad adelanten la fecha de su jubilación, sin reducción de la pensión derivada de la anticipación de la edad de acceso a la jubilación.
- Entiende la resolución impugnada que *“como los demás trabajadores pueden jubilarse anticipadamente pero con unos descuentos en su pensión de jubilación, y sin embargo a los discapacitados se les permite jubilarse a una edad inferior a la ordinaria de jubilación sin esa disminución de derechos [...], la edad de dicha jubilación "anticipada" de los trabajadores discapacitados es la ordinaria para ellos, pues les supone los mismos derechos que la edad ordinaria para los trabajadores no discapacitados”*
- No obstante, el TC entiende que el único requisito que ha establecido el legislador para impedir el reconocimiento de la prestación de incapacidad permanente es haber alcanzado la edad de jubilación ordinaria recogidos en el artículo 205.1 de la Ley General de la Seguridad Social (67 años o 65 años en determinados casos) y que, habiendo solicitado la demandante la prestación por incapacidad permanente a los 62 años, se le debió de haber concedido. Termina diciendo la sentencia que si la ley no hace distinción alguna en



esta materia, el establecimiento de una diferencia de trato para los supuestos de jubilación anticipada por razón de discapacidad podría suponer una discriminación.

## 7) STJUE (SALA SEGUNDA). CASO TJ Y OTROS CONTRA INSPECTORATUL GENERAL PENTRU IMIGRARI. SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 2022

Para terminar, y aunque no haga referencia específicamente a una persona con discapacidad, podría resultar interesante cerrar este estudio con la muy reciente, y comentada, “sentencia de las gafas”.

Hemos leído en muchas titulares que las empresas tienen ahora la “obligación” o el “deber” de sufragar el coste o entregar gafas graduadas a todos los empleados que trabajan con pantallas.

Esta sentencia ha sido dictada a raíz de una cuestión prejudicial elevada por un tribunal de Rumanía, en la que se solicitaba la interpretación del artículo 9 de la Directiva 90/270/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización.

El referido precepto, en su apartado 3), establece expresamente que

*“deberán proporcionarse a los trabajadores **dispositivos correctores especiales** para el trabajo de que se trata, si los resultados del reconocimiento a que se refiere el apartado 1 o del reconocimiento a que se refiere el apartado 2 demuestran que son necesarios y no pueden utilizarse dispositivos correctores normales”.*

Estos reconocimientos médicos pueden producirse antes de comenzar a trabajar con una pantalla de visualización, o después.

Tras interpretar el precepto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye lo siguiente:

1. Que, dentro del concepto de “dispositivos correctores especiales” de la directiva, se encuentran las “gafas graduadas que sirven específicamente para **corregir o prevenir trastornos de la vista relacionados con un trabajo realizado con un equipo que incluye una pantalla de visualización**”.
2. Que dichos dispositivos correctores especiales “**no se circunscriben a los dispositivos utilizados exclusivamente en el ámbito profesional**”.

3. No solo se refieren a las gafas sino también a otros tipos de dispositivos que puedan corregir o prevenir trastornos de la vista.
4. Que la obligación de proporcionar los dispositivos puede ser cumplida por el empresario, **bien mediante la entrega directa** de los mismos, **bien mediante el reembolso de los gastos**, no siendo válido el abono de un complemento salarial de carácter general.

Sin embargo, la obligación por parte del empresario no puede ser incondicional y absoluta por el mero hecho de que la persona trabajadora preste servicios frente a una pantalla de visualización. En este sentido, si se acude a los razonamientos de la propia sentencia se aprecia que:

1. para que nazca dicha obligación, es necesario que las gafas graduadas, en su condición de dispositivo corrector especial, sirvan para corregir o prevenir trastornos de la vista específicamente **relacionados con el trabajo** (aunque no se hayan originado debido al trabajo con pantallas).
2. Un dispositivo corrector especial debe necesariamente servir para corregir o prevenir trastornos de la vista que un **dispositivo corrector normal no puede corregir o prevenir**.
3. Los **dispositivos correctores normales son los que se llevan fuera del lugar de trabajo y que, por tanto, no necesariamente guardan relación con las condiciones de trabajo**. Así pues, tales dispositivos no sirven para corregir o prevenir trastornos de la vista relacionados con el trabajo y pueden no guardar relación específica con el trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización.

En definitiva, la obligación o no de facilitar a las personas trabajadoras dispositivos correctores especiales dependerá de cada caso concreto, en función de la evaluación y resultados que se obtengan del reconocimiento médico y, además, de si los dispositivos correctores normales que estuviera, en su caso, utilizando sirven o no para prevenir o corregir los eventuales trastornos relacionados con el trabajo con pantallas. En resumen:

1. Tiene que existir trastorno que prevenir o corregir derivados del trabajo con pantallas de visualización.
2. Tiene que existir un diagnóstico médico y una recomendación que uso de unos dispositivos correctores especiales distintos de los dispositivos correctores normales que, eventualmente, se pudieran estar utilizando.

Dada la novedad de la sentencia y de las no pocas dudas interpretativas que genera, como siempre sucede, deberemos esperar para ver cómo es interpretada por nuestros juzgados y tribunales.

# *Justicia social, dignidad y derechos humanos del trabajo para las personas con discapacidad*

GLORIA PILAR ROJAS RIVERO

## 1. INTRODUCCIÓN

La perspectiva de los derechos humanos no está presente en los primeros momentos en que se ofrece protección a las personas con discapacidad, una protección que comenzó por auxiliar a los mutilados de las guerras mundiales con políticas de apoyo asistencial. La perspectiva de derechos humanos está ausente, incluso, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y en el Convenio 111 OIT sobre discriminación en el empleo y la ocupación (1958), en los que la discapacidad se contempla como causa de discriminación.

El modelo social se consagra, desplazando al asistencial, con las Normas Uniformes de NNUU de 1993, que incorporan la perspectiva de los derechos humanos, culminando la misma, a nivel internacional, con la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad (CIDPD) de 2006, concebida para proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Al mismo modelo social responde la Directiva 2000/78/CE sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

En España, el mandato constitucional del art.49 CE arranca con la Ley 13/1982 construida sobre el modelo médico asistencial. Posteriormente, la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social –de transposición de la Directiva 2000/78/CE–, supusieron una mejora del aparato normativo, introduciendo el concepto social. Finalmente, Ley 26/2011, de adaptación normativa a la CIDPD, busca instaurar plenamente el modelo social y habilita al Gobierno para refundir la normativa vigente, aprobándose el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, Texto refundido de la Ley General de derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social (LGDPD).

Más recientemente, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, introduce cuestiones de cierta trascendencia sobre el polémico tratamiento de la discapacidad “social” por parte de nuestros tribunales.

Las novedades que introduce esta reciente ley merecen un pequeño apunte. La Directiva 2000/78/CE tuvo como objetivo la creación de un mercado de trabajo que favoreciera la integración social de los enfermos, para lo cual señaló la necesidad de luchar contra la discriminación por razón de la discapacidad, pero en ningún momento se refirió a las enfermedades “en general”, a pesar de que éstas también pueden dar lugar a la exclusión social. Ello originaba cierta situación de indefensión respecto de los trabajadores que padecen trastornos y/o dolencias varios con motivo de la evolución, incluso del transcurso del tiempo, de ciertas enfermedades.

La LGDP introdujo un concepto de discapacidad amplio acorde con el concepto social de discapacidad que propugna la Convención de la ONU, pero el problema residía en que el apdo. 2 de su art. 4 permite otras definiciones de la “discapacidad” que se han venido recogiendo en todos los textos legislativos relativos a los derechos de las personas con discapacidad, de modo que para acceder a determinadas prestaciones, la persona debía acreditar un determinado grado de discapacidad, incluso en relación con las medidas de preferencia en el empleo.

La Ley 15/2022 ha venido a delimitar más claramente los márgenes de la interpretación jurisprudencial frente a despidos en los que no se acreditaba el móvil discriminatorio, pues incorpora, a los supuestos de discriminación de la Directiva, los de enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos (art. 2.1); si bien el art. 4.2 permite ciertas diferencias de trato que siempre podrán estar justificadas. Se insistirá más adelante en ello con algún otro detalle.

Los cambios y avances realizados, por tanto, en España como en la mayor parte del mundo, son evidentes, pero la realidad se sigue mostrando discriminatoria para las personas con discapacidad. La discapacidad como cuestión de derechos humanos, es algo que hoy en día no se discute, pero las políticas sociales basadas en los distintos modelos de tratamiento (de prescindencia o exclusión, rehabilitador y social) no han dado respuestas efectivas que contribuyan a la erradicación definitiva de la discriminación de este grupo de personas.

Tampoco ayuda la “economía globalizada” en tanto difumina las características nacionales de empleo, disipando la sensibilidad de los Estados respecto de colectivos que padecen alguna discapacidad; lo que se agrava,

además, en situaciones de crisis que afectan al mercado de trabajo, como las recientemente padecidas a nivel mundial, la económico financiera de 2008 y la sanitaria por la crisis del covid-19.

Pero no debe perderse de vista que la justicia social, la lucha contra la desigualdad y la pobreza, es o debe ser inseparable de la globalización. En el ámbito internacional ha sido esencial el papel desempeñado por la OIT con su concepto de *trabajo decente* desde 1999. El bienestar social exige derribar todas las barreras (objetivas, subjetivas o ambientales) que impiden a las personas con discapacidad desempeñar un trabajo digno. Es muy necesario en estos casos hablar de trabajo digno y de trabajo decente, pues las condiciones de trabajo adecuadas (trabajo con derechos, con protección social y con diálogo social) implican no sólo el acceso al empleo en igualdad de oportunidades y sin discriminación, sino un marco social concienciado en la eliminación de barreras de cualquier tipo.

El derecho al trabajo es un derecho humano fundamental y un componente esencial de la dignidad humana (se insiste en ello en la Observación General nº 8). La relación de la dignidad en el trabajo y del trabajo decente con los derechos humanos permite, además, vincular el trabajo a algo más que el desarrollo productivo. El trabajo, como derecho inherente a la condición de la persona, es también una necesidad para las personas con discapacidad, ya que mediante el trabajo se alcanza bienestar y vida autónoma.

La clave de bóveda está en la observación de estos problemas desde el prisma de los derechos humanos, que parte de la dignidad, la autonomía, la igualdad y la solidaridad como valores básicos fruto de la aprobación de la CIDPD y de la Directiva 2000/78/CE.

## **2. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ESTADO SOCIAL ESPAÑOL**

El constitucionalismo contemporáneo incorpora, de manera más o menos generalizada los derechos sociales y económicos, los laborales entre ellos, debido en buena medida a la aprobación de importantes textos supranacionales, como la DU de 1948 y los Pactos de 1966 de NNUU, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de 2000, así como el proceso de internacionalización de la legislación sobre el trabajo llevado a cabo por la OIT. El Derecho del Trabajo recibe con todo ello un impulso extraordinario.

En Europa, la materialización del Estado social se produce a finales del siglo XIX, cuando la necesidad de políticas sociales es más evidente ante

las circunstancias impuestas por los procesos de industrialización. Y en España este proceso se retrasa hasta 1931, vive el paréntesis constitucional del régimen franquista y culmina en la vigente CE de 1978.

Las manifestaciones del carácter social del Estado en nuestra Constitución, son evidentes y numerosas, buena parte del Título I, con sus 55 artículos, el art.49 entre ellos; pero también otros situados en el Título VII por ejemplo.

De muy poco serviría, sin embargo, la proclamación formal de todos los derechos y libertades recogidos en el texto constitucional si no se hubiese previsto un sistema específico de garantía de los mismos más allá del art.24. Por eso, el art.53 establece la relación de instrumentos de tutela singular de cada tipo de derechos. Y todo el sistema culmina con un dispositivo de cierre, de importancia trascendental para el asunto que aquí nos ocupa, el art.9.2, inspirado inequívocamente en el art.3.2 de la Constitución italiana, supone el reconocimiento explícito de que el sistema constitucional está inserto en una sociedad desigual y que la superación de la contradicción entre libertad formal-libertad real y la consecución de la efectividad plena y real de los derechos y libertades se pretende a través de un triple mandato a los poderes públicos: promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todas las personas en la vida política, económica, cultural y social.

El art.49 CE, dentro del capítulo de los principios rectores de la política social y económica, reconoce el derecho a la protección de las personas con discapacidad a través de la realización por los poderes públicos de políticas específicas dirigidas especialmente al disfrute de los derechos que la CE otorga a toda la ciudadanía.

No es la única referencia a la discapacidad, pues, el compromiso de la igualdad, plasmado en los arts.1.1 y 9.2 CE, se proyecta también a la discapacidad. La garantía de igualdad efectiva y no discriminación “directa o indirecta”, “en particular por razón de.... discapacidad” ha sido propiciada mediante la adopción de un conjunto reforzado de medidas legislativas de muy diverso alcance institucional, como es el caso del art.17 LET.

Existe ya un importante bagaje normativo en desarrollo del art.49 CE, plasmado hoy en la LGDPD de 2013. A pesar de ello, la normativa presenta numerosas carencias, disfunciones y lagunas en relación con el modelo social contemplado por la CIDPD que obliga a cambios profundos en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, como es el caso de la reforma cons-

titucional propuesta para eludir la denominación ya considerada ofensiva que contiene. Pero desde 2013 se ha hecho un importante esfuerzo legislativo: la Ley 15/2015 sobre el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en iguales condiciones; la Ley Orgánica 1/2017, que garantiza la participación de las personas con discapacidad en el Tribunal del Jurado; la Ley Orgánica 2/2018, que garantiza el derecho de sufragio de las personas con discapacidad; Ley 8/2021 sobre apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Y, finalmente, la Ley 15/2022, con efectos importantes en el ámbito de las relaciones laborales al incorporarse nuevas causas de prohibición que permitirán, como antes se dijo, una mayor protección ante decisiones empresariales (y, específicamente, el despido) arbitrarias y fundadas en la ausencia de un estado saludable o de salud completa de la persona. Esto es, la causa discriminatoria relativa a la enfermedad o “estado de salud” debe ser definida por los tribunales con contornos que deben ir más allá de la “enfermedad discapacitante” de la jurisprudencia del TJUE, con la finalidad de hacer entrar en juego el mandato del art. 55 ET sobre nulidad del despido disciplinario discriminatorio.

Finalmente, conviene también citar, en este terreno, el Componente 23 del Plan de Recuperación, transformación y Resiliencia de 2021, en el que se parte de la necesidad de garantizar jurídicamente los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, especialmente las que padecen alguna discapacidad, sufren enfermedades crónicas o de larga duración. Se reconoce entonces como necesaria una inversión potente en proyectos de inserción y de apoyo a la autonomía de las personas con discapacidad.

Desde junio de 2021 entraron en vigor medidas de trato diferenciado dirigidas a las personas con capacidad intelectual límite desde un enfoque orientado a los apoyos que precisan estas personas en el ámbito del empleo.

### **3. EXAMEN COMPARATIVO DE LAS MEDIDAS UTILIZADAS PARA LA INTEGRACIÓN SOCIO-LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

En la mayoría de las ocasiones las legislaciones de los distintos países vienen apoyándose sobre bases filantrópicas y no tanto en la necesidad de reconocer la dignidad de las personas con discapacidad en el trabajo.

Es una evidencia preocupante que, según datos recientes, en los cinco países con mayor población de la UE, Alemania, Reino Unido, Francia,

Italia y España, las personas con limitaciones tienen casi 33 puntos menos de probabilidad de tener empleo que las personas sin discapacidad. También lo es que a mayor tasa de empleo se muestra una menor integración de personas con discapacidad. De ello se deduce que el mayor crecimiento económico y la creación de empleo no son condiciones suficientes para que se garantice dicha integración.

Se exponen a continuación unas breves pinceladas de las experiencias practicadas en distintas partes del planeta.

### ***3.1. Tendencias europeas sobre la inclusión laboral de las personas con discapacidad***

La activación laboral es el eje determinante de la inclusión. Sin embargo, la coordinación del eje de los servicios con los dispositivos de renta mínima y la inserción laboral es un déficit que compartimos la mayoría de los países de la UE. A ello se une la baja coordinación entre los servicios de empleo y los servicios sociales o entre éstos y otros servicios como los de acceso a la vivienda. No se trata tanto de cobertura, en lo que se han producido importantes avances en servicios de empleo y servicios sociales, cuanto de coordinación y efectividad.

En lo relativo a la gobernanza, la Comisión Europea dice que “la mayoría de los Estados miembros ha utilizado el método abierto de coordinación (MAC) como dispositivo de información, pero no para el desarrollo efectivo y coordinado de las políticas de inclusión social”.

### ***3.2. Países de tradición anglosajona***

Parece que en los países de tradición anglosajona hay una protección más intensa de la discapacidad; lo que sí parece cierto es que hay una configuración más completa de la obligación de ajustes razonables por ejemplo. La caracterización de los distintos elementos que integran la obligación de ajustes razonables se hace por vía jurisprudencial, cuyo carácter dinámico permite construir una casuística que ofrece seguridad jurídica a los operadores y que facilita una caracterización vanguardista de la obligación. Así ocurre en EEUU, Canadá y Reino Unido, mientras que en países como Francia y, también España, la configuración es más legal, y parece que no se alcanza con ello el nivel de protección que ofrecen los otros.



### **3.3. Iberoamérica**

El estudio comparado de lo que se hace en los países iberoamericanos muestra que las medidas utilizadas son múltiples: servicios públicos y privados de colocación, formación, subvenciones a la contratación, medidas de acción positiva, como cupos que se deben cumplir en plazos determinados, o políticas de contratación pública que incorporen objetivos de promoción de la igualdad.

Sin embargo, medidas como la concesión de créditos para la creación de empresas por parte de estas personas, el asesoramiento para la puesta en marcha de los emprendimientos, pagos reducidos en las cuotas a la Seguridad Social, la anticipación de la edad de jubilación, etc., no están muy extendidas entre los países de la Comunidad Iberoamericana. Algunos sí regulan el empleo protegido, pero no favorecen la transición del empleo protegido al empleo ordinario para superar la segmentación que supone separar a las personas con discapacidad en talleres o empresas protegidas.

Todos los diagnósticos subrayan la importancia de la formación y la cualificación profesional pero, en muchos casos, estas iniciativas están muy fragmentadas, no responden a una estrategia claramente definida y no siempre se centran en programas de formación ajustados a las demandas del mercado.

## **4. CONCLUSIONES**

El empleo de las personas con discapacidad es un reto social de gran trascendencia para cualquier país, pero no es sencillo el establecimiento de normas correctoras de las agresivas discriminaciones que sufren estas personas a la hora de integrarse en el mercado laboral; saltan a la mínima la defensa de la libertad de empresa o de la libre competencia en el mercado.

Los compromisos adquiridos a través de Estrategias son importantes en tanto muestran el camino a seguir, pero es necesario que el legislador incorpore medidas concretas de en la ley.

La Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030 recoge como línea de actuación, entre otras, elaborar el Libro Blanco de Empleo y Discapacidad que sea palanca para un nuevo marco legislativo y de política pública del empleo y derecho al trabajo de las personas con discapacidad en España y modificar el texto Refundido de la LGDPD, equiparando los pensionistas por incapacidad permanente con personas con discapacidad

para recuperar las tasas de empleo de estas personas como estipula el artículo 27 CIDPD

La Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 habla de reformar la normativa de empleo para favorecer la inclusión laboral de las personas con discapacidad y habla de la elaboración del Libro Blanco del Empleo para las personas con discapacidad en colaboración con la Dirección General de la Discapacidad, del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, los interlocutores sociales, las comunidades autónomas y las entidades representativas del sector de la Discapacidad.

Por su parte, la Comisión Europea ha establecido un conjunto de herramientas para Servicios públicos de empleo afirmando que éstos deben incluir acciones personalizadas y hechas a la medida de cada persona, que deben adaptar sus servicios y medidas habituales para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad; revisar la oferta de empleo y coordinarse con empresarios, organizaciones que representan a personas con discapacidad y ONGs; promover la participación activa de los demandantes de empleo con discapacidad, y de expertos interesados.

En cualquiera de los análisis o estudios contemporáneos en los que se aborde el mercado de trabajo de las personas con discapacidad, aparecen las medidas que a continuación se relacionan:

- Ajustes razonables o adaptaciones del puesto de trabajo
- Cuotas de reserva, como medida de acción positiva directa
- Bonificaciones, reducciones y subvenciones a la contratación laboral de personas con discapacidad
- Extinciones causales de las personas con discapacidad o con enfermedades asimilables contratadas y mantenimiento del empleo cuando sobreviene una IP
- Entidades de economía social como principal fuente de acceso al empleo y puente hacia el empleo ordinario
- Formación de las personas con discapacidad como condición necesaria para la empleabilidad de las personas con discapacidad
- Importante papel de la negociación colectiva en la adopción de medidas que favorezcan la integración (complementos por discapacidad, ampliación de cuota de reserva...)
- La indiferencia social hacia la discapacidad como obstáculo para la integración laboral exige al Estado adoptar medidas y a las empresas apostar por la integración

- Otros: campañas de sensibilización, redes de trabajadores sociales, acercamiento de las administraciones a las personas que reciben los servicios, eliminación de la segmentación ... La integración debe estar en todos los ámbitos y en todos los presupuestos



# *La iniciativa social como motor de inclusión laboral de las personas con discapacidad*

**JOSEFA TORRES MARTÍNEZ**

*Secretaria General de la Federación Empresarial Española de Centros Especiales de Empleo (FEACEM)*

## **1. INTRODUCCIÓN: DATOS DE CONTEXTO**

Antes de abordar la temática concreta de esta intervención, la iniciativa social como motor de inclusión laboral de personas con discapacidad, es necesario dar unos datos de contexto que permitan visualizar la situación de las personas con discapacidad en relación con su participación en el mercado de trabajo.

Solo una de cada cuatro personas con discapacidad en edad laboral está trabajando, esta es una afirmación contundente que refleja la desoladora situación de las personas con discapacidad en el empleo; igualmente los datos estadísticos<sup>1</sup> indican que las tasas de actividad y de empleo de las personas con discapacidad están muy por debajo de las tasas de actividad y de empleo de las personas sin discapacidad (43,1 puntos inferior de la tasa de actividad y 39 puntos inferior de la tasa de empleo) y que la tasa de paro es superior en el caso de las personas con discapacidad (supone casi ocho puntos por encima de la tasa de paro de las personas sin discapacidad). Esta situación, tan desfavorable en el empleo de las personas con discapacidad, no es coyuntural sino estructural, es una tendencia que podemos encontrar de manera constante. Por ejemplo, desde el año 2018 al 2021, la tasa de actividad entre la población sin discapacidad ha sido superior a la de las personas con discapacidad en 43,1;43,7;41,8 y 43,1 puntos porcentuales respectivamente en cada uno de estos cuatro años. Datos similares podemos hallar en la tasa de empleo, donde las cifras de la población sin discapacidad han sido superiores a las de las personas con discapacidad

---

<sup>1</sup> El empleo de las personas con discapacidad. Año 2021. [https://www.ine.es/prensa/epd\\_2021.pdf](https://www.ine.es/prensa/epd_2021.pdf)

en 40,1; 41,0; 37,6 y 39,4 puntos. Finalmente, las tasas de paro han venido siendo también muy superiores de manera histórica en el caso de las personas con discapacidad, con valores superiores de paro en 10,1; 10,0; 6,8 y 7,8 puntos respecto a las personas sin discapacidad. A partir de estos datos, se puede poner de manifiesto que existe una gran desigualdad histórica en el empleo de las personas con discapacidad, en comparación con el empleo de las personas sin discapacidad. La persistencia en el tiempo de estas grandes diferencias acrecienta, sin duda, la necesidad y la urgencia por encontrar fórmulas que permitan disminuir esta situación de desigualdad. Pero ¿qué hay detrás de estos datos? ¿a qué magnitudes nos estamos refiriendo?

En nuestro país en el año 2021 había 1.929.400 personas con discapacidad en edad de trabajar (de 16 a 64 años), lo que supone el 6,3% de la población total en edad laboral. Estas personas tienen derecho a participar plenamente en la sociedad y, por supuesto, tienen derecho al trabajo. Pero la inmensa mayoría de esas personas con discapacidad no trabajan. Es más, ni trabajan ni buscan empleo; así, la inactividad es la principal problemática del empleo de las personas con discapacidad en edad de trabajar. Del más del millón novecientas mil personas con discapacidad en edad de trabajar (1.929.400 personas con discapacidad), son inactivas más de un millón doscientas sesenta mil (1.261.200 personas con discapacidad).

De las personas con discapacidad en edad de trabajar, se encuentran activas –trabajando o buscando trabajo– únicamente seiscientos sesenta y ocho mil y, de estas, solo quinientas dieciocho mil personas con discapacidad están ocupadas. De las personas ocupadas, 98.714<sup>2</sup> estarían trabajando en centros especiales de empleo. Es decir, el 19% de las personas con discapacidad que están ocupadas trabajan en un Centro Especial de Empleo.

Por otro lado, es reseñable también la situación de las personas con discapacidad paradas. Según el informe de SEPE “Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad”<sup>3</sup> (datos 2021), a fecha 31 de diciembre de 2021, el número de personas con discapacidad paradas era de ciento cuarenta y cuatro mil novecientas treinta y una personas (144.931), lo que representa el 4,67% de los parados totales nacionales. Pero, especialmente

---

<sup>2</sup> Avance Anuario de Estadísticas 2021 <https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/anuarios/2021/index.htm>

<sup>3</sup> Informe del Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad. SEPE <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-mercado-trabajo/informe-mercado-trabajo-estatal-discapacitados.html>

reseñable es la situación del «paro de larga duración»<sup>4</sup> entre las personas con discapacidad paradas. Así el 35,86% de las personas con discapacidad paradas tenían una antigüedad de menos de 12 meses; el 14,04% entre 12 y 24 meses y el 50,10% llevaban desempleadas más de 24 meses. Esto supone que el 64% de las personas con discapacidad paradas son consideradas personas paradas de larga duración.

Además, se constata por los datos que, en general, a mayor edad de las personas con discapacidad, mayor antigüedad en la demanda. Así, el perfil tipo de una persona con discapacidad parada de larga duración sería una persona mayor de 45 años y que lleva inscrita como demandante de empleo más de doce meses en los servicios públicos de empleo.

A la vista de los datos expuestos, la característica fundamental del colectivo de personas con discapacidad en edad laboral es su baja participación en el mercado de trabajo; principalmente su situación de inactividad, pero también la situación de paro de larga duración. Dar una respuesta, desde las políticas públicas, las administraciones públicas, las empresas y las entidades sociales a ese millón doscientas sesenta mil personas con discapacidad que ni tienen trabajo ni lo buscan y también dar respuesta a las personas con discapacidad paradas de larga duración, son los principales retos que hay que abordar.

Para afrontar estos desafíos es imprescindible indagar y profundizar en las causas de la inactividad e igualmente es necesario ahondar en los motivos y factores que dificultan la incorporación al mercado de trabajo de las personas con discapacidad que están en búsqueda de empleo, pero que en un período extenso de tiempo no consiguen el acceso a un empleo, convirtiéndose así en personas paradas de larga duración.

Asimismo, los acelerados cambios y las tendencias en los ámbitos demográficos, económicos, tecnológicos, empresariales –con cambios organizativos y productivos–, ambientales y sociales, están teniendo un impacto enorme e impredecible sobre el mundo del trabajo: cantidad y naturaleza del trabajo disponible; necesidades de formación de las personas con discapacidad para acceder o permanecer en un puesto de trabajo; sobre cómo se organizarán y cómo producirán las empresas; sobre cómo se rediseñarán las políticas de empleo y las relaciones laborales; sobre cómo el trabajo puede dejar de ser un mecanismo para tejer relaciones y de ser un medio

---

<sup>4</sup> Parados de larga duración: aquellos parados cuya antigüedad de la demanda es superior a 365 días.

para ganarse la vida decentemente, en definitiva, de ser un medio efectivo de inclusión social; etc.

El momento de transformación actual desborda el análisis tradicional que se ha realizado sobre la participación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo. Por ello, es indispensable realizar un profundo proceso de reflexión a partir del análisis de la realidad actual, de un diagnóstico riguroso, de la identificación de los retos y tendencias globales actuales y futuras.

## **2. EL VALOR DE LAS ENTIDADES SOCIALES DE DISCAPACIDAD COMO GENERADORES DE EMPLEO**

### ***2.1. CONSIDERACIONES GENERALES***

El sector social es el ejemplo más significativo de la sociedad civil organizada de nuestro país.

En líneas generales, el sector social desarrolla tres funciones fundamentales: (i) defensa y reivindicación de derechos, en su más amplio sentido; (ii) gestión de servicios propios y en colaboración con el sector público para dar respuesta a necesidades de colectivos en situación de vulnerabilidad y exclusión social; (iii) desarrollo de la participación social de la sociedad civil, tanto de las personas afectadas, como de la sociedad en su conjunto.

En cuanto al sector social de la discapacidad, a lo largo de las últimas décadas, su existencia ha desempeñado un rol indispensable en la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, en la articulación y visibilización del sector de la discapacidad, en la prestación de servicios especializados para mejorar sus condiciones de vida, la protección social, la formación y el acceso al empleo y en la sensibilización social.

### ***2.2. LA INICIATIVA SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD COMO AGENTE ECONÓMICO INTEGRANTE DE LA ECONOMÍA SOCIAL***

Además de su función social, el sector social es, por tanto, un agente económico –con unos valores diferenciados–. Las entidades de la discapacidad que realizan actividades económicas son parte integrante de la eco-



nomía social, que gestionan servicios, que generan riqueza y que crean empleo –para personas con discapacidad y para personas sin discapacidad–.

Así está reconocido por la propia Ley de Economía Social<sup>5</sup> en su artículo 5.1. “Forman parte de la economía social las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores, las sociedades agrarias de transformación y las entidades singulares creadas por normas específicas que se rijan por los principios establecidos en el artículo anterior”.

Como parte integrante de la economía social, la iniciativa social de la discapacidad opera en el desarrollo de su actividad económica en base a los siguientes principios orientadores: (i) primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que en relación a sus aportaciones al capital social; (ii) aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por las socias y socios o por sus miembros y, en su caso, al fin social objeto de la entidad; (iii) promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad; (iv) independencia respecto a los poderes públicos.

Por tanto, se puede concluir que lo que hace que las entidades sociales de la discapacidad, cuando realizan una actividad económica, sean parte de la economía social son los valores compartidos y las características que los unen, por ejemplo, que anteponen las personas a los beneficios, que se gobiernan democráticamente y que reinvierten la mayoría de los beneficios en la consecución de su finalidad social.

---

<sup>5</sup> Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-5708>

### **2.3. LA INICIATIVA SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD COMO EMPRESAS SOCIALES**

En el marco de la economía social las entidades de iniciativa social del sector de la discapacidad formarían parte del ecosistema de las “empresas sociales”.

En este sentido, la iniciativa de emprendimiento social de la Comisión Europea “Construir un ecosistema para promover las Empresas Sociales en el centro de la economía y la innovación sociales”, conceptualiza la empresa social como: (i) tienen como propósito el objetivo social o el interés común, siendo este la razón de ser de su acción comercial; (ii) el modo de organización de estas empresas o régimen de propiedad se basa en principios democráticos o participativos u orientados a la justicia social; (iii) aprovecha sus superávits fundamentalmente para alcanzar esos objetivos sociales.

Son empresas que o bien prestan servicios sociales o suministran bienes y servicios destinados a un público vulnerable (acceso a la vivienda, acceso a los cuidados, ayuda a las personas de edad más avanzada o con discapacidad, inclusión de grupos vulnerables, guardería infantil, acceso al empleo y a la formación, gestión de la dependencia, etc.) o cuyo modo de producción de los bienes o servicios persigue un objetivo de tipo social (integración social y profesional mediante el acceso al trabajo de personas desfavorecidas, sobre todo por razón de su escasa cualificación o de problemas sociales o profesionales que provocan exclusión y marginación), pero cuya actividad puede incluir bienes o servicios que no sean sociales. Las entidades de iniciativa social del sector de la discapacidad tendrían cabida en ambos supuestos ya que realizan prestación de servicios a las personas con discapacidad y/o son promotoras de iniciativas empresariales que fomentan el empleo de las personas con discapacidad; ejemplo paradigmático de este último supuesto serían los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social que se abordarán más adelante.

## **2.4. LA INICIATIVA SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD COMO GENERADORA DE EMPLEO**

Según el Barómetro del Tercer Sector de Acción Social en España 2022<sup>6</sup>, realizado por la Plataforma de ONG de Acción Social, se estima que en 2021 trabajaban con contrato laboral en las entidades del TSAS un total de 528.220 personas (incluidas las tres entidades singulares), representando el 3,2% del empleo asalariado de España en el año 2021.

Desafortunadamente no se dispone de información fiable sobre el volumen de personas trabajadoras en el sector de atención a las personas con discapacidad. Por tanto, la estimación del empleo en las entidades del sector de la discapacidad resulta compleja de determinar, pero se pueden realizar estimaciones y aproximaciones a partir de determinadas fuentes de información: (i) la estimación del número de trabajadores/as a los que resulta de aplicación el Convenio Colectivo General de centros y servicios de personas con discapacidad: 200.000 trabajadores; (ii) una aproximación en la información del INE sobre empresas y entidades que están incluidas en el grupo de “actividades sanitarias y de servicios sociales” (CNAE-2009), más en concreto del apartado de servicios sociales: establecimientos residenciales y actividades de servicios sociales sin alojamiento” (CNAE 87 y 88) desagregadas por condición jurídica (las que no son personas físicas, ni sociedades anónimas, ni limitadas). Por esta aproximación se obtendría algo más de 255.000 trabajadores/as; (iii) los trabajadores con discapacidad en Centros Especiales de Empleo de iniciativa Social no incluidos en los CNAEs que se identifican en el Convenio Colectivo General de centros y servicios de personas con discapacidad.

Si la aproximación se realiza sobre las personas trabajadoras con discapacidad tendríamos, exclusivamente, la referencia a los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social, aproximadamente algo más de 50.000 personas con discapacidad. Lamentablemente no se disponen de datos exhaustivos y fiables sobre dónde están trabajando las personas con discapacidad; únicamente se dispone de información general obtenida de la operación estadística del INE “el empleo de las personas con discapacidad”: el 23,2% de las personas con discapacidad ocupadas son asalariadas del sector público, el 66,4% de las personas con discapacidad ocupadas son

---

<sup>6</sup> Barómetro del Tercer Sector de Acción Social en España 2022. [https://www.plataformaong.org/ARCHIVO/documentos/biblioteca/1676295113\\_resumenejecutivo-barometro-3-sector.pdf](https://www.plataformaong.org/ARCHIVO/documentos/biblioteca/1676295113_resumenejecutivo-barometro-3-sector.pdf)

asalariadas del sector privado y el 10,3% de las personas con discapacidad ocupadas trabajan por cuenta propia. Como ya se ha referido al inicio, también se dispone de información sobre las plantillas de personas con discapacidad en Centros Especiales de Empleo, que estarían incluidas en el dato de asalariados en el sector privado, 98.714 (dato del año 2021) personas con discapacidad estarían trabajando en centros especiales de empleo

En cualquier caso, aun siendo imprescindible profundizar y avanzar en el conocimiento exhaustivo de la realidad sociolaboral del sector de la discapacidad, se constata el impacto de la iniciativa social de la discapacidad como generadora de empleo para personas con discapacidad y para personas sin discapacidad. Desde el sector de las entidades del ámbito de la discapacidad, sin embargo, ha sido más frecuente poner en valor únicamente sus funciones de defensa y reivindicación de derechos y del desarrollo de la participación social de la sociedad civil, que se han venido desarrollando a través de las entidades sociales, sin dar la misma relevancia al papel tan importante que se está desempeñando como “empresarios sociales”. Sería muy importante valorar ambas funciones, dando la relevancia necesaria a la labor tan importante que realizan las entidades sociales en favor del empleo de las personas con discapacidad. En primer lugar, para poder disponer de datos más precisos sobre el empleo de las personas con discapacidad. En segundo lugar, para poder poner en valor ante las administraciones públicas y ante la sociedad en general la importancia de la totalidad de la actuación de estas entidades, tanto en su faceta de prestadoras de servicios como en su faceta de generadoras de empleo para personas con y sin discapacidad.

### **3. LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO DE INICIATIVA SOCIAL COMO FORMULA DE EMPLEO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PROMOVIDA POR LAS ENTIDADES SOCIALES**

#### ***3.1. EL VALOR SOCIAL DIFERENCIAL DE LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO DE INICIATIVA SOCIAL***

El empleo de calidad, el empleo digno, es esencial para garantizar la igualdad de oportunidades de las personas y contribuye a su plena participación en la vida económica, social y cultural.

En un contexto disruptivo, de escasez de oportunidades laborales y en el que es fundamental focalizar la actividad empresarial en el desarrollo sostenible y en la centralidad de la persona, la economía social tiene un papel fundamental como impulsora de estos aspectos, como fórmula de generación equitativa de riqueza, como instrumento de equilibrio territorial y como empresas con valores y generadoras de oportunidades laborales para corregir los desequilibrios y desigualdades que se producen en el mercado laboral.

Los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social como paradigma de la empresa social y como entidades de la economía social, compaginan y promulgan el equilibrio entre el “valor social” y la “rentabilidad económica”. Son un modelo de empresa en el que priman las personas y que reinvierte los posibles beneficios en su fin social. Estas características identitarias los convierten en fórmulas de empleo que aportan un importante “valor social diferencial y reforzado”: (i) generan empleo, principalmente para personas con discapacidad, pero no únicamente; (ii) su finalidad no es tanto la generación de beneficios como su impacto social; (iii) prima el equilibrio entre “lo social y lo económico” para garantizar su sostenibilidad; (iv) aprovechan sus superávits para alcanzar sus objetivos sociales; (v) la persona con discapacidad es el centro, su razón de ser.

La aportación social de los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social es un claro ejemplo de cómo se da respuesta a una problemática social; y cómo las políticas públicas deben ser instrumentos que fomenten y apoyen iniciativas que persigan, desde los valores, la inclusión laboral de las personas con discapacidad.

### ***3.2. LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO DE INICIATIVA SOCIAL***

#### **Conceptualización y caracterización**

Los Centros Especiales de Empleo son “una modalidad de empleo” reconocida legalmente y mediante la cual las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho al trabajo; así está reconocido en el artículo 37.2 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social<sup>7</sup>: “Las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho

---

<sup>7</sup> Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y

al trabajo a través de los siguientes tipos de empleo: a) Empleo ordinario, en las empresas y en las administraciones públicas, incluido los servicios de empleo con apoyo. b) Empleo protegido, en centros especiales de empleo y en enclaves laborales. c) Empleo autónomo”.

La regulación específica de los Centros Especiales de Empleo se encuentra recogida en el artículo 43 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social:

«Artículo 43. Centros especiales de empleo para la inclusión laboral de las personas con discapacidad.

1. Los centros especiales de empleo son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario. Igualmente, los centros especiales de empleo deberán prestar, a través de las unidades de apoyo, los servicios de ajuste personal y social que requieran las personas trabajadoras con discapacidad, según sus circunstancias y conforme a lo que se determine reglamentariamente.

2. La plantilla de los centros especiales de empleo estará constituida por el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70 por 100 de aquélla. A estos efectos no se contemplará el personal sin discapacidad dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social.

Se entenderán por servicios de ajuste personal y social los que permitan ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que las personas trabajadoras con discapacidad de los centros especiales de empleo tengan en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo. Igualmente se encontrarán comprendidos aquellos dirigidos a la inclusión social, cultural y deportiva.

3. La relación laboral de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo es de carácter especial, conforme al artículo 2.1.g) de Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y se rige por su normativa específica.

4. Tendrán la consideración de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social aquellos que cumpliendo los requisitos que se establecen en los apartados 1.º y 2.º de este artículo son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad

corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social».

Si bien es cierto que la configuración jurídica de los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social es muy reciente<sup>8</sup> –el reconocimiento legal de los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social se llevó a cabo en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, la cual, a través de su Disposición Final Decimocuarta, modificó el Texto Refundido del Real Decreto Legislativo 1/2013, Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social, donde introdujo el apartado 4 del Artículo 43, en el que se definen cuáles son los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social– no es menos cierto que, desde las primeras regulaciones de los Centros Especiales de Empleo, ya se habían establecido distintas “tipologías” de Centros Especiales de Empleo.

Estas tipologías se establecieron en función de: (i) la titularidad, los Centros Especiales de Empleo podrán tener carácter público o privado; (ii) atendiendo a la aplicación de sus posibles beneficios, los Centros Especiales de Empleo podrán ser con ánimo o sin ánimo de lucro.

Así, en el capítulo II, carácter de los centros, artículo 5 del Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento

---

<sup>8</sup> Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Disposición final decimocuarta. Modificación del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Se añade un apartado 4 al artículo 43 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido se estipula:

- «a) Según su titularidad, los Centros Especiales de Empleo podrán tener carácter público o privado.
- b) Atendiendo a la aplicación de sus posibles beneficios, los Centros podrán carecer o no de ánimo de lucro, según que aquellos repercutan en su totalidad en la propia institución o se aproveche parte de ellos en otra finalidad distinta que haya de cubrir la Entidad titular del mismo».

Los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social se configuran por medio de una combinación de ambas consideraciones, que deberán concurrir a la vez:

1. En función de la titularidad, establece dos supuestos:
  - Centros Especiales de Empleo promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o diversas entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de economía social.
  - Centros Especiales de Empleo cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien de manera indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio.
2. La ausencia de ánimo de lucro –destino de los posibles beneficios–. En cualquiera de los dos casos anteriores, la entidad titular del Centro Especial de Empleo, para que éste sea calificado como de iniciativa social, deberá recoger en sus estatutos sociales o mediante un acuerdo social la obligación de reinvertir íntegramente sus beneficios para destinarlos a la creación de oportunidades de trabajo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad o de su actividad de economía social, teniendo la facultad de optar por la reinversión en su propio Centro Especial de Empleo o en otros Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social.



## **Función Social Cualificada**

Así, los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social tienen una función social cualificada y con una identidad diferencial:

- Son la representación palpable del emprendimiento social promovido por el propio movimiento asociativo de las personas con discapacidad y sus familias, contribuyendo a generar oportunidades de empleo para el propio colectivo al que representan. Inicialmente fueron precisamente estas entidades las únicas promotoras de los Centros Especiales de Empleo.
- Se configuran como empresas sociales –de la economía social– en las que prima el valor social y la sostenibilidad económica como un binomio inseparable. El equilibrio entre “lo social y lo económico” es fundamental para garantizar su sostenibilidad.
- Su finalidad es una finalidad social: crear empleo digno y de calidad; reinvertiendo los posibles beneficios en la propia función social.
- Aprovechan sus superávits para alcanzar sus objetivos sociales.
- La persona con discapacidad es el centro; su razón de ser: creación de puestos de trabajo, apoyos individualizados para el desempeño y el desarrollo profesional, la adaptación puesto-persona permanente, y el resto de las medidas de ajuste personal y social necesaria en cada caso individualizado.
- Tienen un importante impacto en la cohesión y el desarrollo territorial. En ocasiones, los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social constituyen la empresa de mayor tamaño de su territorio.
- La sostenibilidad social, económica y medioambiental constituyen ejes de actuación de los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social. Esta forma de organización y gestión hace que los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social se encuentren plenamente alineados con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, en especial, esta función social cualificada que desempeñan contribuye a la consecución del Objetivo 8. “Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las personas, de manera prioritaria”. Además, cabe destacar su importante contribución a otros ODS como el ODS 4. “Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida de todas las personas”, el ODS 5 “Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar

a todas las mujeres y las niñas”, el ODS 10 “Reducir la desigualdad en y entre los países” y el ODS 17 “Revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible”.

La diferenciación entre Centros Especiales de Empleo y la función social reforzada que desempeñan los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social, viene avalada, entre otras, por sendas sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo.

Así, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en su Sentencia N.º: 135/2019<sup>9</sup> de 14 de noviembre de 2019, estima que no estamos ante empresas iguales, puesto que, si bien comparten determinadas finalidades, los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social carecen de ánimo de lucro y están obligados a reinvertir todos sus beneficios en la consecución de sus fines o en los propios centros especiales de empleo. Por el contrario, los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Empresarial tienen otro objetivo al igual que el de cualquier otra empresa, es decir, obtener el máximo beneficio. El propio Tribunal manifiesta que “si un centro especial de empleo justifica su razón de ser, además de alcanzar sus fines sociales, en la obtención del máximo beneficio, no puede compararse con un centro especial de empleo de iniciativa social, cuya razón de ser es exclusivamente la alimentación de los medios materiales y personales necesarios para alcanzar sus fines, sin la búsqueda de lucro alguno, para lo cual reinvierten todos sus beneficios para alcanzar dichos objetivos sociales”.

Este criterio fue avalado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia 1976/2022<sup>10</sup> de 18 de mayo de 2022.

En definitiva, estas sentencias ratifican una vez más la naturaleza diferenciada de los CEE de iniciativa social respecto a los de iniciativa privada, y reconoce su finalidad social reforzada, al reinvertir sus beneficios en la creación de más y mejor empleo de calidad para las personas con discapacidad.

Otra cuestión a la que se debe aludir es al contenido referido al “empleo segregado” de la Observación General N.º 8 (2022) relativa al artículo 27 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapa-

---

<sup>9</sup> <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3b033d7961b5680e/20200108>

<sup>10</sup> <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/e5e0cf323aea82eb3f06784a77bd274d46acb7641b2eb174>

cidad. Así, el artículo 27 establece “la importancia de la obligación de los Estados Parte de eliminar las barreras de acceso a un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad, y de eliminar gradualmente cualquier empleo que segregue a las personas con discapacidad del empleo abierto e inclusivo. El empleo segregado es definido ampliamente por la CDPD en una lista no exhaustiva de elementos que caracterizan las prácticas y experiencias de un empleo segregado”<sup>11</sup>; si bien algunas empresas específicas no pueden considerarse como empleo segregado cuando promueven condiciones de trabajo justas, favorables e iguales para todos; así, el apartado 15 de la Observación General N° 8<sup>12</sup> establece: «el empleo segregado, como los talleres protegidos, para personas con discapacidad no debe considerarse como una medida de la realización progresiva del derecho al trabajo, que se manifiesta únicamente mediante un empleo libremente elegido o aceptado en un mercado laboral abierto e inclusivo. Las empresas de empleo que son administradas y dirigidas por personas con discapacidad, incluidas aquellas que son de propiedad conjunta y controladas democráticamente, no pueden considerarse empleo segregado si brindan condiciones de trabajo justas y favorables en igualdad de condiciones con los demás».

#### 4. REFLEXIONES FINALES

En un escenario socioeconómico como el actual, la debilitación de las capacidades inclusivas del empleo es mucho más acusada para los colectivos que tienen más dificultades para acceder al mercado de trabajo y están más expuestos a la precarización laboral. Los cambios acelerados que se están produciendo en los últimos años en la sociedad, en la economía y en el mercado de trabajo abocan a la necesidad de encontrar soluciones innovadoras y disruptivas capaces de dar respuesta a los nuevos retos sociales que hay que afrontar.

---

<sup>11</sup> Exposición y explicación del CERMI de la Observación general n.º 8 (2022) sobre el artículo 27 (derecho al trabajo y al empleo) de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad <https://back.cermi.es/catalog/novelty/file/u378f-informe-cermi-sobre-la-og-n-8articulo-27-de-la-cdpddef.pdf>

<sup>12</sup> CRPD/C/GC/8: Observación general núm. 8 (2022) sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo. <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/crpdgc8-general-comment-no-8-2022-right-persons>

A las situaciones históricas de discriminación y falta de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en cuanto al ejercicio de su derecho al trabajo, se une, en los últimos años, un incremento de la brecha social motivada por el crecimiento de las desigualdades, la escasez y precarización del trabajo, la transformación y polarización de los empleos, el debate sobre la revisión de los sistemas de protección social, etc. Una nueva coyuntura que puede dificultar, aún más, el acceso y el mantenimiento del empleo en igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad.

Así, los cambios en el mercado de trabajo han generado un deterioro de los derechos laborales; se corre un alto riesgo de que los avances tecnológicos puedan suponer que empleos en los que actualmente trabajan las personas con discapacidad pueden desaparecer en los próximos años; la tecnología será una barrera para la inclusión de las personas con discapacidad si no está adaptada y si no es accesible.

Al mismo tiempo, este nuevo escenario puede desencadenar oportunidades. Así, los avances tecnológicos generarán nuevas opciones de empleo; la digitalización y las tecnologías de apoyo tendrán un fuerte impacto en el futuro por el efecto indiscutible que pueden tener en la mejora de la calidad de vida de las personas con discapacidad al posibilitar una mayor autonomía e independencia; etc.

En definitiva, el sector social de la discapacidad debe aprovechar las nuevas oportunidades y trabajar por minimizar las consecuencias de mayor exclusión que las nuevas realidades del mercado de trabajo pueden conllevar.

En este contexto, las entidades de iniciativa social de la discapacidad, al igual que el resto de las entidades que conforman la economía social, deben reforzar su posicionamiento como alternativa al mercado de trabajo tradicional; como entidades que operan con unos valores diferenciales; que contribuyen a un crecimiento inclusivo y a la reducción de las desigualdades; y generan actividad económica, empleo y ofertan una diversidad de servicios, con especial incidencia en la prestación de servicios sociales.

Las entidades de iniciativa social de la discapacidad apuestan también por generar “empleo significativo” para las personas con discapacidad. Concepto que va más allá del “empleo decente” o del “empleo digno”. Siguiendo el horizonte al que debe avanzar el empleo de las personas con discapacidad plasmado en la Observación General N° 8 (2022) relativa al artículo 27 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: «El trabajo y el empleo significativos son esencia-

les para la seguridad económica, la salud física y mental, el bienestar personal y el sentido de identidad de una persona. Sin embargo, el Comité es consciente de que un sistema de valores conocido como capacitismo afecta negativamente las oportunidades de que muchas personas con discapacidad tengan un trabajo y un empleo significativos».

El trabajo significativo es un concepto multidimensional sobre el que ha habido una gran controversia a la hora de buscar una definición común. A pesar de no existir consenso sobre su definición, se suele asociar a un trabajo o empleo que aporta valor a la persona y que es percibido como algo útil y valioso para la comunidad. Así, siguiendo a Martela y Pessi (2018), el trabajo significativo tendría tres dimensiones: (i) el significado, visto como una evaluación general de la importancia del trabajo y que hace referencia al valor intrínseco que se asigna al trabajo; (ii) el propósito mayor, relacionado con un trabajo que sirve para metas prosociales; (iii) la autorrealización, expresada como el sentido de autonomía, autenticidad y autoexpresión en el trabajo.

Este debe ser el enfoque al que deben aspirar las entidades de iniciativa social en su contribución a la generación de empleo para personas con discapacidad, sirviendo así de ejemplo al resto de operadores del mercado de trabajo en su apuesta por el compromiso social, por su “propósito social”.

Como conclusión y en palabras del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI): “la actividad económica que desarrollan las empresas y entidades de iniciativa social es imprescindible para mantener y aumentar el bienestar y la inclusión social de las personas con discapacidad y sus familias”.



## *La negociación colectiva y el dialogo social como claves en el empleo de las personas con discapacidad*

**MARINA PRIETO TORRES**

*Secretaria General de UGT Madrid*

Más de mil millones de personas sufren algún tipo de discapacidad en el mundo, esto es, 1 de cada 7 personas tiene una discapacidad. Las personas con discapacidad suponen la minoría más amplia de un grupo en el mundo<sup>1</sup>, pues hablamos de un 15% de la población mundial, de las que el 80% se encontrarían en edad de trabajar.

En España, 4,38 millones son personas con discapacidad<sup>2</sup>. Por sexo, cerca del 60% son mujeres, esto es, 1,81 millones eran hombres y 2,57 millones mujeres. Así, en nuestro país en 1 de cada 5 hogares hay una persona con discapacidad.

En materia de empleo, **1.929.400 personas con discapacidad**<sup>3</sup> se encuentran en edad de trabajar (de 16 a 64 años), lo que representa el 6,3% de la población total en edad laboral. Así, del total de personas con discapacidad en edad de trabajar, el 43,2% son mujeres (833.500) y el 56,8% son hombres (1.095.900).

Así, las tasas de actividad, de ocupación y de paro de las personas con discapacidad arrojan unos resultados mucho más desfavorables que los del resto de la población.

La tasa de actividad de la población con discapacidad es del 34,6% (668.200 personas activas de las que 518.100 están ocupadas), es decir, **1.261.200 millones de personas con discapacidad están fuera del mercado laboral.**

---

<sup>1</sup> OIT <https://www.ilo.org/global/topics/disability-and-work/lang-es/index.htm>

<sup>2</sup> Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y Situaciones de Dependencia (EDAD) Principales resultados. Año 2020 EPA.

<sup>3</sup> EPA. Empleo de las personas con discapacidad- año 2021. INE.

**La tasa de participación en el mercado laboral de las personas con discapacidad es muy inferior a la de las personas sin discapacidad, 43,1% puntos menos.** La posición de las mujeres con discapacidad es generalmente peor que la de los hombres con discapacidad.

La tasa de empleo fue del 26,9%, más de 39 puntos inferior a la de las personas con discapacidad. Siendo la tasa de paro de las personas con discapacidad 8 puntos superior a la de las personas sin discapacidad (22,5% frente a 14,7%)

	TASA ACTIVIDAD	TASA EMPLEO	TASA PARO
PERSONAS CON DISCAPACIDAD	34,60%	26,90%	22,50%
PERSONAS SIN DISCAPACIDAD	77,70%	65,90%	14,70%

### ¿Cómo acceden las personas con discapacidad al mercado de trabajo?

Lo hacen en mucha **menor proporción que las personas sin discapacidad y cuando lo hacen lo hacen en puestos de menor cualificación, y hasta ahora con contratos temporales, algo que la reforma laboral. Son dos las categorías en las que se emplea el colectivo fundamentalmente: Trabajadores de los servicios de restauración, personales, seguridad y vendedores y la de Ocupaciones elementales (entre ambas suman el 42,40%).** Mientras que, para la categoría de directivos en la población general, el dato alcanza el 11,2%, entre los trabajadores con discapacidad se reduce hasta el 2%. El sector servicios aglutina al 81% de las personas con discapacidad ocupadas, lo que evidencia claramente la terciarización de nuestra economía. Sin embargo, su peso es mucho mayor que el evidenciado entre la población sin discapacidad (75,4%). Muy poco en industria (12,2%), poco en construcción (4,3%) y casi nada en agricultura (2,5%).

**Y es que existe una brecha en la formación de las personas con discapacidad.**

**El nivel educativo de las personas con discapacidad activas es notablemente inferior al de las personas sin discapacidad.** El nivel educativo es clave para la inclusión laboral. El nivel formativo facilita el acceso al mercado laboral, puesto que el nivel educativo mejora las expectativas y garantiza una mejor inclusión en la sociedad. En este sentido, las personas con discapacidad aún tienen un largo camino que recorrer para igualar el grado de formación de la población sin discapacidad. Las mujeres con discapacidad cuentan con mejor formación que los hombres con discapacidad, tal y



como ocurre entre la población general. Los datos demuestran que cuanto mayor formación, mejores niveles de empleo. El 60,6% de las personas con discapacidad ocupadas tienen estudios de carácter secundario. Le siguen aquellos con estudios universitarios, 30,6%. (INE 2020)

**Durante 2021 de los contratos creados para personas con discapacidad fueron temporales, hasta la reforma laboral de 2022.**

La **contratación temporal alcanza el 88,5%** del total, evidenciando de nuevo la precariedad del mercado laboral. Así, **exclusivamente 9 de cada 100 contratos dirigidos a las personas con discapacidad, se establecen de manera indefinida**, Y dicha circunstancia, se ha ido consolidando desde 2007 donde la contratación indefinida se situaba en el 17,01%. Las personas con discapacidad son uno de los colectivos con mayores dificultades en el acceso y permanencia en el mercado laboral. Sufren mayor precarización en el empleo, estando más expuestos a la temporalidad y la parcialidad no voluntaria, y a percibir salarios más bajos.<sup>4</sup>

**Solo el 10% de las empresas de más de 50 trabajadores/as cumple con la cuota de reserva para la contratación directa de personas con discapacidad.**

La ley exige que las personas con discapacidad sean al menos el 2% de las plantillas de las empresas de más de 50 empleados. Porcentaje que tiene que ascender al 7% en la Administración. Dentro de las políticas destinadas a fomentar la actividad laboral del colectivo están las que favorecen su inserción en el empleo ordinario. Entre ellas cabe destacar las reducciones y bonificaciones en las cuotas de cotización, tanto para trabajadores/as asalariados/as como por cuenta propia. Y, en el caso de los trabajadores/as asalariados/as, la modalidad de contratación en mercado protegido de trabajo para trabajadores/as con discapacidad que, además de conllevar bonificaciones en las cuotas de cotización a la Seguridad Social, contempla determinadas subvenciones.

**La tasa de riesgo de pobreza y exclusión de las personas con discapacidad se sitúa en 7,2 puntos por encima del dato para la población general, alcanzando un 32,5%.** Más de tres de cada diez personas con discapacidad viven en riesgo de pobreza o exclusión social.

---

<sup>4</sup> Informe 7. Odismet. Observatorio sobre Discapacidad y Mercado de Trabajo de la Fundación ONCE. 2023.

La tasa de riesgo de pobreza o exclusión social (AROPE) de la población con discapacidad (AROPE por sus siglas en inglés at risk of poverty and exclusion), expresa la proporción de personas afectadas por al menos una de las siguientes situaciones:

- Riesgo de pobreza (60% mediana de los ingresos por unidad de consumo).
- Carencia material y social severa (con carencia en al menos 7 conceptos de una lista de 13).
- Baja intensidad laboral (personas de 18 a 64 años en hogares con una intensidad laboral menor del 20%).

Para las personas con discapacidad, dicha tasa se sitúa en el 32,5% de la población. El dato para la población general es del 25,3%, estableciéndose una diferencia de 7,2 puntos porcentuales.

A pesar de las ayudas e incentivos a la contratación de personas con discapacidad y la obligación que establece la cuota de reserva, **todavía encontramos que la participación laboral de las personas con discapacidad es muy baja**, y está muy determinada por el tipo y grado de la discapacidad. **A mayor discapacidad menos participación en el mercado laboral**. Las consecuencias de la falta de acceso al mercado de trabajo son la pobreza y la exclusión social.

Las personas con discapacidad constituyen un sector de población heterogéneo, pero todas tienen en común que, en mayor o menor medida, precisan de garantías suplementarias para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país.<sup>5</sup>

**La exclusión sistémica y estructural de las personas con discapacidad, con dificultades severas de acceso a bienes sociales básicos y al ejercicio regular de derechos fundamentales, hace necesario que en la acción política y legislativa esté presente la discapacidad desde un enfoque exigente de derechos humanos, de inclusión y de extensión de bienestar.**

**El empleo es un mecanismo de inclusión que debe posibilitar la seguridad e independencia económica, la vida independiente y, en definitiva, la posibilidad de solventar la exclusión social y la pobreza.**

---

<sup>5</sup> Exposición de motivos de la LIONDAU.

A efectos de las políticas de empleo, se consideran personas con discapacidad a las que tienen reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%. Durante algunos años ha estado sin resolver, a efectos de “equiparación”, la asimilación de los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez; y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

La Convención de Derechos de las personas con discapacidad es rotunda al señalar que la discapacidad es el resultado de la interacción entre las limitaciones que de forma temporal o permanente pueda tener una persona con las barreras que resultan al interactuar con su entorno. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible proporciona el marco para los esfuerzos globales en materia de desarrollo sostenible incluso para la próxima década. Las personas con discapacidad son uno de los grupos que merecen atención específica en la Agenda 2030, y los correspondientes Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) hacen referencia explícita a las personas con discapacidad, incluido el contexto de un trabajo decente y de crecimiento económico. El enfoque basado en los derechos de las personas con discapacidad que se refleja en la Agenda 2030 está alineado con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

Este planteamiento radical que pone el acento en la necesidad de dirigir las políticas para mejorar la inclusión social de las personas con discapacidad en eliminar las barreras y en la forma en que se manifiestan las capacidades de las personas para hacer una determinada tarea o función. Hace necesario que en el mercado de trabajo debamos empezar a pensar en la necesidad de una mayor regulación de los “ajustes razonables”.

Por ello, desde el principio la convención y así lo recoge también nuestra Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social (RDL 1/2013), plantean la cuestión de la **accesibilidad, el diseño universal y los ajustes razonables como instrumentos principales para eliminar o minimizar las barreras.**

**Identificamos tres cuestiones importantes a la hora de abordar el empleo de las personas con discapacidad:**

### **1. CAMBIO EN LA RADIOGRAFÍA DE LA DISCAPACIDAD.**

Nacen menos personas con discapacidad, lo que se suma al envejecimiento de la población, con una pirámide poblacional invertida.

## 2. CARÁCTER EVOLUTIVO Y CAMBIANTE DE LA CAPACIDAD.

Es importante señalar unes el **carácter evolutivo y cambiante** de la capacidad. Del mismo modo que evoluciona la organización del trabajo, los medios técnicos, tecnológicos, ambientales, normativos, ..., lo hace la capacidad que interactúa con todos esos aspectos. En este sentido, nos interesa prestar atención a:

- La discapacidad sobrevenida. Aquella que surge a partir de los 6 años, a consecuencia de situaciones externas e internas no congénitas.
- La discapacidad “evidenciada”. Hace referencia a aquella discapacidad resultante de un trastorno, patología que, siendo congénita, no se diagnóstica hasta edades avanzadas, habiendo producido dificultades a lo largo de la vida, pero sin una “etiqueta” que posibilite la adquisición de derechos a efectos de protección social de la persona con esta discapacidad.

## 3. LAS TENDENCIAS QUE MARCAN EL FUTURO DEL MERCADO DE TRABAJO.

Las transformaciones previstas en el futuro del trabajo conllevan riesgos para las personas con discapacidad, pero también oportunidades. Uno de esos desafíos es asegurar que el futuro del trabajo sea inclusivo, sin dejar a nadie atrás, incluyendo los mil millones de personas con discapacidad que viven en nuestro planeta.<sup>6</sup> Estas tendencias se debe recoger y regular en el **nuevo Estatuto de las Personas Trabajadoras del Siglo XXI**. Afrontar la **revolución tecnológica**, que supondrá la destrucción de un gran número de puestos de trabajo, por la automatización y la robotización, pero también la creación de nichos de empleo con ocasión de la digitalización, la inteligencia digital, exigirá ajustar y potenciar las llamadas **habilidades blandas**, como el pensamiento crítico, la inteligencia emocional, la capacidad analítica y la flexibilidad cognitiva, potenciando las competencias transversales y apostando por la **formación durante toda la vida de la persona** y la recualificación de los trabajadores y trabajadoras. Todo ello, sumado a los **cambios en la cultura empresarial** que apuesta por un modelo de relaciones laborales que priorice las necesidades y la **conciliación de la**

---

<sup>6</sup> Por un futuro del trabajo inclusivo para las personas con discapacidad. Una publicación conjunta de la Fundación ONCE y la Red Mundial de Empresas y Discapacidad de la OIT, desarrollada en el marco de Disability Hub Europe, un proyecto liderado por la Fundación ONCE y cofinanciado por el Fondo Social Europeo. 2019.

**vida personal y familiar**, así como la inevitable transformación del modelo productivo como consecuencia del **cambio climático** hacia empleos de economía circular y empleos verdes mediante un proceso de transición justa y respetuosa con las personas y el medioambiente.

En este contexto, desde UGT reivindicamos que el *Diálogo Social debe ser la fórmula para lograr la inclusión laboral de las personas con discapacidad*, superando el formato de la formulación de las políticas activas de empleo de las personas con discapacidad mediante el “diálogo civil”, y apostar por una **mesa de negociación específica en materia de discapacidad que aborde el empleo de las personas con discapacidad y su protección social**, donde plasmar grandes consensos que se dirijan a transformar estructuralmente el empleo de las personas de con discapacidad y avanzar en derechos y, en este sentido, es necesario acometer la actualización del marco normativo del empleo de las personas con discapacidad, impulsando un nuevo modelo legal de inclusión laboral para las personas con discapacidad que supere un modelo de hace 40 años, acomodándose toda la normativa laboral a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Así, los retos que se deben afrontar:

Por un lado, rediseñar las **políticas activas de empleo tendentes a garantizar el acceso al mercado laboral de las personas con discapacidad**, intensificándose, fundamentalmente para los **colectivos de mayores dificultades de inserción laboral** (discapacidad intelectual, trastornos del espectro autista, parálisis cerebral, discapacidad psicosocial, discapacidad sensorial grave) y para las **mujeres con discapacidad**, apostando por un modelo laboral que garantice **un marco equitativo respecto de las condiciones laborales y salariales de las personas trabajadoras con discapacidad**, evitando cualquier “fórmula proteccionista” que posibilite la degradación de sus salarios o condiciones laborales.

Por otro, abordar esta transformación supone **superar la dualidad de mercado protegido y mercado ordinario**, ajustándose a los **requerimientos realizados a España por Naciones Unidas en el Documento de las Observaciones Generales n° 8 sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo, donde solicita la eliminación del empleo segregado de personas con discapacidad** para garantizar su derecho a un trabajo digno y decente.

Se hace más necesario que nunca superar las contradicciones del Estatuto de los Trabajadores en cuanto a la extinción del contrato de trabajo en situaciones de incapacidad total, absoluta y gran invalidez. Y así apostar por

una regulación de los ajustes razonables que garanticen la permanencia de la persona trabajadora con discapacidad en el mercado de trabajo, sin ser expulsado con ocasión de una discapacidad sobrevenida. Hay que asegurar la permanencia de estos trabajadores y trabajadoras adaptando los puestos de trabajo, cualificando y formando en función de su nueva capacidad y garantizando que en ninguno de los casos suponga una merma de sus condiciones laborales y salariales.

Por último, los datos nos interpelan a atender especialmente la situación de inactividad de las personas con discapacidad, tal situación pasa por:

- Garantizar la **educación inclusiva y de calidad de los menores con discapacidad**, asegurando la **formación a lo largo de la vida**, facilitando itinerarios personalizados focalizados en la formación profesional que potencie y mejore su empleabilidad. Así como **formar y recualificar de las personas con discapacidad sobrevenida**.
- Potenciar los servicios de intermediación especializados, manteniendo la colaboración público-privada, pero es preciso la **especialización en la intermediación laboral en los Servicios Públicos de Empleo para que pueda realizar una labor de atención y asesoramiento personalizado con itinerarios laborales y generando una coordinación óptima**.
- Sistemas de compatibilidad de la pensión y el empleo. Atención especial a la parcialidad motivada por discapacidad, pues se hace necesario la complementación de los ingresos para garantizar una capacidad económica adecuada.
- **Actualización de los centros ocupacionales**, superando el enfoque rehabilitador, posibilitando un modelo flexible de atención ocupacional que posibilite las oportunidades de empleo de las personas con discapacidad.

En UGT, desde hace ya unos cuantos años, existe una “Agenda de la Discapacidad”, y se trata con transversalidad en todas y cada una de las cuestiones que abordamos en el sindicato. Existe una mayor conciencia que se ha ido generando a través de varios mecanismos:

- Sinergias y acuerdos con el movimiento social de la discapacidad
  - Firma de convenios de colaboración CERMI, Fundación ONCE y UGT, a nivel estatal y autonómico.
  - Estudios y trabajos de colaboración entre Fundación Largo Caballero y Fundación ONCE.

- Participación en actividades de investigación y difusión de conocimiento (Curso de Verano de UGT Madrid en la Universidad Complutense con la participación de Fundación ONCE).
- Presencia de personas con discapacidad en las direcciones ejecutivas del sindicato a nivel confederal y a nivel comunidades autónomas.

En esta agenda también tiene un peso importante el papel de la **negociación colectiva** que es clave para poner el foco en combatir la situación de exclusión de las personas con discapacidad. La negociación colectiva cumple una función principal en la contratación y fijación de las condiciones de empleo y trabajo de las personas con discapacidad.

Desde nuestro punto de vista el diálogo entre responsables de la empresa y representantes de las personas trabajadoras debe orientarse a crear e **incrementar la capacidad de adaptación de las empresas** de modo que la organización y las condiciones del trabajo creen las condiciones más favorables para hacer posible el empleo de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad y no discriminación.

Pero para que ello sea posible y con un alcance suficientemente significativo en la estructura empresarial, el diseño de las políticas, del soporte institucional que las hace posible y de los recursos que se contemplen en cada caso, junto con la norma, constituyen el marco de referencia que incide en las posibilidades de éxito de la negociación colectiva.

Algunos de los **elementos de contexto** que van a incidir en las posibilidades de diálogo y contractualización de las políticas específicas en discapacidad en la negociación colectiva son:

- a) Un **marco normativo propicio**<sup>7</sup>. La **regulación debe ser coherente** y eliminar todos aquellos preceptos que introducen discriminación y frenan la puesta en práctica de políticas de igualdad, así como eliminar las contradicciones normativas.
- b) **Sensibilización e información** a la sociedad en su conjunto. La sociedad en su conjunto debe, primero, comprender e interiorizar que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que cualquier otra persona. No es una cuestión de asistencia o ayuda. Sino de

---

<sup>7</sup> Colominas, D. G. (2019). La adaptación de la extinción por la ineptitud sobrevenida del trabajador con discapacidad a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿Una cuestión pendiente? *Derecho de las relaciones laborales*, (3), 297-306.

derechos. Y para que esa igualdad de derechos sea efectiva se requieren medidas específicas que lo hagan posible.

- c) **El sistema de cuotas.** La comparación con otros países pone de manifiesto que España<sup>8</sup> puede ir más allá en el compromiso de contratación, tanto por el tamaño mínimo que activa la obligación de contratar, como por el porcentaje. **Las características del sector y de la empresa podrían ser factores para modular el compromiso de contratación.**
- d) Los **incentivos a la contratación** debieran tener en cuenta los diferentes esfuerzos en la realización de ajustes razonables necesarios para incluir a las personas con discapacidad. También en las medidas adoptadas para mantener el empleo y favorecer la vuelta al trabajo.
- e) Es necesario **coordinar, equilibrar, visibilizar y difundir los recursos disponibles para la contratación** de personas con discapacidad para que puedan utilizarse: intermediación, formación, orientación, ajustes razonables, empleo con apoyo, enclaves laborales, prevención, rehabilitación...
- f) **El estado debe asumir mayores compromisos** para que la obligación de contratar sea efectiva.
  - a. Es necesario **condicionar más el recurso a las medidas alternativas** y que los fondos obtenidos por el uso de las mismas se dirijan a mejorar el empleo de las personas con discapacidad en el mercado ordinario.
  - b. La función de información sobre normativa, recursos disponibles y asesoramiento no puede quedar sólo en manos de las entidades privadas, que intervienen a demanda de las empresas. Es necesario un marco de colaboración público-privado que garantice la extensión de estas funciones a todo el territorio.
  - c. Manteniendo la colaboración público-privada es preciso la **especialización en la intermediación y orientación laboral en los servicios públicos de empleo para que pueda realizar una labor de coordinación óptima.**

---

<sup>8</sup> Eurofound (2021), Disability and labour market integration: Policy trends and support in EU Member States, Publications Office of the European Union, Luxembourg



- d. **Las sanciones** por incumplimiento que se recogen en la normativa deben ser efectivas y disuasorias. La labor de la Inspección de Trabajo debe ser reforzada en este sentido. En el año 2018 se impusieron 260 sanciones por un importe de 624.000 euros. Una media de 2.400 euros por empresa. Con estas cifras no disuasorias, es barato incumplir.
- e. **Es imprescindible avanzar en una regulación de los ajustes razonables que contemple recursos:** económicos, materiales y humanos a los que puedan acceder fácilmente las empresas y también las organizaciones sindicales. Realizando una regulación amplia.
- f. Debieran potenciarse que en los procesos de inversión de las empresas se apostase por el **diseño universal**. Los fondos destinados a la digitalización de las empresas podrían incluir alguna condicionalidad al respecto.
- g) Es necesario que los **agentes sociales** cuenten con **personas formadas** en discapacidad y en las medidas que garantizan la igualdad de oportunidades y la no discriminación.
- h) Es necesario potenciar los **sistemas para la denuncia** de cualquier persona con discapacidad por discriminación.
- i) **La formación de las personas con discapacidad** debe potenciarse en todos los niveles y en todas las edades. Especialmente **en nuevas tecnologías**, condición necesaria para garantizar su acceso al empleo que surge con la creciente digitalización. Hay que romper con la concentración de la ocupación principalmente en puestos de cualificaciones elementales. El estado debe adquirir un compromiso más firme con la formación -en todos los niveles- de las personas con discapacidad y arbitrar mecanismos para facilitar el ajuste competencial entre la oferta de trabajo y los perfiles profesionales de las personas con discapacidad que buscan empleo.
- j) **Los agentes sociales deben participar activamente en el diseño de las políticas de discapacidad**, tanto a nivel europeo, estatal como autonómico. El diálogo, el debate y la evaluación periódica mediante comisiones o grupos de trabajo específicos debe ser constante de modo que puedan introducirse las mejoras necesarias.
- k) El modelo de los **Centros Especiales de Empleo** debe revisarse conforme a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. La dotación presupuestaria destinada a esta figura debiera estar condicionada a la consecución de su fin. Y debiera vigilarse y

condicionar el apoyo financiero en los casos en que los CEE utilizan el menor coste salarial para competir con empresas ordinarias, especialmente en los procesos de subcontratación. Los contratos públicos deberían incluir en los pliegos de cada concurso la necesidad de que las empresas interesadas acudan a ese concurso en igualdad de condiciones, sin que la calidad del empleo se vea perjudicada a costa de mejorar las opciones de obtener el contrato. No se puede utilizar a las personas con discapacidad para producir más barato.

- l) Es necesario revisar el ámbito de aplicación y definición de la relación especial de empleo (y los contratos de bajo rendimiento).
- m) **Mejorar la sindicalización de las personas con discapacidad.** Las organizaciones sindicales deben crear las condiciones para aumentar la participación de las personas con discapacidad: afiliación, candidatura para elección de representantes, cargos orgánicos. Esta participación es imprescindible para mantener la atención a esta materia en las agendas sindicales. Y también, para cumplir una función de representación que las personas con discapacidad demandan y para la que recurren en mayor medida a las entidades especializadas que no son interlocutores en la negociación colectiva.

**Atender y promover los derechos de las personas con discapacidad desde la acción sindical en general, la negociación colectiva en particular, y a través del Dialogo Social es una prioridad para UGT.** Como sindicato desempeñamos un papel clave en la lucha a favor de la igualdad y en contra de la discriminación, a través de la representación de los intereses de las personas trabajadoras en general, y de las personas trabajadoras con discapacidad, en particular.

***Reflexiones de Comisiones Obreras sobre el  
empleo de las personas con discapacidad  
(a la espera de las conclusiones  
del Libro blanco)***

**RAÚL OLMOS MATA**

*Adjunto a la Secretaría de Acción Sindical y Empleo  
Comisiones Obreras*

**CONSIDERACIONES SOBRE LAS POLÍTICAS CON  
RELACIÓN AL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON  
DISCAPACIDAD SEGUIDAS HASTA AHORA**

Han pasado ya 40 años desde la aprobación de la *Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos* (LISMI), primera ley integral que, con cambios e incorporaciones posteriores, es la que ha dominado el marco normativo cuando hablamos de la integración en el empleo de las personas con discapacidad. El tiempo pasado obliga, en nuestra opinión, a hacer un balance y una evaluación en profundidad de los resultados, puestos en relación con los objetivos marcados, para que nos sirva de punto de partida para las propuestas de futuro. Esperamos que el anunciado Libro blanco del empleo y la discapacidad haga más en profundidad esa evaluación. En ese sentido, y a la espera del Libro blanco que, esperamos, hará una evaluación más profunda, desde CCOO avanzamos algunas ideas sobre lo acontecido.

Es indudable que en estas cuatro décadas hemos avanzado en muchas materias, incluidas las políticas públicas relativas al empleo de las personas con discapacidad. Pero también es evidente que los avances no han sido suficientes.

Hemos mejorado en tasa de ocupación, y también en desempleo, entre las personas con discapacidad, pero de manera todavía claramente insuficiente: en el año 2021 la tasa de empleo de personas con discapacidad fue

del 26,9%, frente al 66,3% en las personas sin discapacidad, con una tasa de paro del 22,5%, 7,8 puntos superior a la tasa de paro de la población sin discapacidad. Y estos datos presentan un cambio significativo con respecto al comportamiento en el empleo general cuando se analiza su distribución por sexos: las mujeres con discapacidad tienen una tasa de empleo ligeramente superior (27,1% frente a 26,6% de los hombres) al contrario que ocurre en las personas sin discapacidad (60,7% de la tasa de actividad femenina frente a 72,0% de la masculina). Y sin embargo las mujeres con discapacidad presentan mayor tasa de paro (23% frente al 22% de los hombres). Pero esas cifras se alcanzan con una tasa de actividad muy baja, en lo que supone probablemente el principal fracaso durante estos años: un 34,6% frente al 77,7% de las personas sin discapacidad (nuevamente aquí se invierte en el caso de las mujeres, que presentan una tasa de actividad del 35,3% frente al 34,2%, cuando entre las personas sin discapacidad es, al contrario, con una tasa de actividad en los hombres del 82,6%, casi 10 puntos superior a la de las mujeres)<sup>1</sup>. Esta situación evidencia que, pese a algunos avances, permanecen las barreras y dificultades para la plena inserción en el empleo de las personas con discapacidad. El empleo protegido es en buena parte responsable de la mejora de parte de las cifras anteriores, pero también evidencia una de las partes menos satisfactorias con relación a los objetivos marcados: no está sirviendo de tránsito hacia el empleo ordinario, que era su objetivo central (salvo en aquellas situaciones con mayores dificultades para su inserción fuera del empleo protegido).

El marco legal de lucha contra la discriminación ha tenido importantes avances, el más reciente con la aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, pero sigue habiendo discriminaciones, en unos casos porque la norma no ha bajado aun a la realidad cotidiana en los centros de trabajo, y en otros por la falta -o la insuficiencia- de algunos de los mecanismos que deberían permitir su pleno cumplimiento.

A la hora de evaluar el funcionamiento real de las políticas con relación al empleo de las personas con discapacidad, es necesario señalar los grandes objetivos que se marcaban para poder ver, en primer lugar,

---

<sup>1</sup> Todos los datos sobre empleo y actividad son del informe sobre el Empleo de las personas con discapacidad (EPD) del año 2021 del Instituto Nacional de Estadística ([https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica\\_C&cid=1254736055502&menu=ultiDatos&idp=1254735976595](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica_C&cid=1254736055502&menu=ultiDatos&idp=1254735976595)). La nota de prensa presenta un amplio y completo resumen ([https://www.ine.es/prensa/epd\\_2021.pdf](https://www.ine.es/prensa/epd_2021.pdf)).

el grado de aproximación al cumplimiento de los objetivos marcados y, en segundo lugar, el acierto o error de las políticas desarrolladas para su cumplimiento y, con ello, ayudar a enfocar la propuesta de nuevas políticas.

Vamos a intentar analizar de manera un poco más detallada algunas valoraciones desde CCOO sobre el funcionamiento de algunas de las políticas que desde la LISMI se desplegaron para impulsar el empleo en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad.

### ***CUOTA DE RESERVA EN EL EMPLEO ORDINARIO***

La principal apuesta que la LISMI hace en 1982 para la integración de las personas con discapacidad en el empleo ordinario a través de la cuota de reserva era muy moderada: el 2% del empleo excluyendo las empresas de menos de 50 personas trabajadoras (que en España son mayoría, y aglutina a la mayoría del empleo). Moderado porcentaje que ni siquiera se ha logrado llevar a la práctica en todos los casos, aunque la media agregada nos diga aparentemente que sí. Así, en el año 2021 el porcentaje medio de personas asalariadas con discapacidad era en las empresas privadas del 2,1% (1,8% en las empresas de menos de 50 personas trabajadoras y 2,3% en las de más de 50)

Ya casi desde su inicio se establecieron las “excepciones” al cumplimiento de la norma. Se trata de las medidas alternativas previstas al cumplimiento efectivo de la cuota de reserva que, si bien en un principio se definieron como excepcionales, se convirtieron en la norma habitual de la mayoría de las empresas ordinarias. Todo ello no solo conllevó una reducción importante de la integración en el empleo ordinario a través de la cuota de reserva sino, lo que es casi más grave, instaló en las empresas la idea de que la cuota de reserva era más una “recomendación” que una obligación (a lo que también ayudaron las escasas consecuencias de su incumplimiento) y, desde luego, la idea de que las medidas alternativas al cumplimiento estricto de la cuota de reserva eran alternativas libremente elegibles y no, como en la teoría estaban configuradas, solo alternativas cuando se hubiera acreditado, de manera tasada, la imposibilidad de cumplir con la cuota de reserva.

En el ámbito del empleo público el grado de cumplimiento ha sido quizá mayor (y la exigencia era superior desde el primigenio 5%), pero tampoco en este campo podemos calificar de satisfactorio el resultado, pues se

ha visto seriamente afectado de un lado por las políticas de austericidio<sup>2</sup> y pérdida de empleo público desarrolladas durante buena parte de estos años, y de otro por la fuerte precarización del empleo público (en buena parte consecuencia de los procesos de austeridad antes citados) con tasas superiores al 30% de empleo temporal. Y como norma general, el empleo público temporal -que no pasa por Oferta de Empleo Público previa que es donde se establece la cuota de reserva- ignora de manera absoluta la cuota de reserva de empleo a las personas con discapacidad (y muchos otros derechos como la adaptación del puesto de trabajo, de las pruebas selectivas de acceso, etc.).

En el mismo sentido cabría también llamar la atención sobre el hecho de que, tras la crisis financiera, no se haya renovado la *Estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad*<sup>3</sup>. Se han reducido así las políticas públicas de promoción del empleo con discapacidad a apenas un puñado de medidas<sup>4</sup> que, si bien tienen interés, no logran alcanzar la dimensión a las que aspiraban las estrategias globales. Adicionalmente, como se apunta con mayor detalle más adelante, hemos de recordar que para que las citadas estrategias de empleo alcancen su máximo potencial conviene que tanto su diseño como su implementación cuente con la participación de las organizaciones sindicales y empresariales que, a la postre, son los actores principales sobre los que opera el mercado de trabajo.

## ***EL EMPLEO PROTEGIDO***

La normativa española contempla, desde su origen, el empleo protegido como puente que conectara con la plena integración en el empleo ordinario. Solo para casos excepcionales se puede establecer como la vía

---

<sup>2</sup> Valga destacar el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

<sup>3</sup> La última edición de esta Estrategia fue la correspondiente a 2008-2012, puede consultarse en:  
[https://www.mites.gob.es/es/sec\\_trabajo/estrategia\\_global\\_personas\\_discapacidad\\_2008\\_2012.pdf](https://www.mites.gob.es/es/sec_trabajo/estrategia_global_personas_discapacidad_2008_2012.pdf)

<sup>4</sup> Destaca la Orden del Ministerio de Trabajo y Economía Social TES/501/2021, de 20 de mayo, por la que se incrementan, con carácter extraordinario durante 2021, las subvenciones destinadas al mantenimiento de puestos de trabajo de personas con discapacidad en los CCE (BOE 25 de mayo de 2021); así como también el El Real Decreto 368/2021, de 25 de mayo, sobre medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite.

estable de empleo, vinculados fundamentalmente a los mayores grados de discapacidad o a determinados tipos de discapacidad que presentan especiales dificultades añadidas de inserción en el mercado ordinario. Tanto los instrumentos -principalmente centros especiales de empleo- como las potentes políticas de apoyo -bonificaciones y exoneraciones de cotizaciones sociales, ayudas directas, fiscalidad, etc.- tienen en teoría el objetivo de ayudar y financiar el tránsito al empleo ordinario.

La realidad nos muestra un escenario bien diferente. El empleo protegido, y especialmente los centros especiales de empleo (CEE), se han convertido en un sector económico en sí mismo, que a menudo no logran -a veces ni siquiera lo pretenden- ser tránsito al empleo ordinario. Y ello, unido al debilitamiento del cumplimiento de la cuota de reserva antes señalado, ha configurado un círculo vicioso tremendamente pernicioso: apenas hay oportunidades -salvo el escaso empleo público- para el empleo de las personas con discapacidad fuera del empleo protegido, y éste se convierte en un modelo de negocio propio y autónomo que es rentable gracias a las ayudas y al apoyo al empleo protegido, ayudas que de retirarse sin más ponen en riesgo el empleo real de las personas con discapacidad. Y esto se agudiza cuando, a efectos legales y en la mayoría de las ayudas y apoyos, reciben igual tratamiento los centros especiales de empleo sin ánimo de lucro -que, más allá de las críticas que pudiera haber a su funcionamiento, destinan el “beneficio” a los objetivos propios de la entidad, a menudo destinado a las personas con discapacidad- y los centros con ánimo de lucro.

El escenario anterior, que deja para las personas con discapacidad el empleo protegido como casi única alternativa de empleo es contraria a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, como expresamente recoge la *Observación general núm. 8 (2022) sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo* de septiembre de 2022<sup>5</sup> “...el derecho de todas las personas a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado no se respeta cuando la única oportunidad real para las personas con discapacidad es trabajar en instalaciones segregadas, y considera que las personas con discapacidad no deberían estar segregadas en talleres protegidos”.<sup>6</sup> Y posteriormente añade “El empleo segregado para las personas con discapacidad, como los talleres protegidos,

---

<sup>5</sup> <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/crpd/cgc8-general-comment-no-8-2022-right-persons>

<sup>6</sup> Apartado 12 de la *Observación general núm. 8 (2022) sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo* de septiembre de 2022

*no debe considerarse una medida tendiente al logro progresivo del derecho al trabajo, que solo se hace realidad a través del empleo libremente elegido o aceptado y desempeñado en un mercado laboral abierto e inclusivo.*<sup>7</sup> Y la referencia que ese mismo apartado hace como excepción a no considerarlo empleo segregado (*“Las empresas orientadas al empleo que son gestionadas y dirigidas por personas con discapacidad, incluidas las de propiedad colectiva y administradas democráticamente, pueden no ser consideradas empleo segregado si ofrecen unas condiciones de trabajo justas y favorables en igualdad de condiciones con los demás”*) no ampara a todo el empleo protegido de las entidades sin ánimo de lucro, sino solo a una parte del mismo.

Además, el que las ayudas y apoyos al desarrollo de los CEE sean en su inmensa mayoría indiscriminados con independencia de la discapacidad y su grado, y de las dificultades reales de inserción en el mercado ordinario, en paralelo a su conversión en un sector económico en si mismo, ha tenido como efecto añadido que, salvo honrosas excepciones ignoren a aquellos colectivos con discapacidades más severas o con especiales dificultades de inserción.

### ***LA FALTA DE EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA DE INCENTIVOS***

España tiene, en general un problema de falta de evaluación real de las políticas públicas y faltan ámbitos e instituciones con capacidad (técnica, jurídica y de medios) para evaluar las políticas públicas desarrolladas por el conjunto de instituciones. La Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIREF) realiza dicha evaluación solo desde el punto de vista de la sostenibilidad de las finanzas públicas, y la miopía de las políticas de austeridad se llevó por delante la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (AEVAL) en 2017. Solo recientemente se ha recuperado exclusivamente para la evaluación de las políticas públicas dependientes de la Administración General del Estado<sup>8</sup>, no de las administraciones en su conjunto y de manera integral (lo que hace que, para lo que afecta a las políticas relacionadas con las personas con discapacidad, en donde intervienen todos los niveles de la administración, eso no sea suficiente). Es cierto que la nueva Ley de Empleo contempla mecanismos

---

<sup>7</sup> Apartado 15 de la *Observación general núm. 8 (2022) sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo* de septiembre de 2022

<sup>8</sup> Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado



de evaluación de las políticas de empleo que ella desarrolla (especialmente de las políticas activas y de intermediación) de manera general, y de manera específica con relación a las personas con discapacidad como colectivo prioritario, pero no va a permitir tampoco desde ahí hacer una evaluación integral de las desarrolladas por el conjunto de administraciones.

En el caso de las políticas vinculadas al empleo y las personas con discapacidad resultaría especialmente importante que hubiera ámbitos en los que realizar dicha evaluación, pues dentro de un estado fuertemente descentralizado como el español intervienen directa o indirectamente los tres niveles de la administración.

La ausencia de organismos que de manera periódica realicen dicha evaluación no implica que no existan evaluaciones parciales que permitan extraer algunas conclusiones. Quizá la más clara es la de la AIREF sobre la política de incentivos a la contratación<sup>9</sup>, que más allá de otras consideraciones centraba sus críticas en el mantenimiento de una política que giraba fundamentalmente sobre el empleo protegido, con poco carácter selectivo -con lo que lograba mayor eficacia cuanto menor problema hubiera para su integración en el empleo ordinario- y con ciertos efectos de “peso muerto” -el empleo a veces duraba lo que duraba su incentivación. Así, en sus conclusiones señalaba:

- *La participación laboral de las personas con discapacidad es muy baja, con tasas de actividad y de empleo del 34,5% y del 25,8% respectivamente, más de 40 puntos por debajo de las de la población sin discapacidad. La tasa de desempleo se sitúa en el 25,2%, alrededor de 10 puntos por encima.*
- *Como firmante de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, el Estado debe promover y salvaguardar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, tomando las medidas legales y proporcionando los apoyos económicos necesarios.*
- *Las bonificaciones y reducciones para personas con discapacidad representaron más del 40% del gasto analizado en este estudio. En 2018 superaron los 800.000 euros, distribuidos principalmente entre los CEE (42%), la contratación indefinida en la empresa ordinaria (30%) y la ONCE (21%). Los incentivos al empleo autónomo y a los contratos formativos no alcanzan, en conjunto, el 2% del total.*

---

<sup>9</sup> “Estudio sobre incentivos a la contratación” en el marco de la evaluación el gasto público en 2019, <https://www.airef.es/wp-content/uploads/2022/01/CORRECCION-ENLACES/PDF-Web-Incentivos-a-la-contratacion-3.pdf>

- *En la empresa ordinaria se incrementan las bonificaciones en caso de discapacidad severa, pero en el empleo protegido y en las bonificaciones de la ONCE no hay medidas específicas para colectivos especialmente vulnerables dentro de la discapacidad.*
- *El análisis realizado no encuentra evidencia de que los incentivos autonómicos impulsen la contratación de las personas con discapacidad. El tiempo de mantenimiento del contrato exigido a las empresas beneficiarias de las ayudas actúa como desincentivo a la contratación indefinida, aunque su efecto es muy reducido.*
- *En cuanto al mantenimiento del empleo, los resultados muestran que tener una bonificación específica de discapacidad aumenta significativamente la probabilidad de estar empleado en los cinco años siguientes, frente a los contratados sin bonificación.*

### **FALTA DE PARTICIPACIÓN DE LOS AGENTES SOCIALES**

En el seno de diálogo social con las organizaciones sindicales y patronales más representativas se tratan y negocian las políticas generales que afectan al empleo, las condiciones laborales y la protección social del conjunto de las personas trabajadoras.

De otro lado las políticas de discapacidad -también las de empleo, laborales y de protección social- a menudo son discutidas con la sociedad civil, especialmente con las entidades que representan a los diferentes colectivos de personas con discapacidad o que trabajan prioritariamente con los mismos, entidades que afortunadamente han acreditado una importante capacidad de organización e interlocución.

El diálogo social y el diálogo con las organizaciones que actúan en el ámbito de la discapacidad tienen marco de actuación tanto en ámbitos institucionalizados -foros de participación institucional- como no institucionalizado, pero realmente efectivos -creados, habitualmente, en cada proceso de negociación para materias o temas concretos-. Pero cuando se trata de las políticas con relación al empleo de las personas con discapacidad la percepción que tenemos desde las organizaciones sindicales es que de manera habitual se nos excluye de la génesis de ese diálogo sobre las políticas públicas a desarrollar, o se parcelan indebidamente dando diferente tratamiento que al empleo en general.

Además, quizá el diálogo entre las organizaciones que trabajan en el ámbito de la discapacidad y las organizaciones sindicales, existiendo y siendo constante, no es lo suficientemente fluido. Y esas dificultades toman es-

pecial relevancia si consideramos que el desarrollo de una parte significativa de las políticas hacia la plena integración y la igualdad de las personas en el ámbito de la discapacidad deben desarrollarse desde la negociación colectiva como el marco más próximo e inmediato para su éxito.

Como se desarrollará con mayor detalle más adelante, baste en este sentido señalar el hecho que en febrero de 2007 la renovación del Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva (ANC) suscrito CCOO, UGT, CEOE y CEPYME, en el que se marcaban las líneas generales que debían orientar el contenido de los convenios colectivos durante la vigencia del acuerdo, se incluyó por primera vez el compromiso por escrito de sindicatos y patronales de promover el cumplimiento de la cuota de reserva del 2% para personas con discapacidad, así como varias referencias concretas al tratamiento que había de darse al empleo protegido y a las nuevas figuras como los enclaves laborales.

## **ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE PROPUESTAS DE FUTURO**

Cuando se publique el Libro blanco sobre el empleo de las personas con discapacidad, sería necesario abrir un debate y reflexión en profundidad por parte del conjunto e agentes sobre el conjunto de políticas, debate que no puede partir el mero continuismo o mantenimiento del status quo, más allá del período de adaptación que hubiera que establecer para no desarmar lo existente a la espera de lo que esté por venir.

Los ejes centrales de las políticas sobre empleo y discapacidad que han venido presidiendo, en la teoría al menos, las políticas en esta materia hasta ahora (plena integración en empleo ordinario, sin discriminaciones, con apoyos y ayudas, valorando la situación de los colectivos con mayores dificultades de inserción) siguen siendo plenamente válidos.

Pero habría que avanzar algunos cambios.

### ***CUOTA DE RESERVA***

Creemos posible incrementar la cuota de reserva mediante la rebaja del umbral de plantilla para su implantación: al menos 1 persona trabajadora para empresas de más de 25 personas trabajadoras, 2% desde 50 a 250 personas trabajadoras, 3% de 100 a 250 personas trabajadoras, 4% más de 250 personas trabajadoras.

Menos “puertas traseras” para excepcionar el cumplimiento de la cuota: para los casos en los que se excepcione su cumplimiento tiene que estar acreditado de manera fehaciente, contar con informe preceptivo de la representación de las personas trabajadoras (y, llegado el caso, de la Inspección de Trabajo), ser revisable en la medida en que pudieran variarse los condicionantes que se hayan tomado en consideración, que se acreditara de manera fehaciente que no puede ser compensado con su cumplimiento en el conjunto del grupo de empresas, etc.

En el ámbito del empleo público debe fijarse el mismo objetivo ambicioso (7%) ya fijado para el ámbito de las entidades de derecho público y revisar las actuales excepciones.

Crear cuotas específicas adicionales para los colectivos de personas con discapacidad de más difícil inserción, principalmente en el empleo público, pero comprometiendo también a las empresa medianas y grandes (¿posible destinar una parte de la cuota de reserva -incrementada- para dichos colectivos?)

### ***EMPLEO PROTEGIDO***

Recuperar el objetivo originario de los CEE como lugar de formación, cualificación y tránsito hacia la plena integración en el empleo ordinario. Ese proceso conlleva varias actuaciones, entre las que destaca:

Reorientar la política de incentivos y ayudas hacia ese objetivo (se tratará más adelante). Dentro de esa reorientación, diferenciar de manera clara los CEE sin ánimo de lucro de aquellos con ánimo de lucro.

Sustituir los enclaves laborales por apoyos a la contratación directa de las empresas acompañado de mecanismos de tránsito directo del empleo desde los centros especiales de empleo a las empresas principales.

Culminar la plena garantía de percepción al menos del salario del convenio sectorial de la actividad desarrollada, incorporando a los CEE sin ánimo de lucro al mecanismo iniciado en el artículo 29 del *XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad* para los CEE con ánimo de lucro y para todos aquellos que contraten con las administraciones públicas. Los apoyos adicionales a los CEE de iniciativa social -que respaldamos- no deben residir en las condiciones salariales de las personas trabajadoras.

## **APLICAR LOS CRITERIOS DE LA REFORMA LABORAL DE 2021 TAMBIÉN AL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

Debe acabarse con la excepción establecida en la disposición adicional vigesimoséptima del Estatuto de los trabajadores a la aplicación plena de los criterios del artículo 42.6 de dicho Estatuto, sobre el convenio colectivo de aplicación en contrata y subcontratas, para el caso en el que un CEE actúa como contrata o subcontrata, en coherencia con lo que se plantea en el apartado correspondiente para el propio convenio. La actual situación no cumple con los requisitos de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que en su artículo 27 recoge la igualdad de derechos en el empleo, incluyendo igual remuneración para trabajos de igual valor. Así, en la *Observación general núm. 8* ya citada se recoge expresamente que “los trabajadores con discapacidad tienen derecho a recibir la misma remuneración que los demás trabajadores cuando realizan el mismo trabajo o uno similar. Además, la remuneración también debería ser igual, aunque el trabajo sea completamente distinto, pero no obstante de igual valor. Los Estados parte deberían garantizar que los lugares de trabajo que hayan acometido la transición desde el empleo segregado no estén eximidos del pago de un salario igual por trabajo de igual valor.”<sup>10</sup>

Además, los criterios en materia de contratación temporal que se han establecido en la legislación laboral con carácter general deben también extenderse a las fórmulas de contratación temporal específica del empleo de personas con discapacidad: causalidad de la contratación, duración máxima más corta (seis meses prorrogables a un año), conversión en fijo ante cualquier incumplimiento, conversión en fijo si rotación con más de un contrato en el mismo puesto, etc.

## **POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO**

La Ley de empleo ha cambiado sustancialmente los instrumentos de políticas activas de empleo con carácter general, y eso se debe trasladar a las políticas activas relacionadas con el empleo de las personas con discapacidad. La nueva ley de empleo establece algunos aspectos que, desde hace tiempo, venían reivindicándose para una mejor estrategia para el conjunto de políticas de empleo en general, y con relación a las personas

---

<sup>10</sup> Apartado 28 de la *Observación general núm. 8* (2022) sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo de septiembre de 2022

con discapacidad en particular. El seguimiento e individualización de los itinerarios personalizados, el mantenimiento de personal especializado para su atención, el reconocimiento de la necesidad de planes específicos para personas con determinadas discapacidades o dificultades más severas para su plena integración en el mercado laboral, y la fijación de criterios de evaluación y seguimiento deben permitir impulsar el papel de los servicios públicos de empleo que, confiamos, mejoren y profundicen además la cooperación entre los mismos.

Además, debe incrementarse la apuesta por la formación y la cualificación: compromisos mínimos, formación especializada y adaptada, en línea con los objetivos señalados en el apartado 4.2 de la *Estrategia sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para el período 2021-2030*<sup>11</sup> :

- *Establecer objetivos para la participación de los adultos con discapacidad en el aprendizaje, con vistas a aumentar su participación, y asegurarse de que las estrategias nacionales de capacidades abarcan las necesidades específicas de las personas con discapacidad, con el fin de contribuir a alcanzar los objetivos establecidos en la Agenda de Capacidades Europea y en el Plan de Acción para la Aplicación del Pilar Europeo de Derechos Sociales;*
- *Adoptar medidas específicas y formatos de formación flexibles para garantizar programas de EFP inclusivos y accesibles, especialmente para las personas con discapacidad.*
- *Partiendo de los resultados del Plan general de cooperación sectorial sobre capacidades contemplado en el Pacto por las Capacidades, continuar promoviendo la cooperación entre las partes interesadas pertinentes de la economía social, en particular, identificando las necesidades en materia de capacidades digitales y aplicando la tecnología de apoyo para una mejor empleabilidad.*

## ***POLÍTICA DE INCENTIVOS Y AYUDAS AL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD***

No se trata de ahorrar en políticas públicas de apoyo al empleo de las personas con discapacidad (posiblemente hay que gastar más). Se trata de gastar mejor y de focalizar los incentivos y ayudas a la integración y mantenimiento del empleo en el empleo ordinario, y de focalizar las ayudas más intensas en los colectivos con mayores dificultades de inserción.

---

<sup>11</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2021:101:FIN#PP4Contents>

Reorientar los incentivos a la contratación para que sean más potentes en la integración y mantenimiento en el empleo ordinario. También deben ser más potentes en los CEE que acrediten una mayor integración en el empleo ordinario. Los incentivos permanentes al empleo en los CEE deben concentrarse en los colectivos de más difícil inserción.

Las ayudas, sean directas -vía subvenciones- o sean indirectas -vía fiscal- deben ser plenas en lo que hace referencia a los costes de adaptación y formación inicial, y mantener el apoyo al sobrecoste que pueda acreditarse que la adaptación del puesto de trabajo genera, pero no deben ir más allá hasta el punto de implicar beneficios adicionales no buscados.

Por el contrario, deben mejorarse los incentivos para el empleo de las personas con discapacidad con mayores dificultades de inserción o que precisan de más apoyos para el desarrollo del trabajo.

Concentrar buen parte de la contratación pública reservada a los CEE y entidades que acrediten mayor contratación de personas con discapacidad de más difícil inserción en el trabajo ordinario.

### ***ESTRATEGIA ESPECÍFICA HACIA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD SOBREVENIDA***

Las actuales políticas hacia las personas con discapacidad no tienen una estrategia que afronte la situación de las personas con discapacidad sobrevenida. No existe un marco jurídico específico de la discapacidad sobrevenida; de ahí que las personas que se encuentran en tal situación puedan acogerse a una serie de normas previstas en el ordenamiento jurídico vigente que, sin haber sido específicamente diseñadas para este tipo de circunstancias, les brindan un marco de protección. Sería deseable la articulación de un sistema normativo gestado específicamente para estos supuestos, con una determinación clara de las medidas de ajuste que han de ser adoptadas para facilitar, de este modo, siempre de forma efectiva, la reincorporación de las y los trabajadores, especialmente cuando es esa la intención de estas personas.

Dentro de esta situación, no es de recibo el mantenimiento del actual artículo 49.1 e) del ET, que establece la declaración de incapacidad como causa automática de extinción del contrato de trabajo. En nuestra opinión es contraria a la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, pues como expresamente se señala en la *Observación general núm. 8 (2022) sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo* de septiembre de 2022, “*La práctica internacional en materia de*

*derechos humanos distingue varias formas de discriminación, que pueden darse de forma individual o simultánea: la discriminación directa, la discriminación indirecta, la denegación de ajustes razonables, el acoso y la discriminación por asociación*<sup>12</sup>. Y continúa describiendo que *“la denegación de ajustes razonables se manifiesta cuando no se efectúan o proporcionan las modificaciones, las adaptaciones o el apoyo necesarios y adecuados (que no impongan una carga desproporcionada o indebida) (...) la obligación de realizar ajustes razonables es aplicable desde el momento en que se recibe una solicitud de ajustes o se observa que existe una necesidad”*<sup>13</sup>. Esa interpretación es la que se traslada a la reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que consagra en su artículo 4 como discriminación la denegación de ajustes razonables.

En nuestra opinión en los casos en los que surja una discapacidad sobrevenida la empresa deberá acreditar, en primer lugar, que no es posible el mantenimiento del empleo mediante la realización de los ajustes razonables para adaptar el puesto a la discapacidad de que se trate, y en segundo lugar deberá igualmente acreditar que no es posible la movilidad a otro puesto de trabajo compatible con la discapacidad de que se trate, sea con carácter inmediato o sea en un plazo razonable.

Y todo ello en el marco de un procedimiento reglado, con participación de la representación de las personas trabajadoras.

La negociación colectiva puede y debe aportar soluciones viables bien para la adaptación del puesto de trabajo bien para la recolocación, pero ello no va a ser posible si permanece como está la redacción del actual artículo 49.1 e) del Estatuto de los trabajadores.

Debe desaparecer el automatismo establecido en el actual artículo 49, que supone una auténtica discriminación debido a enfermedad y/o discapacidad. Y el hecho es tremendamente paradójico si consideramos que nada impide (de hecho, ocurre habitualmente) que la misma empresa a la vez que está rescindiendo un contrato de trabajo por incapacidad permanente total para la profesión habitual esté contratando a una persona con discapacidad para otro puesto de trabajo para el que la persona declarada en incapacidad -que ya tenía relación laboral con la empresa- estaba

---

<sup>12</sup> Apartado 16 de la *Observación general núm. 8 (2022) sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo* de septiembre de 2022

<sup>13</sup> Apartado 19 de la *Observación general núm. 8 (2022) sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo* de septiembre de 2022



capacitada, bien directamente o bien mediante procesos de formación y adaptación razonables.

### ***IGUALDAD EFECTIVA Y NO DISCRIMINACIÓN***

Sensibilización sobre el empleo de las personas con discapacidad y la no discriminación. No solo sobre la justicia y el cumplimiento de la ley, también sobre lo que aporta a la empresa el trabajo de personas con diferentes capacidades.

Desarrollo de las consecuencias prácticas de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, especialmente en lo que tienen que ver con la inversión de la carga de la prueba. Nulidad de la medida (además de otras posibles consecuencias) como referencia ante casos de discriminación directa e indirecta por razón de discapacidad o enfermedad.

Integración obligatoria en los planes de igualdad efectiva entre mujeres y hombres de las peculiaridades de la discapacidad de las mujeres y su relación con el empleo.

Planes especiales de igualdad y no discriminación para colectivos con discapacidades específicas y/o con especiales dificultades de inserción.

### ***PAPEL DEL DIÁLOGO SOCIAL Y DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA***

Integración de las políticas relativas al empleo de las personas con discapacidad en los espacios de diálogo social generales que afectan al empleo, las condiciones laborales y la protección social. Diálogo con entidades representativas de las personas con discapacidad y/o que trabajan en dichos ámbitos, con mejores mecanismos de coordinación y colaboración, pero sin ir en detrimento del diálogo social general.

Compromisos de impulso desde la negociación colectiva bipartita, como se ha venido desarrollando en los sucesivos Acuerdos interconfederales para la Negociación Colectiva (luego denominados Acuerdos para el Empleo y la Negociación Colectiva) desde el año 2001. Destaca especialmente el acuerdo del año 2007, que desarrollaba las conclusiones del informe que la comisión de seguimiento del anterior acuerdo había elaborado el año anterior<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> [https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec\\_trabajo/ccncc/B\\_Actuaciones/Estudios/Negociacion\\_colct.pdf](https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/ccncc/B_Actuaciones/Estudios/Negociacion_colct.pdf)

Ya en aquel año (y hace quince) se recogían importantes compromisos de las organizaciones patronales y sindicales<sup>15</sup>:

*De un lado, se propone promover la modificación de la normativa vigente de tal forma que se contemple la posibilidad de actuación de la negociación colectiva a través de la modulación de la cuota para aquellas empresas que por las características de su actividad tengan dificultades para su cumplimiento. De otro, se recogen algunas propuestas específicas.*

*En relación al empleo ordinario: la cuota de reserva. Promover en los procesos de negociación colectiva el cumplimiento de la cuota de reserva del 2% en las empresas de más de 50 trabajadores. Para facilitar este objetivo, debemos establecer cláusulas específicas de cumplimiento, identificando las actividades y los puestos de trabajo que pueden tener menos dificultades para su cobertura por personas con discapacidad.*

*En relación con el empleo protegido. -La negociación colectiva debe ser un pilar básico en la regulación de las relaciones laborales en el empleo protegido. Por lo que se refiere a los Centros Especiales de Empleo, la negociación colectiva facilitará la transición de los trabajadores desde este ámbito a la integración en el empleo ordinario. En relación con los enclaves laborales. -Garantizar que las empresas colaboradoras que tengan un enclave laboral adecuan sus instalaciones y los puestos de trabajo a las necesidades de los trabajadores del Centro Especial de Empleo, en los términos señalados en la normativa de prevención de riesgos laborales."*

Por desgracia, los objetivos que ambas partes nos marcábamos en 2007 se truncaron pronto por la crisis que poco después vino y por su secuencia de políticas de austeridad y reformas laborales que buscaron debilitar la negociación colectiva y, con ello, buena parte de los objetivos que nos marcábamos con anterioridad.

En nuestra opinión, junto con una normativa más exigente y que vaya más allá como se ha expresado en los apartados anteriores, también el compromiso de las organizaciones patronales y sindicales debe ir más allá en coherencia con lo antes expuesto, y debe posibilitar su despliegue obligado en los convenios colectivos, especialmente lo que tiene que ver con las garantías de integración en el empleo ordinario, mantenimiento del mismo, formación, adaptación del puesto, ajustes razonables, recolocación interna, etc.

---

<sup>15</sup> Puede consultarse el texto de la renovación del ANC-2007 en: <https://castilla-yleon.coo.es/b96e8a465ef78d04a49b56dd5c2b5af9000001.pdf>

11.

## *Los agentes sociales ante el empleo de las personas con discapacidad: La visión desde la patronal de las empresas de Economía Social*

**JUAN ANTONIO PEDREÑO FRUTOS**

*Presidente de la Confederación Empresarial Española de la Economía Social*

### **ECONOMÍA SOCIAL Y EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

La vinculación entre el empleo de las personas con discapacidad y las empresas y entidades de la Economía Social es incuestionable, existiendo una simbiosis y reciprocidad entre estas dos realidades.

Para entender esta vinculación, es importante incidir en algunas claves de las características de las empresas y entidades de la Economía Social en España, un modelo empresarial, que ubica a las personas en el centro de sus decisiones, que reinvierte los beneficios con criterios colectivos o para seguir generando empleo, y que combina la eficiencia empresarial con criterios de responsabilidad social, cohesión social y territorial. Un modelo empresarial que apuesta por un empleo estable, de calidad e inclusivo, facilitando la integración socio laboral de personas con discapacidad y de otros colectivos en exclusión social.

Cuando hablamos de Economía Social, hablamos de sociedades Cooperativas, Sociedades Laborales, Mutualidades de previsión social, Empresas de Inserción, Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social, Cofradías de Pescadores y Asociaciones y Fundaciones del Sector de la Discapacidad.

Este conjunto empresarial representado en CEPES<sup>1</sup> a través de sus 29 socios, representa, el 10% del PIB y el 12.5% del empleo, con más de

---

<sup>1</sup> [www.cep.es](http://www.cep.es)

2.184.000 empleos directos e indirectos, vinculados a más de 43.000 empresas en la actualidad.

Son Empresas presentes en todos los sectores económicos, con empresas de todos los tamaños, desde grandes grupos empresariales de referencia como el Grupo Mondragón o el Grupo Social ONCE, a Pymes o micro pymes. Muchas de ellas, líderes en su sector de actividad.<sup>2</sup>

Uno de los objetivos de CEPES, es la promoción y la defensa del empleo de las personas con especiales dificultades de empleabilidad y la generación de igualdad de oportunidades para estos colectivos a través de la creación de un empleo.

Por lo tanto, no se puede entender la Economía Social española sin las entidades asociativas que representan en nuestro país a los diferentes colectivos de personas con discapacidad. Me refiero a los socios de CEPES: ONCE y su Grupo Social; al Grupo Empresarial ILUNION; y a las Asociaciones Empresariales de Centros Especiales de Empleo, FEACEM y de entidades de la discapacidad intelectual, AEDIS.

Todos ellos son importantes aliados de la Economía Social, y con ellos trabajamos intensamente no sólo en la integración socio laboral de este colectivo, sino también en influenciar en la legislación para proteger los intereses de las 90.000 personas con discapacidad que trabajan en la Economía Social.

En el debate de generación de más y mejor empleo, la Economía Social es un referente porque ha demostrado en todo momento, tanto en épocas de crecimiento económico, como en épocas de profunda crisis y recesión, su valor añadido en la generación de riqueza y empleo frente a otras formas de empresas. Es el derivado de los principios solidarios que sostienen su gestión empresarial y que les comentaba al principio de mi intervención.

En definitiva, la Economía Social desempeña un papel fundamental en la creación de capital social y en la generación de bienestar comunitario y ético, entre otros motivos por su capacidad de emplear a las personas que no atiende ningún otro modelo de empresa ni los servicios de empleo públicos o privados. También por su capacidad para conciliar rentabilidad y solidaridad, creando empleos y actividad económica, fomentando la solidaridad, el desarrollo sostenible, la innovación social, y sobre todo por su

---

<sup>2</sup> Informe de Empresas relevantes de la Economía Social. 135.pdf (cepes.es)

capacidad y flexibilidad para adaptarse a los retos socio económicos, marcados por los sectores emergentes y por las nuevas formas de organización del trabajo, en los que la digitalización en su sentido más amplio cobra gran protagonismo.

En estos retos, las empresas de la Economía Social son protagonistas activos, que contribuyen desde sus valores y comportamiento empresarial a los cambios transformadores que nos está exigiendo la economía. Pero ante estos cambios y retos, la Economía Social lo aborda asegurando empleos sostenibles, flexibles, estables, de calidad y con empleos que generan cohesión social y cohesión territorial, por su fuerte compromiso con el territorio.

Y cómo lo hacemos?

Según las conclusiones del estudio sobre el Impacto socio económico de los valores de las empresas de Economía Social que CEPES elabora periódicamente<sup>3</sup>, y que se nutre de datos oficiales, comparando 7000 empresas de Economía Social con 7000 empresas mercantiles, y 15.000 personas trabajadoras de cada uno de estos modelos empresariales, se puede afirmar que:

- Creamos un empleo inclusivo. La Economía Social incorpora, en mucha mayor medida que la economía mercantil, colectivos de trabajadores con dificultades específicas de acceso al empleo como mujeres mayores de 45 años, personas mayores de 55 años, personas con discapacidad, personas en situación o riesgo de exclusión social y personas de baja cualificación.
- Hay mayores niveles de estabilidad en el empleo. En la Economía Social, más del 75% del empleo es indefinido y del 80% es a tiempo completo. Ahora con la Reforma laboral, estos porcentajes rondarán el 100%.
- Hay una Menor brecha salarial. Los niveles salariales son mucho más igualitarios. La menor dispersión salarial se debe sobre todo a una mayor contención en los salarios de la alta dirección y alta cualificación (salario superior al salario medio global en un 65%, mientras que en la economía mercantil esta diferencia es del 102,0%).

---

<sup>3</sup> Estudio de Impacto socio económico de los valores de las empresas de Economía Social. 125.pdf (cepes.es)

- Hay Mayores niveles de igualdad. Así lo muestran los mejores resultados obtenidos en relación con las brechas salariales de género, que son claramente menores; la diversidad en la dirección, con una mayor incorporación de mujeres y personas con discapacidad; o las posibilidades de conciliar mejor vida familiar y profesional.

El estudio, responde a tres preguntas: ¿muestra la Economía Social un comportamiento diferente al de las empresas mercantiles?, si es así ¿cómo afectan esas diferencias a la sociedad?, y por último ¿cómo medir esos efectos en unidades monetarias?.

Además, el estudio, analiza la hipótesis de qué pasaría si las empresas de Economía Social perdieran sus valores y pasaran a comportarse como el resto de las empresas.

Una de las conclusiones es que si las empresas de Economía Social perdieran sus valores, y se comportaran como el resto de las empresas, más de 172.483 personas de colectivos de difícil empleabilidad perderían un empleo, cerca de 125.000 trabajadores perderían anualmente su relación laboral estable y se perderían 54.236 empleos en la España rural.

Para CEPES, y para todos los socios y empresas que integran la Confederación, tenemos claro, que la posesión de un empleo digno, estable y de calidad, es la única premisa que garantiza la plena inclusión socio laboral de cualquier persona, y es la que garantiza la igualdad de oportunidades para cualquier colectivo, no dejando nadie atrás.

Y por todo ello, ya no se puede cuestionar que el empleo de las personas con discapacidad es una necesidad social, que en una sociedad moderna e inclusiva hay que aspirar al pleno empleo de todas las personas con discapacidad que quieran trabajar, haciendo efectivo el derecho al trabajo para todos, tal y como se proclama en nuestra Constitución Española.

En España, siempre ha existido una importante sensibilización sobre este tema, tanto en los ámbitos privados de la sociedad civil, como en el de los poderes públicos. Con históricas normativas como la de la cuota de reserva en empresas de más de 50 trabajadores.

A pesar de los avances y evolución que se ha producido desde 1982, aún sigue quedando mucho por hacer, porque los niveles de desempleo y de inactividad del colectivo de personas con discapacidad continúan siendo una preocupación generalizada para nuestra Confederación y para los socios que la conforman.

Esta preocupación es la que justifica también que hayan sido las propias entidades representativas del movimiento social organizado de las personas con discapacidad las que hayan tenido que fomentar, crear, defender y promover modelos de empresas cuyo fin social último no es otro que la generación de empleo para personas con discapacidad. Me refiero a los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social, una figura imprescindible hoy para garantizar el acceso al empleo de muchas personas con discapacidad.

Bajo el marco de la Ley de Economía Social Española,<sup>4</sup> se incluyen de forma expresa y activa a los únicos modelos empresariales que existen en la legislación española cuyo fin social último es la generación de empleo para aquellos colectivos de personas que presentan especiales dificultades de empleabilidad.

Además de los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social, , están las Empresas de Inserción para personas en situación o riesgo de exclusión social, y las Cooperativas de Iniciativa Social cuyo fin es la integración social y laboral de personas con dificultades de empleabilidad.

Por tanto, la Economía Social, en ese espíritu de innovación y de dar solución a problemas sociales no solucionados ni por lo privado, ni por lo público, ha creado fórmulas empresariales específicas cuyo único fin es la integración socio laboral de personas con discapacidad, intentando mejorar las estadísticas y logrando la plena integración en la sociedad y en el empleo.

Los avances sociales siempre van por delante de la normativa, y no fue una excepción el reconocimiento normativo y legitimación de la Economía Social en España, a través de la Ley 5/2011. En esta Ley se explicita que uno de los principios orientadores de las entidades de la Economía Social es la promoción de la solidaridad interna y con la sociedad, que favorezca la inserción de personas en riesgo de exclusión social.

Además, la Disposición Adicional Tercera reconoce a la Organización Nacional de Ciegos de España ONCE como entidad singular de la Economía Social, con unos rasgos básicos y genuinos en su actividad económica y un reconocido prestigio en la naturaleza de su actividad.

---

<sup>4</sup> Ley de Economía Social 5/2011 BOE-A-2011-5708 Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social.

Otro avance importante, lo tenemos en las cláusulas sociales de la Ley de Contratos del Sector público, donde se exige que en cualquier contrato del sector público haya unas reservas de contrato para los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social, Empresas de Inserción y Cooperativas de Iniciativa social.

Para finalizar, quiero trasladar las actuaciones de CEPES para fomentar el emprendimiento de personas con discapacidad, y brevemente contarles dos ejemplos de recientes actuaciones de incidencia institucional y legislativa que CEPES ha desarrollado en cooperación con sus socios.

En estos momentos, CEPES se encuentra en pleno proceso de negociación con el poder ejecutivo y legislativo de la modificación de la Ley de Economía Social, para incluir de forma expresa entre las entidades que conforman esta realidad empresarial la definición de los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social, diferenciándose así de otros modelos de Centros Especiales de Empleo que son promovidos de forma empresarial o privada, pero que no cumplen con los valores y principios que configuran este tipo de empresas de Economía Social y que son exigidos por la Ley que ordena y configura al conjunto del sector.

Y, en segundo lugar, es relevante destacar las actuaciones realizadas por CEPES ante el Ministerio de Trabajo y Economía Social de forma muy reciente, para frenar, paralizar y modificar la primera intención gubernamental de eliminar el marco actual de incentivos al empleo de personas con discapacidad, tanto en el empleo ordinario como a través de los Centros Especiales de Empleo, y que se contemplaba en el Anteproyecto de Ley de Incentivos a la contratación, pero que tras unas actuaciones coordinadas con los socios de CEPES implicados ha quedado eliminado del actual Proyecto de ley que se está tramitando actualmente en el Congreso de los diputados.

En relación con el emprendimiento y la discapacidad, hace unos meses tuvo la oportunidad de facilitar unos datos en el I Congreso nacional de Emprendimiento y Discapacidad. En ese Congreso, explique el papel de CEPES como Organismo Intermedio del Fondo Social Europeo. En el marco del programa que gestionamos desde el 2016, hay una línea específica de creación de empresas de Economía Social cuyo objetivo fundamental es asesorar a futuros emprendedores que quieran crear su propio negocio bajo fórmulas de Economía Social. En este sentido, CEPES cofinancia los servicios de emprendimiento de muchos de los socios de CEPES, presentes en todos los rincones del territorio.



Desde el 2016 al 2023 que es cuando acaba este periodo, CEPES, a través de sus centros de asesoramiento a emprendedores habrá creado 2.613 empresas de Economía Social. Del total de estas empresas, el 75% son cooperativas; un 18%, sociedades laborales; y el 7% restante son empresas o entidades que tienen por objeto la inserción laboral de personas en situación y/o riesgo de exclusión social.

A 21 de diciembre de 2021, en 78 de estos proyectos de emprendimiento, han participado 527 personas con discapacidad, lo que representa el 4% del total de personas emprendedoras que participan en este tipo de proyectos.

Con las alianzas y la cooperación, valores innatos a las empresas y entidades de la Economía Social, quiero resaltar la experiencia de la Cooperativa de integración social Altavoz, empresa pionera que fue promovida del sector asociativo de las personas con discapacidad intelectual, generando una empresa de Economía Social en la Comunidad de Madrid. Actualmente la cooperativa no está activa, pero es un claro ejemplo de creación de empleo y actividad económica a través de un proyecto de emprendimiento colectivo, cuyos socios promotores eran personas con discapacidad intelectual, los cuales decidieron crear una cooperativa de integración social.

Es un proyecto empresarial exitoso gracias a la colaboración de varias entidades que lo hicieron posible. CEPES tuvo un papel de intermediación y de puesta en contacto de los agentes que hicieron posible diseñar el proyecto y ponerlo en marcha.

El socio promotor fue PLENA INCLUSIÓN y como Entidad especializada en prestar servicios de asesoramiento, acompañamiento y apoyo a la creación de cooperativas, participó FECOMA (federación de Cooperativas y Economía Social de Madrid). Como Administraciones competentes, participaron activamente, el ayuntamiento de Madrid a través de MADRID Emprende y por supuesto el registro de cooperativas de las Comunidad de Madrid.

Los promotores eligieron la formula cooperativa, porque les permitía mayor participación de los socios en el proyecto, flexibilidad organizativa según las necesidades de los implicados y adaptación de la figura a las necesidades de los promotores. Además suponía la creación de un empleo estable, de calidad y sostenible en el tiempo, lo que les permitía tener posibilidades de crecimiento e incremento en el futuro por la incorporación de nuevos socios.

He querido contar esta experiencia, no sólo porque puede ser replicada, sino porque es una constatación de que con ella se eliminan obstáculos y prejuicios ante la Administración, ante los servicios de emprendimiento y ante las propias personas con discapacidad.

El trabajar juntos, de manera colectiva, con los valores de la Economía Social permite que experiencias empresariales como estas, sean una realidad viable en el mercado. Esto es una empresa en cuyo ADN están las bases de la Responsabilidad Social Empresarial y de la Agenda 2030.

Debemos de caminar y apostar por una sociedad de todos, para todos sin exclusión, donde todas las personas tengan su espacio y que el empleo sea la principal fuente de ciudadanía, la base de la dignidad y el medio para alcanzar la plena inserción en la sociedad.

Creemos en una economía donde lo productivo no sea el valor dominante, sino lo económico y lo social considerados de forma conjunta. Y en este modelo, la Economía Social tiene muchas cosas que decir, porque ya las hace, porque son nuestros valores, y porque compartimos un interés común: poner a la persona en el centro de las actividades económicas pues son las que dan sentido a nuestro trabajo.

## *La inclusión laboral de las personas con discapacidad en Latinoamérica*

**ANA MOHEDANO ESCOBAR**

*Vicesecretaria general de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS)*

Buenas tardes a todos y a todas.

Quería agradecer la posibilidad de compartir con ustedes algunas reflexiones en esta sesión. Gracias a la Fundación Derecho y Discapacidad por su invitación y al resto de las organizaciones responsables de este evento.

También quería felicitarles porque es el cuarto congreso nacional ya, pero es el primero internacional. Creo que es importante comparar nuestra realidad con la de otros países, porque vamos a encontrar semejanzas y diferencias que también nos pueden ayudar a entender la realidad que estamos viviendo.

La Organización Iberoamericana de la Seguridad Social es un organismo internacional en el que participan los países iberoamericanos que hablan castellano y portugués, y llevamos desde 1954 promoviendo los sistemas de protección social, tanto en pensiones, como en atención sanitaria, en servicios sociales y en salud y seguridad en el trabajo.

Dentro de esta labor, nos parece que las personas con discapacidad requieren una atención especial porque la Seguridad Social, en los países de Iberoamérica, es mayoritariamente contributiva. Es decir, que si una persona no está cotizando a su sistema de Seguridad Social, no solo no accederá a pensiones por vejez, sino que no accederá a la asistencia sanitaria que ofrecen estos sistemas, ni a programas de seguridad laboral, entre otros.

Voy a centrar mi intervención en el tema del empleo, siguiendo lo solicitado, con dos premisas: En primer lugar, me temo que es inevitable caer en generalizaciones al hablar de América Latina y Caribe. Lo abordamos como si fuera una región homogénea y no lo es -poco tiene que ver el Cono Sur con lo que ocurre en México, por ejemplo-. E incluso dentro de una misma región existen desigualdades muy fuertes entre las zonas rurales y las zonas urbanas.

En segundo lugar, existe una gran carencia de datos sobre la situación de las personas con discapacidad, y eso sí ocurre de manera generalizada en la región. Encontramos formas diferentes de evaluar la discapacidad, de certificarla, de computar quiénes tienen un empleo, etc. Además de contar con datos escasos, son difícilmente comparables entre sí. Es cierto que se está abordando ya este problema, desde las mismas instituciones responsables de la estadística. Les pongo como ejemplo el grupo de Washington, creado en el marco de Naciones Unidas, que está trabajando para hacer esas estadísticas más homogéneas y más válidas, y cuyos resultados veremos en un futuro cercano.

Valga como referencia simplemente el dato del número de personas con discapacidad en la región -cuya cifra exacta se desconoce- pero que se estima que asciende a unos 90 millones de personas. Esto supone en torno a un 15% de la población según la Organización Mundial de la Salud, aunque con importantes variaciones en la información que facilita cada país.

Entrando ya en materia de empleo, quisiera presentarles cuatro elementos que considero que definen cómo es la participación de las personas con discapacidad en el mercado laboral en la región.

El primero es la inactividad laboral, que es algo que compartimos con las personas con discapacidad de otras regiones. Hay un importante número de personas con discapacidad que no buscan acceder al mercado de trabajo. Y esto es debido a los estereotipos que aún siguen vigentes, sumado a la falta de accesibilidad y a un buen número de barreras que siguen encontrando.

El segundo elemento que creo que caracteriza el empleo es la precariedad laboral. En esa precariedad incluiría la informalidad laboral, para personas con y sin discapacidad. Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en torno al 53% del empleo en la región se hace en la informalidad, aunque hay zonas concretas (como algunas áreas en Centroamérica), en que los datos superan el 70% en informalidad laboral. Lamentablemente, en las personas con discapacidad esos niveles son superiores.

Es importante recordar que en América Latina y Caribe, informalidad no siempre es sinónimo de precariedad, ya que para profesionales independientes la afiliación sigue sin ser obligatoria en todos los países. Pero esta no es la generalidad para las personas con discapacidad.

La venta ambulante, la elaboración y venta de productos alimentarios, o de pequeñas artesanías son sectores que ocupan a un buen número de personas con discapacidad.

Estas personas trabajan sin derechos laborales y sin protección social. Cuando llegan a una edad avanzada no pueden acceder a pensiones por vejez y tampoco tienen acceso a servicios sanitarios contributivos porque no están cotizando.

Esto genera que accedan únicamente a servicios no contributivos, que generalmente son de tipo básico -ayudas alimentarias, prestaciones frente a pobreza extrema, etc.- y eso sería una de las razones por las que las personas con discapacidad se han visto especialmente afectadas durante la pandemia. Quienes trabajaban en la informalidad, sobre todo en los espacios públicos, con las limitaciones a la movilidad y los confinamientos se vieron impedidas de realizar su trabajo y perdieron su fuente de ingresos.

Más allá de la informalidad, la precariedad se traduce en empleos de corta duración y de baja cualificación, con salarios reducidos, entradas y salidas intermitentes del mercado laboral, etc.

Hemos escuchado anteriormente que algunos de los empleos para las personas con discapacidad se crean solo para cumplir los sistemas de cuotas y esta situación también se da en América Latina y Caribe.

Y, entre las personas con discapacidad, ¿quiénes tienen mayor dificultad? Las mujeres, las personas afrodescendientes y las que viven en entornos rurales. También las personas con discapacidad intelectual están entre quienes tienen un acceso más complejo al mercado de trabajo.

El tercero de los elementos, que resulta paradójico, es que hay un nivel relativamente aceptable de reconocimiento de derechos. Existe legislación y un desarrollo normativo básico. La discapacidad se menciona incluso en textos constitucionales y la Convención Internacional por los Derechos de las Personas con Discapacidad ha sido ratificada por la mayoría de los países. A pesar de que siempre sería mejorable, en términos generales sí se cuenta con las bases para poder reconocer los derechos de las personas con discapacidad.

Sin embargo, la aplicación efectiva de las leyes es el reto pendiente, por lo que esa legislación no está teniendo el resultado esperado.

El cuarto, y último, elemento característico es la multiplicidad de actores que operan en este sector.

Comienzo por el sector público. Hay una institucionalidad que se ocupa de promover las políticas de empleo de las personas con discapacidad. Sin embargo, está segmentada, parcializada. Por una parte operan los ministerios de desarrollo social, también los ministerios de trabajo, los gabinetes

de las primeras damas -que en algunos países se encargan de los temas sociales-, así como las entidades que se ocupan de supervisar las políticas de discapacidad. Estas últimas son generalmente entidades interministeriales, formadas por representantes que áreas diversas de Gobierno, sumadas a las organizaciones de personas con discapacidad y sus familias.

Pese a esta multiplicidad actores, lamentablemente las políticas de promoción del empleo no llegan a todas las personas con discapacidad que las están demandando. Ponen en marcha diversas medidas, pero se trata de iniciativas de un impacto reducido.

Por supuesto, también hay que citar la participación de las organizaciones de personas con discapacidad, presentes en toda la región; de las entidades en favor de las personas con discapacidad -fundaciones, asociaciones, etc.-; y de la cooperación internacional que, afortunadamente, incluye cada vez más la discapacidad en sus actuaciones.

Sin embargo, en algunas zonas, hay una carencia de especialización, de profesionales técnicos especializado en intermediación laboral, en formación, en ajustes razonables en el puesto de trabajo, etc. Existe buena voluntad, sin duda, pero una falta de profesionales que den calidad técnica.

¿Qué se puede hacer frente a esto? ¿Qué medidas se pueden llevar a cabo?

Respecto a las políticas públicas, ya se están impulsando algunas medidas, como las leyes de cuotas de empleo de personas con discapacidad, de las que ya disponen 14 países de la región. No obstante, el reto es, nuevamente, su aplicación efectiva. En ese sentido sería importante que las inspecciones de trabajo actuaran verificando, entre otros puntos, el cumplimiento de estas cuotas y aplicando las sanciones correspondientes en el caso de que se disponga de mecanismo sancionador.

En las cuotas de empleo para personas con discapacidad, a veces ocurre que hay ofertas que no reciben candidaturas. Las ofertas -y en general buena parte de la información- no llega a todas las personas con discapacidad que podrían estar interesadas y se queda en el entorno más cercano.

También se están dando avances en los servicios públicos de empleo, tanto los especializados en el empleo de personas con discapacidad, como aquellos servicios para toda la población, que incluyen de manera transversal la discapacidad.

Otro ámbito en el que se está progresando es en el de las prestaciones no contributivas, como se ha visibilizado especialmente durante la pande-

mía. Se trata de prestaciones de baja cuantía, pero que son de gran importancia para luchar contra la pobreza y la pobreza extrema en las personas con discapacidad.

Algunas de estas prestaciones son específicas para las personas con discapacidad, pero generalmente se trata de prestaciones dirigidas a personas en situación de vulnerabilidad, entre las que se encuentra un buen número de las personas con discapacidad.

El reto con respecto a estas prestaciones es, primeramente, hacerlas compatibles con recibir un salario, de forma que no desincentiven el empleo. Y también es un reto hacer que estas prestaciones no contributivas se conviertan en derechos subjetivos, en derechos de ciudadanía, que no estén sujetos a cambios políticos o a la disponibilidad presupuestaria de cada momento.

Otra área en la que los países de la región están avanzando en formación, tanto la formación general como la formación profesional o técnica. Las personas con discapacidad alcanzan niveles educativos más bajos, y esto estaría vinculado con la falta de accesibilidad, entre otros aspectos. En cuanto a la formación profesional, la dificultad es que se trata de una formación no siempre está orientada al empleo, a facilitar el ingreso en el mercado laboral.

Pese a estos avances, ya ven que quedan muchos desafíos pendientes. A los que he enunciado, quisiera sumar mejorar la accesibilidad de infraestructuras, de entornos físicos y virtuales, -incluyendo la accesibilidad en los códigos técnicos de edificación, una mayor formación de diseñadores, etc.-; el empleo de las personas con discapacidad en las pequeñas y medianas empresas -que son la mayoría del tejido empresarial-; una mayor implicación de los agentes sociales; y la inclusión de las personas con discapacidad en el proceso de digitalización, que parece ser clave en el futuro del trabajo.

Muchas gracias.





13.

# *El empleo de las personas con discapacidad en España: propuestas para salir de un cierto agotamiento*

**OCTAVIO GRANADO MARTÍNEZ**

*Exsecretario de Estado de la Seguridad Social (abril 2004–  
diciembre 2011, junio 2018 – enero 2020)*

*Burgos, febrero de 2.023*

## 1. INTRODUCCIÓN

La democracia española situó el derecho de las personas con discapacidad en España como una cuestión de cierta importancia. Si seguimos los criterios de institucionalización de la sociología tradicional, deberemos hablar de los textos legales, de la aparición de instituciones funcionales y de la consolidación de los movimientos sociales. El primero de estos textos es la Ley 13/1982 de 7 de abril, de Integración Social de las personas con discapacidad (LISMI), documento que debemos a la tenacidad de un gran político catalán, Trías Fargas. Los Reales Decretos 1451/1983, de 7 de abril, y 2273/1985, de 4 de diciembre, desarrollan específicamente medidas de apoyo y de fomento del empleo, y dan carta de naturaleza a los Centros Especiales de Trabajo, estructuras que encuadrarán las experiencias más importantes de empleo protegido. En cuanto a los movimientos sociales, la aparición a finales de los años noventa del pasado siglo del Comité Estatal de Representantes de las Personas con Discapacidad (CERMI) es sin duda lo esencial. Desde estos primeros hitos, se producen una multiplicidad de regulaciones legales, en los planos del Derecho Civil, el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, a la vez que va clarificándose el concepto de personas con discapacidad y ampliándose los colectivos que integran dicha categoría.

## 2. SITUACIÓN ACTUAL: UNA CIERTA TENDENCIA A LA RALENTIZACIÓN

Desde los años ochenta, la integración social de las personas con discapacidad tuvo una evolución notable, consecuencia de la evolución del número de centros especiales de empleo, desde los 137 de 1995 a los más de dos mil en la actualidad. A mediados de la década pasada las tasas de actividad y empleo comienzan a dar síntomas de ralentización. Señalemos algunos ejemplos significativos<sup>1</sup>:

**Tasa de actividad de las personas con discapacidad intelectual**

Año	Tasa
2010	27,4%
2012	28,5%
2016	32,3%
2018	31,1%
2019	30,3%
2020	28,3%
2021	27,5%

**Tasa de empleo de las personas con discapacidad intelectual**

Año	Tasa
2017	19,5%
2018	20,2%
2019	20,4%
2020	17,6%
2021	17,2%

Dos cuestiones es necesario reseñar. La primera, que la pandemia tiene un efecto concreto negativo en el empleo de las personas con discapacidad (tanto si es protegido como si es ordinario) algo superior al de las personas sin discapacidad.

La segunda cuestión señalaría que las personas con discapacidad intelectual y afectadas por patologías de salud mental tienen las tasas de activi-

---

<sup>1</sup> Todos los datos están obtenidos de los Informes sobre “El Empleo de las personas con Discapacidad en España” del Instituto Nacional de Estadística, publicados en el mes de diciembre del año siguiente al del Informe.

dad y empleo más bajas, y las personas con discapacidad sensorial (auditiva y visual), las tasas de actividad y empleo más altas.

Por añadir un dato más, de acuerdo con las mismas fuentes, señalemos las cifras del total de ocupación de las personas con discapacidad y su cotización en centros ordinarios o en las distintas modalidades de empleo protegido

Ocupación de las personas con discapacidad (en miles)

Año	Ocupados	% Activos	Centros Ordinarios
2019	485,9	34,0%	290,3
2020	516,3	34,3%	309,0
2021	518,1	34,6%	298,6

La diferencia entre la tasa de actividad con la población sin discapacidad explicitada, que mejoraron algo en 2020 como un efecto aparente de la pandemia, volvieron a situarse en 2021 en el 43,1%, similar a la de 2019. Dicho año las prestaciones que recibían las personas correspondientes a la población de 16 a 64 años con discapacidad (igual o superior al 33% y asimilados) del total estimado (1.929.400 personas) eran de un 66,8% (1.288.500 personas), una cifra superior a la del año anterior pero inferior a la de 2019. Un 16,25% de las personas tenían una situación de dependencia oficialmente reconocida. En términos de afiliación a la Seguridad Social, el elemento que ha de denotar el mayor incremento, porque es dónde se concentra el beneficio fiscal, entre 2018 y 2021 el crecimiento es de 9,6% para las personas con discapacidad y 6,6% para la población general.

Es evidente pues que en el incremento general del empleo de las personas con discapacidad en España ha jugado un papel la extensión de las bonificaciones y reducciones a la cotización establecidas por el sistema de Seguridad Social. Pero merece la pena señalar que en centros ordinarios el peso de las reducciones (y bonificaciones) cada vez es menor, aunque todavía supere el 23% en 2021.

### **3. UNA CUESTIÓN A EXPLICAR: LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO EN ESPAÑA A TRAVÉS DE SUS FUENTES FINANCIERAS**

En la redistribución competencial operada en las políticas sociales al amparo de la Constitución Española de 1978, los servicios que se prestaban a través del trabajo de profesionales y establecimientos (Sistema Nacional

de Salud, Servicios Sociales) vieron traspasada su gestión a las Comunidades Autónomas, mientras que aquellos que se materializaban a través de prestaciones económicas (pensiones, desempleo) quedaron en manos del Gobierno central.

Esta redistribución tuvo un componente financiero esencial. Las cotizaciones a la Seguridad Social, que antes financiaban los cuatro componentes de la protección social, iban a pasar a ser destinadas en exclusividad a financiar pensiones (y anejos, como la incapacidad temporal) y desempleo, mientras que los nuevos ingresos fiscales derivados de nuestra integración en la Unión Europea financiarían los traspasos a las Comunidades de los servicios sanitarios y sociales. La conceptualización de esta operación se realizó considerando el derecho a la salud y a los servicios sociales como un derecho de ciudadanía, independiente de la contribución, y por tanto financiado con impuestos, mientras que pensiones y desempleo pertenecían al campo del seguro, y solo la cotización previa generaba el derecho a la percepción de prestaciones. El *Pacto de Toledo* sanciona esta separación de fuentes, estipulando la imposibilidad de financiar con las cuotas de Seguridad Social obligaciones no contributivas. Así, los distintos gobiernos van derivando sucesivamente a la financiación tributaria la sanidad, los servicios sociales, las pensiones no contributivas, los complementos a mínimo de pensión, las cotizaciones de los cuidadores familiares en el sistema de atención a la dependencia, y en esta legislatura las tarifas planas de los autónomos, los complementos de paternidad y maternidad, las asignaciones vinculadas a los hijos en las pensiones, las reducciones de cotización para agricultores y ganaderos, el ingreso mínimo vital, etc.

En un terreno intermedio quedan las políticas activas de empleo, esto es, los fondos públicos destinados a promover la generación de empleos en el sector privado, ya que aunque forman parte del presupuesto del Ministerio de Trabajo, lo son con transferencias financieras que provienen del Ministerio de Hacienda, y son gestionados por las Comunidades Autónomas, que refieren las políticas activas de empleo dentro de sus competencias en los diferentes Estatutos de Autonomía.

Pero esta partida, con ser importante y distribuir miles de millones de euros, no tiene el ritmo de crecimiento que alcanzan las bonificaciones, que se nutren de reducciones de cotización en los presupuestos de desempleo, y esto hace que en la práctica, la principal política activa de empleo sea precisamente la bonificación o reducción de las cotizaciones a la Seguridad Social que se realiza con cargo a las cotizaciones al desempleo que no se asignan a la financiación de las prestaciones y los subsidios de desem-

pleo. Los fondos transferidos por el Ministerio de Trabajo tras acuerdo de la Conferencia Sectorial de Empleo con las Comunidades son complementados luego por las mismas con sus ingresos propios, pero en la discusión de como se aplican los fondos las entidades que representan a las personas con discapacidad tienen casi siempre las de perder, porque los gobiernos autonómicos de todo signo quieren tener recursos para financiar grandes inversiones, que tienen un efecto tractor del empleo en sus territorios; esto sucede con la excepción de los acuerdos, complicados pero alcanzados, para la financiación del personal de apoyo al empleo en los centros especiales. Pero en general, las bonificaciones son la forma más sencilla de obtener apoyo público al empleo de las personas con discapacidad.

#### **4. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DE LAS POLÍTICAS DE BONIFICACIONES Y REDUCCIONES**

En principio, cuando la Administración de la Seguridad Social enjuicia la política de bonificaciones, los beneficios fiscales asignados a las personas con discapacidad siempre tienen una evaluación más favorable, sobre todo en comparación a las que se han intentado aplicar a colectivos muchos más amplios,

La comparación territorial<sup>2</sup> sobre evolución del empleo en estas categorías (jóvenes sin cualificación, mujeres, desempleados de larga duración, mayores de 45 años) siempre alcanzaban como conclusión que en territorios con uso intensivo de las bonificaciones, los resultados eran similares, a veces peores que en territorios vecinos con uso limitado. Desde este punto de vista, las bonificaciones a las personas con discapacidad se justifican solas, dado el incremento de empleo apreciado con la bonificación.

Pero esta funcionalidad de las bonificaciones a las personas con discapacidad no reduce algunas debilidades importantes. La más significativa, desde el punto de vista económico, está producida por el hecho de que focalizar los beneficios fiscales sobre la contratación promociona especialmente las actividades económicas con menor valor añadido bruto, las que utilizan más personal y requieren de una menor cualificación. Actividades que desde el punto de vista de la planificación económica un país que

---

<sup>2</sup> Tesorería General de la Seguridad Social. Estudio sobre el impacto de las bonificaciones en la afiliación a la Seguridad Social 2002 – 2003. Madrid, septiembre de 2004.

apuesta por otro modelo de competitividad va a ir desdeñando. Las actividades, en suma, que son las más susceptibles de resultar afectadas por la innovación tecnológica.

Una cuestión que habría que conceptualizar más como amenaza es la propia configuración de la cotización al desempleo. Mientras la cotización sobre pensiones atiende una partida de gasto que se incrementa siempre a una velocidad mayor que las cuotas, la cotización por desempleo tiene un comportamiento diferente. Cuando el ciclo económico es alcista, las prestaciones por desempleo disminuyen, y cuando comienza una contracción en la actividad, aumentan. En el primer supuesto, en el que nos encontramos, las cotizaciones financian sin problemas las prestaciones contributivas, los subsidios no contributivos y las bonificaciones. En el segundo, éstas cargan contra el déficit, financiado por el Presupuesto del Estado, soportando además los beneficiarios de duras acusaciones de competencia por parte de los perjudicados por los menores costes de los establecimientos beneficiados por bonificaciones.

Esta situación hace que desde hace años se haya planteado en el debate político que debería existir un Fondo de Reserva del desempleo, que sirviera para abonar en los años de vacas flacas los recaudados en exceso cuando la actividad fluye, y también que estructuralmente debería disminuir el tipo de la cotización por desempleo, para incrementar la cotización por pensiones con un resultado neutro para empleadores y empleados. En ambos casos, atender sin límites a bonificaciones y reducciones puede considerarse un supuesto no garantizado *per saecula saeculorum*.

No cabe tampoco dejar de señalar que el modelo de empleo protegido que se practica en España, a pesar del valor social que ha tenido para la inserción laboral de las personas con discapacidad, está puesto en cuestión por diferentes documentos internacionales, de ámbito europeo y de Naciones Unidas<sup>3-4</sup>, que apuestan claramente por la presencia de personas con discapacidad en el empleo ordinario, considerando éste preferible al empleo protegido que no funcione como un elemento de transición temporal.

---

<sup>3</sup> Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 27.

<sup>4</sup> Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo Bruselas, 15 de noviembre de 2010, que considera una prioridad que “Muchas personas con discapacidad accedan a ingresos por actividades laborales en el mercado de trabajo abierto”

Desde el punto de vista de la consolidación del empleo y del bienestar de las personas con discapacidad en España, la alternativa que se propone a través del presente texto es un conjunto de medidas que vayan diversificando las políticas activas de empleo, a través de medidas que complementen el papel central que hasta ahora han jugado las bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social.

## **5. UNA TENTACIÓN SUPERFICIAL: RESOLVER PROBLEMAS MEDIANTE LA MODIFICACIÓN DE NORMAS GENERALES.**

En este punto del planteamiento, tenemos una normativa que se ha ido modificando con el paso del tiempo, con un grado de cumplimiento moderadamente exitoso, pero amenazada de entrar en crisis, bien por agotamiento del modelo, bien por una inflexión, inevitable en un momento dado, del ciclo económico. Planteando el objetivo de realizar las reformas necesarias para que la ordenación del mercado de trabajo y la protección social sirva para incorporar como activos a las personas con discapacidad que todavía quedan fuera de dicho mercado laboral, hay quien busca incentivos que puedan completar los existentes hasta ahora, y en este sentido se ha planteado:

- Un sistema de cotizaciones específico por la vía de convenio con la Administración de Seguridad Social.
- La petición de que el periodo mínimo de cotización no sea el establecido para todos los cotizantes (quince años)
- Mayores compatibilidades entre pensiones no contributivas y trabajo.

En cuanto a la primera propuesta, que lleva en vigor casi diez años, el número de personas que están abonando estas cotizaciones es muy reducido, y en la mayor parte de los casos, sin mucha justificación, ya que las rentas contributivas personales que generen serán incompatibles con los complementos a mínimo que pudieran corresponderles, y su pensión, si acaban cobrando otras pensiones contributivas (orfandad) estará sujeta al tope máximo de pensiones públicas, con lo que el único colectivo beneficiario será el que no resulte negativamente afectado por el volumen alto o bajo de la suma de sus pensiones.

La segunda cuestión ha sido en la práctica modificada por la sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio de 2019, sobre el cómputo del tiempo parcial a efectos de la base reguladora de la pensión de jubilación, que consideró discriminatorio por razón de sexo (contra las

mujeres) la norma utilizada por la Seguridad Social, y a partir de la cual el tiempo parcial se considera a efectos de cómputo de periodo mínimo similar al tiempo completo.

Y la tercera cuestión queda pendiente del definitivo asentamiento de los criterios de renta en relación con el Ingreso Mínimo Vital, que deben cumplir claramente la posibilidad enunciada en la ley reguladora de trabajo para las personas que reciben la prestación.

En todo caso, el autor quiere dejar constancia de la enorme dificultad con que el sistema de Seguridad Social digiere modificaciones que, planteadas por un colectivo con un afán razonable de justicia distributiva, acaban siendo extendidas por sentencias de los tribunales de justicia beneficiando a colectivos que nada tienen que ver con los que en su día formularon la reivindicación primigenia.

Las propuestas que se contienen en los apartados siguientes plantean modificaciones menores, que aspiran a no generar “agravios comparativos” entre otros colectivos sociales.

## **6. UNA INTERACCIÓN MÁS EFICIENTE ENTRE LA REGULACIÓN LABORAL Y LA ATENCIÓN SANITARIA**

En muchas ocasiones, los colectivos en los cuales el desarrollo de actividad laboral puede tener un efecto para el bienestar global más relevante dependen de regulaciones laborales que no plantean ninguna especificidad para las personas con discapacidad.

Tal sería el caso de la jubilación parcial con contrato de relevo, en la que cabría introducir una flexibilización de los periodos de actividad laboral que permitiera tanto el que los trabajadores relevistas puedan entrar en la actividad de forma más paulatina: Tal vez los trabajadores relevados puedan tener una disminución de jornada que se prolongue más en el tiempo para garantizar un rendimiento laboral que justifique la aplicación de la medida.

En el caso del contrato de trabajo a tiempo parcial, la normativa laboral no incentiva que los contratos se formalicen como fijos discontinuos con reducción de jornada por indicación terapéutica. En determinados supuestos, sobre todo los sectores con menor tasa de actividad y ocupación, debería plantearse la necesidad de que existiera personal de apoyo para garantizar esta actividad laboral a tiempo parcial. En estas categorías de personas con discapacidad, especialmente necesitadas de incentivos,



los contratos fijos discontinuos con jornada reducida deberían contar con los mismos incentivos que los contratos a jornada completa (tal y como apuntan las modificaciones más recientes de la legislación), y la complementariedad de las rentas del trabajo con PnC, IMV u otras rentas pasivas regularse adecuadamente.

La introducción de programas de tránsito entre la actividad y la jubilación es una necesidad para el conjunto de la población, pero en el caso de las personas con discapacidad debería comenzarse experiencias piloto, a fin de evitar el colapso de centros de empleo protegidos o de personas con contrato de discapacidad en empleos ordinarios en una situación en la que ya es perceptible una disminución del rendimiento, pero que si se plantea de forma abrupta puede suponer a la vez problemas psicológicos y un deterioro global de la salud derivada de una disminución de la autoestima.

## **7. DE LAS BONIFICACIONES EN LA COTIZACIÓN A LAS DEDUCCIONES EN EL IMPUESTO DE SOCIEDADES Y LA AMPLIACIÓN DE LAS RESERVAS DE PUESTO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

Como ya hemos señalado con anterioridad, lo que intenta lograrse con un nuevo diseño estratégico de las políticas activas de empleo para el sector de la discapacidad es centrar los apoyos públicos en la legislación tributaria y en los servicios de apoyo al empleo, antes que en las bonificaciones de cotización, que naturalmente deben seguir existiendo. El objetivo es conseguir que personas con discapacidad que no van a ser contratadas nunca si las políticas activas se limitan a las bonificaciones puedan serlo con otro tipo de beneficios fiscales.

La primera cuestión se refiere a las personas que generan una discapacidad, física, sensorial o intelectual como resultado de un accidente de trabajo, o de un accidente de circulación en el que intervenga una póliza de seguro. En la actualidad, la Inspección de Trabajo puede ordenar la recolocación en una empresa en un puesto de trabajo adaptado a las nuevas capacidades de una persona que ha sufrido un accidente. Para esto, es preciso que la empresa cuente con un puesto de trabajo adaptado.

En la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, de impuesto de Sociedades, existe ya un artículo, el 38, que establece una deducción por cuantía variable en la base imponible del impuesto para la contratación de personas con discapacidad.

Dicho artículo debería ampliarse con una nueva letra que estableciera la deducción, con un límite de gastos que cubriera la totalidad de los mismos (justificados debidamente) de las obras de adaptación necesarias para generar un puesto de trabajo para la persona con discapacidad sobrevenida por accidente laboral, que incluyera asimismo la modificación del vehículo que traslade al trabajador o trabajadora. En el caso de accidente de circulación, la normativa de seguros debería incluir en las pólizas la participación en los costes de adaptación. Es decir, la normativa incluiría la obligación de adaptar el puesto, en el caso de que fuera materialmente posible, manteniendo la exclusión del mercado de trabajo como última solución para una situación de discapacidad sobrevenida.

Para las personas que precisen de una adaptación derivada de una discapacidad no derivada de accidente, la normativa que regula la reserva de puestos de trabajo debería contemplar la obligación de adaptar uno, según una escala regulada en función de la plantilla, en el momento en que hubiera personas con discapacidad con visos de su cobertura.

La normativa debería asimismo recoger la formación precisa para acceder al puesto, con cargo a los programas de formación de trabajadores que realizan el SPEE y las Comunidades Autónomas, y la presencia de personal de apoyo el tiempo imprescindible para la puesta en marcha del empleo. La realización de una jornada a tiempo parcial debería aceptarse sin problemas por indicación terapéutica.

En general, la política de reserva de puestos de trabajo debe ampliar el número de empleos utilizables para las personas con discapacidad, aunque fuera con la generación de puestos concretos a jornada parcial que no precisaran ser ocupados mediante procesos de selección competitivos con personas no discapacitadas.

El conjunto de beneficios fiscales y de puestos de trabajo generados con esta Estrategia debería ser objeto de una evaluación anual realizada por el Observatorio de la Discapacidad (o una entidad similar) en el conjunto del Estado, realizada con base a los datos facilitados por el conjunto de las administraciones públicas.

## 8. CONCLUSIÓN FINAL

Desde esta líneas se plantea una hipótesis discutible pero que ha intentado a argumentarse: El modelo actuar de inserción laboral de las personas con discapacidad en España no está en crisis, pero manifiesta síntomas de

un cierto agotamiento, y puede tener dificultades tanto por las prioridades de nuestra economía como por el cambio de ciclo económico. Necesita que se abran nuevas vías de apoyo público que se basen más en la modificación de los puestos de trabajo para que resulten accesibles a las personas con discapacidad que por la simple reducción de costes asociados al empleo. Estas vías deben ser compatibles con actuaciones que se realicen para el conjunto de la población, sin generar agravios comparativos que generen una cultura de rechazo.

Deben ser protagonizadas por todas las administraciones públicas, evitando que los problemas competenciales provoquen el desentendimiento de los departamentos del Estado que gestionan tributos generales, o de las políticas activas de empleo de las Comunidades Autónomas en la promoción del empleo de las personas con discapacidad. Y deben buscar no solo recursos públicos, sino la abierta complicidad de los empleadores y el respaldo de las asociaciones representativas de las personas con discapacidad.

En todo caso, cualquier paso dado en la dirección de diversificar los apoyos públicos y de ampliar los horizontes del empleo ordinario irá en la buena dirección, y habilitará estrategias de futuro. Esperemos que el Libro Blanco sobre el Empleo de las personas con discapacidad acoja puntos de vista que despejen los problemas de la actual situación, con el horizonte de la diversificación y la normalización.

Burgos, 14 de febrero de 2.023.

## ANEXO: FUENTES UTILIZADAS EN LA EXPOSICIÓN

Con carácter general, se han utilizado como fuentes estadísticas los informes anuales sobre “Empleo de las Personas con Discapacidad” publicados en el mes de diciembre de cada año por el Instituto Nacional de Estadística, los registros de afiliación de la Tesorería General de la Seguridad Social y los Informes del Servicio de Empleo Público Estatal, aunque éstos últimos citas con profusión los datos de las dos primeras fuentes.

Las leyes mencionadas en la exposición son sobradamente conocidas por el resto de las ponencias de este Congreso, y se han hecho referencias aisladas a sentencias del Tribunal Constitucional mencionadas en las notas.

No se han hecho citas a trabajos más recientes de las organizaciones representativas de personas con discapacidad, entre otras razones porque los datos conocidos después de la pandemia son más escasos de lo que sería deseable. En este sentido, se ha mencionado en el trabajo la conveniencia de que existieran evaluaciones periódicas de la situación realizadas por organizaciones no gubernamentales.

*“Dixi et salvavi animam meam”*

# *La importancia de adecuar la acción protectora de seguridad social a personas con discapacidad<sup>1</sup>*

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

## **I. UNA REGULACIÓN MISCELANEA DE LA DISCAPACIDAD EN LA SEGURIDAD SOCIAL**

En la actualidad, las situaciones de discapacidad tienen escasa incidencia en el ámbito de la mayoría de las prestaciones de Seguridad Social, lo que no tiene sentido, pues se trata de circunstancias que precisan de especial atención, por tratarse, el de personas con discapacidad, un colectivo especialmente vulnerable.

Por otro lado, tampoco se puede decir que la Ley General de Personas con Discapacidad<sup>2</sup>, suponga una real ayuda, ya que, según el art. 8, tan solo establece las siguientes prestaciones:

- a) Asistencia sanitaria y prestación farmacéutica.
- b) Subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte.
- c) Recuperación profesional.
- d) Rehabilitación y habilitación profesionales.

---

<sup>1</sup> Este trabajo se inserta por el autor, como Investigador Principal, en el marco del Proyecto de Investigación competitivo titulado: *Vías de acceso y permanencia en el empleo de personas con discapacidad*. Ref. AICO 2021/109, financiado por la Conselleria de Innovación, Universidades, Ciencia y Sociedad Digital de la Generalitat Valenciana (Convocatoria por Resolución de 20 de noviembre de 2020).

<sup>2</sup> Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Y es que, al final del día, es la acción protectora de la Seguridad Social, la que puede mejorar económicamente a las personas con discapacidad, sean o no trabajadoras, pues no resulta acertada esa expresión del art. 8 de la LGDPD, cuando señala, que «la acción protectora del sistema especial de prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad, que, por no desarrollar una actividad laboral, no están incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social». Y no es exacto lo que se dice, porque, aunque no sean trabajadores, pueden encontrarse en la modalidad no contributiva de la Seguridad Social, que acoge a los ciudadanos sean o no trabajadores.

Una primera idea, que me parece fundamental, es la de que las especificaciones expresas para personas con discapacidad que se contienen en la LGSS<sup>3</sup>, no son privilegios, ni tratamientos especiales, porque de lo que se trata es de facilitar el acceso a la protección de la Seguridad Social, en iguales condiciones que los demás. Y eso, en ocasiones no se produce si no se adoptan medidas que permitan ajustar las condiciones y el importe de las prestaciones a las circunstancias particulares de las personas con discapacidad. Si bien, estimo que, pese a que el legislador ha incorporado de forma un tanto anárquica diversas medidas para adecuar la protección a personas con discapacidad, tales medidas y sobre todo la forma de aplicarse son manifiestamente mejorables.

Concretamente, las medidas de mejora, que son la esencia de la acción protectora de la Seguridad Social, han de centrarse en los requisitos exigidos, y deberán adecuarse a las circunstancias de las personas con discapacidad, con objeto de compensarles respecto a quienes no presentan discapacidad. Asimismo, otro aspecto en el que se debe profundizar es en la cuantía de las prestaciones, que deberán ser acordes con las necesidades propias, según las circunstancias que presenta la realidad de las personas con discapacidad.

## **II. PARTICULARIDADES DE LAS MODALIDADES CONTRIBUTIVA Y NO CONTRIBUTIVA DE SEGURIDAD SOCIAL**

Con objeto de seguir una sistemática ordenada, se estudiará la discapacidad en la modalidad contributiva y en la modalidad no contributiva del

---

<sup>3</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

sistema de Seguridad Social español. Y puede ayudar a distinguir entre una y otra modalidad, el repaso de sus requisitos comunes.

Así, la **modalidad contributiva** se dirige a los trabajadores, se financia con cotizaciones de empresas y trabajadores y con los Presupuestos Generales del Estado. En esta modalidad, cuando se actualiza el riesgo, si los trabajadores cumplen los requisitos (hecho causante) causan derecho a la prestación. No se considera la necesidad real del beneficiario, sino solo a si cumple con los requisitos legales (presunción *iuris et de iure* de necesidad).

Con carácter general, los trabajadores deben estar dados de alta en la Seguridad Social al inicio y mientras desarrollan su actividad laboral o profesional; y deben cotizar a la Seguridad Social durante el período en que se encuentran dados de alta, en la forma que dispongan las disposiciones reglamentarias. Y cuando se actualiza el riesgo, aparece la contingencia, se cumplen con las anteriores obligaciones y se solicita la correspondiente prestación económica, se causa el derecho a la misma. De manera que lo fundamental en esta modalidad es la existencia de un riesgo (vejez, muerte, desempleo...) que una vez actualizado y reuniendo los requisitos exigidos da derecho a la prestación económica.

En la **modalidad no contributiva**, cambia el panorama porque la acción protectora comprende no solo a los trabajadores, también al conjunto de los ciudadanos, aunque no hayan trabajado. En esta modalidad de Seguridad Social, las condiciones comunes exigidas para causar el derecho, tienen que ver, sobre todo, con la carencia de recursos suficientes para llevar una vida digna, con la vulnerabilidad económica que deberá acreditarse con una presunción *iuris tantum*. Esto es esencial, y para ello se establecen unos límites de ingresos para el solicitante que, una vez alcanzados o superados le privan de la obtención y disfrute de la correspondiente prestación o pensión. Además, se exige la residencia en territorio nacional, y que se actualice la contingencia (edad, discapacidad, hijos menores o vulnerabilidad económica), así como la solicitud de la prestación.

La modalidad no contributiva, se financia mediante impuestos, es netamente asistencial, en el sentido de que lo que se considera, sobre todo, además de producirse la contingencia es, el de encontrarse en una situación de necesidad, de carencia de medios económicos,

Pese a todo, debe reconocerse, que ambas modalidades de prestaciones de Seguridad Social -las contributivas y las no contributivas- no están separadas por una línea perfectamente delimitada. No estamos ante niveles puros de protección, sino que, como expresa un autor, «se presentan más bien como dos extremidades de una escala variable: una pensión sólo será

en casos excepcionales, exclusivamente contributiva o no contributiva; puesto que será por lo general preferentemente contributiva o preferentemente no contributiva». Cada modalidad de protección, en principio es autónomo y tiene su propia naturaleza y características. Pero, de acuerdo con el principio de solidaridad que impregna todo el Sistema no se trata de compartimentos estancos, sino que tienen sus conexiones e influencias entre ellos, especialmente, la característica asistencial del nivel no contributivo.

En suma, no parece que se pueda predicar esa absoluta separación entre ambos niveles de protección de la Seguridad Social, precisamente por las notas de unidad y solidaridad que deben presidir el Sistema.

### **1. MODALIDAD CONTRIBUTIVA**

Uno de los errores que vienen produciéndose por los responsables del sistema de Seguridad Social en España, es el de incorporar en determinadas prestaciones de Seguridad Social, algunas alusiones, más o menos concretas, para trabajadores con discapacidad, mostrándose de forma incidental o incluso anárquica junto con otras situaciones.

Adelantándome a las conclusiones quiero expresar, que el tratamiento de las personas con discapacidad, como excepciones a las reglas comunes para el resto de trabajadores que no sufren discapacidad, se ha llevado a cabo, en la modalidad contributiva, de una forma desordenada, sin orden ni concierto, echándose de menos una sistematización adecuada a las circunstancias de cada persona. Pero, sobre todo, insisto, el mayor problema radica en no distinguir, para cada caso, el tipo y el grado de discapacidad, lo que produce un efecto claramente discriminatorio entre las propias personas con discapacidad. En este sentido, se echa de menos una regulación que incorpore a las personas con discapacidad con medidas de accesibilidad que permitan el acceso al cumplimiento de los requisitos exigidos para causar derecho a las prestaciones económicas de Seguridad Social, así como el establecimiento del incremento del importe de las prestaciones, en función de la clase y grado de discapacidad. En el análisis de las siguientes prestaciones contributivas se puede contrastar este problema.

Por otro lado, solo cuatro prestaciones contributivas, aluden a la discapacidad a las que haremos referencia a continuación. Concretamente, el subsidio por nacimiento y cuidado de menor, la pensión de jubilación, la prestación por cese de actividad del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta propia o Autónomos o, en fin, las prestaciones familiares, con su



característica prestación no económica y recientemente, se ha incorporado con respecto a la prolongación de la edad del menor por RD-ley 2/2023<sup>4</sup>, respecto a la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

En cambio, ni siquiera se hace mención a la discapacidad en las prestaciones por riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, la del ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, la incapacidad permanente (parcial, total, absoluta y gran invalidez) si bien se hace alguna precisión que más tarde se comentará, desempleo (contributivo y asistencial), así como, se alude a la discapacidad en las prestaciones por muerte y supervivencia.

### **1.1. Supuesto especial de nacimiento y cuidado de menor, jubilación parcial, jubilación anticipada, prestaciones familiares y por cese de actividad en el caso de personas con discapacidad.**

#### **a) Nacimiento y cuidado de menor**

El supuesto especial de la prestación por nacimiento y cuidado de menor<sup>5</sup>, consiste en que las trabajadoras que, en caso de parto, reúnan los requisitos exigidos para el acceso a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, salvo el período mínimo de cotización exigido<sup>6</sup>, se reduce su importe al 100% del IPREM<sup>7</sup> vigente, salvo que la base reguladora sea menor, en cuyo caso será esta la cuantía. Siendo la duración de 42 días naturales. Y es, en la duración de la prestación, cuando se prevé que se incrementará en 14 días naturales, entre otros supuestos, en el caso de discapacidad de la madre o del hijo en un grado igual o superior al 65% (art. 182 LGSS), sin especificar la clase de discapacidad. De ese modo, se coloca en el mismo plano, la discapacidad física o sensorial con la discapacidad intelectual,

---

<sup>4</sup> Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones (RD-ley 2/2023)

<sup>5</sup> Este supuesto se regula en los artículos 181 y 182 LGSS.

<sup>6</sup> Los períodos mínimos de cotización exigidos se establecen en función de la edad de la persona trabajadora y se indican en el art. 178.1 LGSS.

<sup>7</sup> Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples.

algo que considero debería corregirse, pues desde luego, mayores dificultades va a tener una persona con discapacidad intelectual con un grado del 33%, que otra, con un grado del 65% con discapacidad física.

#### **b) Anticipo de la edad ordinaria de jubilación de personas con discapacidad**

Como señala el art. 206 bis LGSS, la edad mínima de acceso a la pensión de jubilación podrá ser reducida en el caso de personas con discapacidad en un grado igual o superior al 65%, o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45%, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas respecto de las que existan evidencias contrastadas que determinan de forma generalizada una reducción significativa de la esperanza de vida.

Tampoco aquí se hace distinción de la clase o tipo de discapacidad. Pese a ello, reglamentariamente, se lleva a cabo una interesante regulación, que sintéticamente supone que:

- Se reduce la edad ordinaria de jubilación, en función del tiempo en que el trabajador haya prestado servicios con discapacidad.
- El tiempo restante hasta la edad ordinaria en general, se considera cotizada a efectos del porcentaje aplicable a la base reguladora.

#### **c) La no aplicación de la reducción de medio punto por cada trimestre, respecto al límite de pensiones en personas con discapacidad**

Y son, precisamente, las circunstancias de cada persona con discapacidad las que se omiten la mayoría de las veces. Concretamente, me refiero a que la norma no se detiene en personalizar el tipo de discapacidad, tan solo el grado, como se ha visto en la prestación por nacimiento y cuidado de menor, o en el período de cotización mínimo de la jubilación parcial anticipada<sup>8</sup>, e incluso, a veces ni siquiera se exige un grado mínimo de discapacidad<sup>9</sup>, como sucede en la jubilación anticipada con coeficientes reductores, en la que el límite máximo de la pensión, se reduce un 0,50% por

---

<sup>8</sup> En este caso, se rebaja el período de cotización exigido con carácter general, desde los 33 años a los 25 años cotizados para «personas con discapacidad en grado igual o superior al 33%» [art. 215.2.d) LGSS].

<sup>9</sup> Entendiéndose, que al menos debe acreditar un grado de discapacidad comúnmente aceptado del 33%.

cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación, que no es de aplicación a las personas con discapacidad (art. 210.5 LGSS). Con lo que habría que interpretar, que con acreditar un grado del 33% de discapacidad sería suficiente para acogerse a ese beneficio. Sin embargo, en este caso, sucedería que, a una persona con discapacidad intelectual, le supondría comparativamente con una persona con discapacidad física una mayor exigencia. Confío que estas circunstancias se corrijan, con la aplicación efectiva del nuevo baremo sobre calificación y evaluación de la discapacidad<sup>10</sup>.

#### **d) Prestaciones familiares**

Pero es que, la persona con discapacidad aparece en alguna ocasión como el objeto o instrumento que permite un beneficio, no tanto para aquella, sino, para el familiar-trabajador que la cuida, con objeto de lucrar futuras prestaciones de éste.

Me explico, en el caso de la prestación familiar en su modalidad contributiva<sup>11</sup>, se establece que el período de excedencia, de los tres primeros años de los trabajadores por cuidar a un familiar hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, por razón de discapacidad, que no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe una actividad retribuida, se considerará cotizado a efectos de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y nacimiento y cuidado de menor (art. 237.2 LGSS)<sup>12</sup>.

Asimismo, quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años, o una persona con discapacidad que no desem-

---

<sup>10</sup> Nuevo baremo, aprobado por Real Decreto 888/2021, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, que entra en vigor el 20 de abril de 2023.

<sup>11</sup> En realidad, las prestaciones familiares contributivas, no responden a prestaciones económicas que perciben personas con discapacidad, sino que coinciden en lo que anteriormente se conocía como “prestaciones no económicas de Seguridad Social”, consistentes en considerar, como período cotizado, determinados períodos de excedencia, solicitados con objeto del cuidado de algún familiar, a los efectos de causar en un futuro más o menos próximo, determinadas prestaciones de Seguridad Social. Pero cuyos destinatarios, no son las personas con discapacidad, sino los trabajadores que cuidan de ellas.

<sup>12</sup> Apartado 2 del art. 237 LGSS, modificado por el art. Único.25 del Real Decretoley 2/2023, de 16 de marzo. Anteriormente el período considerado como cotizado era de un año.

peñe una actividad retribuida, las cotizaciones realizadas durante los tres primeros años del período de reducción de jornada, se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones antes señaladas (art. 237.3 LGSS)<sup>13</sup>.

Tampoco en este caso se indica ni el tipo ni siquiera el grado

#### e) Cese de actividad

De forma parecida, a efectos de cálculo de las cuantías máxima y mínima de la prestación por cese de actividad, se entiende que se tienen hijos a cargo, cuando sean menores de 26 años o mayores con una discapacidad en grado igual o superior al 33%, carezcan de rentas de cualquier naturaleza iguales o superiores al SMI excluida la parte proporcional de pagas extras, y conviven con el beneficiario (art. 339.4 LGSS).

Al menos en este caso, se exige expresamente un grado de discapacidad del 33%, pero sin distinguir el tipo o clase de discapacidad.

### 1.2. El acceso a la incapacidad permanente desde la jubilación anticipada para personas con discapacidad

En otros supuestos, como sucede con la jubilación, en caso de discapacidad (art. 206 bis LGSS), a la que me he referido antes, porque se trata en buena lid, de un adelanto de la edad de jubilación ordinaria, mediante coeficientes reductores, resulta de interés, porque le dedica al régimen de la jubilación contributiva en el caso de trabajadores con un grado de discapacidad de un 65% o de un 45%<sup>14</sup>, un régimen jurídico propio, con su propio desarrollo reglamentario, y es precisamente esta una de las cuestiones que quisiera analizar con más detenimiento, con la intención de mejorar la acción protectora de la Seguridad Social a personas con discapacidad, adecuándolas a sus circunstancias.

---

<sup>13</sup> Apartado 3 del art. 237 LGSS, modificado por el art. Único.25 del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo. Anteriormente el período considerado como cotizado era de un año. Anteriormente el incremento de la jornada considerado como cotizado era de un año.

<sup>14</sup> Tampoco, en estos supuestos, se distingue la clase de discapacidad, con lo que se producirán los problemas antes aludidos.

Esta jubilación “anticipada”, ha provocado algún problema<sup>15</sup>, en los casos en que el beneficiario quisiera optar por la incapacidad permanente, en particular, la gran invalidez.

Concretamente, los últimos años, el Tribunal Supremo, ha emitido una serie de sentencias<sup>16</sup> que han perjudicado a los trabajadores con discapacidad, porque se les ha impedido el acceso a la incapacidad permanente, desde la mal llamada jubilación “anticipada” en caso de discapacidad<sup>17</sup>, regulada actualmente en el art. 206 bis LGSS. Y ello, pese a reunir los requisitos para causar derecho a la incapacidad permanente y no haber cumplido la edad mínima de jubilación ordinaria o legal, que establece el art. 195.1 segundo párrafo LGSS.

En el caso de la STS 1 julio 2020<sup>18</sup>, se denegaba el reconocimiento de la situación de gran invalidez derivada de contingencia común porque, en el momento de la solicitud, la demandante se encontraba en situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad. Entendiendo que esta situación supone un nuevo límite de edad que, se convierte en la edad ordinaria de jubilación, por lo que no procede reconocer la incapacidad permanente de quien ya está en situación de jubilada anticipadamente. Entiende el Tribunal Supremo que, aunque en el caso concreto se denomine jubilación “anticipada” por discapacidad, esa edad no deja de ser una “edad ordinaria” para el colectivo al que se aplica. En consecuencia, deniega la pretensión de la actora porque, en el caso concreto, ya se había

---

<sup>15</sup> Sobre este asunto resultan de interés los comentarios de MONEREO PÉREZ, J. L.: «Derecho a acceder a la incapacidad permanente desde la “jubilación anticipada” por razón de discapacidad». *Anuario 2022 de Jurisprudencia Laboral (estudio de 100 casos relevantes)*. AEBOE, págs. 581-593, y de LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Aplicando el enfoque de derechos humanos: la discriminación por discapacidad en el acceso a prestaciones de incapacidad permanente». *Anuario 2022 de Jurisprudencia Laboral (estudio de 100 casos relevantes)*. AEBOE, págs. 239-246.

<sup>16</sup> STSS 24 junio 2020 recurso 1411/2018 (RJ 2020, 2781); 29 junio 2020, recurso 1062/2020 y 2 diciembre 2020, recurso 2916/2018 (RJ 2020, 4932), entre otras.

<sup>17</sup> En realidad, se trata, en el caso de las personas con discapacidad de una jubilación ordinaria adelantada, prevista para ellos, por razón de un mayor esfuerzo que les exige su situación. Se le denomina jubilación anticipada, en el sentido de anticipo de la edad ordinaria de jubilación para los trabajadores sin discapacidad. No se trata, por tanto, de la más conocida, jubilación anticipada “con coeficientes reductores”, en la que, lo que se reduce no es la edad ordinaria de acceso sino un anticipo de esa edad aparejada con una reducción de la cuantía económica de la pensión por aplicación de coeficientes reductores.

<sup>18</sup> RJ 2020, 3117.

alcanzado la edad de jubilación que, específicamente, estaba prevista para la situación de discapacidad.

Afortunadamente se ha producido un cambio de criterio, por la doctrina del TC en sus sentencias 172/2021, 7 octubre<sup>19</sup> y 191/2021, 17 diciembre – en referencia a las SSTS (sala de lo social) 1062/2018 y 1411/2018-, en las que se ponen de manifiesto la discriminación al señalar, como establece la STC 172/2021, que «no existe justificación alguna para distinguir entre las diversas situaciones de jubilación anticipada, porque lo relevante es que se cumple el único requisito exigido por la norma para acceder a la prestación por incapacidad permanente, que es una determinada edad, según el tenor literal del art. 195.1 párrafo segundo LGSS, por remisión al art. 205.1.a) LGSS. Y tampoco existe razón objetiva alguna para excluir a la recurrente de la situación de incapacidad permanente». De manera que «toda persona que se encuentre en situación de jubilación anticipada podría acceder a una prestación por incapacidad permanente, salvo las personas con discapacidad, a pesar de cumplir el único requisito exigido por la normativa, que es una determinada edad. Se genera con ello una diferencia de trato no prevista en la norma, sin justificación objetiva y razonable, derivada exclusivamente del hecho de haber accedido a una situación de jubilación anticipada precisamente por su situación de discapacidad».

Finalmente, este criterio ha sido íntegramente recogido por el Tribunal Supremo<sup>20</sup>, que, ha rectificado su doctrina reconociendo que «de denegarse la posibilidad de acceder a las prestaciones de incapacidad permanente, por haber accedido a la jubilación anticipada por tener reconocida una situación de discapacidad, a tenor del artículo 161 bis 1 de la LGSS, actualmente artículo 206.2 LGSS<sup>21</sup>, y reconocérsela a jubilados anticipados por circunstancia distinta de la discapacidad, cuando la norma que disciplina el acceso a las prestaciones de incapacidad permanente, artículo 195.1 LGSS no establece distinción alguna respecto a las distintas modalidades de jubilación anticipada, y sin que exista ninguna razón objetiva que justifique tal interpretación, se estaría incurriendo en una discriminación por discapacidad proscrita por el artículo 14 de la Constitución y los artículos 4.2.c) y 17.1 ET».

---

<sup>19</sup> En el mismo sentido, la STC 5/2022, de 24 de enero.

<sup>20</sup> SSTS 27 abril 2022 (RJ 2022, 3350) y 22 noviembre 2022 (RJ 2022, 5366).

<sup>21</sup> Debe entenderse que se refiere actualmente, al art. 206 bis LGSS.

Y es que, con independencia de tratarse de una situación de discriminación por discapacidad, es una realidad, que si una persona está jubilada anticipadamente y no ha cumplido la edad legal ordinaria de jubilación, establecida en el art. 205.1.a) LGSS, tiene derecho a acceder a la incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados desde la situación de jubilación anticipada, como señala la doctrina rectificadora del Tribunal Supremo, por lo que no se acaba de entender que se perjudicara con una interpretación discriminatoria a un colectivo, al que, por el contrario, debería apoyarse con mayores medidas de acción positiva. En este caso, el acceso a la incapacidad permanente les debería servir, además, para permitirles la búsqueda de un empleo compatible con la incapacidad permanente.

### **1.3. La equiparación de la incapacidad permanente al grado de discapacidad del 33%**

La relación existente entre la incapacidad permanente y la discapacidad, se ha visto reconocida por fin, en lo que afecta al reconocimiento del grado de discapacidad, por la modificación del art. 4.2 del Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPD), que superando un problema “ultra vires”, considera con «una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad»<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> En la nueva redacción del art. 4.2 LGDPD, operada por la disposición final segunda.Uno de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, el cambio sustancial con la redacción precedente radica en que se considera esa equiparación a los efectos de la sección 1.ª del capítulo V y del capítulo VIII del título I, así como del título II de la propia LGDPD.

#### **1.4. Ampliación de la edad en caso de discapacidad, en la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave**

Según el art. 190.1 LGSS, a efectos de la prestación económica por cuidado de hijos o personas sujetas a guarda con fines de adopción o acogida con carácter permanente, menores de 18 años, afectados por cáncer u otra enfermedad grave, se considera como situación protegida «la reducción de la jornada de trabajo de, al menos, un 50 por ciento (que), lleven a cabo los progenitores, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, o cuando solo haya un progenitor por tratarse de familias monoparentales, para el cuidado directo, continuo y permanente del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas) o por cualquier otra enfermedad grave que requiera ingreso hospitalario de larga duración, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad».

Por lo que respecta al requisito de la edad, la norma prevé el mantenimiento de la prestación por diversas causas:

- Se mantendrá la prestación económica hasta los 23 años cuando, alcanzada la mayoría de edad, persistiera el padecimiento del cáncer o la enfermedad grave, diagnosticada anteriormente, y subsistiera la necesidad de hospitalización, tratamiento y cuidado durante el mismo.
- No obstante, cumplidos los 18 años, se podrá reconocer la prestación hasta que el causante cumpla 23 años en los supuestos de padecimiento de cáncer o enfermedad grave diagnosticada antes de alcanzar la mayoría de edad, siempre que en el momento de la solicitud se acrediten los requisitos establecidos para causar derecho a la prestación.

Pues bien, la reforma operada por el RD-ley 2/2023, incluye una prórroga de la prestación en caso de discapacidad. Concretamente, se establece que, con más de 18 años, «se mantendrá la prestación económica hasta que el causante cumpla 26 años si antes de alcanzar los 23 años acreditara, además, un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento»<sup>23</sup>. De manera que ese grado de discapacidad debe acreditarse antes de cumplir 23 años. Parece que el Gobierno en funciones de legislador, da por supuesto

---

<sup>23</sup> Apdo. 3 del art. 190 LGSS, modificado por el art. Único.20 del RD-ley 2/2023.



que el menor con discapacidad, habrá alcanzado los 23 años, manteniéndose el derecho, por alguna de las anteriores circunstancias, pues una vez alcanzada la edad de 23 años se extingue la prestación y el mero reconocimiento de la discapacidad no le habilita para reanudar el derecho.

No obstante, perentoriamente, la disposición transitoria quinta RD-ley 2/2023, establece que las personas trabajadoras que hubieran disfrutado de una reducción de la jornada de trabajo al amparo del art. 37.6 ET, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, de un hijo, persona sujeta a guarda con fines de adopción o acogida con carácter permanente a su cargo afectado por cáncer o por otra enfermedad grave y hayan visto extinguida dicha reducción de jornada por haber cumplido aquél 23 años de edad antes de la entrada en vigor del RD-ley 2/2023, podrán volver a solicitar la reducción de la jornada de trabajo siempre que el hijo, persona sujeta a guarda con fines de adopción o acogida acredite un grado de discapacidad igual o superior al 65% antes de alcanzar dicha edad y se siga reuniendo el resto de requisitos para acceder a este derecho, pudiendo mantenerse hasta que cumpla, como máximo, 26 años de edad.

La cuestión es que eso solo será posible, mientras el menor no haya cumplido los 26 años, habiendo perdido ese beneficio en los años anteriores. Todas estas disposiciones entrarán en vigor, a partir del mes siguiente a su publicación, concretamente, el 1 de abril de 2023<sup>24</sup>.

La prestación económica consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo (art. 192.1 LGSS).

La prestación se extingue, cuando, cese la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del hijo o de la persona sujeta a acogimiento de carácter permanente o guarda con fines de adopción, o cuando esta cumpla los 23 años. Asimismo, en el supuesto del mantenimiento hasta los 26 años, en caso de discapacidad, la prestación se extinguirá si la persona con discapacidad deja de acreditar el grado de discapacidad del 65% o, en todo caso, cuando cumpla los 26 años (art. 192.2 LGSS)<sup>25</sup>.

Y se vuelve a sembrar la duda sobre el tipo de discapacidad, que habría que interpretar que será cualquiera.

---

<sup>24</sup> Como señala la disposición final décima párrafo primero RD-ley 2/2023.

<sup>25</sup> Apdo. 2 del art. 192 LGSS, modificado por el art. Único.22 del RD-ley 2/2023.

## **2. MODALIDAD NO CONTRIBUTIVA**

Cuando nos referimos a la modalidad no contributiva de Seguridad Social, nos encontramos ante un nivel de protección mínimo, cuyo objetivo es el de tratar de mitigar de alguna forma, la situación de precariedad de las personas, llámese carencia de recursos suficientes (pensiones no contributivas) o situación de vulnerabilidad económica (ingreso mínimo vital). Si, además, presenta alguna discapacidad, parece razonable elevar el nivel de protección coherentemente con su grado de discapacidad, que le pudiera impedir realizar sus actividades ordinarias sociales o laborales, en las mismas condiciones que los demás, que no tienen discapacidad.

Cabe señalar, además, que, en estas prestaciones no contributivas, resulta indiferente la condición de ser o no ser trabajador, porque se tiene en cuenta como requisito esencial exigido para ser atendido, el de encontrarse en esas circunstancias de precariedad económica, sin que se exija, por tanto, si la persona está de alta en la Seguridad Social, si cotiza... requisitos propios de la modalidad contributiva, que solo se exigen a quienes trabajan por cuenta propia o ajena o se encuentran en situación asimilada. Y al igual que en la modalidad contributiva, en la no contributiva, también se otorgan las prestaciones cuando se cumplen una serie de requisitos e importe, igual en todo el territorio nacional.

Y las personas con discapacidad aparecen como sujetos de protección en las tres prestaciones no contributivas que existen actualmente en España: pensiones no contributivas de jubilación y de invalidez, prestaciones familiares no contributivas, y la última creada, el ingreso mínimo vital.

Iremos analizando en cada una de ellas, la debida protección que debe adecuarse a las personas con discapacidad.

### **2.1. Pensiones no contributivas de Seguridad Social, en particular, la llamada pensión de invalidez ¿o quizá mejor, pensión por discapacidad?**

Quizá sean dentro de la modalidad no contributiva de Seguridad Social, las pensiones de jubilación y de invalidez, las que más se han visualizado antes de crearse la prestación del ingreso mínimo vital. Y entre las pensiones no contributivas, la que se acerca más al colectivo objeto de análisis es la pensión de invalidez, que, dadas sus características, debería denominarse “pensión por discapacidad”, ya que la denominación “invalidez” procede de la modalidad contributiva, más relacionada con la capacidad de trabajo de los trabajadores, como se les llamaba al principio, pero que finalmente,

salvo la Gran Invalidez se decidió que se denominaran como incapacidad permanente por imperativo legal.

Y es que, porque para determinar, que una persona es beneficiaria de la pensión de invalidez, debe presentar, al menos, un grado de discapacidad del 65%, siendo ésta la condición que caracteriza a la pensión. Y esa discapacidad debe evaluarse y calificarse a través de los equipos multiprofesionales de las autonomías o de los equipos de valoración y orientación de las Ciudades de Ceuta y Melilla, aplicando la normativa que regula el reconocimiento del correspondiente grado de discapacidad<sup>26</sup>, de igual modo que cualquier persona solicita al correspondiente organismo que se le evalúe y califique su grado de discapacidad.

### *2.1.1. El acceso a la pensión de invalidez no contributiva desde la denegación de la incapacidad permanente*

Sería posible, acceder desde la modalidad contributiva a la pensión de invalidez no contributiva, en los casos en que se produzca la denegación de una incapacidad permanente, por no cumplir el resto de requisitos exigidos para ello<sup>27</sup>. Concretamente, en el supuesto de la incapacidad permanente absoluta, su denegación por no reunir el período mínimo de cotización, supondría automáticamente, el reconocimiento del grado de discapacidad equivalente al 65%, lo que daría el acceso directo a la pensión de invalidez no contributiva si cumple con el resto de requisitos<sup>28</sup>; o de un 75% y la ne-

---

<sup>26</sup> El vigente RD 1971/1999, será sustituido, a partir del 20 de abril de 2023, por el nuevo RD 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

<sup>27</sup> Los requisitos exigidos en la incapacidad permanente, con carácter general, aparte, el propio de la calificación del correspondiente grado de incapacidad, son, los de encontrarse dado de alta en la Seguridad Social, y el de acreditar con antelación, solo en caso de enfermedad común, un período cotizado a la Seguridad Social por esta contingencia.

<sup>28</sup> A este respecto, tienen derecho a la pensión de invalidez, en su modalidad no contributiva, las personas que cumplan los siguientes requisitos (art. 363.1 LGSS):

- a) Mayores de dieciocho y menores de sesenta y cinco años de edad en la fecha de la solicitud.
- b) Residir legalmente en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la pensión.
- c) Estar afectadas por una discapacidad o por una enfermedad crónica, en un grado igual o superior al sesenta y cinco por ciento.

cesidad del concurso de una tercera persona, en el caso de la denegación de gran invalidez, lo que le convertiría en beneficiario de la pensión de invalidez no contributiva a la que se añadiría de un complemento del 50% del importe de la pensión inicial, si reúne los requisitos exigidos<sup>29</sup>.

Este es un ejemplo de lo que se conoce como pasarelas en el sistema de protección social, en este caso, el paso de la modalidad contributiva a la no contributiva de Seguridad Social, en el que acreditando una reducción de la capacidad laboral, por la que se le reconoce al trabajador un grado de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez, sin embargo, al no cumplir con los requisitos exigidos, se traslada al organismo competente para el reconocimiento de las pensiones no contributivas con una discapacidad de al menos un 65% o del 75% y la necesidad del concurso de una tercera personas, respectivamente, siempre que en este caso cumpla con los requisitos exigidos para causar derecho a la pensión de invalidez no contributiva.

### 2.1.2. *El problema de la edad para el acceso a la pensión de invalidez*

Hay otra cuestión, también relacionada con la denominación de la pensión, que podría desvirtuar la situación real de la persona beneficiaria de una pensión de invalidez. Y es, que, al cumplir los 65 años, pasará a denominarse pensión de jubilación. Pese a que el art. 367 LGSS, le quite hierro al asunto, al señalar que ello no implica «modificación alguna respecto de las condiciones de la prestación que viniere percibiendo»<sup>30</sup>, es claro que al beneficiario se le sustrae la visibilidad a la que tiene derecho, aunque se le mantenga el régimen jurídico de la pensión de invalidez no contributiva. Pero es que, además, sostengo la necesidad de mantener esa denominación, que no sería pensión no contributiva de invalidez, sino de discapacidad, en forma de propuesta con un mayor argumento que viene a ser la siguiente propuesta:

Centrándome en lo mollar, entiendo que debería eliminarse la imposibilidad de acceso a la pensión de invalidez no contributiva, una vez cumplido los 65 años, pues a partir de esa edad solo se puede solicitar la

---

**d)** Carecer de rentas o ingresos suficientes.

<sup>29</sup> Art. 364.6 LGSS.

<sup>30</sup> Es decir, que seguirá percibiendo el complemento del 50% del importe de la pensión inicial, en caso de que tenga derecho a él por acreditar un grado de discapacidad del 75% y la necesidad del concurso de una tercera persona.

pensión de jubilación no contributiva. Lo cual no tendría demasiada relevancia, si solo se tratara de una cuestión de denominación. La cuestión ahonda en algo más serio, pues, en el caso de que la persona presente, una vez cumplida dicha edad, una discapacidad o enfermedad crónica que dé lugar al 75% y la necesidad del concurso de una tercera persona, ya no podría esa persona, ya sea actual beneficiario de la pensión de jubilación no contributiva o solicitante, causar derecho a ese complemento del 50% del importe de la pensión inicial establecida anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado<sup>31</sup>, lo que supondría perder en el año 2023, la cuantía de 3.201,10 euros, por el mero hecho del reconocimiento de su grado de discapacidad, con posterioridad a la edad de 65 años, ya sea como nuevo solicitante de la pensión no contributiva, o como consecuencia de agravación de la discapacidad que ya presentaba. Esta circunstancia plantea la cuestión de, si no será más equitativo conceder este complemento, habida cuenta que la situación de la discapacidad agravada, debería ser objeto de mayor protección más allá de los 65 años, que incluso antes del cumplimiento de dicha edad, pues la vejez, ya de por sí, supone una clara agravación de la propia discapacidad del beneficiario. Además de la desproporción que supone perder ese complemento, por un día, en el caso extremo de tener los 65 años recién cumplidos el día anterior a la solicitud.

Por ello, creo que no sería descabellado la propuesta de que no exista edad límite para poder solicitar y percibir, la pensión de invalidez no contributiva

## **2.2. Prestaciones familiares (modalidad no contributiva)**

El principal inconveniente de las prestaciones familiares en la modalidad no contributiva, es la escasa cuantía que se reconoce a las familias, en caso de que los hijos o los progenitores acrediten discapacidad.

Entre las prestaciones familiares, que otorgan protección a personas con discapacidad, cabe detenernos en la asignación económica por hijo a cargo, y una prestación económica de pago único, por nacimiento o

---

<sup>31</sup> Para el año 2023, la cuantía de las pensiones de jubilación e invalidez en su modalidad no contributiva queda establecida en 6.402,20 euros anuales (art. 17.1 del Real Decreto 1058/2022, de 27 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2023).

adopción de hijo, «en supuestos de familias numerosas, monoparentales, y en los casos de madres o padres con discapacidad».

Deben tenerse en cuenta, respecto a estas prestaciones los siguiente:

En el supuesto de que en el padre y la madre concurren las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de las prestaciones familiares no contributivas, el derecho a percibir las solo podrá ser reconocido en favor de uno de ellos. Además, estas prestaciones son incompatibles con la percepción, por parte del padre o la madre, de cualquier otra prestación análoga establecida en los restantes regímenes públicos de protección social.

En los supuestos en que uno de los padres esté incluido, en razón de la actividad desempeñada o por su condición de pensionista, en un régimen público de Seguridad Social, la prestación correspondiente será reconocida por dicho régimen.

### *2.2.1. Asignación económica por hijo o menor a cargo*

El importe de la asignación económica por hijo o menor a cargo, depende de dos factores: la edad del menor y su grado de discapacidad, pero nada se dice de su tipo o clase de discapacidad, tampoco en la modalidad no contributiva.

#### **a) Beneficiarios**

Así pues, según, disposición adicional sexta. 1 del Real Decreto 1058/2022, de 27 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2023<sup>32</sup>:

Causarán derecho a esta prestación quienes tengan un hijo menor de 18 años de edad, afectado por una discapacidad en grado igual o superior al 33%. En este caso la cuantía de la asignación será en cómputo anual de 1.000 euros.

En el caso de que el hijo sea mayor de dicha edad cuando el grado de discapacidad sea igual o superior al 65% a cargo del beneficiario, la cuantía de la asignación será en cómputo anual de 5.439,60 euros.

---

<sup>32</sup> En adelante, RDR 2023.

En el caso del hijo a cargo, mayor de 18 años, con un grado de discapacidad igual o superior al 75% y que, como consecuencia de reducciones anatómicas o funcionales, necesite el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos, la cuantía de la asignación será en cómputo anual de 8.158,80 euros. Esta prestación es similar a la pensión de invalidez no contributiva, si bien, la diferencia se encuentra en que, en este caso, el beneficiario, es la persona con discapacidad, mientras que, en la asignación económica, el beneficiario es el padre o la madre, precisamente, por tener a cargo, al hijo con discapacidad.

Y el grado de discapacidad, a efectos de reconocimiento de la asignación, así como la dependencia y la necesidad del concurso de otra persona se determinará mediante el baremo aprobado por el Gobierno<sup>33</sup>. En cualquier caso, la percepción de la asignación económica por hijo a cargo es incompatible con la condición, por parte del hijo, de pensionista de invalidez o jubilación en la modalidad no contributiva.

Además, pueden ser beneficiarios de la asignación que hubiera correspondido a sus padres, entre otros, los hijos con discapacidad mayores de 18 años respecto de los que no se haya establecido ninguna medida de apoyo a su capacidad para ser beneficiarios de las asignaciones que en razón de ellos corresponderían a sus padres [art. 352.2.c) LGSS]<sup>34</sup>.

De acuerdo con esta normativa, quedarían fuera de protección por la asignación, los hijos menores sin discapacidad. Ciertamente, es así, sin embargo, esta posibilidad se preveía antes de la aparición del ingreso mínimo vital (IMV), y fue suprimida gradualmente para incorporar a tales hijos o menores en el IMV, como se verá al analizar el IMV.

---

<sup>33</sup> A partir del 20 de abril, el baremo aplicable será el contenido en el Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. Hasta esa fecha, resulta de aplicación el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.

<sup>34</sup> En la redacción anterior de la letra c) del apartado 2 del art. 352 LGSS, por el art. Único.29 del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, no se planteaba que no se hubiera establecido ninguna medida de apoyo. En su lugar se refería a que su capacidad no hubiera sido modificada judicialmente y que conservaran su capacidad de obrar. Se trata de una modificación en línea con el cambio de criterio, a partir de la Ley 8/2021.

Tampoco se incluyen los hijos, a cargo, mayores de 18 años afectados por una discapacidad en grado igual o superior al 33%. Éstos, se encuentran en terreno de nadie.

#### **b) Requisitos**

Aunque se considera, la asignación económica por hijo o menor a cargo, como prestación no contributiva, a la hora de la exigencia de los requisitos del art. 352.1 LGSS; no se pide ningún umbral de ingresos, tan solo, la residencia en España, tener hijos o menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción, y que no tengan derecho el padre o la madre a prestaciones de esta naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social.

#### **c) Obligaciones y plazos**

Existe una obligación consistente en declarar «cuantas variaciones se produzcan en su familia», siempre que deban ser tenidas en cuenta a efectos del nacimiento, modificación o extinción del derecho (art. 355.1 LGSS), lo que podría afectar a la edad, grado de discapacidad. En caso de producirse alguna variación, si se trata de nacimiento del derecho, este se causa a partir del día primero del trimestre natural inmediatamente siguiente a la fecha de solicitud. En caso de extinción del derecho, este se produce a partir del último día del trimestre natural en el que se haya producido la variación de que se trate (art. 355.2 LGSS).

#### *2.2.2. Prestación económica por nacimiento o adopción en los supuestos de madres o padres que tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 65%*

Se trata de tres situaciones que tienen la misma regulación, contemplada en el art. 357 LGSS. En la que nos afecta, la de madres y padres con discapacidad, que tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 65%, supone el derecho a percibir la prestación económica por nacimiento o adopción de hijo.



**a) Requisitos**

A los efectos de la consideración de beneficiario de la prestación, será necesario que el padre, la madre o, en su defecto, la persona que reglamentariamente se establezca, reúna los siguientes requisitos<sup>35</sup>:

- a) Residan legalmente en territorio español
- b) No tengan derecho, ni el padre ni la madre, a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen de protección social.
- c) No perciba ingresos anuales, de cualquier naturaleza, superiores a la cuantía que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado<sup>36</sup>.

Dicha cuantía contemplará un incremento del 15 por ciento por cada hijo a cargo, a partir del segundo, este incluido.

**b) Cuantía**

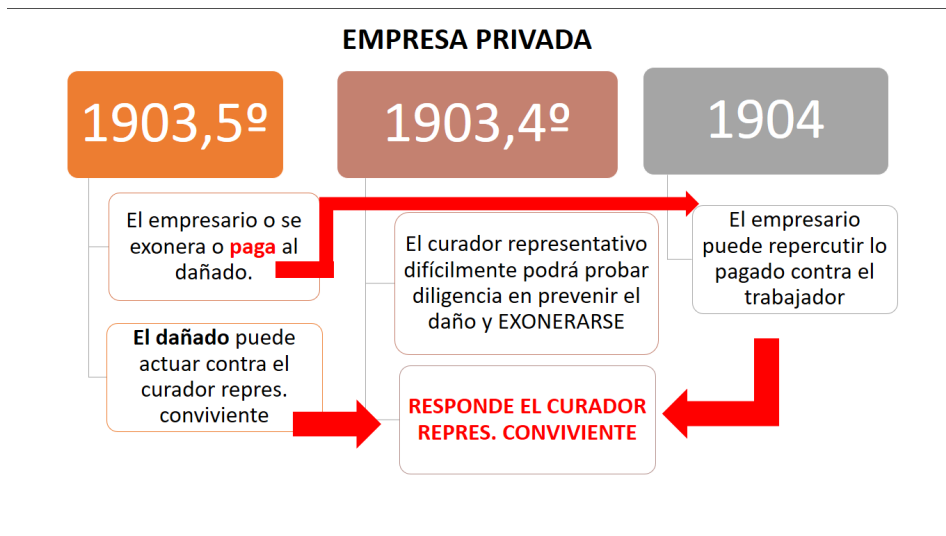
Según el art. 358 LGSS, la cuantía de la prestación por nacimiento o adopción de hijo, consiste en un pago único de 1.000 euros. En el caso de que los ingresos anuales percibidos, de cualquier naturaleza, superen el límite establecido, pero sean inferiores al resultado de sumar a dicho límite el importe de la prestación, la cuantía de esta última será igual a la diferencia entre los ingresos percibidos por el beneficiario y el resultado de la indicada suma. No se reconocerá la prestación en los supuestos en que la diferencia sea inferior al importe establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (10 euros).

---

<sup>35</sup> Art. 357.3 con relación al art. 352.1 letras a) y c), ambos de la LGSS.

<sup>36</sup> Según la disposición adicional sexta del RDR 2023, «los límites de ingresos para acceder a esta prestación, de conformidad con lo previsto en el art. 357.3 LGSS, quedan fijados en 14.011,00 euros anuales y, si se trata de familias numerosas, en 21.086,00 euros anuales, incrementándose en 3.416,00 euros anuales por cada hijo o hija a cargo a partir del cuarto, este incluido. No se reconocerá la prestación en los supuestos en que la diferencia a que se refiere el primer párrafo del art. 358.2 LGSS sea inferior a 10,00 euros».

Esquema de las prestaciones familiares no contributivas,  
que hacen referencia a hijos o menores a cargo



### 2.3. El ingreso mínimo vital y las personas con discapacidad

La principal aportación que ha realizado la prestación del IMV<sup>37</sup>, con relación a las personas con discapacidad, constituye más, una traslación de ayuda económica que anteriormente otorgaban las prestaciones familiares en la modalidad no contributiva, a través de la asignación económica por hijo a cargo menor de 18 años sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33%. Si bien, supone un avance desde el momento en que se reconoce una situación con un grado de discapacidad inferior al 33%, aunque no era necesario decir nada pues eso es como decir que no se requiere ningún grado de discapacidad.

#### 2.3.1. *El complemento de ayuda para la infancia, en sustitución de la asignación económica por hijo a cargo sin discapacidad*

Se establece un complemento de ayuda para la infancia para aquellas unidades de convivencia que incluyan menores de edad entre sus miem-

<sup>37</sup> El IMV, se regula en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital (LIMV).

bros, siempre que en el ejercicio inmediatamente anterior al de la solicitud los ingresos computables, sean inferiores al 300% de los umbrales del anexo I y el patrimonio neto sea inferior al 150% de los límites fijados en el anexo II, cumpliendo el test de activos definido en el anexo III (art. 11.6 LIMV).

La cuantía del complemento de ayuda para la infancia, según el art. 13.2.e) LIMV será una cantidad mensual por cada menor de edad miembro de la unidad de convivencia, en función de la edad cumplida el día 1 de enero del correspondiente ejercicio, con arreglo a los siguientes tramos:

Menores de tres años: 100 euros.

Mayores de tres años y menores de seis años: 70 euros.

Mayores de seis años y menores de 18 años: 50 euros.

De manera que, empleando el término “discapacidad, en realidad, no se hace ninguna excepción tenga o no discapacidad el menor de 18 años.

Es obvio que lo que propongo es diferenciar entre menores de 18 años, con y sin discapacidad, porque ahora en realidad solo afecta a quienes no presentan discapacidad, tan solo se ha distinguido según la edad del menor.

Por tanto, el hecho de que al menor le afecte una discapacidad (aunque su grado de discapacidad sea menor del 33%), exigirá una mayor atención, en especial si se trata de una discapacidad intelectual, y por supuesto, requerirá un incremento del importe, que debería establecerse en proporción al tipo y grado de discapacidad.

En fin, resulta apremiante incrementar de forma proporcional las ayudas a menores de 18, en función del tipo y grado de discapacidad inferior al 33% de forma proporcional.

### **III. DE LA INCAPACITACIÓN JUDICIAL A LAS MEDIDAS DE APOYO A LA CAPACIDAD POR RESOLUCIÓN JUDICIAL POR LA QUE SE CONSIDERA UN GRADO DE DISCAPACIDAD DEL 65%**

Durante casi dos años, se ha esperado por parte de las personas con discapacidad, que se adecuara, la anterior redacción de la disposición adicional vigésima quinta LGSS que decía, que «a los efectos de la aplicación de esta ley, se entenderá que están afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento aquellas personas que judicialmente

hayan sido declaradas incapaces». Y ello, por la necesidad de adecuar a las modificaciones introducidas por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que ha suprimido la incapacitación judicial, sustituyéndola por diversas medidas de apoyo a la capacidad jurídica, particularmente la curatela.

La nueva redacción, es coherente, con el cambio de criterio del Código Civil, cuando establece que, «a efectos de la aplicación de esta ley, sin perjuicio de poder acreditarse el grado de discapacidad, en grado igual o superior al 65 por ciento, mediante el certificado emitido por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales o por el órgano competente de la comunidad autónoma, se entenderá que están afectadas por una discapacidad, en un grado igual o superior al 65 por ciento, aquellas personas para las que, *como medida de apoyo a su capacidad jurídica y mediante resolución judicial, se haya nombrado un curador* con facultades de representación plenas para todos los actos jurídicos».

En suma, la norma considera, con una presunción *iuris et de iure*, por el hecho de que se haya nombrado, también, por resolución judicial, un curador, como medida de apoyo a la capacidad jurídica de personas con discapacidad, que se encuentran afectadas con, al menos, un grado del 65% de discapacidad.

Pero ¿qué ocurre con aquellas personas, que no pudieron acogerse a esta nueva normativa ni tampoco a la anterior por entenderse derogada de forma tácita o implícita?

Con respecto a estas personas, no se dice nada. Tan solo, respecto a las personas que judicialmente fueron declaradas incapaces mediante sentencia con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, señala la disposición transitoria tercera del RD-ley 2/2023, que se entenderá que están afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65% a efectos de la aplicación de la LGSS.

La interpretación que cabría, sería que, aunque no se reconocen efectos retroactivos, al menos, desde la entrada en vigor del RD-ley 2/2023, se reconocen efectos a partir del mes siguiente a su publicación, concretamente, el 1 de abril de 2023<sup>38</sup>. Será a partir de dicha fecha, el momento en

---

<sup>38</sup> Como señala la disposición final décima párrafo primero RD-ley 2/2023.

que se podrá acreditar, siempre que, como medida de apoyo a la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y mediante resolución judicial, se haya nombrado un curador con facultades de representación plena.

Si bien es un paso adelante, sin embargo, creo que podría mejorarse esta medida, precisamente porque el reconocimiento de ese grado de discapacidad va a depender, igual que antes, de una resolución judicial, en este caso, en lugar de una incapacitación, mediante el nombramiento de un curador. Además, sigue sin distinguirse la clase o tipo de discapacidad con el grado del 65%.

De hecho, las modificaciones introducidas por la Ley 8/2021, ha suprimido toda referencia a la incapacitación judicial, sustituyéndola por diversas medidas de apoyo a la capacidad jurídica, en particular la curatela, en el contenido de la LGSS. Son los casos, del art. 77.1.f), sobre protección por los órganos judiciales o Ministerio Público de los intereses de los menores y personas en cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo a su capacidad jurídica; art. 234, sobre abono de las pensiones de orfandad en el supuesto de que los hijos de quien fuera condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio, siendo menores de edad o mayores de edad con medidas de apoyo a su capacidad jurídica para percibir la pensión; art. 352.2.c), sobre beneficiarios de la asignación económica por hijo a cargo, establece que los hijos con discapacidad mayores de 18 años respecto de los que no se haya establecido ninguna medida de apoyo a su capacidad para ser beneficiarios de asignaciones del sistema de la Seguridad Social serán beneficiarios de las asignaciones que debido a ellos corresponderían a sus padres

Todas estas modificaciones, también entran en vigor el 1 de abril de 2023<sup>39</sup>.

## REFLEXIONES FINALES

Debe dejarse constancia que, tanto la Ley 3/2023, de 28 de febrero de Empleo, como el RD-ley 2/2023, y la reciente jurisprudencia han modificado satisfactoriamente, algunas de las cuestiones e interpretaciones que se debatieron en el IV Congreso Nacional e Internacional de Derecho de la Discapacidad, celebrado en Barcelona, y que han sido objeto de comentario en el presente estudio, tales como:

---

<sup>39</sup> Ibidem.

- La supresión de las referencias a la incapacitación judicial, sustituyéndolas por diversas medidas de apoyo a la capacidad jurídica, en particular la curatela, en el contenido de la LGSS para considerar, al menos, un grado de discapacidad del 65%; así como, las correspondientes adaptaciones que se han realizado en el articulado de la LGSS, sustituyendo la incapacitación judicial por las correspondientes medidas de apoyo a la discapacidad.
- La consideración de la discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento a las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.
- La ampliación de uno a tres años, de la denominada prestación familiar no económica, consistente en considerar cotizados los años de excedencia, por el cuidado de un familiar con discapacidad, así como también, el incremento de uno a tres años, de la consideración al 100% de la jornada reducida por esa misma causa.
- En el caso de la prestación económica por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave, es positiva la prórroga de la prestación en caso de discapacidad, que, con más de 18 años, se mantendrá hasta que el causante cumpla 26 años si antes de alcanzar los 23 años acreditara, además, un grado de discapacidad igual o superior al 65%.
- El cambio de criterio, que ha tenido su origen en el Tribunal Constitucional, que ha ocasionado un cambio de rumbo de la jurisprudencia, según la cual, se reconoce el acceso a la incapacidad permanente desde la jubilación anticipada, prevista para personas con discapacidad.

Otras cuestiones que a mi entender deberían mejorarse para personas con discapacidad, en el ámbito de la Seguridad Social, permanecen pendientes, como las siguientes:

- Con carácter general, clarificar tipo y grado de discapacidad, basado en estudios serios y fundados que apoyen esa necesidad de trato especial, en función de tales variables. Como propuesta concreta, seguiría la línea abierta por el art. 12.2 LGSS y disposición adicional 10<sup>a</sup> de la Ley 20/11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, que, a efectos de la posible contratación, como trabajadores por cuenta ajena, de los hijos mayores de 30 años de los trabajadores autónomos. En este caso se distingue, no solo el grado, también el

tipo de discapacidad. Creo que podría ser un buen modelo a seguir de cara a una reforma destinada a personas con discapacidad en el ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social.

- También, en términos generales, se recomienda el establecimiento de una regulación sistemática respecto a todas las prestaciones de Seguridad Social, con relación a personas con discapacidad, incluidas aquellas en las que no se ha previsto un trato específico.
- Como propuesta concreta, entre otras, considero necesario, que aquellas personas, con más de 65 o más años de edad, que se les declare una discapacidad con al menos un grado del 75% y precisen del cuidado de otra persona para las necesidades ordinarias de la vida, como comer, desplazarse, etc., no se les prive de ese complemento previsto solo para menores de 65 años, en la pensión de invalidez. Precisamente, al tener más de 65 años, mayor será la necesidad de que le asista otra persona que le ayude. La propuesta obviamente, es la de eliminar el límite de 65 años de edad, como requisito, para poder causar derecho a la pensión de invalidez no contributiva.





# *Protección social de las personas con discapacidad en el sistema de seguridad social: presente y (posibles) mejoras de futuro<sup>1</sup>*

**FERNANDO BARBANCHO TOVILLAS**

*Profesor TEU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona.*

*Miembro de la Cátedra UB-Fundación Adecco para la integración laboral de personas con discapacidad.*

## **1. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA**

La Constitución Española (CE), que configura a España como un «Estado social y democrático de Derecho» (art. 1.1), obliga a los poderes públicos a actuar parar «*promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas*» y, a su vez, «*remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*» (art. 9.2), teniendo presente que el fundamento de los derechos fundamentales se basa en la dignidad de la persona y en los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10.1) y que todas las normas relativas a los derechos fundamentales se deben interpretar «*de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*» (art. 10.2).

---

<sup>1</sup> Este texto corresponde a la Ponencia realizada en el IV Congreso Nacional y I Congreso Internacional de Derecho de la Discapacidad. *Activación laboral y protección social de las personas con discapacidad*, celebrado en Barcelona los días 15, 16 y 17 de febrero de 2023, y organizado por la Fundación Derecho y Discapacidad, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), el Ayuntamiento de Barcelona y la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AEDTSS).

Pues bien, uno de los colectivos al que los poderes públicos deben dirigir su actuación para hacer efectiva y real la igualdad (recordando que el art. 14 CE reconoce la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por cualquier condición o circunstancia personal o social), mediante su integración y participación plena en la sociedad, es el de las personas con discapacidad.

A estos efectos, se debe recordar que la propia CE recoge, entre los principios rectores de la política social y económica (Capítulo tercero del Título I), por una parte, en su artículo 49 –aún con una redacción que, desde años, menoscaba la dignidad de las personas con discapacidad<sup>2</sup>– que

Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

Por otra parte, en el artículo 41 CE, que

Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

---

<sup>2</sup> Si bien desde hace años esta terminología se considera peyorativa, aún no se ha modificado por que no se ha alcanzado el consenso necesario a efectos de sustituir «*disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos*» por «*personas con discapacidad*» (hubo un primer intento cuando el Gobierno aprobó, el 7 de diciembre de 2018, un Anteproyecto de reforma del art. 49 CE; y el segundo intento se inició el 11 de mayo de 2021, cuando el Gobierno aprobó el Proyecto de reforma del art. 49 CE, que actualmente está en trámite de enmiendas en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados.

Ahora bien, se debe tener presente que desde el 1 de enero de 2007 el uso del término «*persona con discapacidad*» es obligado en los textos normativos, a raíz de la Disp. Adic. Octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (Ley de Dependencia), aunque ya en la Ley 51/2003, la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo y la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, ya se utilizaron los términos «*discapacidad*» y «*personas con discapacidad*».

Sobre la modificación del art. 49 CE, v. Iturri Gárate, Juan Carlos “Sobre el proyecto de reforma constitucional en materia de discapacidad”, *Revista de Derecho Laboral vLex (RDLV)*, 2022, núm. 7, 62-79.

Téngase en cuenta que el núm. 7 (2022) de la *Revista de Derecho Laboral vLex (RDLV)*, 2022, es un número monográfico sobre la discapacidad.

Y, por último, en el artículo 50, que

Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.

Se debe tener en cuenta que el reconocimiento, respeto y protección de estos principios rectores de la política social y económica «*informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.*» (art. 53.3 CE) y que la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.17<sup>a</sup> CE), si bien la asistencia social puede ser asumida –y de hecho la han asumido– por las Comunidades Autónomas (art. 148.1.20<sup>a</sup> CE)<sup>3</sup>.

En desarrollo del artículo 49 CE, se aprobó la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI), que estableció, entre otras cuestiones, un Sistema especial de prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad que, por no desarrollar una actividad laboral, no estuvieran incluidas en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social y hasta que no se desarrollasen las previsiones del artículo 41 CE sobre la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad del Sistema de la Seguridad Social.

Este Sistema especial de prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad estableció, por una parte, en su acción protectora la asistencia sanitaria y prestación farmacéutica, el subsidio de garantía de ingresos mínimos, el subsidio por ayuda de tercera persona, el subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte, la recuperación pro-

---

<sup>3</sup> Respecto de la Seguridad Social en la CE, v., por todos, De la Villa Gil, Luis Enrique “Sobre la Seguridad Social en la Constitución española, a la altura del año 1990”, *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, 2023, N<sup>o</sup>. Extra 5 (Ejemplar en Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz), págs. 189-199 (como señala el profesor De la Villa en el resumen de su artículo:

El presente Estudio se publicó, por el admirado Profesor Efrén Borrajo Dacruz, poco después de aprobada la Constitución Española de 1978. Pese a ello, refleja con detalle la importante doctrina constitucional de esa época, las principales aportaciones de la doctrina científica y los criterios interpretativos del propio autor, tan agudos como ha sido habitual en sus numerosos trabajos. De particular importancia es su opinión sobre la débil cobertura constitucional de la protección social, y sus conclusiones sobre la distribución de competencias, en esa materia, entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

fesional y la rehabilitación médico-funcional (art. 12.2). Y, por otra parte, la actuación de los servicios sociales en materia –entre otras- de orientación familiar, de información y orientación, de atención domiciliaria, de residencias y hogares comunitarios, de actividades culturales, deportivas, ocupación del ocio y del tiempo libre, así como las prestaciones sociales económicas para las personas con discapacidad que se encuentren en situación de necesidad y que carezcan de los recursos indispensables para hacer frente a la misma (arts. 49 a 53)<sup>4</sup>.

Así, las personas con discapacidad tenían dos sistemas de protección social: el Sistema de la Seguridad Social, para las personas con discapacidad incluidas en su campo de aplicación por desarrollar una actividad laboral, y el Sistema especial de prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad no incluidas en el ámbito de protección del primero por no desarrollar una actividad laboral<sup>5</sup>.

Pero con la evolución y progreso social que se ha producido en España desde la CE y la LISMI, la protección social ha ido ampliando sus ámbitos subjetivo y objetivo en dos direcciones. Por un lado, añadiendo nuevas prestaciones en el Sistema de la Seguridad Social, tanto en las prestaciones contributivas como –especialmente- las prestaciones no contributivas (p. ej. la ya “antigua” Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, y la más reciente Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital).

Y, por otro lado, ampliando sustancialmente las prestaciones sociales, al incorporar en 2006 un nuevo sistema de prestaciones sociales, como es el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, mediante la Ley de Dependencia<sup>6</sup>, que configuró una nueva modalidad de protección

---

<sup>4</sup> El Sistema especial de prestaciones sociales y económicas previsto en la LISMI se estableció por Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero.

<sup>5</sup> Sobre las prestaciones económicas en favor de las personas con discapacidad en esa etapa, v. Panizo Robles, José Antonio “Tema 27. Las prestaciones económicas públicas del Estado, la Seguridad Social y las Comunidades Autónomas”, en De Lorenzo, Rafael y Pérez Bueno, Luis Cayo (directores) *Tratado sobre Discapacidad* (2007), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 949 a 987.

<sup>6</sup> Sobre la Ley de Dependencia, v. Sempere Navarro, Antonio Vicente y Charro Baena, Pilar (coord.): *Comentario sistemático a la Ley de Dependencia: Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia y normas autonómicas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2008.

social, que amplió y complementó la acción protectora del Estado y del Sistema de la Seguridad Social, dando un nuevo desarrollo a los servicios sociales, incorporando un catálogo de servicios sociales y prestaciones económicas destinadas a la promoción de la autonomía personal y a atender las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria (arts. 13 a 25 bis).

Así, en los últimos cuarenta años se ha ampliado sustancialmente el ámbito subjetivo y objetivo de la protección social en España, con especial protagonismo de las prestaciones sociales para atender a las personas en situación de necesidad y de vulnerabilidad e intervención de los servicios sociales y entidades del tercer sector de acción social, siendo las personas con discapacidad uno de los colectivos afectados positivamente por la ampliación del marco de protección social.

A estos efectos, se debe recordar que la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (Convención Internacional)<sup>7</sup> reconoce toda una serie de derechos a las personas con discapacidad y establece las correspondientes obligaciones a los Estados Partes de la misma para asegurar, garantizar y promover esos derechos, partiendo de la obligación general de «Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención» [art. 4.1.a)].

Entre los derechos que reconoce la Convención Internacional están el derecho a la salud, incluida la rehabilitación (art. 25); el derecho a la habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo y los servicios sociales (art. 26); el derecho al trabajo y al empleo

---

<sup>7</sup> La Convención Internacional se aprobó el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) y España la ratificó el 23 de noviembre de 2007 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008 (el Instrumento de ratificación se publicó en el Boletín Oficial del Estado –BOE– de 21 de abril de 2008).

Sobre la Convención Internacional y su incidencia en el ordenamiento jurídico español, v., por todos, Pérez Bueno, Luis Cayo “La Recepción de la Convención de la ONU en el Ordenamiento Jurídico Español: Ajustes necesarios”, en Pérez Bueno, Luis Cayo (dir.), Sastre Campo, Ana (ed. lit.), Ventura Díaz Díaz, Antonio (pr.), Carballeda Piñeiro, Miguel (pr.), De Lorenzo García, Rafael (hom.), *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi: Fundación Academia Europea e Iberoamericana de Yuste, Cizur menor (Navarra), 2009, págs. 319-330; y “La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: un tratado vivo al servicio del cambio social”, *Anales de derecho y discapacidad*, 2018, n.º. 3, págs. 269-272.

(art. 27); y el derecho a la protección social, incluido el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación, «y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad», y para ello los Estados Partes «adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho» (art. 28.2).

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior y el actual Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (TRLGDPDIS)<sup>8</sup>, a las personas con discapacidad se les puede aplicar los tres principales sistemas de protección social: el Sistema de la Seguridad Social, cuando se incluyan en su campo de aplicación por desarrollar una actividad laboral; el Sistema especial de prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad, cuando no estén incluidas en su campo de aplicación por no desarrollar una actividad laboral, y que comprende la asistencia sanitaria y prestación farmacéutica; el subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte; la recuperación profesional; la rehabilitación y habilitación profesionales (art. 8.1 TRLGDPDIS)<sup>9</sup>; y el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, que, sin ser específico para las personas con discapacidad, estas constituyen uno de los principales colectivos al que va dirigido<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> El TRLGDPDIS, que derogó la LISMI, se aprobó por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, en virtud del mandato establecido en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, España (que adecuó la regulación en materia de discapacidad hasta entonces vigente a las directrices marcadas por la Convención, modificando diecinueve leyes, entre ellas, la –ya entonces anticuada y desfasada– LISMI, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad), que estableció la obligación de elaborar y aprobar un texto refundido en el que se regularizasen, aclarasen y armonizasen esas tres leyes mencionadas.

<sup>9</sup> Con el mantenimiento, en su caso, del subsidio de garantía de ingresos mínimos y por ayuda de tercera persona mientras no se opte por pasar a percibir pensión no contributiva de la Seguridad Social o asignación económica por hijo a cargo (Disp. Transitoria única TRLGDPDIS).

<sup>10</sup> El art. 2.2 de la Ley de Dependencia define la «Dependencia» como el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades

De estos tres sistemas de protección social de las personas con discapacidad, en esta ponencia solo se aborda la protección que otorga actualmente el Sistema de Seguridad Social a las personas con discapacidad y se plantearán posibles medidas de mejora.

## 2. EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El Sistema de Seguridad Social constituye el principal –no único– pilar de la protección social pública en España, dada su fundamentación en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad y la configuración de su acción protectora en las modalidades contributiva y no contributiva, además de beneficios de la asistencia social (arts. 2.1 y 42 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre –TRLGSS-)<sup>11</sup>.

---

básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.

Sobre la Ley de Dependencia y la discapacidad, v. Pérez Bueno, Luis Cayo y De Lorenzo García, Rafael “Tema 30. La promoción de la autonomía personal y la protección en casos de dependencia por razón de discapacidad”, en De Lorenzo, Rafael y Pérez Bueno, Luis Cayo (directores) *Tratado sobre Discapacidad* (2007), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 1041 a 1099; y Fernández Orrico, Fco. Javier “Lección 17. La protección de la dependencia”, en García Ninet, J. Ignacio, Vicente Palacio, Arántzazu y García Viña, Jordi (directores) *Manual básico de Seguridad Social* (2019), Atelier, Barcelona, págs. 365 a 368.

<sup>11</sup> Como pone de manifiesto el apartado IV del Preámbulo de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital,

A partir del artículo 41 de nuestra Constitución, la doctrina constitucional concibe la Seguridad Social como una «función del Estado» (STC 37/1994). De un lado, el Tribunal Constitucional pone de manifiesto la estrecha vinculación de este precepto con el artículo 1 del mismo texto constitucional en el que se reconoce el carácter social de nuestro Estado que propugna la justicia como valor superior de nuestro ordenamiento; así como su conexión con el artículo 9.2 en el que se recoge el mandato de promoción de la igualdad y de remoción de los obstáculos que la dificultan.

De otro lado, esta caracterización como función del Estado supone que la Seguridad Social ocupa «... una posición decisiva en el remedio de situaciones de necesidad...», con la particularidad de que la identificación de tales situaciones y el modo en el que se articula su protección se ha de hacer «... teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias

En virtud del artículo 41 CE, y del Convenio núm. 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la norma mínima de Seguridad Social, el Estado garantiza, por medio del Sistema público de la Seguridad Social, a las personas incluidas en su campo de aplicación, la protección adecuada ante las situaciones de necesidad y contingencias –comunes o profesionales– mediante las prestaciones que configuran su acción protectora, en sus modalidades contributiva y no contributiva (art. 2.2 TRLGSS).

Teniendo en cuenta lo anterior, y la previsión del artículo 8.1 TRLGPDIS (que recoge la acción protectora del Sistema especial de prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad que, por no desarrollar una actividad laboral, no están incluidos en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social), se debe hacer expresa mención a la inclusión de las personas con discapacidad en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social.

Concretamente, el nivel contributivo incluye a las personas que desarrollan una actividad laboral (por cuenta ajena, por cuenta propia o autónomos, incluidos los funcionarios públicos, civiles y militares, e incluso los estudiantes que no desarrollen actividad laboral –art. 7.1 TRLGSS–), por lo que su acción protectora responde –en principio– al reconocimiento de las correspondientes prestaciones en función de la aportación previa (cotización) al Sistema de la Seguridad Social para cubrir las situaciones de necesidad (en función del riesgo o contingencia) que tengan que ver con la propia actividad laboral. Por su parte, el nivel no contributivo (de base asistencial), a diferencia del anterior (de base profesional), otorga las prestaciones (invalidez, jubilación, desempleo y familiares) atendiendo a la demostración de la situación de necesidad y a la carencia de rentas de la persona (art. 7.2 TRLGSS–). En ambos casos (nivel contributivo y no contributivo), se debe atender a los requisitos concretos de cada prestación y del Régimen de Seguridad Social en el que se integre la persona, a efectos

---

económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales» (STC 65/1987).

De lo anterior puede deducirse la trascendencia que para la sociedad española tiene la aprobación del ingreso mínimo vital. Porque, más allá de la dimensión coyuntural que una medida como esta tiene en el actual contexto de crisis provocado por la pandemia, la nueva prestación se integra con vocación estructural dentro de nuestro sistema de Seguridad Social reforzando decisivamente su contenido como garantía institucional «... cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales» (STC 32/1981).



de que le cubra la correspondiente acción protectora (arts. 9, 10, 42, 136, 137, 155, 305, 306, 314 y 351 a 373 -Título VI- TRLGSS)<sup>12</sup>.

Por lo tanto, a las personas con discapacidad se les incluirá en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social y en los correspondientes Regímenes (los más relevantes, para los trabajadores por cuenta ajena – General- y para los trabajadores por cuenta propia o autónomo –RETA-), a efectos de la acción protectora y prestaciones contributivas y no contributivas si cumplen los requisitos, como cualquier otra persona. A estos efectos, se debe recordar que el Sistema de la Seguridad Social se fundamenta –además de en los principios de universalidad, unidad y solidaridad- en el principio de igualdad (art. 2.1 TRLGSS).

En esta ponencia se aborda exclusivamente cómo se trata a las personas con discapacidad a efectos de la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social en la modalidad contributiva del Régimen General, esto es, las prestaciones contributivas previstas cuando las personas con discapacidad trabajan por cuenta ajena, y en la modalidad o prestaciones no contributivas.

Pero antes de analizar si actualmente las personas con discapacidad tienen, o no, un tratamiento diferenciado al resto de personas trabajadoras por cuenta ajena en las prestaciones contributivas del Régimen General de la Seguridad Social y también en las prestaciones no contributivas del Sistema de la Seguridad Social, es necesario señalar en qué medida se han tenido en cuenta a las personas con discapacidad en el último Informe de evaluación y seguimiento del Pacto de Toledo<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Sobre el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social y la acción protectora de la Seguridad Social, v. García Ninet, José Ignacio “Lección 3. Campo de aplicación y actos de encuadramiento” y Ballester Pastor Inmaculada “Lección 5. Acción protectora”, en García Ninet, J. Ignacio, Vicente Palacio, Arántzazu y García Viña, Jordi (directores) *Manual básico de Seguridad Social* (2019), Atelier, Barcelona, págs. 85 a 91 y 141 a 145, respectivamente.

<sup>13</sup> Por Pacto de Toledo se conoce el catálogo de quince recomendaciones que se aprobaron por el Congreso de los Diputados en 1995 en relación con el análisis de los problemas estructurales del Sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberían acometerse para asegurar la viabilidad y suficiencia del sistema de pensiones, con la doble finalidad de erradicar los temores que pudieran existir sobre la percepción de una pensión pública y evitar la utilización electoralista del sistema de pensiones prometiendo mejoras irrealizables o sembrar dudas sobre la intención o la capacidad del adversario político para garantizar la pervivencia del sistema público de pensiones.

## **2.1. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL INFORME DE EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO DEL PACTO DE TOLEDO DE 2020**

De las Recomendaciones del último Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo<sup>14</sup> se deben destacar las siguientes cuestiones que hacen referencia a las personas con discapacidad.

En primer lugar, que las personas con discapacidad se incluyen entre los sectores de población potencialmente más sensibles a los que el Sistema público de la Seguridad Social debe prestar especial atención en orden a su protección, mediante una asistencia y unas prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad<sup>15</sup>.

En segundo lugar, que las personas con discapacidad se incluyen entre los colectivos a los que debe priorizarse su empleo mediante incentivos, entendidos como una herramienta excepcional que debe concentrarse en las situaciones y en los colectivos cuyo empleo se persigue favorecer de forma

---

<sup>14</sup> A la versión original del Pacto de Toledo le sucedieron las versiones de 2003 y 2011. Y desde el año 2011 hasta el año 2020 no se actualizaron las Recomendaciones, ya que el último informe de la Comisión Permanente de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo del Congreso de los Diputados se aprobó por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 19 de noviembre de 2020.

<sup>15</sup> En este sentido se recoge en la Consideración preliminar de las Recomendaciones:

Nuestra seguridad social, es, debe ser y seguirá siendo el instrumento esencial de vertebración, integración y cohesión social que da cumplimiento adecuado al espíritu de diversos mandatos constitucionales, mandatos que obligan a los poderes públicos a mantener un sistema de medidas que garanticen a todos los ciudadanos una asistencia y unas prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. Con ello, la Constitución exige un sistema público que gestione unas prestaciones básicas que, siendo universales, deben concentrarse, además, en la protección de sectores de población potencialmente más sensibles, como son la familia, los niños, los desempleados, los enfermos, las personas con discapacidades físicas, sensoriales o psíquicas o quienes alcancen la tercera edad.

Nuestra Constitución incluye estas orientaciones entre los principios rectores de la política social y económica, lo cual determina que el reconocimiento, el respeto y la protección de estos principios informen la legislación positiva y la actuación de los poderes públicos.

Si no somos capaces de asegurar que sigan vivos y plenamente vigentes estos principios, entonces sería vana la voluntad de establecer una sociedad democrática avanzada y de garantizar la convivencia conforme a un orden económico y social justo, que la Nación española proclama como preámbulo de su Constitución.

singular, ya que «El empleo es un elemento clave del sistema de Seguridad Social; por ello, alcanzar el pleno empleo y su mayor estabilidad y calidad deben ser objetivos centrales de la sociedad española y, por ende, de la Seguridad Social»<sup>16</sup>.

Y, en tercer lugar, se incorpora por primera vez una recomendación específica con la rúbrica “Personas con discapacidad”, gracias a la participación del CERMI en los trabajos para la elaboración del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo<sup>17</sup>.

Concretamente, se trata de la Recomendación 18, en la que, partiendo de la reafirmación, por una parte, de que el Sistema de la Seguridad Social, «como instrumento esencial de la política social, debe contribuir a que las personas con discapacidad puedan ejercer de forma efectiva sus derechos de ciudadanía y, de esta forma, garantizar su plena inclusión y participación sociales.», y, por otra parte, que «las personas con discapacidad constituyen un colectivo prioritario para los poderes públicos, tanto en términos de cobertura social, como de incorporación al mercado de trabajo en coordinación eficaz con las políticas activas de empleo.», recoge, por un lado, las medidas ya adoptadas para este colectivo hasta la fecha del Informe (2020) y, por otro lado, las medidas que se deben adoptar para que el Sistema de la Seguridad Social, como principal sistema de protección social, considere a las personas con discapacidad –y a las familias que tengan una

---

<sup>16</sup> Así se recoge en la Recomendación 6 sobre “Incentivos al empleo”. Junto a las personas con discapacidad, los otros colectivos a los que considera prioritaria la incentivación y fomento del empleo son las personas en riesgo de exclusión social, las víctimas de violencia de género, los parados de larga duración y, singularmente, los de muy larga duración, los jóvenes (a los que dedican una Recomendación específica –la núm. 14 “Juventud y Seguridad Social”) y los trabajadores ya contratados que tengan 55 o más años de edad (a efectos de su mantenimiento en el empleo). Ahora bien, también se señala que la financiación de los incentivos al empleo no puede hacerse con cargo a las cotizaciones sociales, de acuerdo con el principio de separación de fuentes del Sistema de la Seguridad Social (que se recoge y refuerza en la Recomendación núm. 1 “Consolidación de la separación de fuentes y restablecimiento del equilibrio financiero”).

<sup>17</sup> Tal y como se recoge en el subapartado D) “Documentación recibida”, punto 4. “Otra documentación aportada por Letrado, Presidenta y Asociaciones” en la actual Legislatura XIV, del apartado I) Antecedentes del Informe de la Comisión Permanente de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo del Congreso de los Diputados, el CERMI, cuyo presidente es Luis Cayo Pérez Bueno, presentó una Propuesta para incorporar una recomendación específica sobre las personas con discapacidad.

persona con discapacidad- «como una situación merecedora de especial protección, reforzando la cobertura en todas las contingencias en las que la discapacidad sea un hecho relevante.».

En cuanto a las medidas ya adoptadas, y antes de mencionarlas, se hace referencia, en primer lugar, a que, a efectos de garantizar la plena inclusión y participación sociales de las personas con discapacidad, el ordenamiento jurídico español se adaptó a la Convención Internacional y se aprobó el TRLGDPDIS. Y, en segundo lugar, recuerda el contenido de la Recomendación 18 del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2011, en la que, con la rúbrica “Discapacidad”, se señalaba que el Sistema de la Seguridad Social debía intensificar los niveles de cobertura de sus necesidades, a través de medidas específicas en cuanto a la edad de jubilación, prestaciones familiares, orfandad o pensiones no contributivas y, además, que se debían eliminar las posibles trabas para el acceso o el mantenimiento en el empleo de las personas con discapacidad.

En la Recomendación 18 del Informe de 2011 se indicaba expresamente que el Sistema de la Seguridad Social, como instrumento de política social, debe contribuir a la plena inclusión de las personas con discapacidad a través de dos líneas de actuación: por una parte, mediante la intensificación de los niveles de protección de las necesidades insuficientemente cubiertas de las personas con discapacidad y sus familiares en las siguientes materias: anticipación de la edad de jubilación de trabajadores con tipos de discapacidad que comporten menor esperanza de vida; asignaciones por hijo/a a cargo; orfandad; pensiones no contributivas; y convenios especiales con la Seguridad Social<sup>18</sup>. Y, por otra parte, evitando trabas para la activación y el acceso al empleo de calidad de las personas con discapacidad, a efectos de estimular el tránsito de medidas pasivas a medidas activas (régimen de compatibilidades de las pensiones), como la flexibilización del régimen jurídico de las pensiones por incapacidad permanente para moderar la incompatibilidad existente que obliga a elegir entre pensión o trabajo, a efectos de aplicar al pensionista de incapacidad permanente cuando al-

---

<sup>18</sup> Estas modificaciones que recogía la Recomendación 18 del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2011 se deben, en gran medida, a las «Propuestas de mejora para la legislatura 2008-2012» que propusieron Luis Cayo Pérez Bueno y Miguel Ángel Cabra de Luna en “La protección de la discapacidad en el sistema de seguridad social: propuestas de mejora”, Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas), nº 148/ 2009 y Fundación Alternativas, 2009. v. Iturri Gárate, Juan Carlos (2022) “Sobre el proyecto de reforma constitucional en materia de discapacidad”, *Revista de Derecho Laboral vLex (RDLV)*, 7, 62-79.

canza la edad de jubilación el mismo régimen de compatibilidad que con carácter ordinario se aplica para la pensión de jubilación<sup>19</sup>.

Pues bien, entre las medidas ya adoptadas para la mejor protección y cobertura de las personas con discapacidad por el Sistema de la Seguridad Social que recoge la Recomendación 18 del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020, y que valora positivamente, se mencionan las siguientes:

- el establecimiento de mecanismos de anticipación de la edad de jubilación de trabajadores con grados de discapacidad que comporten menor esperanza de vida;
- la flexibilización de los umbrales de compatibilidad entre actividad lucrativa y pensiones no contributivas de incapacidad permanente;
- y la configuración de convenios especiales que posibilitan la inclusión en la Seguridad Social de personas que, por razón de su discapacidad, encuentran mayores dificultades para su inserción socio-laboral.

Y respecto de las medidas que se deben adoptar para que el Sistema de la Seguridad Social continúe reforzando la cobertura y protección de las personas con discapacidad, recoge las siguientes:

- modificar el régimen jurídico de la percepción de las pensiones por incapacidad permanente y su compatibilidad con la realización de un trabajo, evitando la litigiosidad existente en este ámbito;
- corregir los desajustes normativos en las medidas de anticipación de la edad de jubilación, flexibilizando las regulaciones que se han revelado rígidas y que excluyen situaciones materialmente dignas de protección, como el acceso anticipado a la pensión de jubilación de las personas trabajadoras con discapacidad, en relación con las exigencias en el tiempo de cotización requerido, así como para resolver las dificultades que se presentan respecto a la acreditación del mismo;

---

<sup>19</sup> Se señalaba expresamente que la incompatibilidad existente de las pensiones de incapacidad permanente con el trabajo induce a las personas que han adquirido una discapacidad durante su vida laboral a optar por la pensión —y, consiguientemente, a permanecer en situación de inactividad— cuando podrían, en muchos casos, desarrollar una actividad laboral acorde con sus circunstancias.

La legislación de seguridad social no ha de expulsar a nadie del mercado de trabajo, sino que debe potenciar mecanismos de incorporación inclusiva que faciliten la plena autonomía de las personas con discapacidad.

- tener en cuenta las particularidades de las personas con discapacidad en la ordenación de la prestación por nacimiento y cuidados de menor, y en la atención a las dificultades y los más intensos apoyos que las mujeres con discapacidad pueden necesitar durante el embarazo y en las primeras semanas tras el alumbramiento;
- mejorar los niveles de protección de las personas con discapacidad en las prestaciones familiares de Seguridad Social (asignación económica por hijo e hija a cargo y pensión de orfandad);
- y la necesidad de trasladar al Régimen Especial de Clases Pasivas del Estado los avances producidos en el Régimen General, evitando así asimetrías injustificadas, ya que las situaciones de discapacidad están lejos de haber alcanzado el grado de relevancia y proyección del Régimen General.

Por último, señalar que, en cuanto a las medidas de políticas activas de empleo de las personas con discapacidad, la Recomendación 18 del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020 afirma que deben intensificarse las medidas dirigidas a su activación, por lo que deben eliminarse los obstáculos, favoreciendo su acceso a un empleo digno, suficiente y de calidad, facilitando su incorporación inclusiva al mercado de trabajo y propiciando su mantenimiento en su actividad profesional originaria en casos de discapacidad sobrevenida, a efectos de su plena autonomía y participación social efectivas.

## ***2.2. LAS PRESTACIONES DE LA ACTUAL ACCIÓN PROTECTORA DEL RÉGIMEN GENERAL DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD***

Si hasta ahora se han analizado las medidas que se recogen en la Recomendación 18 del último Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020), acto seguido se va a hacer mención al actual tratamiento de las personas con discapacidad en las prestaciones del Régimen General del Sistema de la Seguridad Social, a efectos de detectar si se tiene una especial consideración con las personas con discapacidad en el régimen jurídico de las prestaciones o, en cambio, se les trata de igual forma que al resto de las personas trabajadoras.

A estos efectos, se debe recordar, por una parte, que las personas con discapacidad que realizan un trabajo por cuenta ajena que da lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social (arts. 136 y 137 TRLGSS) tienen derecho a las prestaciones previs-

tas en la acción protectora de este régimen (art. 155 TRLGSS), siempre y cuando cumplan con los requisitos previstos legal y reglamentariamente. Y, por otra parte, y es lo más importante en este momento, el Sistema de la Seguridad Social se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad (art. 2.1 TRLGSS), por lo que, de entrada, el tratamiento de las personas con discapacidad debe ser el mismo que se da al resto de personas incluidas en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social (y, más concretamente, del Régimen General de la Seguridad Social), más allá de alguna previsión específica a las personas con discapacidad a la que se hará referencia más adelante.

Ahora bien, dentro de las Disposiciones aplicables a determinados colectivos en cuanto al campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social que contiene el TRLGSS, cabe señalar que, por una parte, el artículo 13, que está dedicado a los “Trabajadores con discapacidad”, recoge dos previsiones: la primera, se hace expresa mención a que «Los trabajadores con discapacidad empleados en los centros especiales de empleo quedarán incluidos como trabajadores por cuenta ajena en el régimen de la Seguridad Social que corresponda a su actividad» (apartado 1), por lo que nada aporta sobre un régimen diferenciado en el trato en cuanto a las prestaciones para el colectivo de las personas con discapacidad. En cambio, la segunda, sí que es destacable, ya que establece que «Por el Gobierno se aprobarán normas específicas relativas a sus condiciones de trabajo y de Seguridad Social en atención a las peculiares características de su actividad laboral» (apartado 2), lo que permite realizar un tratamiento “específico” para las personas con discapacidad, cosa que realmente no ha tenido lugar, salvo alguna excepción (p. ej. edad ordinaria de jubilación).

Y, por otra parte, el artículo 12.2 TRLGSS<sup>20</sup>, en materia de “Familiares”, y a efectos de la inclusión en el Régimen General o en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA), permite a los trabajadores autónomos contratar como trabajadores por cuenta ajena a los/as hijos/as menores de 30 años, aunque convivan con ellos, y también a los/las hijos/as que, aun siendo mayores de 30 años, tengan especiales dificultades para su inserción laboral, entendiéndose a estos efectos que existen dichas especiales dificultades cuando el/la trabajador/a esté

---

<sup>20</sup> Art. 12.2 TRLGSS, en la redacción dada por la Disposición Final Sexta. Dos de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, que también modificó el contenido de la Disposición Adicional Décima de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, en el mismo sentido.

incluido/a en alguno de los grupos siguientes: personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%; personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33% e inferior al 65%, siempre que causen alta por primera vez en el sistema de la Seguridad Social; y personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%.

Pero al margen de lo anterior, a continuación, se recogen las especificaciones que en materia de prestaciones contributivas del Régimen General de Seguridad Social y de prestaciones no contributivas hay actualmente en el TRLGSS en relación con las personas con discapacidad, con una referencia inicial en materia de cotización, por lo que en todas las prestaciones, contributivas y no contributivas, en las que no se hace expresa mención a las personas con discapacidad, se les aplica el mismo régimen jurídico que al resto de personas trabajadoras.

Los supuestos de tratamiento específico para las personas con discapacidad son los siguientes:

- Cotización por contingencias profesionales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) del Régimen General: se excluye a las personas trabajadoras con un grado de discapacidad igual o superior al 65% a efectos de la obligación de los empresarios de cotizar por el tipo de cotización más alto de los establecidos por contingencias profesionales cuando ocupe a trabajadores a quienes les resulta de aplicación un coeficiente reductor de la edad de jubilación por razón de su actividad (art. 146.4 TRLGSS)<sup>21</sup>.
- Se debe destacar que la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones (Disposición Adicional 5<sup>a</sup>) obliga al Gobierno a que en el

---

<sup>21</sup> El apartado 4 del art. 146 TRLGSS se añadió por la Disposición Final Segunda. Tres del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo. La exclusión se aplica a los empresarios que ocupen a trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de discapacidad, que se equipara al 65% o más.



plazo de seis meses elabore un informe que elevará a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo para adecuar la asimilación que se prevé en la Disposición Adicional 25<sup>a</sup> TRLGSS de las personas afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65%<sup>22</sup>, con las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica establecidas en el Título XI, Capítulo I, del Código Civil, tras su modificación por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Pues bien, hasta los días de celebración del IV Congreso Nacional y I Congreso Internacional de Derecho de la Discapacidad (15, 16 y 17 de febrero de 2023) aún no se había producido la modificación para incorporar esa asimilación, pero sí ha tenido lugar durante la elaboración de esta ponencia por escrito<sup>23</sup>. Concretamente, el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones (art. Único.31) ha modificado la redacción de la Disposición Adicional 25<sup>a</sup> TRLGSS.

- Prestaciones contributivas:

En primer lugar, se mantiene la jubilación anticipada en caso de discapacidad. La edad mínima de acceso a la pensión de jubilación -prevista en el art. 205.1.a) TRLGSS- puede reducirse en caso de personas con

---

<sup>22</sup> La Disp. Adic. 25<sup>a</sup> TRLGSS tenía la siguiente redacción: «A los efectos de la aplicación de esta ley, se entenderá que están afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento aquellas personas que judicialmente hayan sido declaradas incapaces.».

<sup>23</sup> El Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones (art. Único.31) ha modificado la redacción de la Disp. Adic. 25<sup>a</sup> TRLGSS, cuyo contenido es el siguiente:

A efectos de la aplicación de esta ley, sin perjuicio de poder acreditarse el grado de discapacidad, en grado igual o superior al 65 por ciento, mediante el certificado emitido por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales o por el órgano competente de la comunidad autónoma, se entenderá que están afectadas por una discapacidad, en un grado igual o superior al 65 por ciento, aquellas personas para las que, como medida de apoyo a su capacidad jurídica y mediante resolución judicial, se haya nombrado un curador con facultades de representación plenas para todos los actos jurídicos.

discapacidad con un grado igual o superior al 65%, en los términos del RD 1539/2003 -al que ya se ha hecho referencia<sup>24</sup>- y también en caso de tener un grado de discapacidad igual o superior al 45%, siempre que, en este supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas<sup>25</sup> respecto de las que existan evidencias contrastadas que determinan de forma generalizada una reducción significativa de la esperanza de vida. En ningún caso, la aplicación de los correspondientes coeficientes reductores puede llevar a acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a la de 52 años. Además, los coeficientes reductores no se pueden tener en cuenta a efectos de acreditar la edad para acceder a la pensión de jubilación parcial, ni para acceder al complemento económico del 4% adicional o cantidad a tanto alzado por acceder a la pensión de jubilación a una edad superior a la ordinaria previstos en el artículo 210.2 TRLGSS, ni a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada (art. 206 bis TRLGSS)<sup>26</sup>.

Se debe destacar que la Ley 21/2021 (Disposición Adicional 4<sup>a</sup>) obliga al Gobierno a remitir a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, en el plazo de seis meses, un informe acerca de los aspectos relacionados con la protección social de las personas con discapacidad que se recogen en la Recomendación 18 del Pacto de Toledo de 2020, y que en el plazo de tres meses adicionales, el Gobierno impulsará una reforma del marco re-

---

<sup>24</sup> El art. 3 del RD 1539/2003 establece que:

la edad ordinaria de acceso a la pensión de jubilación se reducirá en un período equivalente al que resulte de aplicar al tiempo efectivamente trabajado los coeficientes siguientes, siempre que durante los períodos de trabajo realizado se acrediten los siguientes grados de minusvalía:

a) El coeficiente del 0,25, en los casos en que el trabajador tenga acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65%.

b) El coeficiente del 0,50, en los casos en que el trabajador tenga acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65% y acredite la necesidad del concurso de otra persona para la realización de los actos esenciales de la vida ordinaria.

Además, la Disposición Adicional única del RD 1539/2003 prevé el supuesto de aplicación de los coeficientes reductores en caso de trabajadores con discapacidad que hayan tenido la condición de mutualista.

<sup>25</sup> El Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, es el que determina las discapacidades que pueden dar lugar a la reducción de la edad de jubilación -anticipación de la jubilación- de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45%.

<sup>26</sup> El art. 206 bis TRLGSS se introdujo por el art. 1.5 de la Ley 21/2021.

gulador establecido en los RR.DD. 1539/2003 y 1851/2009, de 4 de diciembre. Modificaciones que aún no han tenido lugar.

En segundo lugar, se mantiene la no aplicación del coeficiente del 0,50% por cada trimestre o fracción de anticipación a efectos de reducir el tope máximo de pensión en caso de jubilación anticipada por discapacidad (art. 210.5 TRLGSS).

Y, en tercer lugar, se mantiene la incompatibilidad de la pensión por incapacidad permanente absoluta y gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación. Así, en virtud de los artículos 195.1 y 198.3, en relación con los arts. 205.1.a) y 206 bis TRLGSS, es incompatible el disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el artículo 213.1 TRLGSS.

Ahora bien, sobre esta materia se debe tener muy presente la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 172/2021, de 7 de octubre, que resolvió un supuesto de solicitud de reconocimiento de la prestación por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez desde la situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad (entonces prevista en el art. 206.2 TRLGSS, actualmente art. 206 bis –tras la modificación introducida por la Ley 21/2021-) y que se había denegado, al considerarse que, en los casos de jubilación anticipada por discapacidad, la edad ordinaria de jubilación que ha de tenerse en cuenta como límite para el reconocimiento de la incapacidad permanente no es la prevista en el artículo 205.1.a) TRLGSS, al que remite el artículo 195.1 TRLGSS, sino la edad de jubilación reducida por aplicación de los coeficientes establecidos para personas con discapacidad, a tenor de lo dispuesto en el entonces artículo 206.2 TRLGSS –actual art. 206 bis TRLGSS- y el RD 1539/2003, por lo que se consideró que cuando se solicitó el reconocimiento de la gran invalidez (que fue a los 60 años) ya se había alcanzado la edad de jubilación (la edad rebajada para las personas con discapacidad), por lo que impedía ser beneficiario de la prestación de incapacidad permanente solicitada.

Pero la STC 172/2021, aplicando su doctrina sobre el principio de no discriminación en relación con los artículos 14 y 9.2 CE y sobre el principio de no discriminación por razón de discapacidad –aplicando esos preceptos constitucionales junto con el art. 49 CE- (SSTC 269/1994, 10/2014, 18/2017), y utilizando la Convención Internacional y la STC 3/2018 sobre un supuesto de discriminación múltiple de discapacidad y edad, el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>27</sup>, junto con los artículos 21 y 26 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Decisión 2010/48/CE, del Consejo, 26 noviembre 2009 (respecto de la integración y aplicación de la Convención Internacional en el Derecho de la Unión Europea) y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la Convención Internacional y la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en particular en lo relativo al derecho a la no discriminación por razón de la discapacidad en el trabajo<sup>28</sup>, y su doctrina sobre la igualdad y no discriminación en el ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social<sup>29</sup>, concluyó (en su Fundamento Jurídico 4.d) que:

- El legislador, en el ejercicio legítimo de su libertad de configuración del sistema, no ha establecido otro requisito que el de una determinada edad para acceder a la prestación de incapacidad permanente [art. 195.1 párrafo segundo TRLGSS, por remisión al art. 205.1 a) TRLGSS], de forma que no impide su acceso desde una situación de jubilación anticipada, ni distingue entre las

---

<sup>27</sup> SSTEDH de 30 de abril de 2009, asunto *Glor c. Suiza*; de 22 de marzo de 2016, asunto *Guberina c. Croacia*; y de 23 de marzo de 2017, asunto *A.-M.V. c. Finlandia*)

<sup>28</sup> SSTJUE de 11 de abril de 2013, C-335/11 y C-337/11 acumulados, asunto *HK Danmark y otros*; de 18 de marzo de 2014, Gran Sala, C-363/12, asunto *Z c. A Government department and the Board of management of a community school*; de 18 de diciembre de 2014, C-354/13, asunto *Fag og Arbejde (FOA) c. Kommunernes Landsforening (KL)*; de 1 de diciembre de 2016, C-395/15, asunto *Mohamed Daouidi c. Bootes Plus, S.L.*, y otros; y de 9 de marzo de 2017, C-406/15, asunto *Petya Milkova c. Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol*).

<sup>29</sup> SSTC 197/2003, de 30 de octubre, y 213/2005, de 21 de julio.

causas o presupuestos de ese tipo de jubilación para acceder a la incapacidad permanente.

- Por lo tanto, si la ley no hace distinción alguna en esta materia, el establecimiento de una diferencia de trato para los supuestos de jubilación anticipada por razón de discapacidad supone una discriminación proscrita por el principio general reconocido en el artículo 14, segundo inciso, CE, habida cuenta que no se aprecia la existencia de un motivo objetivo y razonable que justifique la distinción entre las diversas situaciones de jubilación anticipada.
- En caso contrario, toda persona que se encuentre en situación de jubilación anticipada podría acceder a una prestación por incapacidad permanente, salvo las personas con discapacidad, a pesar de cumplir el único requisito exigido por la normativa, que es una determinada edad, por lo que se genera una diferencia de trato no prevista en la norma, sin justificación objetiva y razonable, derivada exclusivamente del hecho de haber accedido a una situación de jubilación anticipada precisamente por su situación de discapacidad<sup>30</sup>.

- Prestaciones no contributivas:

En primer lugar, se mantiene la ampliación en 14 días de la duración del subsidio en el supuesto especial de prestación económica por nacimiento por parto en caso de discapacidad de la madre o del hijo en un grado igual o superior al 65% (arts.181 y 182 del TRLGSS)<sup>31</sup>.

En segundo lugar, tras las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se estableció el ingreso mínimo vital, el Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, y la vigente Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital,

---

<sup>30</sup> Esta doctrina de la STC 172/2021 se aplicó por las posteriores SSTC 191 y 192/2021, de 17 de diciembre; 5/2022, de 24 de enero; 52/2022, de 4 de abril; y 111/2022, de 26 de septiembre.

<sup>31</sup> Este supuesto especial está previsto para las trabajadoras que, en caso de parto, reúnen todos los requisitos para acceder a la prestación económica salvo el período mínimo de cotización, que va en función de la edad en la fecha de nacimiento: menor de 21 años, no se exige período mínimo de cotización; de 21 años y menor de 26 años, se exigen 90 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores; y de 26 años en adelante, se exigen 180 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores (art. 178 TRLGSS).

en los artículos 351 a 362 TRLGSS, las prestaciones familiares que tienen en consideración de forma expresa a las personas con discapacidad son las siguientes: asignación económica por cada hijo menor de 18 años de edad y afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 33 %, o mayor de dicha edad cuando el grado de discapacidad sea igual o superior al 65%, a cargo del beneficiario, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación, así como por los menores a su cargo en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción, que cumplan esos mismos requisitos (art. 351.a) TRLGSS); y prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo, en los casos de madres o padres con discapacidad (art. 351.1 c) TRLGSS).

En el caso de la asignación económica por cada hijo con discapacidad, también serán beneficiarios de la misma, en su caso y en razón de ellos hubiera correspondido a sus padres: los huérfanos de padre y madre, menores de 18 años y que sean personas con discapacidad en un grado igual o superior al 33% o mayores de dicha edad y que sean personas con discapacidad en un grado igual o superior al 65%; los que no sean huérfanos y hayan sido abandonados por sus padres, siempre que concurren en ellos las circunstancias señaladas en el artículo 351.1.a) y no se encuentren en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción; y los hijos con discapacidad mayores de 18 años cuya capacidad no haya sido modificada judicialmente y conserven su capacidad de obrar<sup>32</sup>.

Además, a la cuantía de la asignación económica (que se fija anualmente en la correspondiente ley de presupuestos generales del Estado), se le añade otra cuantía específica en el supuesto de hijo a cargo mayor de 18 años, con un grado de discapacidad igual o superior al 75% y que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (art. 353 TRLGSS).

---

<sup>32</sup> En los dos últimos supuestos de beneficiarios, la percepción de la asignación económica es incompatible con la condición, por del hijo con discapacidad, de beneficiario de pensiones asistenciales y de los subsidios de garantía de ingresos mínimos y por ayuda de tercera persona a los que se refieren el art. 8.3 y la disposición transitoria única TRLGDPDIS (Disposición Transitoria 24ª TRLGSS)

En el caso de la prestación económica por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de madres o padres con discapacidad, las madres o los padres deben tener un grado de discapacidad igual o superior al 65% y, además de reunir los requisitos del artículo 352.1, letras a) y c) del TRLGSS, no deben percibir ingresos anuales, de cualquier naturaleza, superiores a la cuantía que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado (dicha cuantía se incrementa en un 15% por cada hijo a cargo, a partir del segundo, este incluido). A los exclusivos efectos de la determinación del límite de ingresos, se considerará a cargo el hijo menor de 18 años, o mayor de dicha edad afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 65%, así como por los menores a cargo en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción (art. 357 TRLGSS).

En tercer lugar, respecto de la invalidez y jubilación no contributivas no se ha incorporado ninguna novedad respecto de la redacción originaria del TRLGSS (arts. 363 a 372)<sup>33</sup>, salvo la que hace referencia al requisito de carecer de rentas o ingresos suficientes a efectos de la invalidez (a la que se puede acceder si la persona está afectada por una discapacidad o por una enfermedad crónica, en un grado igual o superior al 65%, entre otros requisitos), ya que Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, acaba de introducir que no se computarán los rendimientos obtenidos por el ejercicio de actividades artísticas a las que se refiere el artículo 249 quater TRLGSS sobre compatibilidad del 100% del importe de la pensión de jubilación contributiva con la actividad artística, en tanto no excedan del importe del salario mínimo interprofesional en cómputo anual. Y, además, los rendimientos que excedan de esta cuantía se tomarán en cuenta a efectos de la consideración de las rentas o ingresos anuales a que se refiere el artículo 364.2 TRLGSS sobre la compatibilidad de las cuantías de cada una de las pensiones de invalidez no contributiva cuando en una misma unidad económica concorra más de un beneficiario con derecho a pensión de invalidez no contributiva con las rentas o ingresos anua-

---

<sup>33</sup> La Disposición Transitoria 24ª TRLGSS mantiene la incompatibilidad de las pensiones no contributivas con la percepción de pensiones asistenciales y de los subsidios de garantía de ingresos mínimos y por ayuda de tercera persona a los que se refieren el art. 8.3 y la disposición transitoria única TRLGDPDIS.

les de los que, en su caso, disponga cada beneficiario, siempre que los mismos no excedan del 35% del importe, en cómputo anual, de la pensión no contributiva (si superan, se deducirá del importe de dicha pensión la cuantía de las rentas o ingresos que excedan de tal porcentaje, salvo lo dispuesto en el art. 366 TRLGSS sobre compatibilidad de la pensión de invalidez no contributiva con el ejercicio de actividades –lucrativas o no- compatibles con el estado de la persona inválida y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo)<sup>34</sup>.

Además, se debe recordar que, a efectos de la pensión de invalidez no contributiva, las personas afectadas por una discapacidad o enfermedad crónica en un grado igual o superior al 75% y que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesiten el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida (como vestirse, desplazarse, comer o análogos), tienen derecho, si cumplen el resto de requisitos, a un complemento equivalente al 50% del importe de la pensión a que se refiere el primer párrafo del artículo 364.1 TRLGSS (apartado 6, art. 364).

Por último, se debe destacar que el Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, ha establecido el nuevo procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad<sup>35</sup>. A efectos de evalua-

---

<sup>34</sup> El párrafo segundo del art. 366 TRLGSS establece que

En el caso de personas que con anterioridad al inicio de una actividad lucrativa vinieran percibiendo pensión de invalidez en su modalidad no contributiva, durante los cuatro años siguientes al inicio de la actividad, la suma de la cuantía de la pensión de invalidez y de los ingresos obtenidos por la actividad desarrollada no podrá ser superior, en cómputo anual, al importe, también en cómputo anual, de la suma del indicador público de renta de efectos múltiples, excluidas las pagas extraordinarias y la pensión de invalidez no contributiva vigentes en cada momento. En caso de exceder de dicha cuantía, se minorará el importe de la pensión en la cuantía que resulte necesaria para no sobrepasar dicho límite. Esta reducción no afectará al complemento previsto en el artículo 364.6.

<sup>35</sup> Las situaciones de discapacidad se califican en grados, según el alcance de las mismas. La calificación del grado de discapacidad responde a criterios técnicos unificados, fijados mediante los baremos que se acompañan como anexos I a VI y serán objeto de evaluación, tanto las deficiencias, las limitaciones en la actividad y las restricciones en la participación que presente la persona, como, en su caso, los Factores Contextuales/Barreras Ambientales. El grado de discapacidad resultante se expresará en porcentaje.

Este RD 888/2022 deroga el anterior Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de



ción de las situaciones específicas de discapacidad tanto para tener derecho a la cuantía específica de la asignación económica por hijo a cargo y al incremento de la cuantía de la pensión de invalidez no contributiva por necesitar el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida (arts. 354 y 364.6 TRLGSS), se aplicará el baremo establecido conforme a lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Ley de Dependencia, y se estimará acreditada la necesidad de concurso de tercera persona cuando de la aplicación del referido baremo se obtenga una puntuación que dé lugar a cualquiera de los grados de dependencia establecidos.

### **3. LAS POSIBLES MEDIDAS PARA MEJORAR LA ACCIÓN PROTECTORA DEL RÉGIMEN GENERAL DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

Una vez analizadas las previsiones específicas sobre las personas con discapacidad a efectos de las prestaciones, contributivas y no contributivas, es momento de señalar las posibles medidas para mejorar la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social para las personas con discapacidad. Para ello, se tienen en cuenta las previsiones de la Recomendación 18 del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2011 y, especialmente, de la Recomendación 18 del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020 y de la actual configuración de las prestaciones en el TRLGSS a las que se ha hecho referencia en las páginas precedentes.

No obstante, antes de mencionarlas, se debe traer a colación el contenido de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030 para el acceso, goce y disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad (aprobada por Consejo de Ministros de 3 de mayo de 2022).

---

discapacidad, y la Orden de 2 de noviembre de 2000, por la que se determina la composición, organización y funciones de los Equipos de Valoración y Orientación dependientes del Instituto de Mayores y Servicios Sociales y se desarrolla el procedimiento de actuación para la valoración del grado de discapacidad dentro del ámbito de la Administración General del Estado. Pero, según la Disposición Transitoria Primera del RD 888/2022, quienes, con anterioridad a su entrada en vigor, tuvieran reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33% con arreglo al procedimiento establecido en la normativa precedente (RD 1723/1981, de 24 de julio, o RD 1971/1999), no precisarán de un nuevo reconocimiento. Cuando se realice la revisión de dichas valoraciones, de oficio o a instancia de parte, se aplicará lo previsto en el RD 888/2022.

En el Eje 2 de esta nueva Estrategia Española sobre Discapacidad, que tiene la rúbrica “Autonomía personal y vida independiente”, se establecen en su Objetivo 4, sobre “Promover la mejora de la protección social de las personas con discapacidad para prevenir y evitar situaciones de pobreza y exclusión social en este colectivo (de acuerdo con el ODS dirigido al fin de la pobreza), considerando el sobrecoste de la discapacidad y estudiando la compatibilidad entre pensiones y empleo para favorecer la inclusión laboral”, por una parte, las siguientes líneas de actuación y medidas de ámbito estatal:

- Estudiar la compatibilidad entre las pensiones y prestaciones de la Seguridad Social y el empleo, facilitando transiciones flexibles hacia el empleo y del empleo a la inactividad.
- Estudiar una revisión de las cuantías de las pensiones de la Seguridad Social dirigidas a personas con discapacidad (en especial las no contributivas), considerando el sobrecoste de la discapacidad. En particular, en el caso de personas con grandes necesidades de apoyo.
- Estudio de la regulación actual sobre el acceso de las personas con discapacidad que lo requieren al Ingreso Mínimo Vital, observando en el mismo el sobrecoste de la discapacidad.
- Promover el estudio para la modificación de la prestación por hijo o menor a cargo, ampliándose su ámbito subjetivo a los mayores de 18 años con una discapacidad igual o superior al 45 %.

Y, por otra parte, como Recomendaciones a las Comunidades Autónomas y a otras Administraciones Locales, establecer medidas específicas para favorecer el acceso de las personas con discapacidad que lo requieren a las Rentas de Garantía de Ingresos existentes en distintas CC. AA. (considerando en el mismo el sobrecoste de la discapacidad).

Para finalizar esta Ponencia, se realizan las siguientes propuestas para la mejora de la protección social por parte del Sistema de la Seguridad Social de las personas con discapacidad:

- Con carácter general: mejorar la técnica legislativa

Si regular utilizando una depurada y buena técnica normativa es una exigencia para el legislador (y el ejecutivo), en mayor medida se debe exigir cuando se trata de la regulación de la protección que otorga el Sistema de la Seguridad Social, ya que se está “jugando” con los derechos y expectativas de derechos de las personas cuando acontece una situación de necesidad. Y a mayor abundamiento, cuando

afecta a uno de los colectivos vulnerables, como es el de las personas con discapacidad.

Esta exigencia y recordatorio viene al caso de dos supuestos que afectan a las personas con discapacidad en materia de protección social. El primero es la ya comentada imposibilidad legal de acceder a la pensión por incapacidad permanente absoluta y gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación de las personas con discapacidad desde la situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad y la doctrina del Tribunal Constitucional a partir de su sentencia 172/2021, de 7 de octubre (seguida por otras muchas), al considerar discriminatoria por razón de discapacidad y edad la previsión contenida en el artículo 195.1, párrafo segundo, en relación con los artículos 205.1.a) y 206 bis TRLGSS (y con el RD 1539/2003). Pero pese a la reiterada doctrina constitucional al respecto, el legislador aún no ha modificado el TRLGSS para adaptar su redacción a la interpretación de la corte constitucional, aunque quizás no sea necesario, ya que se puede tratar de un “exceso” del Tribunal Constitucional, como ha puesto de relieve parte de la doctrina científica<sup>36</sup>. De todas formas, sería conveniente una cierta aclaración por parte del legislador.

Y el segundo supuesto se refiere a la consideración de persona con discapacidad a efectos del reconocimiento de las prestaciones. El artículo 4 TRLGDPDIS, tras establecer la definición de personas con discapacidad<sup>37</sup>, añadía la consideración de persona con discapacidad a quienes tuvieran un grado de discapacidad igual o superior al 33%

---

<sup>36</sup> En esta línea se manifiesta Vicente Palacio, Arántzazu en “Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 172/2021, de 7 de octubre de 2021”, *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 10, N.º. 1, 2022, p. 444-450. En sentido contrario y en la línea del TC se manifiesta Romero Burillo, Ana María en “El derecho al acceso de la persona jubilada anticipadamente por razón de discapacidad a la situación de incapacidad permanente: Comentario a la sts de 27 de abril de 2022”, *Revista de Derecho Laboral vLex (RDLV)*, 2022, núm. 7, 111-118.

<sup>37</sup> El apartado 1 del art. 4 TRLGDPDIS entiende que son personas con discapacidad: aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

Definición que coincide con la establecida en el art. 1, párrafo segundo, de la Convención Internacional:

y equiparaba a los pensionistas de la Seguridad Social que tuvieran reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez con tener ese grado mínimo del 33% de discapacidad. Pero lo más importante era que esta equiparación la realizaba «y a todos los efectos»<sup>38</sup>, esto es, no solo a los efectos del TRLGDPDIS, sino que afectaba a todo el ordenamiento jurídico, que incluía -también- al TRLGSS. Pero no se entendió correcta por parte del Tribunal Supremo, ya que consideró que cuando se establece esa equiparación «y a todos los efectos» el legislador se excedía de su competencia al aprobar el texto refundido, ya que únicamente se debía entender a efectos del TRLGDPDIS, en la medida que el TRLGDPDIS incurre en regulación *ultra vires* cuando atribuye automáticamente el grado de discapacidad del 33% a los pensionistas de incapacidad permanente (SSTS del Pleno de la Sala de lo Social, 992/2018 (rec. 3382/2016), 993/2018 (rec. 1826/2017) y 994/2018 (rec. 239/2018), de 29 de y STS-SOC núm. 302/2020, de 12 de mayo)<sup>39</sup>.

Ahora bien, aunque la finalidad era plausible pero la técnica legislativa utilizada fue pésima, durante los días de celebración del IV Congreso Nacional y I Congreso Internacional de Derecho de la Discapacidad (15, 16 y 17 de febrero de 2023), concretamente el jueves 16 de febrero, se tuvo conocimiento que se había aprobado la nueva Ley de Empleo por el Congreso de los Diputados y que incorporaba una modificación de la consideración de personas con discapacidad

---

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

<sup>38</sup> El texto del apartado 2 del art. 4 TRLGDPDIS era el siguiente:

Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad

<sup>39</sup> Sobre esta cuestión, v. Vicente Palacio, Arántzazu en “No cabe equiparar incapacidad permanente a la discapacidad (de la sintaxis y la semántica): STS-SOC núm. 302/2020, de 12 de mayo”, *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, 2020, N.º. 6.

del TRLGDPDIS. Pues bien, la nueva ley es la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo (publicada en el BOE de 1 de marzo de 2023), y, efectivamente, modifica la consideración de personas con discapacidad del artículo 4.2 TRLGDPDIS para, por una parte, circunscribir la equiparación de los pensionistas de la Seguridad Social que tuvieran reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez con tener el grado mínimo del 33% de discapacidad únicamente al propio TRLGDPDIS (en el sentido que había establecido la corte suprema); y, por otra parte, aplicar esa equiparación tanto para el Capítulo VI del Título I TRLGDPDIS, dedicado al derecho al trabajo de las personas con discapacidad (arts. 35 a 47) como para la Sección 1<sup>a</sup> del Capítulo V y para el Capítulo VIII del Título I TRLGDPDIS (dedicados a las disposiciones generales sobre el derecho a la vida independiente -arts. 22 a 29 bis- y al derecho a la participación en los asuntos públicos -arts. 53 a 56-, respectivamente) y para todo el Título II TRLGDPDIS (arts. 63 a 77) que incluye el derecho a la igualdad de oportunidades (Capítulo I, arts. 63 a 68) y medidas de fomento y defensa (Capítulo II, arts. 69 a 77), que incluye medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva y medidas de igualdad de oportunidades (las medidas de acción positiva puede consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables; y las medidas de igualdad de oportunidades podrán ser ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación)<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> La nueva redacción del art. 4.2 TRLGDPDIS es la siguiente:

Además de lo establecido en el apartado anterior, a los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento.

Sin perjuicio de lo anterior, a los efectos de la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo V y del capítulo VIII del título I, así como del título II, se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Y la Ley 3/2023 también modifica la redacción del art. 35.1 TRLGDPDIS, quedando del siguiente tenor:

1. Las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación.

Así, de esta forma, el legislador ha mantenido la equiparación de los pensionistas de la Seguridad Social que tuvieran reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez con tener el grado mínimo del 33% de discapacidad a efectos del TRLGDPDIS y en materia de derecho al trabajo de las personas con discapacidad (que incluye medidas activas de empleo) y de medidas de acción positiva, de igualdad de oportunidades, de fomento y de defensa, pero no así en materia de seguridad social<sup>41</sup>.

- En materia de activación:

Si ningún género de dudas, la mejor protección social que se puede dar a las personas con discapacidad es adoptar medidas para que su integración laboral sea una realidad, ya que si real y efectivamente se incorporan al mercado de trabajo (especialmente por cuenta ajena, per o también por cuenta propia) la cobertura del nivel contributivo del Sistema de la Seguridad Social les protegerá como al resto de personas trabajadoras.

Ahora bien, en otoño pasado (hacia el mes de octubre de 2022) se conoció el “Anteproyecto de ley que por la que se regulan los incentivos a la contratación laboral y otras medidas de impulso y mantenimiento del empleo estable y de calidad”, en el que, si bien se incorporaban medidas de fomento de la contratación y reincorporación de personas con discapacidad, se derogan algunos de los incentivos hasta entonces existentes en materia de contratación de personas con discapacidad. Concretamente, se eliminaba la bonificación del 100% para la contratación de personas con discapacidad en los centros especiales de empleo, lo que provocó el “pñrofundo rechazo” del movimiento asociativo.

---

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, a los efectos del presente capítulo VI y del ejercicio del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, tendrán la consideración de personas con discapacidad las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

<sup>41</sup> Recuérdese la modificación de la Disp. Adic. 25ª TRLGSS por el RD-ley 2/2023, anunciada por la Ley 21/2021, en materia de adecuar la asimilación de las personas con discapacidad en un grado igual o superior al 65% con las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica tras la modificación introducida en el Código Civil por la Ley 8/2021.

De esta “locura inicial” del Ministerio de Trabajo y Economía Social se pasó al “sentido común final”, ya que tanto el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, como la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo, mantienen las medidas de fomento de la contratación para las personas con discapacidad. Además, cabe destacar, por una parte, que las personas con discapacidad, las personas con capacidad intelectual límite<sup>42</sup> y las personas con trastornos del espectro autista se consideran colectivos vulnerables de atención prioritaria para las políticas activas de empleo (art. 50.1, párrafo segundo, Ley 3/2023); y, por otra parte, que se reconoce como personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo a las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental, con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%, así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65% (art. 50.1, párrafo tercero, Ley 3/2023), dando así cumplimiento a lo establecido en la ley 21/2021<sup>43</sup>.

De todas formas, aún queda bastante por hacer, ya que se debería modificar la regulación de la incapacidad permanente para facilitar -aún más- su compatibilidad con la actividad laboral para las

---

<sup>42</sup> Respecto de las personas con capacidad intelectual límite, el propio RD-ley 1/2023 ya establece bonificaciones por su contratación indefinida (art. 14), considerándose como tales aquellas que se determinan en el art. 2 del Real Decreto 368/2021, de 25 de mayo, sobre medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite.

<sup>43</sup> La Disp. Adic. 4ª, párrafo primero, de la Ley 21/2021 obligaba al Gobierno a remitir a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, en el plazo de seis meses, un informe acerca de los aspectos relacionados con la protección social de las personas con discapacidad que se recogen en la Recomendación 18 del Pacto de Toledo de 2020, en el que se debía prestar una atención particular a los problemas que afecten al colectivo de personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo, como las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental o con discapacidad intelectual, incluidas las personas con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%, así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%.

personas con discapacidad, ya que se debe potenciar y favorecer la permanencia en el trabajo y no lo contrario, la expulsión del mercado de trabajo, sobre todo para este colectivo especialmente vulnerable.

En esta línea, se debería reformular la regulación de la discapacidad sobrevenida para evitar la extinción automática del contrato de trabajo.

- Y en materia de protección del Sistema de la Seguridad Social:

Es una evidencia que se han ido mejorando las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social en general, y para las personas con discapacidad en particular.

No obstante, se debería tratar de forma específica a las personas con discapacidad en determinadas prestaciones, dadas las peculiaridades de este colectivo para facilitar su acceso a determinadas prestaciones, como pueden ser en caso de las prestaciones contributivas de nacimiento y cuidado de menor, corresponsabilidad en el cuidado del lactante, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y cuidado de menores –y mayores- afectados por cáncer u otra enfermedad grave (al margen de la prestación no contributiva en materia de nacimiento de hijo).

Por otra parte, en materia de jubilación está pendiente que el Gobierno reforme el marco regulador sobre los coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía y de la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45%, dada la corta carrera de cotización que tienen las personas con discapacidad y, especialmente, a medida que van avanzando en edad, ya que si el mercado laboral está expulsando a personas de “edad avanzada o mayores”, esta expulsión se produce en mayor medida en el mercado de trabajo ordinario para las personas con discapacidad.

A su vez, cabría señalar el mejorar el tratamiento y cuantía de las prestaciones de orfandad, familiares y no contributivas, permitiendo en mayor medida la compatibilidad con el trabajo de las personas con discapacidad y aumentar la cuantía de las prestaciones cuando se tiene un familiar con discapacidad y, aún más, cuando la persona beneficiaria también es una persona con discapacidad.



Y, por último, utilizar la medida del convenio especial con la seguridad social<sup>44</sup> para las personas con discapacidad que no pueden desarrollar una actividad laboral (inactivas), no es la mejor medida posible, ya que si, con carácter general, las personas con discapacidad tienen especiales dificultades de acceso al trabajo, se podría producir una doble discriminación o discriminación múltiple, por motivo de discapacidad y por motivo económico, que se va agravando en la medida que va aumentando la base mínima de cotización, ya que las aportaciones al convenio especial, de modo que puedan cotizar a la seguridad social para tener cubiertas ciertas contingencias sociales.

Como se puede apreciar, aún queda mucho camino por andar en la mejora de la protección social de las personas con discapacidad por el Sistema de la Seguridad Social.

---

<sup>44</sup> Los convenios especiales con la Seguridad Social de las personas con discapacidad se encuentran recogidos en el Real Decreto 156/2013, de 1 de marzo, por el que se regula la suscripción de convenio especial por las personas con discapacidad que tengan especiales dificultades de inserción laboral.



# *La agenda política pendiente de la discapacidad en materia de seguridad social<sup>1</sup>*

**LUIS CAYO PÉREZ BUENO**

*Presidente*

*Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI)*

*Presidente de la Fundación Derecho y Discapacidad (FDyD)*

## **1. CONSIDERACIONES PREVIAS**

Buenos días, muchas gracias, Mercè Batlle, es verdad que las presentaciones, aunque surjan de la amistad, del cariño que induce a énfasis exagerados, pueden desatar lo peor de lo humano, que es la vanidad: Uno de esos demonios que a todos nos amenazan. Yo me quedo con el testimonio de amistad y esa empatía. Esa posibilidad de ponerse en la situación del otro y, así, colaborativamente ser socialmente útiles.

Dicho esto, abordo la ponencia que me ha asignado la organización del Congreso, a saber, la agenda política pendiente de la discapacidad en materia de Seguridad Social.

Aquí estoy representando al CERMI, al movimiento social de la discapacidad en España, la sociedad civil organizada, y la característica del CERMI, que el año pasado cumplió su veinticinco aniversario, nuestro movimiento a escala estatal, territorial y que después se ensanchó con CERMI Mujeres, formamos un tejido social tramado de transformación, de cambio, nuestra esencia es la representación legítima de las personas con discapacidad que están estructuradas, organizadas, y, en esas funciones, en esa misión, es la propuesta, la incidencia política es basilar.

No ver pasar la acción pública, la legislación, las decisiones que se toman, como un sujeto pasivo, sino ser parte, agente, y promotor, de mejores

---

<sup>1</sup> Transcripción de la ponencia del mismo título expuesta por Luis Cayo Pérez Bueno en el IV Congreso Nacional y I Internacional de Derecho de la Discapacidad, celebrado en Barcelona los días 15, 16 y 17 de febrero de 2023.

políticas, de mejores legislaciones, de mejor acción pública, para cambiar esas condiciones estructurales que a las personas con discapacidad y sus familias todavía nos oprimen, nos excluyen, nos discriminan y nos impiden rendir, explorar y desplegar el potencial que, como seres humanos valiosos, atesoramos.

Y en esa tarea, en esa misión del CERMI y de sus organizaciones, está la de propuesta. La de generar propuestas, la de ser creativos, innovadores, no conformarse con lo recibido en ningún plano -legislativo, político, etc.- y realizar incidencia: desplegar presión, persuasión, interlocución, para que las cosas varíen, cambien a mejor y más aceleradamente de lo que sería si no hubiera un elemento de la sociedad civil presente, constante, a veces, que genera malestar, porque la presión puede derivar en sensación, no de acoso, pero sí de agobio para las administraciones, las autoridades, que no atienden nuestras reivindicaciones y demandas.

En esa línea, indico esto para inscribir mi ponencia, en ese ámbito tan querido, tan necesario, hay que insertar el contenido de mis palabras, en algo que todavía puede brindar tanto a las personas con discapacidad, que es la protección social.

La ponencia la he estructurado en tres ejes y voy a intentar avanzar en función de esos bloques. El tema da para mucho, el tiempo que tengo asignado no es excesivo, lo que obliga a comprimir. Pero bien, lanzando las grandes cuestiones, siempre estamos dispuestos a pedir y a dar al legislador, al representante político, para sacar adelante las cuestiones que demandamos, y es un emplazamiento también, este es un año electoral, electoral autonómico, local, en muchos territorios, electoral para toda España, también quizá que sirva para que sea la nueva agenda pendiente del Estado, a partir del año que viene, cuando ya estará en pleno funcionamiento el nuevo Gobierno de España.

Los ejes, decía, son, primero, relaciones entre el sistema de la Seguridad Social y las personas con discapacidad y sus familias; el segundo, el papel, el rol de la Seguridad Social en la inclusión social de las personas con discapacidad y el apoyo a sus familias; y el tercero, ya sería, al menos la enumeración, la formulación, no podré entrar a cada una de las medidas, de las propuestas, de las sugerencias que hacemos, nuestro repertorio de la agenda política en la explicación detallada, pero al menos decir las como cuestiones pendientes o como cuestiones de mejora para que la Seguridad Social sea más inclusiva, sea más abierta a la diversidad humana que representamos las personas con discapacidad y podamos seguir viendo en ella

un dispositivo aliado de nuestro proceso de inclusión, de participación y de bienestar.

## **2. RELACIONES ENTRE SEGURIDAD SOCIAL Y DISCAPACIDAD**

Paso ya al primer bloque: Relaciones entre Seguridad Social y discapacidad. A veces no somos conscientes, y esto hay que decirlo, del peso, de la relevancia y alcance del sistema de Seguridad Social en relación con las situaciones de discapacidad.

Sin duda, aunque faltan estudios de econométricos, de impacto, incluso de contabilidad analítica o, como se dice ahora, de monetización, la Seguridad Social es el primer sistema de protección de las personas con discapacidad en términos monetarios. Luego, aunque no se conoce demasiado, vienen los sistemas fiscales. Si contamos todo lo que por discapacidad no se paga, no se aporta a la hacienda pública, sería la segunda gran magnitud, después, de la Seguridad Social.

Y muy lejos, y lo digo con tristeza, con desazón, quedarían los servicios sociales, que parece que son los únicos, y a veces a los que prestamos una atención casi en exclusiva, lo digo desde el propio sector de la discapacidad, que están en una posición muy residual, en términos económicos, de lo que aportan, de precariedad, de inestabilidad, de falta de predicibilidad, de todas las cosas que nos agobian en el tercer sector y de prestaciones sociales que, muchas veces, o casi siempre, no tienen el rango de Derecho subjetivo, no hay una ley estatal de servicios sociales, que puede ser una cuestión polémica, existen leyes autonómicas de distinto grado, pero no hay un derecho subjetivo, una tutela judicial efectiva de los derechos sociales asociados a los servicios sociales que todos tenemos en mente, incluida también aquí la promoción de la autonomía personal y la atención a la dependencia.

En términos no monetarios, el primer dispositivo de atención a las personas con discapacidad es el entorno cuidador. La familia. Y, dentro de la familia, las mujeres, fundamentalmente. Pero eso, nadie, ningún economista, ningún instituto, lo mide. Está ahí, presumimos, pero yo invito también, como esto es un foro académico, de promoción de la investigación, de acción política, que cojan ese testigo investigador para ver qué significa el apoyo del entorno cuidador en la discapacidad, en términos económicos y en monetización. Y, después de la familia, inmediatamente después, viene la iniciativa social, las asociaciones, las fundaciones, las cooperativas, el tercer sector de la discapacidad, etc.

Estas serían las fuentes principales de apoyo público y cívico a las personas con discapacidad y sus familias. Por tanto, la Seguridad Social, aquí quiero sacar una primera conclusión, o gran balance político, la Seguridad Social, reitero, es y debe ser aún más un foco de atención preferente para la discapacidad organizada, y debe estar más presente en nuestra agenda política. Hace mucho, lo hace ahora, pero puede hacer mucho más y mejor. Y es nuestra tarea influir, presionar, plantear, negociar, interlocutar con los responsables políticos y gestores de la Seguridad Social para que asuma más intensamente este papel de hacer más y mejor para la protección social de las personas con discapacidad.

### **3. EL PAPEL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA INCLUSIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

El segundo bloque, apuntaba que era del papel de la Seguridad Social en la inclusión social de las personas con discapacidad y sus familias. A mi juicio, la Seguridad Social tendría un doble rol en la promoción de la inclusión social, de las personas con discapacidad y en la protección social de estas y de su entorno inmediato, de sus familias. Que sería, a saber: El primero, activador, siempre, desde la discapacidad, necesitamos la atención, necesitamos la prestación, necesitamos el apoyo, pero queremos sobre todo condiciones para desplegar y hacer real nuestra igualdad. Que se remuevan los obstáculos, como dice la Constitución, que haya apoyos, libremente elegidos, que no nos sometan a exclusiones o discriminaciones añadidas asociadas a discapacidad y, después, que haya asistencia.

En términos, como ahora se dice, con cariz negativo, asistencialistas. Pero primero, que haya posibilidad de ejercer una vida autónoma, participativa, independiente.

Y, en esta dimensión activadora, se trata de generar condiciones favorables a que más personas con discapacidad accedan, por primera vez, y permanezcan, cuando la discapacidad les sobreviene ya siendo activos, estando en el sistema económico, en el mercado de trabajo, desempeñando una actividad laboral decente y digna, como se ha tratado en este congreso. En los términos de trabajo digno y decente de la Organización Internacional del Trabajo. Y, esto, para que les proporcione autonomía económica y contribuya a la generación de riqueza y bienestar. No queremos solo, las personas con discapacidad, estar bien, queremos estar bien para poder hacer mejor nuestro entorno, nuestra comunidad de pertenencia y, si trabajamos y tenemos salarios dignos, y podemos ser coparticipantes y co-

rresponsables de la mejora colectiva, crearemos, contribuiremos a generar riqueza, bienestar, a través de cotizaciones, robusteceremos el sistema de Seguridad Social, económicamente, si las 300.000 o 400.000 personas con discapacidad inactivas, a la fuerza, no por vocación, trabajaran todas, en España, serían 400 000 cotizantes nuevos. Más ingresos para el sistema. Todo el que trabaja o todo el que tiene actividad genera una carga tributaria, tiene que aportar en distintos impuestos y tributos; consume, consume más, reactiva la economía, y también hay elementos cualitativos de presencia y de participación social, de visibilidad, de estar donde sucede la vida, que es en la calle, en las empresas, en los trabajos, en las administraciones, en el ocio, quien tiene un trabajo, un buen trabajo, puede hacer eso con mayor capacidad de autonomía y posibilidades.

Y la otra dimensión, que es la típica y tópica, y no afirmo en sentido negativo, en el caso de que sobrevenga una discapacidad tendría que haber una protección más intensa y específica. La Seguridad Social debe tener respuestas *ad hoc*, para casos en los que la discapacidad es muy relevante. No solo que atienda en una situación de necesidad, que es una perspectiva pasiva, sino, sobre todo, o en lo posible, que sea también promotora. Que la protección esté al servicio de la activación. En este sentido los dos planos del papel, del rol que tiene que jugar, operar la Seguridad Social, permitirían, mutuamente se alimentarían y se maximizarían, la protección, la promoción, la activación y el acompañar en las necesidades más básicas.

#### **4. PROPUESTAS DE ACCIÓN POLÍTICA Y LEGISLATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL Y DISCAPACIDAD**

Paso ya al último bloque, final, agenda política, visto esto, sabiendo el papel relevante que tiene la Seguridad Social, las funciones, las dimensiones, cómo se traduce esto en la agenda política. Si mañana el ministro, este, el otro, de Seguridad Social, nos llamara, no digo que esto sea un improbable, o el Pacto de Toledo, para decirnos: ¿Qué quiere la discapacidad, habría que aterrizar, concretar, hacer tangible todo lo anterior en una agenda política? Lo que llamamos propuestas sensatas, factibles, para acometer esto en un tiempo que suponga una ventaja para las personas con discapacidad en relación con la Seguridad Social.

Todo lo anterior, en este punto y hora del país, se traduce en una agenda política, necesariamente tiene que ser de avance para las personas con discapacidad y sus familias. En opinión y parecer del CERMI, tras estudiar las necesidades de base, las peticiones de la gente con discapacidad, las

quejas, los déficits, los estudios, generados en torno a esta realidad, podría haber mucho, lo hay, pasaría por las siguientes medidas. No sale un decálogo, son bastante más, a veces forzamos para que salga un decálogo, pero bien, sí que sale un repertorio considerable con distintas medidas.

La primera sería la recomendación 18 del vigente Pacto de Toledo, específica sobre la acción protectora de la Seguridad Social en relación con las personas con discapacidad. Es un buen marco de orientación, de prescripción de futuro, y hay que materializar sus propuestas y recomendaciones con cambios normativos y con decisiones y acciones públicas.

Eso como el gran contexto de la actuación hacia futuro. No sabemos, el Pacto de Toledo, hasta que no se renueve, puede tener bastantes más de cuatro años de vigencia, o debería tenerlos, y seguir las prescripciones del Pacto de Toledo en materia de discapacidad ya sería muy deseable.

Pero pasando incluso a mayor tangibilidad de las medidas, voy a las principales, o más apremiantes y estructurales. Y aquí voy a seguir en la dimensión de los dos roles de la Seguridad Social.

En el plano de la activación, queremos siempre empezar por la activación, antes que, por la asistencia o la protección, mantener, ampliar, robustecer el marco de incentivos, las reducciones, las bonificaciones. No voy a entrar en un conflicto superado, pero hace unos meses tuvimos una amenaza por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, que quería ahorrar en incentivos por la contratación de personas con discapacidad, que hubiera supuesto una quiebra o una especie de absoluta implosión del precario todavía sistema de empleo que tenemos en nuestro país. Eso se ha revertido, no ha habido nada, se ha mantenido en su integridad, el Ministerio corrigió, se avino a razones, y eso hay que agradecerlo, y ya se ha planteado un futuro no de recortes, no de replanteamientos a la baja, sino de fortalecimiento futuro. Pero ahí la Seguridad Social, aparte de los incentivos que pueda tener el sistema de empleo, también tiene mucho que decir.

Aquí hago una llamada, no me da tiempo, pero hay un déficit grande hacia los trabajadores por cuenta propia, los trabajadores autónomos con discapacidad, que están olvidados respecto de su acceso al marco de incentivos si los comparamos con el trabajador por cuenta ajena, que es la empresa la que se beneficia de esas ayudas, de esos incentivos, de esas reducciones. Entonces, es preciso tener una mirada específica hacia el trabajo por cuenta propia, mucho más generosa.

También se necesita una revisión profunda del marco de compatibilidad entre la actividad laboral y las prestaciones de Seguridad Social. Ahora esta-



mos en un régimen inflexible, rígido, muy estricto, contrario, renuente a la activación y permanencia en la actividad laboral. Es binario, un binarismo exacerbado: O se trabaja o se recibe prestación, no hay términos intermedios y esto desincentiva, inhibe de fórmulas intermedias de modulación, de la participación en el trabajo, que a veces por discapacidad, originaria o sobrevenida, no es posible ser el trabajador típico que todos tenemos en mente de los últimos 50 o 60 años. Esta rigidez es empobrecedora.

Y, aquí hago un llamado también: La sociología de la discapacidad está cambiando, ya ha cambiado, cada vez hay menos discapacidad originaria, en niños, niñas que nazcan con discapacidad o la adquieran en el primer momento de la vida, en los primeros estadios, todavía los hay, y van a tener grandes necesidades de apoyo desde el primer momento, porque se han salvado, antes no los salvábamos, pero van a tener grandes necesidades de apoyo, pero cada vez son menos en número.

Y cada vez hay más discapacidad sobrevenida que te adviene en la vida, cuando eres joven, cuando eres adulto y, sobre todo, cuando se acerca la edad más avanzada. Y ahí, la Seguridad Social, el sistema de salud no está dando una buena respuesta: pienso en la salud mental, daño cerebral adquirido, discapacidades que ya no son emergentes, que están aflorando en número más que considerable y que te sorprenden, a la gente, cursando estudios, estando trabajando, y ahí hay que tener respuestas muy pensadas para esa realidad. Por ejemplo, en la última Ley de Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social, se introdujo algo testimonial, darles un papel mucho mayor a las mutuas, a la reeducación, a la readaptación profesional, para que a la persona que sufra un accidente de trabajo, primero que pueda seguir trabajando, si quiere, cambiándole, poniéndole medios tecnológicos, pero que lo último sea, si no quiere, que reciba una prestación y se quede en una situación de pasividad.

Y en el plano de la actividad promotora, aquí hay muchas más medidas, solo las voy a citar, solo, digo, mencionaré las más relevantes, y comenzando por una. Me da pena que el exsecretario de Estado de Seguridad Social, en dos ocasiones, Octavio Granado, que ha intervenido antes, Secretario de Estado de la Seguridad Social, lo intentó, y no pudo ser, pero queda ahí, una consideración especial hacia la discapacidad en las situaciones protegidas de Seguridad Social donde sea relevante, donde razonablemente tenga encaje. Que eso quede en un principio informador del Sistema. Siempre la discapacidad va a ser una amiga del Sistema de Seguridad Social y después, en cada una de las situaciones protegidas, de los dispositivos, de las

prestaciones, de las coberturas, veremos, si está justificado, qué protección añadida le damos.

Dicho esto, podríamos pasar a las prestaciones de Seguridad Social, bien a las contributivas, insistiendo en las irrazonables incompatibilidades. El Estatuto de los Trabajadores ahora entra en colisión con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 27, de que si se declara una inaptitud sobrevenida por discapacidad se pueda extinguir el contrato laboral. Eso es una discriminación a efectos del marco de no discriminación de la Unión Europea.

Eso tenemos que revisarlo, y también las pensiones no contributivas por discapacidad, donde son fundamentalmente las personas con discapacidad de gran apoyo, que precisan un apoyo intenso, las que son tributarias, o receptoras, de esas pensiones que se aprobaron por los años noventa del siglo XX, que están ahí un poco olvidadas, con cuantías mínimas, miserables a veces, que tienen elementos que deben ser renovados profundamente, que no puede ser la capacidad económica que se juzga la de la familia, la del entorno, sino que tiene que ser la de la propia persona y que por supuesto tienen que ser compatibles con cualquier tipo de actividad. Tiene que haber una flexibilización absoluta.

Si vamos a la jubilación hay mandatos urgentes, hay aquí ciertas buenas noticias, hay aquí un proyecto de Real Decreto que va a modernizar una de las modalidades de jubilación anticipada para trabajadores con discapacidad para los trabajadores que tengan al menos un 45 % de grado de discapacidad y esta suponga una reducción de su esperanza de vida. Se está tramitando ahora un proyecto de Decreto, esperamos que en unos meses esté aprobado, que va a mejorar esta prestación.

Familiares, hijo a cargo, hija a cargo, que tiene mejoras, cuando pasa de los 18 años, cuando es una discapacidad más intensa, hay mucho recorrido de mejora, el Ingreso Mínimo Vital, que no deja de ser una prestación social de la Seguridad Social reciente, apenas tiene dos años, en términos de discapacidad el Legislador, el Gobierno, salió, recordarán, primero por un Real Decreto-ley que no se consultó con nadie, después se tramitó como Proyecto de Ley, pero algunas enmiendas conseguimos meter y mejorar, pero no ha quedado un buen sistema protector de la discapacidad dentro de las situaciones de necesidad por déficit económico, por necesidad económica de la persona o la familia.

Hay también que avanzar en prestaciones innovadoras como la de niños con cáncer o con otras enfermedades graves que permitan la conciliación y el apoyo desde la familia, aquí también hay mejoras en curso, en la, An-

teproyecto de Ley de familias se ha conseguido que pase, estaba en 18, 23 años, hasta los 26 años en que esa situación pueda tener cobertura de Seguridad Social y otras cuestiones que la mejorarían.

Insisto también en la unificación de trato para la discapacidad, que no haya agravios según se trate del régimen general, del régimen especial de trabajadores autónomas o de clases pasivas; la gente con discapacidad no entiende que por estar en uno o en otro tenga respuestas distintas en materia de protección social de la Seguridad Social, tenemos muchas quejas de gente: yo soy funcionario con discapacidad, quiero jubilarme como se jubila el del régimen general y no me dejan porque es otro régimen, de clases pasivas. Ahí hay dificultades, pero también trabajadores autónomos.

Y la creación de nuevas prestaciones, que la Seguridad Social sea creativa. Pueden ser económicas o pueden ser de otro tipo. Yo creo que hay un margen considerable para la innovación.

Y aspectos que pueden parecer más simbólicos, como la terminología. La Seguridad Social es una cosa, en el buen sentido de la palabra, vetusta, fuerte y tiene terminología que no nos gusta: incapacidad, invalidez, es verdad que surgió cuando surgió, está muy acrisolada y consolidada y que todos los operadores jurídicos que orbitan en torno a la Seguridad Social lo tienen muy asumido. La gran invalidez. Cuántas personas la tienen en nuestro entorno y dan gracias por tener la gran invalidez y lo que supone el incremento por la ayuda de tercera persona, esto se adelantó a la asistencia personal hace muchos años y sin burocracias, pero bueno, la terminología en algún momento habrá que abordar esa actualización. Porque, si lo vamos a hacer en la Constitución Española, se ha hecho en la legislación específica de la discapacidad, que se haga también en el sistema de Seguridad Social.

Habría mucho más, siento no extenderme, no sé si luego habrá preguntas o después en el pasillo o por escrito, cualquier duda, crítica, sugerencia, propuesta, serán bienvenidas. Y aquí dejo este calendario, este repertorio de acción política para al menos en la próxima legislatura en el movimiento de la discapacidad vamos a trabajar con intensidad, y hacer lo que decía al principio: Costará, siempre cuesta, en sistemas muy estructurados, muy consolidados, mi experiencia, Mercè Batlle, en el ámbito de la Administración, que peleas mucho, hay muchos rifirrafes, también haces buenas relaciones y buena amistad, los dos sistemas que funcionan mejor son la Seguridad Social y la Hacienda Pública, pues cuentan con pensamiento, doctrina, estructuración, son un sistema.

Eso es también un valor que hay que explotar, y en ese sentido, estamos abiertos a la interlocución con la Seguridad Social, con la Secretaría de Estado, con sus entidades gestoras, porque queda camino para que el sistema de Seguridad Social sea más inclusivo y promotor, y podamos decir, ahora que todo el mundo sigue las redes sociales, que podamos decir que nos gusta, darle un “Me Gusta”, a la Seguridad Social.

Muchas gracias.

# **COMUNICACIONES**



1.

# *El despido de los trabajadores con discapacidad como nueva causa de nulidad, con especial referencia a la atribución de la facultad de opción*

*The dismissal of workers with disabilities as a new cause of nullity, with special reference to the attribution of the faculty of option*

**CARLOS GARCÍA-GIRALDA CASAS**

*Juez Titular del Juzgado de lo Social único de Melilla, Doctorando  
y conferenciante de la UCAM, miembro de la AEDTSS  
Correo electrónico de contacto: c.garcia-giralda@poderjudicial.es*

**1.- Cuestión concreta a abordar:** En la presente obra se procurará conseguir una propuesta legislativa que afiance los derechos de las personas con discapacidad en materia de trabajo, a través de la categorización del despido sufrido de estos trabajadores como nulo, siempre y en todo caso, y con la creación de una facultad de opción sui géneris que permita al/la trabajador/a continuar en el puesto de trabajo o cesar en el mismo a su voluntad, con el abono en ambos casos de los salarios de tramitación y la indemnización que corresponda por los daños y perjuicios que resulten acreditados.

**2.- Metodología a utilizar:** Para cumplir los objetivos citados debe realizarse un estudio desde la perspectiva del análisis cualitativo mediante la obtención y análisis de la información sobre comportamientos reales y naturales.

El método analítico que se debe llevar a cabo es de carácter teórico-práctico mediante el manejo de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia a través del análisis de hechos jurídicos con consecuencias jurídicas concretas.

Resulta obligado la utilización de forma sistemática del método deductivo inductivo que permite examinar la realidad con carácter general para poder comprender una pequeña parte de la misma, lo que permitirá formular afirmaciones con carácter general.

La documentación empleada incluye legislación actualizada conforme a las últimas reformas en la materia, artículos y obras doctrinales, así como la jurisprudencia de los más altos Tribunales, todo ello con el objetivo fundamental de otorgar rigor científico a la presente obra.

*3.- Breve esquema del contenido:*

**RESUMEN**

**PALABRAS CLAVE**

**ABSTRACT**

**KEYWORDS**

**SUMARIO:** I. PROBLEMÁTICA DE LA CUESTIÓN. II. EL MARCO NORMATIVO ACTUAL EN ESPAÑA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. III. BREVE REFERENCIA A LAS RELACIONES DE TRABAJO ORDINARIA Y ESPECIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y A LA PROTECCIÓN SOCIAL EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. IV. LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO COMO NULO POR LA ESPECIAL PROTECCIÓN A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD. LA ATRIBUCIÓN DE UNA FACULTAD DE OPCIÓN SUI GENERIS

**CONCLUSIONES**

**BIBLIOGRAFÍA**

*4.- Aportación científica personal:* Consagración de la categorización del despido como nulo de las personas con discapacidad dada su especial protección, siempre y en todo caso, así como la creación de una facultad de opción sui géneris que permita al/la trabajador/a continuar en el puesto de trabajo o cesar en el mismo a su voluntad, con el abono en ambos casos de los salarios de tramitación y la indemnización que corresponda por los daños y perjuicios que resulten acreditados.

**RESUMEN**

En la presente obra van a ser abordados diversos aspectos, legales y jurisprudenciales, relacionados con uno de los colectivos a los que más debe protegerse en nuestra sociedad, las personas con discapacidad, debiendo prefijarse el marco normativo legal más relevante, en el ámbito interno, europeo e internacional, para a continuación exponer la situación actual y con perspectiva de futuro del colectivo de las personas con discapacidad en nuestro ordenamiento jurídico, en especial, en las ramas de Derecho Laboral y de Seguridad Social, en aras de comprender los avances que se han efectuado a lo largo de las últimas décadas en materia de igualdad y plena integración de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida política, económica, social, cultural, científica y artística en nuestra comunidad, con especial énfasis en las singularidades del trabajo y la protección social en España, para a continuación, avanzar en el objetivo de la plena igualdad a través de la adopción de medidas de acción positiva en el ámbito de las relaciones laborales, con una nueva calificación de nulidad del despido de las personas con discapacidad, de carácter estructural, con el consiguiente diseño de sus especiales características, entre ellas, la de la facultad de opción entre readmisión o extinción de la relación laboral con abono en ambos casos de los salarios de tramitación y la indemnización por daños y perjuicios.

**PALABRAS CLAVE:** Personas con discapacidad, igualdad, medidas de acción positiva, trabajadores, despidos.

**ABSTRACT**

In this work, various legal and jurisprudential aspects will be addressed, related to one of the groups that must be protected the most in our society, people with disabilities, and the most relevant legal regulatory framework must be established in advance, internally, European and international, to then expose the current situation and future perspective of the group of people with disabilities in our legal system, especially in the branches of Labor Law and Social Security, in order to understand the progress that has been made. have been carried out over the last decades in terms of equality and full integration of people with disabilities in all aspects of political, economic, social, cultural, scientific and artistic life in our community, with special



emphasis on the singularities of the work and social protection in Spain, to then progress towards the goal of full equality through adoption of positive action measures in the field of labor relations, with a new qualification of nullity of the dismissal of people with disabilities, of a structural nature, with the consequent design of its special characteristics, among them, the power of choice between reinstatement or termination of the employment relationship with payment in both cases of processing wages and compensation for damages.

**KEYWORDS:** People with disabilities, equality, positive action measures, workers, dismissals.

## **I. PROBLEMÁTICA DE LA CUESTIÓN**

La comunidad (española, europea e internacional) en la que vivimos viene asumiendo la especial protección que debe otorgarse a las personas con discapacidad en aras a la consecución de una integración real y efectiva de este colectivo en la sociedad, para situarlo en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos.

La consecución de la igualdad deseable debe lograrse a través de medidas de acción positiva que protejan y favorezcan a las personas con discapacidad, y dentro de dichas medidas cobran especial importancia las relacionadas con el empleo, por ello, para consolidar la igualdad de trato y de oportunidades en el empleo y la ocupación de las personas con discapacidad, resulta necesario revisar las instituciones de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho y adaptarlas a la realidad social de este colectivo, entre ellas, la institución más importante, en términos negativos, del ordenamiento jurídico laboral, el despido, con la categorización de la nulidad del que se aplique sobre los trabajadores con discapacidad y la atribución a estos de una facultad de opción *sui generis*.

## **II. EL MARCO NORMATIVO ACTUAL EN ESPAÑA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

Dado que el ordenamiento jurídico español no solo se nutre de disposiciones legislativas o reglamentarias de ámbito interno, con carácter previo al estudio de nuestra legislación más relevante en materia de personas con discapacidad, con las últimas novedades operadas al respecto, resulta obligado comenzar con el examen de la normativa más importante a escala internacional en la materia, comenzando con el Derecho Internacional para a continuación descender a los compromisos asumidos

en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, a través de Reglamentos y Directivas.

En el Derecho Internacional encontramos diversos convenios o tratados, ratificados por el Estado Español, que apuntan a la especial tutela que merecen las personas con discapacidad, siendo el Instrumento Internacional más importante en la materia la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad hecho el 13 de diciembre de 2006, que entró en vigor en España el día 3 de mayo de 2008<sup>1</sup>, en la que, además de consagrarse los derechos básicos de las personas con discapacidad que todo Estado debiera respetar, recoge un código de aplicación para que sirva de guía a los distintos países en la materia<sup>2</sup>.

En el ámbito del Derecho de la Unión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo han aprobado diversos Reglamentos y Directivas que inciden de manera directa o indirecta en la protección que debe otorgarse a las personas con discapacidad, como en la Directiva 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en la que se proponen medidas concretas destinadas a los Estados miembros en la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad<sup>3</sup>.

Descendiendo al plano interno, resulta imperativo comenzar con la Constitución Española de 1978 (en adelante, C.E.) que consagra en su artículo 14 la igualdad de todos los españoles y la prohibición de discriminación, entre otros motivos, por razón de discapacidad, precepto que aunque genérico se complementa con el artículo 49 de la misma norma suprema que establece que *“los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos*

---

<sup>1</sup> BOE, núm. 96, de 21 de abril de 2008, páginas 20648 a 20659. Recuperado de [https://www.boe.es/eli/es/ai/2006/12/13/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2006/12/13/(1)), visto a las 11.30h del día 19-1-2023.

<sup>2</sup> García Lorente, J. (2016): *La persona con discapacidad en el Estatuto de los Trabajadores, en la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y en el conjunto del ordenamiento social*, Cuadernos Digitales de Formación n.º. 36, p.5, Consejo General del Poder Judicial. Recuperado de [https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones/2017/06/30/CF16036/5\\_PDF/CF1603605.pdf](https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones/2017/06/30/CF16036/5_PDF/CF1603605.pdf)

<sup>3</sup> DOCE, núm. 303, de 2 de diciembre de 2000, páginas 16 a 22. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-82357>, visto a las 12.00h del día 19-1-2023.

*a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*<sup>4</sup>.

En desarrollo de este mandato constitucional y de la norma europea e internacional se ha ido dictando por el Gobierno de la Nación Española diversas normativas de influencia decisiva en materia de personas con discapacidad, entre otras muchas podemos destacar, por orden cronológico, los siguientes Reales Decretos: 1451/1983 de 11 de mayo que regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos<sup>5</sup>; 290/2004 de 20 de febrero que regula los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad; y, entre otros, 870/2007 de 2 de julio que regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de las personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo<sup>6</sup>.

Sin embargo, la normativa más influyente o importante viene constituida por el Real Decreto Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, el cual se constituye en la Ley Código de las personas con discapacidad a nivel estatal; la Ley 8/2021 de 2 de junio que elimina del ámbito de la discapacidad tanto la tutela como la patria potestad prorrogada y rehabilitada, reforzando las medidas de apoyo y curatela o el reciente Real Decreto-ley 1/2023 de 10 de enero que establece una serie de incentivos a la contratación laboral para, entre otros colectivos, las personas con discapacidad.

---

<sup>4</sup> BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>, visto a las 10.00h del día 20-1-2023.

<sup>5</sup> El Tribunal Constitucional en Sentencia 269/1994 de 3 de octubre declaró la constitucionalidad de la medida establecida por el artículo 4 de este Real Decreto por el cuál las empresas, públicas y privadas, que emplearan a 50 o más trabajadores venían obligados a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores minusválidos.

<sup>6</sup> Galiana Moreno, J.M. y Sempere Navarro, A.V.: *Legislación Laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 1005 y ss.

### III. BREVE REFERENCIA A LAS RELACIONES DE TRABAJO ORDINARIA Y ESPECIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y A LA PROTECCIÓN SOCIAL EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En el ámbito del Derecho del Trabajo, además de las previsiones sobre empleo ordinario concretamente establecidas en los artículos 10 y siguientes de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre<sup>7</sup> (en adelante, E.T.), se contemplan legislativamente, en desarrollo de la relación laboral especial del artículo 3 del citado cuerpo legal, el Real Decreto 1368/1985 de 17 de julio que, entre otras peculiaridades, regula el contrato a bajo rendimiento y el Real Decreto 2.273/1985 de 4 de diciembre que regula los Centros Especiales de Empleo en los que tiene lugar el desarrollo de esta relación laboral de carácter especial, y ello sin perjuicio de la existencia de un contrato formativo regulado en la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto 1529/2012 o de un contrato temporal de fomento del empleo de las personas con discapacidad en la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo.

En materia de Derecho de la Seguridad Social deben destacarse el Sistema para la autonomía y la protección de la dependencia de la Ley 39/2006, las prestaciones concretas de asistencia social (auxilios económicos) y servicios sociales (reeducación y rehabilitación de inválidos) para las personas con discapacidad contempladas en la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre, definidas estas como de carácter residual, subsidiario y complementario al operar en defecto de prestaciones de Seguridad Social o ante la insuficiencia de prestaciones básicas para atender la situación de la persona con discapacidad<sup>8</sup> y, finalmente, sin entrar en detalle, conviene reseñar que en prácticamente todas las prestaciones, contributivas y no contributivas, del Sistema de la Seguridad Social, se contemplan especialidades para las personas con discapacidad<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> BOE, núm. 225, de 24 de octubre de 2015, páginas 100224 a 100308. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-11430>, visto a las 11.00h del día 20-1-2023.

<sup>8</sup> Cavas Martínez, F.: *Lecciones de Seguridad Social*, Diego Marín, Murcia, 2021, pp. 456 y ss.

<sup>9</sup> VV.AA: *Derecho de la Seguridad Social*, en Roqueta Buj, R.R. y García Ortega, J. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 251 y ss.

#### IV. LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO COMO NULO POR LA ESPECIAL PROTECCIÓN A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD. LA ATRIBUCIÓN DE UNA FACULTAD DE OPCIÓN SUI GENERIS

La figura jurídica o institución del despido individual viene regulada en los artículos 49 a 56 del E.T., así como en los artículos 103 a 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social<sup>10</sup> (en adelante, L.R.J.S.), y normativa concordante.

Con carácter previo al estudio en concreto del nudo gordiano de la presente obra, deben reseñarse ciertos aspectos genéricos de esta modalidad de sanción<sup>11</sup>, considerada unánimemente, por la doctrina y la jurisprudencia, como la más grave del ordenamiento jurídico laboral, pudiendo ser definida como el acto del empresario, sea este persona física, jurídica o autónomo, por el cual se procede a la extinción de la relación jurídica laboral que le une al trabajador y que reviste los caracteres de unilateral, constitutivo, recepticio, extintivo *ad futurum* y causal<sup>12</sup>.

Una vez determinado el marco normativo y la definición básica del despido, debemos adentrarnos en la problemática de la calificación de la nulidad del despido, puesto que si examinamos las causas de nulidad del despido disciplinario del apartado 5º del artículo 55 del E.T.<sup>13</sup>, el cual concuerda

---

<sup>10</sup> BOE, núm. 245, de 11 de octubre de 2011, páginas 106584 a 106725. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-15936>, visto a las 19.20h del día 23-2-2023.

<sup>11</sup> En cuanto a este rasgo concreto del despido, y a pesar de la discusión doctrinal existente por su posible consideración de una resolución del contrato, lo cierto es que la doctrina más autorizada entiende que nos encontramos ante una sanción adjetivada como disciplinaria, jurídico-privada, con la que se castiga una falta laboral debiendo ser esta de enjundiosa gravedad, y culpable, cit. Martín Valverde A.; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. & García Murcia, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2020, pp. 840 y ss.

<sup>12</sup> Montoya Melgar, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2021, pp. 503 y ss.

<sup>13</sup> Este precepto establece como causas de nulidad del despido disciplinario: (...) “que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador” añadiéndose que la misma calificación merece el despido de los trabajadores que se encuentren en algunas de las siguientes circunstancias: “a) *El de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal*

con las del despido objetivo, a la que se debe añadir la del fraude de ley por la tramitación indebida para evitar el despido colectivo (ex artículo 53.4º del E.T. en relación con el artículo 122.2.b) de la L.R.J.S.), no puede hallarse la de carácter subjetivo que pretendemos y ello aunque en definitiva pudiera encuadrarse en cualquiera de las mencionadas o, específicamente, como consecuencia de la vulneración del principio y/o derecho fundamental a la igualdad y no discriminación del art. 14 de la C.E.

Sentado lo anterior, y teniendo en cuenta la especialísima protección que debe otorgarse a las personas con discapacidad, debemos consagrar, como medida de acción positiva, y salvo que el despido tenga una causa justificadísima, la categoría de la nulidad del despido de la persona trabajadora por el hecho de ser una persona con discapacidad<sup>14</sup>, tanto por motivos formales como de fondo, sin que baste la mera protección que otorga la modalidad de la imprudencia puesto que la nulidad conlleva la imposición al empresario de consecuencias más duras, en términos económicos (salarios de tramitación y, en su caso, indemnización por daños morales), que la mera declaración de imprudencia, la cual se reduce a una indemnización en la que ya viene incluido el daño moral, y ello para reforzar, aún más si cabe, la debilitada posición que, en la realidad práctico-jurídica, sufren los trabajadores en comparación con los empresarios, posición más debilitada aún en el supuesto de las personas con discapacidad, las cuales deben ser objeto de una adecuada tutela legislativa y judicial, en consecuencia, e invocando los principios del Derecho del Trabajo, según cierto sector doctrinal, o simplemente las normas orientadoras o tuitivas de la interpretación

---

*que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos; b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 5 y 6 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género o de violencia sexual por el ejercicio de derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral; c) El de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento”.*

<sup>14</sup> Puesto que no podemos obviar que en el fondo en la decisión adoptada subyace un propósito discriminatorio atentatorio de un derecho constitucional (v. Sentencia de 23 de noviembre de 1981 del Tribunal Constitucional), el de la igualdad real y efectiva de las personas con discapacidad con respeto al resto de la sociedad.

y aplicación del Derecho del Trabajo, posición sustentada por la doctrina más autorizada<sup>15</sup>, como son los “principios” *pro operario*<sup>16</sup> y de norma más favorable<sup>17</sup>, resulta obligado el establecimiento de esta nueva causa de nulidad del despido.

Sin embargo, la aplicación estricta de las consecuencias de la nulidad del despido llevaría a la inevitable readmisión de la persona trabajadora con discapacidad, y puede suceder que no desee reincorporarse al puesto de trabajo donde ha sufrido el despido, por lo que, en aras a la evitación de una victimización secundaria<sup>18</sup>, resulta imperativo el establecimiento de una nueva configuración de las consecuencias de la nulidad, introduciéndose para ello la figura de la opción<sup>19</sup>, calificada por quien suscribe como

---

<sup>15</sup> Esta es la posición adoptada, entre muchos otros, por Aurelio Desdentado Bonete y por Jesús Rafael Mercader Uguina, vid. Mercader Uguina, J.R.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 111.

<sup>16</sup> Este “principio”, de creación jurisprudencial, supone que en caso de duda sobre la interpretación de una norma con rango legal dicha duda debe resolverse en favor de la persona trabajadora, en este sentido, v. entre otras, Sentencia de 18 de julio de 1990 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y Sentencia 3/1983 de 25 de enero del Tribunal Constitucional.

<sup>17</sup> La norma más favorable en nuestro ordenamiento jurídico, que tiene acogida legal en el art. 3.3º del E.T., ha seguido la tesis italiana del *conglobamento*, o comparación global de normas, consistente en que debe aplicarse la norma, de superior, igual o incluso inferior rango, que, en su conjunto, contenga en general condiciones más favorables para el trabajador; así se pronunció el histórico pero ya extinto Tribunal Central de Trabajo en la Sentencia de 17 de marzo de 1981. Recordemos que el Tribunal Central de Trabajo se extinguió al ser aprobada por la Ley Orgánica del Poder Judicial la creación de los Tribunales Superiores de Justicia, en lo que a nosotros nos interesa, su Sala de lo Social.

<sup>18</sup> Aunque este concepto sea más propio del ámbito o Derecho Penal, puede aplicarse de manera analógica al presente supuesto ya que, el despido, como sanción jurídico-laboral, se asemeja en su régimen jurídico a las sanciones penales sin que llegue a este calificativo al ser el Derecho Penal la última ratio, sin perjuicio de que algunos supuestos de despido puedan acabar igualmente en la jurisdicción penal, como por ejemplo, por acoso laboral, sexual o por razón de sexo.

<sup>19</sup> No puede olvidarse que, tal y como viene declarando nuestra jurisprudencia, existe la posibilidad de que mediante pacto individual o colectivo entre las partes se pueda atribuir la facultad de opción al trabajador (en este sentido se ha pronunciado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en las Sentencias de 7 de junio de 2005, 3 de octubre de 2011 y 18 de julio de 2014), por lo que, aunque este pacto se refiera a una posible declaración de improcedencia, sería incluso conveniente establecer la obligatoriedad de atribuir la facultad de opción a la persona con discapacidad desde el inicio mismo de la relación laboral.

*sui generis*, a favor únicamente de la persona trabajadora con discapacidad, pudiendo optar entre la readmisión o la extinción de la relación laboral a modo de aplicación analógica de lo dispuesto en el apartado 2º del artículo 286 de la L.R.J.S<sup>20</sup>, con abono en ambos casos de los salarios de tramitación y la indemnización de daños y perjuicios que, en su caso, pudieran acreditarse<sup>21</sup>, sin perjuicio de las cantidades debidas que correspondan por la liquidación de la relación laboral<sup>22</sup>.

No obstante lo expuesto, en el supuesto de que la falta laboral cometida por el trabajador con discapacidad fuera de tamaña gravedad y culposa o dolosa, de tal manera que hiciera imposible el mantenimiento de la tesis que se propone, con la consecuencia de un despido justificadísimo, y la sentencia del Juzgado de lo Social declarara la procedencia del despido, deberían así mismo, y como una nueva medida de protección, flexibilizarse los criterios del despido disciplinario y otorgar al menos la indemnización de 20 días de salario por año de servicio que se prevé para el despido por causas objetivas, sin que las causas objetivas de despido pudieran ser suficientes como para declarar la procedencia del despido, puesto que la

---

<sup>20</sup> La citada norma otorga a la víctima de acoso laboral, ya sea sexual, por razón de sexo, o de violencia de género en el trabajo, la posibilidad de optar por extinguir la relación laboral, en el supuesto de que se declarara la nulidad del despido, con abono de los salarios de tramitación, de la indemnización por daños y de los demás derechos laborales a que tuviera derecho, tal y como se pronuncia la Sentencia de 27 de abril de 2021 del Juzgado de lo Social nº.8 de Murcia recaída en el procedimiento de despido 73/20.

<sup>21</sup> Nuestra jurisprudencia tiene por declarado que se puede solicitar una indemnización por el daño patrimonial sufrido y, en su caso, por el daño moral, se trata de “dos daños diferentes” (STS de 19 de mayo de 2020, recurso 2911/2017) y que el daño moral debe ser alegado por el demandante, concretando las bases y elementos clave de la indemnización reclamada y asimismo acreditando en el proceso, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena indemnizatoria (por todas, STS de 22 de julio de 1996, recurso 7880/1995 y STC 247/2006 de 24 de julio), sin perjuicio de que pueda flexibilizarse la exigencia de prueba de su importe cuando ésta resulte demasiado difícil o costosa (STS 17 de diciembre de 2013, recurso 109/2012), o cuando la existencia del daño se ponga de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión (STS 24 de octubre de 2019, recurso 12/2019).

<sup>22</sup> Recordemos que conforme a los artículos 25 y siguientes de la L.R.J.S. cabe la acumulación objetiva de la acción de cantidades salariales debidas por el empresario a la acción de despido que se pretenda ejercitar.



empresa puede intentar una recolocación adecuada del trabajador con discapacidad en aras de cumplir la normativa interna e internacional<sup>23</sup>.

En el más que probable supuesto de que el empresario no cumpla la sentencia firme<sup>24</sup> que declare la nulidad del despido, con opción del trabajador por la readmisión, deberemos acudir a la readmisión forzosa de que tratan los arts. 282 a 284 de la L.R.J.S., debiendo instarse el despacho de la ejecución con obligación empresarial de readmisión so riesgo de poder adoptarse, además del abono de salarios al trabajador y mantenimiento de cotizaciones a la Seguridad Social, las multas coercitivas de que habla el art. 241.2º LRJS, pudiendo incluso procederse por el trabajador a la extinción de la relación laboral en el caso de incumplimiento prolongado del deber de readmisión, con abono en este caso de los salarios de tramitación y la indemnización que corresponda a la fecha del auto de extinción de la relación laboral, en los términos que se derivan del art. 281.2º de la norma procesal laboral<sup>25</sup>.

## V. CONCLUSIONES

De lo expuesto puede extraerse que las personas con discapacidad constituyen un colectivo esencial en nuestra sociedad que requiere de una pro-

---

<sup>23</sup> Atendiendo los criterios expuestos, únicamente podrían considerarse como causas justificadas del despido de la persona con discapacidad las relativas a: a) indisciplina o desobediencia en el trabajo; b) las ofensas verbales o físicas al empresario, trabajadores o familiares que con convivan con ellos; c) acoso al empresario o a compañeros de trabajo; d) embriaguez habitual o toxicomanía; y e) transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo del art. 54.2 del E.T., debiendo considerarse las demás causas de despido disciplinario como insuficientes como para motivar la procedencia del despido de la persona con discapacidad.

<sup>24</sup> Para que la Sentencia del Juzgado de lo Social, que por turno corresponda, adquiera firmeza, es menester que no se recurra la misma por el empresario en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia correspondiente a la circunscripción territorial del Juzgado de lo Social, o que, habiendo sido recurrida, la Sala inadmita o desestime el recurso y el empresario no interponga recurso de casación para unificación de doctrina (o en caso de inadmisión, recurso de queja) ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, o en otro caso, sea el Alto Tribunal el encargado de inadmitir o desestimar, dejando el título ejecutivo firme y expedita la vía ejecutiva en la instancia.

<sup>25</sup> Ríos Salmerón, B. et al.: *Curso de Procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid, 2020, pp. 655 y 656.

tección especial a través de la adopción de medidas de acción positiva para contrarrestar los perjuicios que históricamente han tenido que soportar.

La normativa española en materia de personas con discapacidad otorga una regulación amplia y suficiente en materia de empleo, ordinario y especial, así como una amplia gama de medidas de protección social que responden fielmente a los compromisos asumidos a nivel europeo e internacional.

Pese a los grandes avances legislativos y jurisprudenciales en la materia, puede afirmarse que todavía quedan pasos que dar en aras a la eliminación de las barreras, físicas y psicológicas, que padecen las personas con discapacidad en aras a lograr su igualdad real y efectiva con plena integración en la sociedad.

Para la consecución del objetivo prioritario de igualdad e integración, deben revisarse nuestras instituciones básicas en materia de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, para lograr una mayor protección y seguridad y situar en pie de igualdad a un trabajador con un trabajador con discapacidad.

La medida propuesta en esta obra pretende otorgar una seguridad extraordinaria a la persona trabajadora con discapacidad y constituir un obstáculo a la decisión empresarial de accionar la palanca del despido, despojando al empresario de las consecuencias tradicionales derivadas del despido de un trabajador sin discapacidad a través de la configuración de una nueva modalidad de nulidad del despido acompañada de una regulación específica de la facultad de opción introducida por necesidad en esta nueva modalidad.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Cavas Martínez, F.: *Lecciones de Seguridad Social*, Diego Marín, Murcia, 2021, pp. 456 y ss.
- Galiana Moreno, J.M. y Sempere Navarro, A.V.: *Legislación Laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 1005 y ss.
- García Lorente, J. (2016): *La persona con discapacidad en el Estatuto de los Trabajadores, en la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y en el conjunto del ordenamiento social*, Cuadernos Digitales de Formación n.º. 36, p. 5, Consejo General del Poder Judicial. Recuperado de [https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones/2017/06/30/CF16036/5\\_PDF/CF1603605.pdf](https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones/2017/06/30/CF16036/5_PDF/CF1603605.pdf).
- Martín Valverde A.; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. & García Murcia, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2020, pp. 840 y ss.

Mercader Uguina, J.R.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 111.

Montoya Melgar, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2021, pp. 503 y ss.

Ríos Salmerón, B. et al.: *Curso de Procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid, 2020, pp. 655 y 656.

VV.AA: "*Derecho de la Seguridad Social*", en Roqueta Buj, R.R. y García Ortega, J. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 251 y ss.



2.

# *Inteligencia artificial y su implicación en la empleabilidad de las personas con discapacidad*

**CARMEN DELGADO GARRIDO**

*Carmen.delgado@uclm.es*

UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCION: INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ¿A QUÉ NOS REFERIMOS? 2. LOS AVANCES Y SU REPERCUSIÓN EN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EN EL EMPLEO 3. ¿MARCO NORMATIVO “AD HOC” O EXTRAPOLACIÓN DE LAS NORMAS TRADICIONALES A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL? 4. EN ESPECIAL, REPERCUSIONES PARA EL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD 5. LA IMPLANTACION DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LAS RELACIONES LABORALES: NUEVOS RETOS PARA EL DERECHO DEL TRABAJO 6. CONCLUSIONES 7. BIBLIOGRAFIA

**PALABRASCLAVE:** Derecho del Trabajo–Inteligencia artificial–Algoritmo–Discapacidad–Empleo–

**KEY WORDS:** Labor Law–Artificial Intelligence– Algorithm– Disability– Employment–

## **1. INTRODUCCION: INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ¿A QUÉ NOS REFERIMOS?**

En la presente comunicación abordaremos el estudio de la inteligencia artificial (en adelante, IA) y su relación con el empleo de las personas con discapacidad (en adelante, PCD), las ventajas que reporta y las oportunidades que abre, pero también los riesgos e inconvenientes de cara a una posible y ya ineludible regulación jurídica.

En una primera aproximación nos es útil partir de la definición que nos ofrece la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de IA, de 21 de abril de 2021, en su artículo tercero: “*se entenderá por: «Sistema de inteligencia*

*artificial (sistema de IA)»: el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo*

*I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa*". Es decir, los sistemas de IA están basados en programas informáticos que recopilan, tratan, analizan e interpretan datos con un fin y unos objetivos concretos, ayudando a tomar decisiones por medio de algoritmos, un concepto crucial cuando hablamos de IA.

Aunque nos parezca un concepto novedoso, basado en la ciencia y la tecnología informática y el desarrollo de internet, este concepto se remonta al año 800 d.C, en la obra del matemático, astrónomo y geógrafo persa Mohammed Ibn Musa abu Djafar Al- Khwarizmi. Este basó sus estudios en la inclusión de algoritmos para calcular fechas y las primeras tablas conocidas de las funciones trigonométricas seno y cotangente. Con una complejidad creciente, alentada por las nuevas tecnologías, en la actualidad se entiende por algoritmo el conjunto de reglas e instrucciones que permiten dar respuesta a una cuestión mediante el cómputo y procesamiento de datos obtenidos. Aunque muchas veces pase desapercibido, IA y algoritmos están presentes en múltiples facetas de nuestra vida diaria.

Las grandes multinacionales, como Amazon, Google y Tesla, entre otras, están invirtiendo grandes sumas de dinero en desarrollar programas de IA, recopilación de datos, maquinaria y demás instrumentos tecnológicos que van a marcar el paso en la evolución de una sociedad digital como la actual.

Estas inversiones y estudios tienen como objetivo aumentar la productividad de las empresas, una mayor fiabilidad en la toma de decisiones, alcanzar objetivos de manera más rápida y eficaz, abaratar los costes empresariales, entre otros aspectos. Pero la IA también se está desarrollando para ayudar al ser humano a realizar muchas tareas que hasta el día de hoy no habría podido lograr por sí mismo. Entre ellas, estos avances están logrando que personas con discapacidades puedan conseguir empleos y desempeñar trabajos que no han podido hasta el momento realizar. Esto último es lo que aquí nos ocupa.

A modo de ejemplo, podemos referirnos a los sistemas de generación de voz sintetizada para personas que han perdido el habla, la tienen muy disminuida o con grave dificultad. Recordemos aquí al científico Stephen Hawking que, afectado de ELA, perdió el habla a consecuencia de una traqueotomía. Con sus movimientos de cabeza y los ojos lograba manejar un ordenador y un sintetizador de voz, permitiéndonos disfrutar de su mente

privilegiada. Aunque estén cada vez más popularizados, dispositivos como Alexa o Cortana plantean el problema de que estos robots no entienden cuando quien pretende usarlos es un sujeto con discapacidad en el habla, por lo que el reto es diseñar un algoritmo que se especialice en estas personas.<sup>1</sup>

A continuación, vamos a poner de relieve el gran impacto que la IA sin duda tendrá en el empleo de las PCD y el nuevo abanico de oportunidades laborales que podría surgir conforme vayan progresando los avances tecnológicos que ya se encuentran presentes en nuestro día a día. Y lo que esto puede suponer desde un punto de vista jurídico.

## **2. LOS AVANCES Y SU REPERCUSIÓN EN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EN EL EMPLEO**

Es difícil imaginar en estos tiempos un mundo sin tecnología, pues hasta en los espacios en los que nunca hubiéramos podido imaginar que se introduciría, la IA se ha metido de lleno.

La IA, los algoritmos y demás conceptos relacionados están entrando cada vez en mayor medida en nuestro día a día, en nuestros hogares... e incluso en la manera de desarrollar los empleos y hasta en la manera de obtenerlos.

Nuestro legislador todavía no ha advertido abruptamente el cambio, y por tanto no existe un derecho positivo que marque principios y reglas imperativas para todo sujeto que pretenda hacer uso de la IA y limite los medios que puedan lesionar derechos. Lo que algunas voces ya reclaman. Sin ir más lejos, en nuestro país se ha redactado una carta firmada por setenta expertos pidiendo al Gobierno que frene inmediatamente las herramientas de reconocimiento facial que se usan para identificación de personas hasta que no haya una debida regularización.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Confederación Española de Personas con Discapacidad Física y Orgánica (COCEMFE), IA for Good: cómo la Inteligencia Artificial puede ayudar a las personas, recurso en línea, de 7 de octubre, 2022, <https://www.cocemfe.es/informate/noticias/cocemfe-destaca-la-importancia-de-la-inteligencia-artificial-para-las-personas-con-discapacidad/>, recuperado el 13 de enero de 2023.

<sup>2</sup> *Carta al Gobierno sobre los riesgos del reconocimiento y análisis facial*, recurso en línea, de 23 noviembre de 2021, Ecologistas en Acción, Derechos digitales y control social, <https://escuelasaludable.org/?p=1310#:~:text=Mediante%20esta%20>

La gran importancia del asunto obedece a que hemos llegado a un punto en el que incluso hay aplicaciones informáticas que toman decisiones sobre nosotros sin que seamos conscientes de ello, e inclusive existen otras que controlan aspectos de nuestra vida. Valga, a modo de ejemplo, los sistemas de selección de personal en candidaturas (usados por conocidas aplicaciones para búsqueda de empleo) o sistemas de reconocimiento facial para vigilar áreas o identificar personas.

Uno de los peligros que entraña es que, en ocasiones, los programas actúan y deciden de forma automatizada, sin supervisión del ser humano. Esto implica que, en caso de que la aplicación no contemple una variable destinada a valorar teniendo en cuenta las características de estos determinados sujetos, podría sufrirse una discriminación por parte de las personas afectadas.

Volviendo al ejemplo antes expuesto, hoy en día, existen aplicaciones para encontrar empleo que establecen parámetros que han de cumplir los potenciales candidatos. Pero, si no toman en cuenta que ciertos solicitantes del empleo pueden estar afectados por algún tipo de discapacidad, los sujetos en cuestión quedarían descartados sin más. Llegamos así a una decisión de eliminación injusta, sin tomar en cuenta factores de tal calibre como la discapacidad de los postulantes.

Incluso, siguiendo con el ejemplo, podrían ocurrir discriminaciones dentro del propio colectivo de PCD. Pensemos en un enfermo renal que necesita cuidados permanentes y atención médica repetida. Este tipo de discapacidad quizá no es percibida por el programa informático y la aplicación de selección de personal, que le daría acceso al puesto frente a otro pretendiente que padece una minusvalía visual y necesita lentes especiales, pues la IA puede detectar esta patología en la foto del candidato. Este tipo de sesgos puede conllevar que personas idóneas sean preteridas injustamente.

No olvidemos que los datos médicos son datos personalísimos, y en ningún caso hemos de ser obligados a revelarlos en una entrevista de trabajo. A pesar de lo dicho, hay discapacidades o enfermedades que son perceptibles a simple vista (o hasta incluso pueden ser detectadas por un programa informático) y que pueden cerrar las puertas a candidatos absolutamente



válidos sólo por detectarse en la primera entrevista o sencillamente con adjuntar una fotografía en el currículum.

Otro ejemplo que manifiesta la importancia de una regulación podemos encontrarlo en el caso ocurrido en Estados Unidos, donde se ha despedido a docentes con decisiones algorítmicas. “Cuando el sistema de puntuación de Mathematica etiquetó a docentes como malos enseñando, el distrito escolar los despidió. Pero ¿cómo puede confirmar el sistema que su análisis fue correcto? No puede”. Señala la matemática Cathy O’Neill.<sup>3</sup> Reflexionemos en que, si este tipo de problemáticas se planten en colectivos sin minusvalías, ¿cómo afectaría este análisis a personas con discapacidad si no estuviera diseñado específicamente teniendo en cuenta sus limitaciones y adaptando los algoritmos?

El diseño de la robótica para dar operatividad a miembros con falta de funcionalidad o maquinaria que trabajan por ellos, realizando el movimiento que pudiera ejercer la extremidad en cuestión, es uno de los avances más reveladores y que en mayor plano han ayudado a quienes sufren de estas limitaciones. Un factor clave en su aparición es que con su uso se eliminan barreras que tienen que ver con la fuerza física o con los roles que tradicionalmente les impedían el acceso a determinados puestos.

Por último, haciendo una breve mención al teletrabajo, la nueva forma de empleo debutante tras la pandemia covid-19 y que ha cambiado por completo el mundo laboral tanto para PCD como para quienes no lo son, es un avance incuestionablemente positivo en las PCD. Una de las principales limitaciones que han venido surgiendo para las PCD es la dificultad que estos podían tener, bien para desplazarse o bien para adecuar el puesto de trabajo a sus especialidades. Con la puesta en marcha del teletrabajo se ha facilitado que puedan realizar sus cometidos desde sus hogares y que con ello el desplazamiento hasta el centro o la, en ocasiones, difícil adaptación del puesto de trabajo no sea un impedimento para el acceso al empleo.

---

<sup>3</sup> El periódico, Peligro: algoritmos al mando en la escuela, recurso en línea, <https://www.elperiodico.com/es/ciencia/20180121/peligro-algoritmos-al-mando-en-la-escuela-6567047>, recuperado el 4 de enero de 2023.

### 3. ¿MARCO NORMATIVO “AD HOC” O EXTRAPOLACIÓN DE LAS NORMAS TRADICIONALES A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL?

Una de las principales disfunciones que se están apreciando en la extensión de la inteligencia artificial, robótica, neurociencia, entre otras de las novedosas invenciones tecnológicas, es la falta de desarrollo normativo. Quizás por el pensamiento de que en el presente no están inmersas en la sociedad de manera total. En nuestra modesta opinión, es un error de planteamiento la pretensión de legislar a posteriori, pues debemos adelantarnos a problemáticas que ya están surgiendo, para tener una respuesta legal con unos parámetros fijados clara y concisamente, una regulación especial para estas nuevas tecnologías. En su defecto, los operadores jurídicos tendrán que acudir a los eferentes legales que podemos usar por analogía y guardan la relación con la protección de determinados derechos. Sin embargo, creemos que el tema reviste suficiente entidad y peculiaridades como para merecer una regulación “ad hoc”.

A nivel europeo e internacional se está tratando de dar respuesta a esta falta de regulación con mecanismos que pretenden solventar la ausencia normativa y que pasaremos a citar a continuación junto con alguna de la legislación que es de aplicación y que ya ha comenzado a marcar los pasos a seguir por los Estados.

Así, podemos citar la declaración de Toronto sobre protección de derechos de igualdad y no discriminación en los sistemas de aprendizaje automático (o inteligencia artificial), presentada en mayo de 2018 por Amnistía Internacional, Access Now y otras organizaciones asociadas<sup>4</sup>. La Declaración pretende que derechos humanos ocupen el primer plano en el desarrollo y la aplicación de tecnologías de aprendizaje automático, tratando de aplicar las normas internacionales de derechos humanos ya existentes al desarrollo y uso de sistemas de la IA.

En diciembre de 2018 la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) del Consejo de Europa aprobó la Carta Ética Europea sobre el uso de la ia en los sistemas judiciales y su entorno<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Declaración de Toronto sobre protección de derechos de igualdad y no discriminación en los sistemas de aprendizaje automático (o inteligencia artificial), 16 de mayo de 2018, por Amnistía Internacional, Access Now y otras organizaciones asociadas, Toronto, Canada, RightsCon.

<sup>5</sup> Carta Ética Europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno, CEPEJ (2018), adoptado por el CEPEJ durante su 31 Reunión

También es resaltable el Informe Directrices Éticas para una IA fiable<sup>6</sup>, redactado por un grupo de expertos independientes para la Comisión Europea y publicado el 8 de abril de 2019, que marca tres claras reglas sobre este tipo de inteligencia: ha de ser lícita, ética y robusta.

Por su parte, la Recomendación de la OCDE sobre Inteligencia Artificial de 22 de mayo de 2019<sup>7</sup> desarrolla una serie de estándares o principios mínimos, que no son legalmente vinculantes, pero pretenden influir en la legislación nacional e internacional. Los resumimos de la siguiente manera: crecimiento inclusivo, desarrollo sostenible y bienestar; valores y equidad centrados en el ser humano; transparencia y explicabilidad; robustez, seguridad y protección; y responsabilidad de los actores en cuanto al funcionamiento de los sistemas.

A nivel nacional, el 14 de julio de 2021 el Gobierno español aprobó la Guía de Derechos Digitales<sup>8</sup>, cuyo apartado 25 recoge los relativos a la IA y resumidamente serían:

- 1) No discriminación algorítmica; transparencia, auditabilidad, explicabilidad y trazabilidad; accesibilidad usabilidad y fiabilidad.
- 2) Derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en procesos de decisión automatizada.
- 3) Información sobre el uso de sistemas de inteligencia artificial.
- 4) Prohibición del uso de sistemas de IA dirigidos a manipular o perturbar la voluntad de la persona en cualquier ámbito donde puedan verse afectados los derechos fundamentales.

Pero sin lugar a duda, el mayor normativo hasta la fecha ha venido a nivel europeo con la Propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, publicado el 21 de abril de 2021, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican

---

plenaria, Estrasburgo, 3-4 de diciembre de 2018.

<sup>6</sup> Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías, Directrices éticas para una IA fiable, Oficina de Publicaciones, 2019, <https://data.europa.eu/doi/10.2759/14078>

<sup>7</sup> Recomendación del Consejo sobre Inteligencia Artificial, de 22 de mayo de 2019, OCDE/JURÍDICO/0449, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>

<sup>8</sup> Guía de Derechos Digitales, de 21 de julio de 2021, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/[https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documentos/2021/140721-Carta\\_Derechos\\_Digitales\\_RedEs.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documentos/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf)

determinados actos legislativos de la Unión<sup>9</sup>. El documento pretende dar respuesta al compromiso de la Presidenta Úrsula Von der Leyen de dotarnos de un marco jurídico que garantice que los sistemas de IA sean seguros y respeten los derechos fundamentales y valores de la Unión; garantizar la seguridad jurídica para facilitar la inversión e innovación en inteligencia artificial; mejorar la gobernanza y la aplicación efectiva de la legislación en materia de derechos fundamentales y requisitos de seguridad aplicables a los sistemas y facilitar el desarrollo de un mercado único para hacer un uso legal seguro y fiable de las aplicaciones y evitar la fragmentación de mercado.

La propuesta también pretende garantizar un adecuado nivel de protección y luchar contra los problemas que pudieran afectar a los derechos de los trabajadores y unas condiciones de trabajo justas y equitativas; lo que obviamente interesa mucho al Derecho laboral. No olvidemos que la integración de las PCD es un deber impuesto por los artículos 31 y 26 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.<sup>10</sup>

Coexisten con los referidos importantes recursos que nos limitaremos a enunciar, tales como: La Década Digital de Europa: metas digitales para 2030, de la Comisión Europea<sup>11</sup>; o La Alianza Global de la IA<sup>12</sup>, entre otros muchos.

Por último, y aunque no nos reframamos a legislación o normativa en sí, nos resulta interesante poder citar mecanismos puestos a disposición como RightsCon, la principal cumbre mundial sobre derechos humanos en la era digital. La plataforma ofrece a todo el mundo, sin importar la ocupación, un instrumento de reunión con objeto de establecer la agenda para

---

<sup>9</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión, Bruselas, 21 de abril de 2021, COM (2021) 206 final, 2021/0106(COD).

<sup>10</sup> El Cronista, número 100, septiembre-octubre 2022, Inteligencia Artificial y Derecho, páginas 7 a 9.

<sup>11</sup> Recurso en línea, recuperado el 16 de enero de 2023, [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030\\_es](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030_es)

<sup>12</sup> Declaración Conjunta de los miembros fundadores de la Alianza Global sobre la Inteligencia Artificial, Declaración Conjunta, Secretaría de Relaciones Exteriores México, de 15 de junio de 2020. <https://www.gob.mx/sre/prensa/declaracion-conjunta-de-los-miembros-fundadores-de-la-alianza-global-sobre-la-inteligencia-artificial>

los derechos humanos de la era digital. Cada año, la cumbre apoya un programa de más de 400 sesiones en más de 15 pistas de programa, todas obtenidas y seleccionadas de una convocatoria de propuestas abierta. Cuenta con la ayuda de personas de reconocido prestigio e influencia como Brad Smith, presidente de Microsoft; Jacinta Ardern, Primera Ministra de Nueva Zelanda; Valeria Ionan Viceministra del Ministerio de Transformación Digital, Gobierno de Ucrania; Vijaya Gadde, Exjefa de Asuntos Legales, Políticas y Confianza, Twitter; Antonio J. Blinken Secretario de Estado de los Estados Unidos, y otros muchos. Además cuenta con el patrocinio de gigantes como Amazon, Google, Meta, Microsoft, o Apple.<sup>13</sup>

Lo dicho pone de manifiesto que los avances tecnológicos están teniendo una gran influencia general, en cuya expansión se advierten consecuencias muy positivas, pero también riesgos negativos sobre el ser humano, ambas en especial para las PCD. De ahí que cada vez se reclame una mayor regulación jurídica. Como observamos, encontramos en directrices, informes, recomendaciones, guías, pero echamos en falta un *hard law*. A continuación, nos referiremos a algunas cuestiones más específicas para las PCD en el empleo.

#### **4. EN ESPECIAL, REPERCUSIONES PARA EL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

Centrándonos en el caso concreto de la IA aplicada a las personas con discapacidad, no cabe duda de que, de una u otra manera, el avance de estas tecnologías supondrá una ampliación de oportunidades, algo de lo que el colectivo podrá beneficiarse.

Además de las inmensas ventajas para ellos, hemos de ser conscientes de que también se abre una brecha discriminatoria que pondrá a las personas con capacidades especiales en riesgo de exclusión.

Así lo interpreta el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) en la reunión aprobada por su Comité Ejecutivo, de 14 de mayo de 2020, “Inteligencia Artificial y Personas con Discapacidad desde una visión exigente de derechos humanos”.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Recurso en línea, <https://www.rightscon.org/>, recuperado el 12 de enero de 2023.

<sup>14</sup> Convención de la Discapacidad, Inteligencia Artificial y Personas con Discapacidad desde una visión exigente de derechos humanos, de 14 de mayo de 2020,

Las personas con discapacidad se enmarcan en situación de fragilidad social, y por ende corren mayor riesgo de vulneración de sus derechos y libertades, lo que conlleva a que se adopten criterios determinados que garanticen la igualdad y no discriminación. Los riesgos que pronunciamos pueden ser tanto para el goce como el ejercicio de los mismos, y se pueden resumir, según esta Organización, en los siguientes: “a) El uso de sistemas de IA para justificar la selección genética de personas sin discapacidad; b) El uso de sistemas de IA para identificar y eventualmente discriminar a personas con discapacidad; c) La creación de sistemas de IA basados en modelos de normalización que excluyan o no tengan en cuenta las necesidades, la opinión y diversidad de las personas con discapacidad; d) El diseño de sistemas de IA que se basen o nutran de datos que incluyan estereotipos, sesgos y prejuicios respecto de la discapacidad; e) El uso de sistemas de IA que no permitan la participación o toma de decisiones de personas con discapacidad, por sí mismas o a través de sus organizaciones representativas; f) La creación de sistemas IA dirigidos a las personas con discapacidad que no sean probados y validados para su uso por las propias personas con discapacidad”.

Entre los principales beneficios, el CERMI destaca: “a) Sistemas de IA que facilitan el acceso a la información y a la propia comunicación en todos los medios y formatos; b) Sistemas de IA que facilitan la toma de decisiones; c) Sistemas de IA que facilitan la accesibilidad en el entorno y los ajustes razonables; d) Sistemas de IA incluidos en robots (androides) que facilitan la asistencia personal; e) Sistemas de IA de automoción que facilitan el diseño universal; o f) Sistemas de IA que facilitan la atención sanitaria y los servicios de habilitación y rehabilitación; por citar solo algunas de los potenciales usos”.

Por lo dicho, los investigadores han de tener una especial consideración ante el grupo e incluir diseños y algoritmos que tengan en cuenta sus capacidades para la creación de una IA igualitaria y consciente de la presencia de que también las PCD se encuentran en nuestra sociedad. No podemos dejar de investigar teniendo en cuenta que las capacidades de algunos sujetos se encuentran limitadas, y por supuesto los programas y maquinarias deben diseñarse de tal manera que permitan su uso a toda la población en la medida de lo posible.

Para ello es primordial que los gobiernos se encarguen de la supervisión al respeto e inclusión del colectivo en el campo de la IA, someter los sistemas a evaluaciones por expertos o quizá auditorías que aseguren que la tecnología cuenta con parámetros específicos para que puedan ser disfrutadas por esta comunidad.

Volviendo a las ventajas que la IA propone, grandes empresas como NDS Cognitive Labs, empresa especializada en IA, ha asegurado que las personas con discapacidades sensoriales, psicosociales, motrices, intelectuales, y muchas otras, podrán sin duda beneficiarse de esta ciencia.

Los avances se están efectuando para que puedan llevar una vida lo más cómoda posible, con unas rutinas habituadas a la demás población. Como hemos venido adelantando en las páginas anteriores, ya no es futurista pensar en un dispositivo de reconocimiento de voz, algo que vemos común y que a la población en general nos parece una herramienta simplemente cómoda, que nos facilita alguna de nuestras tareas como llamar a alguien mientras conducimos y no tener que coger el teléfono manualmente o buscar una información en internet. Imaginemos lo que supone para un invidente poder ordenar a través de su voz y que la tecnología sea capaz de brindar su ayuda para que logre el fin pretendido.

No solo pensemos en discapacidades auditivas, visuales, o incluso motoras. La empresa refiere que con la IA podremos contribuir a que trastornos como el autismo puedan ser tratados, diseñando métodos y recabando datos con asistencia virtual y aumenten sus posibilidades de comunicación o relación con otros seres humanos.

Los dispositivos que se están tratando de perfeccionar en cuanto a quienes sufren la falta de algunos de sus miembros o no pueden controlar o incluso mover normalmente permitirán también que mediante sensores puedan dar funcionalidad a las zonas afectadas, pudiendo incluso suprimir las prótesis que es lo que se ha venido usando como método de apoyo.

Hablamos de la realización de labores diarias, de tareas cotidianas, de poder llevar una vida lo más normalizada posible. Ello se traslada indubitablemente al ámbito laboral.

Llegado el momento en el que la IA avance, se incrementen los medios, se logre formar maquinaria suficientemente especializada, las personas con discapacidad podrán participar en empleos que hasta la fecha ha sido imposible. Cavilemos que miles de personas que han tenido que recurrir a la incapacidad o que inclusive nunca han podido desempeñar un empleo podrán ahora desarrollar una tarea, poder unirse al colectivo de personas

activas en el empleo. Igualmente, las empresas también se verán beneficiadas con ello, pues el campo de selección de personal aumentará y darán empleo a quienes hasta ahora de una u otra manera puede que no hubieran podido ser parte, bien por falta de medios que lo posibilitaran o falta de recursos que lo hicieran posible.

No olvidemos que refiriéndonos a las PCD hablamos de un gran número de personas, miles de sujetos que se encuentran afectados por alguna dolencia o patología y que hay que tener en cuenta en la sociedad en todos los aspectos, sin poder olvidar el ámbito laboral.

Personajes de reconocido prestigio como Ban Ki-moon, el ex secretario General de Naciones Unidas también ha aludido en repetidas ocasiones a la importancia que la IA supondrá en estas personas con discapacidad, coadyuvando a que utilicen su pleno potencial y capacidades en su trabajo.

Multinationales de la talla Microsoft han tomado iniciativas como “AI for Accessibility”, destinada a mejorar la accesibilidad de las PCD<sup>15</sup>.

AI for Accessibility se centra en tres ideas: mejorar el desempleo, que es casi el doble en la PCD; software y dispositivos más inteligentes adaptados; y comunicación, difusión u concienciación.

Con lo dicho hasta aquí, pretendemos tomar conciencia de que debemos romper con el prejuicio de que estas personas son inactivas, dependientes, y poco más que una problemática de inclusión social. Ahora más que nunca, gracias al avance de la ciencia y la tecnología, podremos sacar todo el potencial de este colectivo e incluirlo en todos y cada uno de los sectores de una vez por todas.

## **5. LA IMPLANTACION DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LAS RELACIONES LABORALES: NUEVOS RETOS PARA EL DERECHO DEL TRABAJO**

En lo que respecta al ámbito laboral, vemos que, poco a poco, pero cada vez más rápido, ha comenzado a utilizarse la IA tanto en el desarrollo de las funciones de las empresas como en los puestos de trabajo. Nos encontramos en un punto de necesidad de regulación que fije los parámetros

---

<sup>15</sup> <https://www.microsoft.com/en-us/ai/ai-for-accessibility>, recurso en línea, recuperado el 8 de enero de 2023



normativos que den paso a una utilización de esta ciencia de una manera segura, clara y eficaz.

A falta de una normativa específica, es menester referirnos a algunas normas generales que enmarcan los derechos laborales que el empleador ha de tener en consideración cuando se esté practicando el uso de la IA. Como cualquier nueva invención, su desarrollo y uso ha de respetar los estándares éticos y normativos sociales. A continuación, apuntaremos dos normas fundamentales que entran en juego en la utilización n de la IA.

### **1. Marco normativo internacional**

La Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU<sup>16</sup> define de manera acabada qué es la discriminación por motivos de discapacidad: *“se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.*

El artículo 3 establece como principios generales los siguientes:

- a) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b) la no discriminación;
- c) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e) la igualdad de oportunidades;
- f) la accesibilidad;

Fija la obligación del respeto de los principios citados en los Estados Parte, estableciendo el artículo 4 la obligación de que los Estados aseguren y promuevan el pleno ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las PCD sin discriminación alguna por su condición. Por

---

<sup>16</sup> Convención de la Organización Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con discapacidad, aprobada en fecha 13 de diciembre de 2006, ratificado en España y publicado en BOE en fecha 21 de abril de 2008, BOE-A-2008-6963

ello, han de comprometerse a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole para hacer efectivos los derechos reconocidos; lo que incluye:

- a) modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación;
- b) proteger y promover sus derechos en todas las políticas y todos los programas;
- c) abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a ella;
- d) adoptar las medidas necesarias para que no exista discriminación por motivos de discapacidad en ninguna organización o empresa privada;
- e) tomar todas las medidas para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad;
- f) Emprender o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal que requieran la menor adaptación posible y costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño universal en la elaboración de normas y directrices;
- g) Emprender o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad;
- h) Proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo;
- i) Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad.

Con ello, los Estados han de adoptar medidas convenientes hasta el máximo de sus recursos disponibles. Para lograr los fines pretendidos, celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las PCD y con las organizaciones que las representan.

## **2. *Protección de datos, automatización y discriminación***

Otro pilar fundamental para la protección de datos de las PCD es el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, “relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE”, también conocido como Reglamento General de Protección de Datos (en adelante RGPD)<sup>17</sup>.

La IA y las nuevas tecnologías trabajan con datos, manejan información personal, que han de ser tratados para un fin específico y con una finalidad concreta. Las empresas tienen la obligación de informar a la persona de que se están recogiendo y almacenando sus datos, debiendo obtener previamente el consentimiento del titular, que tiene el derecho de modificación, supervisión e información del fin con el que se está llevando a cabo. Es esencial que esta recogida de información sea obtenida de la manera más cautelosa posible y pertinente con el objeto con el que se están recabando. (arts. 13 y 14 del RGPD). En cuanto a la responsabilidad de revisión y actualización de los datos, el reglamento la fija en la empresa, que es la responsable de mantener los datos obtenidos seguros y con las cautelas necesarias para que no sean desvelados o perturbados.

Un concepto sumamente importante dentro de la protección de datos en el derecho de los trabajadores es la protección de datos de carácter personal, regulado en los artículos 9.1 y 9.2 del RGPD. En las PCD, la protección de datos adquiere una especial relevancia debido a que la discapacidad en sí misma es un dato médico que ha de tratarse con la mayor cautela. Si la persona se encuentra ya trabajando en la empresa, ha de gestionarse su condición adoptando las medidas adecuadas para su correcta inclusión y adaptación en el puesto de trabajo, por lo que tener en cuenta su característica es una obligación del empresario. Sin embargo, con carácter previo a la obtención del empleo, el candidato no ha de expresar su condición imperativamente so pena de extinción de contrato en la casuística de que el empresario se percate de ello a posteriori y le faculte para extinguir la relación laboral. También cabe la posibilidad de que la PCD exprese su minusvalía en el proceso de selección. En este supuesto, el tratamiento de

---

<sup>17</sup> Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), Publicado en: «DOUE» núm. 119, de 4 de mayo de 2016, páginas 1 a 88 (88 págs.), DOUE-L-2016-80807

sus datos se cumplirá con las medidas expresadas y con la especial cautela y protección que la condición del caso requiere.

Debido a la posible discriminación que puede sufrir el colectivo en los procesos de selección automatizada, el RGPD establece en su artículo 22 la prohibición de la toma de decisiones sin intervención humana y, en su caso, de ser posible el tratamiento automatizado, salvaguardar los derechos y libertades del aspirante, un mínimo de intervención humana del responsable, derecho de expresión y derecho a impugnar la decisión por parte de la persona sobre la que se estén tratando los datos.

Por todo lo dicho, la IA es un campo que adquiere una singularidad peculiar cuando hablamos de los derechos de los trabajadores discapacitados. La no discriminación, inclusión y puesta de medios y personal para que no sufran ninguna vulneración en sus derechos y sean incluidos en el colectivo de personas activas es una tarea que requiere un cuidado único, con la puesta en marcha de todos los medios al alcance de las empresas y las administraciones, además de su adaptación y concienciación, y el deber de los Estados para garantizarlo.<sup>18</sup>

## 6. CONCLUSIONES

Las nuevas tecnologías y su impacto en la sociedad es un hecho ya presente en la sociedad. Como todo, contienen ventajas y desventajas, pero sobre todo consecuencias en los seres humanos.

La IA abre a un abanico de posibilidades para nuevos empleos, ayuda para la realización de funciones, agilización de las tareas, menores costes para el empresario y reducción del margen de error; en resumen, avances que hasta ahora ni siquiera habían sido imaginados y que dotan a esta nueva era digitalizada de unos medios que facilitan tanto el desarrollo de los puestos de trabajo en los que se incluyen la productividad, eficiencia y corrección masiva de errores de las empresas en los que se utilizan.

Sin embargo, podemos pensar que no todo serán ventajas. La incorporación a la sociedad del avance tecnológico puede vulnerar multiplicidad de derechos: derechos de protección de datos, derecho al empleo por la destrucción de puestos de trabajo que se presume se destruirán por la susti-

---

<sup>18</sup> García-Romero de Tejada, C., Inteligencia artificial e inclusión laboral de personas con discapacidad, julio 2021.

tución del humano por la máquina, libertad de expresión, discriminación, como muchos otros.

Tanto dentro de las ventajas como de los inconvenientes de la IA hemos centrado este estudio en las PCD, quienes indubitadamente sufrirán positiva y negativamente el desarrollo tecnológico.

No cabe duda de que es un logro que las máquinas puedan facilitar a las personas con discapacidad el desarrollo de funciones que en tiempos pasados era impensable que pudieran realizar, la ayuda que han brindado para que el colectivo pueda desempeñar tareas cotidianas y no tan cotidianas, las adaptaciones que se han podido lograr para que lleven su vida con facilidades, con las ayudas que siempre habían sido necesarias pero no se habían podido desarrollar hasta que no se han hecho avances en la investigación y los expertos han podido crear maquinaria capaz de prestar ayuda a quienes más lo necesitan y a la sociedad en general.

Paralelamente, la IA supone un riesgo también para estos, produciendo un dilema ético que hay que trasladar a una normativa segura y eficaz que establezca una regulación que respete y asegure los derechos de las PCD.

El reto que supone la correcta inclusión de la IA y el respeto de los derechos es que precisa de una supervisión directa por los responsables de su uso, la falta de expertos en el campo y la falta de expertos en las normas especiales que la IA requiere.

Algunas personas justifican la falta de regulación en la novedad de la ciencia, pero, como ya hemos visto, esto cada día es menos cierto. La IA se encuentra totalmente implantada en el planeta, y va en aumento. La clave de una adecuada regulación es su creación a priori, antes de que surjan problemas que la ausencia de normativa no pueda resolver o resuelva de manera parcial.

La discriminación es un problema presente, y que hemos de tratar de paliar con el apoyo que ahora ofrece el uso de la tecnología, evitando los sesgos discriminatorios y adaptándola a las singularidades que en cada caso requiera además de la importancia de diseñar una adaptación en el proceso de datos que asegure la inclusión de las PCD en el empleo. En esa línea, los derechos de los trabajadores deben salvaguardarse, sobre todo los derechos de los trabajadores con discapacidad.

Ahora sí, para concluir y solamente a modo de referencia, pues el tema merece un estudio individual, queremos aludir a la novedosa puesta en marcha del Libro blanco de empleo y discapacidad, que pretende la participación de las mujeres con discapacidad en condiciones de seguridad,

igualdad y accesibilidad. El Libro blanco cuenta con la participación de organismos como el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, a través del Real Patronato sobre Discapacidad, el Ministerio de Trabajo y Economía Social, el SEPE, Fundación ONCE y el CERMI y su propósito es asegurar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad y establecer un nuevo marco legislativo y de política pública en el ámbito del empleo.

La realidad social y laboral ha sufrido un abrupto cambio debido al desarrollo de la globalización y digitalización y las PCD se ven afectadas directamente. Debido a la aparición de nuevas discapacidades, la inclusión de la mujer con discapacidad en el empleo, la prevalencia de personas con grandes necesidades de apoyo o los compromisos adquiridos por nuestro ordenamiento jurídico en materia de derechos en materia internacional es imprescindible la revisión de los instrumentos y marcos existentes, adaptándolos a las nuevas necesidades actuales.

El trabajo estará presidido por la perspectiva de género, con el objeto de que las mujeres con discapacidad participen del derecho al trabajo en condiciones de seguridad, igualdad y accesibilidad.

El Libro blanco consta de once capítulos dirigidos por personas expertas en derecho laboral, seguridad social, sociología, y derechos humanos, entre otras, bajo la coordinación de M.<sup>a</sup> José Romero Rodenas, catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Castilla-La Mancha.<sup>19</sup>

Como fruto del Libro blanco obtenemos el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas<sup>20</sup>. El real decreto-ley incorpora en su disposición adicional quinta la regulación de las bonificaciones en las cuotas patronales de la Seguridad Social relativas a la contratación de PCD, algo que marcará el aumento de la contra-

---

<sup>19</sup> Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, Real Patronato sobre Discapacidad, Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, El nuevo Libro blanco de empleo y discapacidad buscará la participación de las mujeres con discapacidad en condiciones de seguridad, igualdad y accesibilidad, de 21 de marzo de 2022, <https://www.rpdiscapacidad.gob.es/actualidad/noticias/0-49324.htm>, recurso en línea, recuperado el 17 de enero de 2023.

<sup>20</sup> Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, «BOE» núm. 9, de 11 de enero de 2023, BOE-A-2023-625, <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2023/01/10/1/con>

tación del colectivo y la cooperación de Estado y empresas para lograr una transición eficiente de la inclusión de las PCD en la era digital.

Por otro lado, es preciso tener presente el contenido del Acuerdo General entre el Gobierno de la Nación y la ONCE en materia de Cooperación, Solidaridad y Competitividad para la Estabilidad de Futuro de la ONCE para el período 2022-2031, aprobado por el Consejo de Ministros, el 2 de noviembre de 2021, cuyo primordial objetivo es la sostenibilidad global de la ONCE mediante la mejora de instrumentos operativos y el mantenimiento de las ayudas públicas actuales. El Acuerdo mantiene la bonificación del 100 % de las cuotas empresariales de la Seguridad Social.

Las bonificaciones en las cuotas patronales a la Seguridad Social se mantienen, siendo una buena noticia y cumpliendo así con los objetivos de Por todo lo anterior, en la disposición adicional quinta se mantienen las bonificaciones actuales en las cuotas patronales a la Seguridad Social.

Es adecuado señalar que el Libro blanco podría adelantar el tratamiento o regulación legal de la IA y la discapacidad. En nuestra modesta opinión, el Libro puede suponer el avance definitivo que precisa el legislador para, tal y como hemos defendido en el texto de esta comunicación, garantizar unos derechos y unas normas individualizadas que fijen los parámetros necesarios para el uso de la IA de manera segura y sin ver perjudicados nuestros derechos, y sobre todo, que es lo que ahora nos concierne, garantizar los derechos de los grupos vulnerables.

## **7. BIBLIOGRAFIA**

Confederación Española de Personas con Discapacidad Física y Orgánica (COCEMFE), IA for Good: cómo la Inteligencia Artificial puede ayudar a las personas, recurso en línea, de 7 de octubre, 2022, <https://www.cocemfe.es/informate/noticias/cocemfe-destaca-la-importancia-de-la-inteligencia-artificial-para-las-personas-con-discapacidad/>, recuperado el 13 de enero de 2023.

Carta al Gobierno sobre los riesgos del reconocimiento y análisis facial, recurso en línea, de 23 noviembre de 2021, Ecologistas en Acción, Derechos digitales y control social, <https://escuelasaludable.org/?p=1310#:~:text=Mediante%20esta%20carta%20abi%20PEDIMOS%20al%20gobierno%20una,permitirse%2C%20si%20cabe%2C%20el%20uso%20de%20estos%20sistemas>, recuperado el 9 de enero de 2023

El periódico, Peligro: algoritmos al mando en la escuela, recurso en línea, <https://www.elperiodico.com/es/ciencia/20180121/peligro-algoritmos-al-mando-en-la-escuela-6567047>, recuperado el 4 de enero de 2023.

- Declaración de Toronto sobre protección de derechos de igualdad y no discriminación en los sistemas de aprendizaje automático (o inteligencia artificial), 16 de mayo de 2018, por Amnistía Internacional, Access Now y otras organizaciones asociadas, Toronto, Canada, RightsCon.
- Carta Ética Europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno, CEPEJ (2018), adoptado por el CEPEJ durante su 31 Reunión plenaria, Estrasburgo, 3-4 de diciembre de 2018.
- Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías, Directrices éticas para una IA fiable, Oficina de Publicaciones, 2019, <https://data.europa.eu/doi/10.2759/14078>
- Recomendación del Consejo sobre Inteligencia Artificial, de 22 de mayo de 2019, OCDE/JURÍDICO/0449, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>
- Guía de Derechos Digitales, de 21 de julio de 2021, chrome-extension://efaidnbmn-nibpcajpcglclefindmkaj/[https://www.lamoncloa.gob.es/president\\_e/actividades/Documents/2021/140721-Carta\\_Derechos\\_Digitales\\_RedEs.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/president_e/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf)
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión, Bruselas, 21 de abril de 2021, COM (2021) 206 final, 2021/0106(COD)
- El Cronista, número 100, septiembre-octubre 2022, Inteligencia Artificial y Derecho, páginas 7 a 9.
- Recurso en línea, recuperado el 16 de enero de 2023, [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030\\_es](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030_es)
- Declaración Conjunta de los miembros fundadores de la Alianza Global sobre la Inteligencia Artificial, Declaración Conjunta, Secretaría de Relaciones Exteriores México, de 15 de junio de 2020.  
<https://www.gob.mx/sre/prensa/declaracion-conjunta-de-los-miembros-fundadores-de-la-alianza-global-sobre-la-inteligencia-artificial>, recurso en línea, <https://www.rightscon.org/>, recuperado el 12 de enero de 2023,
- Convención de la Discapacidad, Inteligencia Artificial y Personas con Discapacidad desde una visión exigente de derechos humanos, de 14 de mayo de 2020, <http://www.convenciondiscapacidad.es/2020/05/14/inteligencia-artificial-y-personas-con-discapacidad-desde-una-vision-exigente-de-derechos-humanos/>, recurso en línea, recuperado el 13 de enero de 2023.  
<https://www.microsoft.com/en-us/ai/ai-for-accessibility>, recurso en línea, recuperado el 8 de enero de 2023.
- Convención de la Organización Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con discapacidad, aprobada en fecha 13 de diciembre de 2006, ratificado en España y publicado en BOE en fecha 21 de abril de 2008, BOE-A-2008-6963.
- Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento



general de protección de datos), Publicado en: «DOUE» núm. 119, de 4 de mayo de 2016, páginas 1 a 88 (88 págs.), DOUE-L-2016-80807.

García-Romero de Tejada, C., *Inteligencia artificial e inclusión laboral de personas con discapacidad*, julio 2021.

Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, Real Patronato sobre Discapacidad, Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, El nuevo Libro blanco de empleo y discapacidad buscará la participación de las mujeres con discapacidad en condiciones de seguridad, igualdad y accesibilidad, de 21 de marzo de 2022, <https://www.rpdiscapacidad.gob.es/actualidad/noticias/0-49324.htm>, recurso en línea, recuperado el 17 de enero de 2023.

Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, «BOE» núm. 9, de 11 de enero de 2023, BOE-A-2023-625, <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2023/01/10/1/con>



# *Modificaciones introducidas por la Ley de ingreso mínimo vital en relación con las personas con discapacidad*

CATALINA SMINTINICA

*Profa. Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Albacete, UCLM, ([Catalina.Smintinica@uclm.es](mailto:Catalina.Smintinica@uclm.es))*

## 1. INTRODUCCIÓN

En mayo de 2020 se aprobó una nueva prestación del sistema de Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, denominada Ingreso Mínimo Vital (en adelante, IMV). La implementación del IMV responde a una exigencia de decencia social que asegura un nivel mínimo de renta a aquellas personas que se encuentran por debajo de la línea de la pobreza, un estado de necesidad que deriva de causas que tienen su origen en la organización del conjunto de la sociedad y no en la voluntad individual de la persona afectada, lo cual motiva el intervencionismo estatal<sup>1</sup>. Por consiguiente, tiene como objeto fundamental combatir el riesgo de pobreza y exclusión social de la población española en situación de vulnerabilidad económica, un propósito que no se ha podido corregir plenamente con los modelos autonómicos de rentas mínimas<sup>2</sup>. Su aprobación se produce con carácter urgente en el contexto de la emergencia sanitaria provocada por

---

<sup>1</sup> APARICIO TOVAR, J., “Sobre el ingreso mínimo vital”, en el blog *Según Antonio Baylos ...Información, discusión y propuestas sobre las relaciones de trabajo y la ciudadanía social*, que se puede consultar en el siguiente enlace: [SEGÚN ANTONIO BAYLOS...: INGRESO MÍNIMO VITAL: UN PROYECTO PARA CULMINAR EL “ESCUDO SOCIAL” ANTE LA CRISIS DEL COVID-19](#). Accedido el 6 de enero de 2023.

<sup>2</sup> ROMERO RODENAS, M.J. y SMINTINICA, C., “El nuevo ingreso mínimo vital y personas con discapacidad: compatibilidad entre actividad laboral y prestaciones sociales públicas”, en DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.) *Nuevas Fronteras del Derecho de la Discapacidad*, Vol. II, Aranzadi, 2021, p. 284.

la Covid-19, aunque puede decirse que ha encarnado el fruto del debate político y académico que existía en torno a las rentas básicas, reavivado por los efectos sociales de la digitalización o de la creciente desigualdad<sup>3</sup>.

Esta prestación encuentra fundamento jurídico tanto a nivel supranacional<sup>4</sup> como nacional<sup>5</sup> y contribuye a alcanzar los Objetivos de Desarrollo

---

<sup>3</sup> PÉREZ DEL PRADO, D., “Funciones y disfunciones del Ingreso Mínimo Vital”, en *Seguridad Social para todas las personas: La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social*, V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Laborum, 2021, p. 952.

<sup>4</sup> En este sentido, de obligada referencia son: la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama el derecho de toda persona a “un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” (art.25.1). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 11 reconoce “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y a una mejora continua de las condiciones de existencia”. En la Carta Social Europea, los Estados partes se comprometen a “velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguir estos por sus propios medios o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado”. La Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores contempla también la protección social y, por su parte, la Unión Europea fija como objetivo la “erradicación de la pobreza” (art.3 TUE) y de acuerdo con lo establecido en el art. 153 TFUE, la Unión apoyará la acción de los Estados para “la integración de las personas excluidas del mercado laboral, para “la lucha contra la exclusión social” y para “la modernización de los sistemas de protección social”. Por último, hay que destacar el principio 14 del Pilar Europeo de Derechos Social, dedicado a la renta mínima. Vid. ROMERO RODENAS, M.J. y SMINTINICA, C., “El nuevo ingreso mínimo vital y personas con discapacidad: compatibilidad entre actividad laboral y prestaciones sociales públicas”, *op.cit.*, pp. 284-285; también, ÁLVAREZ CUESTA, H., “El ingreso mínimo vital en la encrucijada”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 9, n° 2, 2021, pp. 247-248. Sobre la garantía multinivel del derecho a la Seguridad Social, puede consultarse AMAADACHOU KADDUR, F., *La prestación no contributiva del Ingreso Mínimo Vital. Configuración y régimen jurídico*, Aranzadi, 2022, pp.27-31.

<sup>5</sup> En primer lugar, la propia Exposición de Motivos del derogado Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, justificaba la necesidad de implementar un mecanismo de garantía de ingresos de ámbito nacional, “articulado a partir del mandato que el artículo 41 de la Constitución Española otorga al régimen público de Seguridad Social para garantizar la asistencia

llo Sostenible incorporados a la denominada *Agenda 2030*, en concreto, el Objetivo 1 titulado “*fin de la pobreza*”, cuya meta consiste “poner en práctica a nivel nacional sistemas y medidas apropiadas de protección social para todos, incluido niveles mínimos, y, para 2030, lograr una amplia cobertura de los pobres y los vulnerables”, que enlaza con el Objetivo 2 “*Hambre cero*” y el Objetivo 10 relativo a la “*Reducción de las desigualdades*”.

Tras diversas revisiones desde su aprobación, la nueva regulación del IMV es la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital. En esta norma se incorpora en su preámbulo la perspectiva de la discapacidad teniéndose así en cuenta la recomendación realizada al Gobierno de España por parte del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>6</sup>. El objeto de estudio de esta comunicación consiste en analizar las mejoras introducidas por la nueva regulación en el

---

y prestaciones suficientes antes situaciones de necesidad, asegura un determinado nivel de rentas a todos los hogares en situación de vulnerabilidad con independencia del lugar de residencia”. En segundo lugar, la justificación del derecho a un mínimo vital es el principio de igualdad, reconocido en la Constitución Española de 1978 como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1 CE). “Una segunda justificación del derecho a un mínimo vital es el principio de igualdad, también reconocido en la Constitución española de 1978 como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1 CE). El principio de igualdad en nuestros días no debe ser entendido solamente como prohibición de la discriminación (igualdad formal) sino que ha de ser entendido también como igualdad material, es decir, como equiparación en las condiciones reales de la existencia, finalidad para la que puede ser necesario establecer normativamente un trato diferenciado. De esa forma, el aseguramiento de las condiciones materiales mínimas de la existencia es necesario para conseguir la igualdad real de todos los individuos de una comunidad”. CARMONA CUENCA, E., “El derecho a un mínimo vital con especial referencia a la Constitución Española de 1978”, en *Estudios Internacionales*, 2012, n° 172, p. 65.

<sup>6</sup> Así queda recogido en el Preámbulo de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital: “(...) es preciso tener en cuenta que desde el año 2008 se encuentra en vigor en España la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, y que en sus Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España (2019) el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad expresa su preocupación sobre los niveles altos de pobreza entre la población de personas con discapacidad, y en particular entre las mujeres con discapacidad, debido a la falta de acceso al mercado laboral, los ingresos más bajos y la falta de apoyos a la discapacidad y recomienda a España que garantice que la estrategia nacional para la reducción de la pobreza incorpore la perspectiva de la discapacidad, incluyendo medidas específicas y partidas presupuestarias asignadas”.

régimen jurídico de la prestación de ingreso mínimo vital en relación con las personas con discapacidad. Entre las mejoras introducidas destacamos el complemento del 22% para personas con discapacidad igual o superior al 65%, la compatibilidad entre el IMV y los ingresos obtenidos por cuenta propia y las modificaciones a la Ley General de Seguridad Social vigente en materia de prestaciones. Para ello, se considera conveniente abordar, en primer lugar, la situación sociolaboral de las personas con discapacidad y, en segundo lugar, tratar los rasgos principales de la prestación de IMV.

## 2. SITUACIÓN SOCIOLABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU RELACIÓN CON LA POBREZA Y EXCLUSIÓN SOCIAL

El IMV tiene como objetivo principal “*prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que vivan solas o integradas en una unidad de convivencia, cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes para la cobertura de sus necesidades básicas*” (art. 1 LIMV), esto es, reducir la pobreza, en particular la pobreza severa, y redistribuir la riqueza. Pero, ¿qué entendemos por pobreza y exclusión social? En la actualidad entendemos la pobreza como un fenómeno multidimensional<sup>7</sup>, que ha evolucionado del enfoque común como falta de recursos

---

<sup>7</sup> PÉREZ FOGUET, A., “Pobrezas multidimensionales”, en *Oikonomics: Revista de economía, empresa y sociedad*, n° 16, 2021, p. 2. Se puede acceder en el siguiente enlace: [Pobrezas multidimensionales \(uoc.edu\)](https://www.uoc.edu/revistas/revista-de-economia-empresa-y-sociedad/numero-16-2021/pobrezas-multidimensionales). Accedido el 14 de enero de 2023. Identifica el autor que es habitual caracterizar a la persona pobre por alguna magnitud económica tipo renta per cápita. Sin embargo, no se puede determinar de forma precisa el nivel de lo “necesario para vivir” o la “calidad de vida razonable”, y considera que los valores de renta media (u otras medidas de las distribuciones) son insuficientes para indicar la pobreza en conjuntos poblacionales. Entiende que es necesario medir la pobreza en dos etapas: primero, identificar de quienes son pobres y quienes no, y la agregación de la cantidad de pobreza que tienen dichos pobres. La identificación exige la definición de un umbral sobre la cantidad que se utiliza para caracterizarla, valor que se conoce como línea de pobreza. Mientras que la agregación exige disponer de una magnitud agregable poblacionalmente, por ejemplo, la diferencia entre el valor de la línea de pobreza en renta real de cada uno de los pobres. Añade que un indicador clásico es el utilizado actualmente para el seguimiento del objetivo de desarrollo sostenible 1.1 la erradicación de la pobreza extrema.

para disfrutar de una calidad de vida mínima<sup>8</sup> hacía una visión como privación de desarrollo humano individual<sup>9</sup>. En cambio, por exclusión social entendemos “la acumulación de procesos concluyentes con rupturas sucesivas que, arrancando del corazón de la economía, la política y la sociedad, van alejando e «inferiorizando» a personas, grupos, comunidades y territorios con respecto a los centros de poder, los recursos y los valores dominantes”<sup>10</sup>. Por consiguiente, estamos ante dos conceptos con significado distinto pero interrelacionados en la medida en que ambos sitúan a las personas o colectivos afectados en una situación de desventaja social y desigualdad. La Unión Europea identifica algunos grupos poblacionales como especialmente vulnerables a la pobreza y/o exclusión social, entre cuales, se cuentan las personas con discapacidad<sup>11</sup>. Según el Observatorio Estatal de la Discapacidad, basándose en el estudio del informe emitido por la Oficina Estadística de la Unión Europea (Eurostat), casi el 30% de la

---

<sup>8</sup> Concepto introducido por Benjamín Seebohm Rowtree, a través de su libro publicado en el año 1901, *La pobreza. Un estudio de la vida urbana*. Según ROWTREE, la pobreza se configura cuando el total de ingresos disponibles no satisface el mínimo necesario para la subsistencia. Esta idea inspiró la creación por el Banco Mundial de la línea de pobreza, o umbral de pobreza, que es “el costo monetario de un nivel de bienestar de referencia para una persona dada, en un momento y un lugar dados”.

<sup>9</sup> Visión introducida por Amartya Sen.

<sup>10</sup> QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., “La vulnerabilidad económica y la exclusión social como riesgo social específico protegido por el sistema de Seguridad Social”, en *V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Ediciones Laborum, 2021, p. 780. El término “exclusión social” surgió en Francia en los años 70 y se atribuye a René Lenoir. En los años 80 se generalizó su uso y fue definido “como una situación sobrevenida, que sitúa a la persona fuera de su participación en la sociedad”. La autora expone la definición actual de la exclusión social con base en el concepto elaborado por Jordi Estivill.

<sup>11</sup> La Comisión Europea identifica como grupos poblacionales especialmente vulnerables al riesgo de pobreza: los niños, los jóvenes, los padres de familias monoparentales, los hogares con personas dependientes, los inmigrantes o descendientes de inmigrantes, ciertas minorías étnicas (como los gitanos) y las personas con discapacidad. También se refiere a la perspectiva de género, destacando que las mujeres son propensas estar más en riesgo de pobreza y exclusión que los hombres. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo de las regiones. La plataforma europea contra la pobreza y la exclusión social: un marco europeo para la cohesión social y territorial. COM/2010/0758. Puede consultarse en [EUR-Lex-52010DC0758-ES \(europa.eu\)](http://eur-lex.europa.eu/lexuris/ui.do?uri=CELEX:32010DC0758&lang=es).

población con discapacidad de la Unión Europea está en riesgo de pobreza o exclusión social<sup>12</sup>.

El interés por la pobreza y la exclusión social se ha intensificado a raíz de las consecuencias generadas por la crisis sanitaria originada por la Covid-19, pero cuya relevancia existía con anterioridad debido a la convergencia de diversos factores socioeconómicos, socioculturales y políticos<sup>13</sup>. La pobreza y la exclusión social constituyen un riesgo de carácter social, esto es, generalizado, dado que es susceptible de afectar a una multitud de personas individuales y colectivos y de producirles daños que no pueden reparar por sí mismos y con sus propios medios, siendo necesario que los poderes públicos actúen aportando soluciones a este riesgo<sup>14</sup>. En el IMV, el riesgo específico protegido es la situación de vulnerabilidad económica, caracterizada por la carencia de ingresos suficientes para cubrir las necesi-

---

<sup>12</sup> El estudio de Eurostat, correspondiente a 2021, revela que, con carácter general, el 21,7% de la población de la Unión Europea se encuentra en riesgo de pobreza o exclusión social. En relación con las personas con discapacidad, señala que “en 2021, el 29,7% de la población de la UE de 16 años o más con discapacidad estaba en riesgo de pobreza o exclusión social en comparación con el 18,8% de las personas sin discapacidad”. Los países europeos que muestran mayores tasas de población con discapacidad en riesgos de pobreza o exclusión social, se sitúan en primer lugar Bulgaria con un 45,3%, Rumanía con un 44,2%, seguido de Letonia con un 41,2%. En España, el porcentaje de población de 16 años o más con discapacidad en riesgo de pobreza o exclusión social se sitúa en el 33%, esto es, tres puntos más que la media europea. Consultado en el siguiente enlace: [Casi el 30 por 100 de la población con discapacidad de la UE está en riesgo de pobreza o exclusión social – Observatorio Estatal de la Discapacidad \(observatoriodeladiscapacidad.info\)](#). Accedido el 14 de enero de 2023.

<sup>13</sup> Como factores socioeconómicos destacamos, entre otros, la globalización económica, la incidencia de la denominada Cuarta Revolución industrial, el cuestionamiento del concepto tradicional de trabajo, la alta desigualdad en la distribución de la renta entre hogares, el envejecimiento de la población sin trabajo o con trabajos precarios o pensiones reducidas. Como componentes socioculturales mencionamos tales como la diversificación de la estructura de los hogares y de los modelos de familia, la variable de género, los fenómenos migratorios, la evolución del sistema de valores de las personas. Por último, como elementos relacionados con la política, en concreto, la política social, señalamos la insuficiente protección social ofrecida, la ausencia o insuficiencia de una política estatal de garantía última de ingresos junto con la heterogeneidad de los modelos de políticas de rentas mínimas autonómicas. QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., “La vulnerabilidad económica y la exclusión social como riesgo social específico protegido por el sistema de Seguridad Social”, *op.cit.*, p. 784.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 780.



dades básicas a efectos de llevar una vida digna, a través de la cual se mide el riesgo social general de pobreza y exclusión social<sup>15</sup>.

En 2019, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas<sup>16</sup> manifestó su preocupación sobre los altos niveles de pobreza entre la población con personas con discapacidad, especialmente las mujeres con discapacidad debido a la falta de acceso al mercado de trabajo, los ingresos más bajos y la falta de medidas de apoyo a la discapacidad y recomendó al Estado español que garantizase que la estrategia nacional para la reducción de la pobreza incorporase la perspectiva de discapacidad, incluyendo medidas específicas y partidas presupuestarias concretas. En la actual Estrategia nacional de prevención y lucha contra la pobreza y la exclusión social 2019-2023<sup>17</sup>, identificamos como primera meta estratégica “Combatir la pobreza”, que plantea el desarrollo de políticas destinadas a prevenir y proteger de la pobreza a las personas más vulnerables, especialmente la infancia. Aunque el colectivo de las personas con discapacidad en edad adulta no aparece específicamente nombrado dentro de las metas, objetivos y líneas de actuación de la estrategia nacional mencionada, a nadie escapa que representa un colectivo que no solamente se encuentra en situación de vulnerabilidad económica, sino que se encuentra en situación de especial vulnerabilidad, por ende, doble vulnerabilidad<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> *Ídem*. Compartimos junto con la autora QUINTANILLA NAVARRO que la situación de vulnerabilidad económica constituye un riesgo social específico protegido por el IMV, sin perder de vista la cita de MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ INIESTA, G., TRILLO GARCÍA, A. R. que califican de riesgo general a la pobreza y la exclusión social severa, en MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ INIESTA, G. Y TRILLO GARCÍA, A. R.: *El Ingreso Mínimo Vital*, Colección Trabajos de Investigación, Murcia, Ediciones Laborum, 2021, p. 28.

<sup>16</sup> El Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas es el órgano de expertos independientes encargado de supervisar la aplicación de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. La recomendación (53) aparece en las observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España. Documento recuperado en el enlace: [Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España, CRPD/C/ESP/CO/2-3 \(13 de mayo de 2019\) \(cedid.es\)](#), p. 13.

<sup>17</sup> Aprobada por Acuerdo de Consejo de Ministros el 22 de marzo de 2019. Su contenido se encuentra disponible en el siguiente enlace: [Estrategia nacional de prevención y lucha contra la pobreza y la exclusión social 2019-2023 \(mdsocialsa2030.gob.es\)](#). Accedido el 08 de enero de 2023.

<sup>18</sup> ROMERO RODENAS, M.J. y SMINTINICA, C., “El nuevo ingreso mínimo vital y personas con discapacidad: compatibilidad entre actividad laboral y prestaciones

Es necesario detenernos ante la situación sociolaboral de las personas con discapacidad para comprobar si estamos ante un colectivo que se encuentra ante un mayor riesgo de pobreza y exclusión social. Además, se ha de tener en cuenta la disponibilidad de un contexto socioeconómico adecuado, es decir, se ha de valorar factores, entre otros, como la nutrición, la detección precoz, el acceso a un sistema sanitario y educativo especializado, el seguimiento médico, las ayudas para la adaptabilidad, el acceso gratuito a prótesis, su inserción en el mundo laboral, la investigación, la asistencia personal, etc., ya que todos ellos pueden mejorar la situación de las personas con discapacidad. Mientras que, si el acceso a alguna o todas de estas prestaciones es limitado o restringido, las personas con bajos recursos tienen un riesgo mayor de caer en la pobreza y/o en la exclusión, porque estas personas y sus hogares deben asumir los costes extraordinarios que se derivan de su discapacidad. Hay que añadir a todo esto los prejuicios sociales y la discriminación que sufren estas personas que dificultan enormemente su inserción en el mundo social y laboral y, lo que es muy significativo, hace que tengan menos representatividad y presencia política<sup>19</sup>.

Según los últimos datos del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) sobre el “Empleo de las personas con discapacidad”, correspondientes al año 2021<sup>20</sup> había 1.929,400 personas con discapacidad en edad de trabajar (de 16 a 64 años), lo que supuso el 6,3% de la población total en edad laboral. En relación con las tasas de actividad, empleo y paro en relación con el colectivo de las personas con discapacidad hay que destacar su baja participación en el mercado de trabajo. En 2021 su tasa de actividad aumentó 0,3 puntos y se situó en el 34,6%, siendo la diferencia un 43,1 puntos inferior a la de la población sin discapacidad. La tasa de empleo fue del 26,9%, más de 39 puntos inferior a la de las personas sin discapacidad. Esta tasa aumentó 0,2 puntos respecto a 2020. Por su parte, la tasa de paro superó

---

sociales públicas”, *op.cit.*, p. 286.

<sup>19</sup> 12º Informe: El Estado de la Pobreza. Seguimiento de los indicadores de la Agenda UE 2030. 2015-2021, elaborado por la Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social en el Estado Español (EAPN-ES), publicado en octubre de 2022, p. 180. Se puede acceder a su contenido en el siguiente enlace: [Informe AROPE sobre el Estado de la Pobreza en España | Descargas \(eapn.es\)](#). Desde 2018, la EAPN-ES incluye en estos informes anuales un capítulo sobre las condiciones de vida de las personas con discapacidad. Último acceso el 09 de enero de 2023.

<sup>20</sup> Se han consultado los datos en [epd\\_2021.pdf \(ine.es\)](#). Accedido el 08 de enero de 2023.

en casi ocho puntos a la de la población sin discapacidad (22,5% frente a 14,7%). Respecto al año 2020, la tasa de paro aumentó 0,3 puntos, mientras que en las personas sin discapacidad disminuyó 0,7 puntos.

La participación laboral está muy determinada por el tipo e intensidad de la discapacidad. La tasa de actividad para el grado de menor intensidad fue del 54,2% en 2021 y disminuyó hasta el 12,2% para el grado superior. Hay que tener en cuenta que, dentro del colectivo de personas con discapacidad, existe un grupo con especiales dificultades para encontrar empleo, entre cuales se cuentan las personas con parálisis cerebral, las personas con enfermedad mental, las personas con discapacidad intelectual igual o mayor al 33% o con discapacidad física o sensorial igual o mayor al 33%<sup>21</sup>.

Teniendo en consideración el factor salario, según los últimos datos del INE correspondientes al año 2020<sup>22</sup>, el salario medio anual bruto de los trabajadores por cuenta ajena con discapacidad fue un 17,8% menor que la población sin discapacidad. Las mayores discrepancias salariales aparecen cuando se considera el tipo de discapacidad. Así, los salarios más elevados correspondieron a los trabajadores con discapacidad física y sensorial, mientras que los trabajadores con discapacidad intelectual y mental percibieron los salarios más bajos.

Según los resultados del 12º Informe titulado “El Estado de la Pobreza. Seguimiento de los indicadores de la Agenda UE 2030.2015-2021”, publicado en octubre de 2022, podemos observar que la tasa AROPE<sup>23</sup> en relación

---

<sup>21</sup> Artículo 3.1 a) y b) del RD 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo. ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “Hacia un ingreso mínimo vital más inclusivo con las personas con discapacidad”, en *V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Ediciones Laborum, 2021, p. 921.

<sup>22</sup> Se han consultado los datos en [Microsoft Word-SPD 2020 final.docx \(ine.es\)](#). Accedido el 08 de enero de 2023.

<sup>23</sup> AROPE o en sus siglas en inglés “At Risk Of Poverty and/or Exclusion) es un indicador creado por la Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social. En marzo de 2010 la UE presentó la comunicación de la Comisión titulada “Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, en la que se recogían los objetivos necesarios para el crecimiento económico y social de los Estados miembros durante la década. En este sentido, España adoptó como objetivo “reducir entre 1.400.000 y 1.500.000 (en el periodo 2009-2019) el número de personas en riesgo de pobreza y exclusión social de acuerdo con un indicador agregado que incluye a personas que viven por debajo del umbral de pobreza (pobreza relativa); personas que sufren privación material

con las personas con discapacidad correspondientes al año 2021 pone de manifiesto, un año más, que las personas con discapacidad soportan un riesgo de pobreza y/o exclusión mucho más elevada en relación con las personas sin discapacidad, siendo esta no una cuestión coyuntural sino estructural. En el año 2021, la tasa AROPE fue del 33 %, esto es, prácticamente una de cada tres personas con discapacidad está en riesgo de pobreza o exclusión. Si bien en el año 2021 se aprecia una reducción de la distancia entre ambas tasas (las cifras para las personas sin discapacidad han aumentado en 1,2 puntos, mientras que las de las personas con discapacidad han disminuido en 2,4 puntos) pasando de una diferencia del 12,1% en el año 2020 a una del 8,5 % en 2021, lo cierto es que se ha producido un ligero deterioro de las personas con discapacidad desde el año 2015 (año de inicio de la Agenda 2030), cuando la tasa AROPE era del 31,5 %, es decir, que se ha incrementado en 1,5 puntos.

Al considerar el sexo y la edad, se observan las siguientes variaciones en la tasa AROPE en 2021. Respecto al sexo, el comportamiento de la tasa AROPE entre las personas con discapacidad muestra una mayor tendencia al empobrecimiento de los hombres. Sin embargo, para el año 2021, la tendencia se ha invertido y las mujeres presentan una mayor tasa de pobreza y/o exclusión social que los hombres, con cifras del 33,9% y del 31,8% respectivamente. Este cambio es debido a la mayor disminución de la tasa masculina (del 35,9% al 31,8%) que se ha reducido en 4,1 puntos, mientras que la femenina lo ha hecho solo en 1,2 puntos (35,1% al 33,9%). En relación con la edad, y en un contexto de incremento de las rentas, la tasa AROPE en personas con discapacidad se reduce entre las más jóvenes y, en cambio, aumenta entre las personas mayores, sometidas a una pensión fija. Así, para el año 2021, mientras que la tasa para las personas de 65

---

severa y personas que viven en hogares con una intensidad de empleo baja o nula”. Con el propósito de verificar el cumplimiento del acuerdo, se definió el indicador AROPE, así como una metodología normalizada para su cálculo anual en cada uno de los países de la UE. El indicador AROPE supone una ampliación del indicador de pobreza relativa al combinarlo con la privación material severa y la baja intensidad en el trabajo de los hogares, recogiendo así el carácter multidimensional de la pobreza y la exclusión social. Desde 2011, la Red de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social (EAPN-ES en España) analiza cada año la evolución del indicador AROPE en España y el grado de cumplimiento de los compromisos españoles en su Informe El Estado de la Pobreza. MALGESINI, G. y ALGUACIL DENCHE, A., “Una década perdida en el desarrollo social de España. Hacia una estrategia integral de lucha contra la pobreza”, *Gaceta sindical, reflexión y debate*, nº 31, 2018, pp. 385-388.

años o más es del 25,2 %, (se aprecia un incremento desde el 16,5% del año 2015 al 25,2% actual), para las personas con discapacidad entre 18 y 64 años es del 38,2 % (se aprecia una reducción desde el 45% en 2015 al actual 38,2 %).

Respecto de la tasa de riesgo de pobreza<sup>24</sup>, el informe señala que para el año 2020, el 23,1% de las personas con discapacidad está en riesgo de pobreza. Este porcentaje se reduce hasta el 19,4% de las personas sin discapacidad. En cuanto a la tasa de pobreza severa<sup>25</sup> para el año 2021 es de 10,3% entre las personas con discapacidad, lo que supone 1,3 puntos más que la registrada entre las personas con discapacidad. Los datos de pobreza severa entre la población con discapacidad mantienen un incremento de baja intensidad, pero constante desde el año 2008. En relación con la tasa de privación material y social severa<sup>26</sup>, hay que señalar que los datos señalan que las personas con discapacidad no sólo que sufren de una privación severa más alta entre las personas sin discapacidad, sino que también muestran más variabilidad, esto es, que se ven más afectadas por los cambios socioeconómicos, con importantes incrementos y descensos. Para el año 2021, la tasa de privación material y social entre las personas con discapacidad es del 13% y para las personas sin discapacidad es del 5,8%. Ambas han experimentado un leve descenso en comparación con el año anterior. Por último, el BITH<sup>27</sup> actual de las personas con discapacidad es del 19,6%,

---

<sup>24</sup> La “tasa de riesgo de pobreza” es el porcentaje de personas que viven en hogares cuya renta disponible por unidad de consumo es inferior al umbral de riesgo de pobreza. Para el año 2021, el umbral de riesgo de pobreza se fijó en 9.535 €.

<sup>25</sup> La “pobreza severa” agrupa a aquellas personas que viven en hogares con un ingreso inferior al 40% de la renta mediana nacional que, en términos absolutos, equivale a 530 € mensuales por unidad de consumo.

<sup>26</sup> Estar en “privación material severa” implica vivir en un hogar que no se puede permitir, como poco, cuatro de los nueve conceptos de consumo básico que establece la UE: 1) no puede permitirse ir de vacaciones al menos una semana al año; 2) no puede permitirse una comida de carne o pescado al menos cada dos días; 3) no tienen capacidad para afrontar gastos imprevistos (de 650 €); 4) no puede permitirse mantener la vivienda con una temperatura correcta; 5) no puede permitirse disponer de un coche; 6) ha tenido retrasos en el pago de gastos relacionados con la vivienda principal (hipoteca o alquiler, luz, agua...) o en compras a plazos; 7) no puede permitirse disponer de un teléfono; 8) no puede permitirse disponer de un televisor; 9) no puede permitirse disponer de lavadora.

<sup>27</sup> El indicador BITH se refiere a las personas entre 0 y 64 años (en la anterior metodología era hasta 59 años) que viven en hogares en los cuales se trabaja menos del 20% de su potencial total de empleo.

y se encuentra en su mínimo histórico al haber descendido un 10,2 punto porcentual en los últimos dos años.

En definitiva, la conclusión del informe consiste en que la población con discapacidad presenta valores extraordinariamente más elevados en la tasa de AROPE, pobreza, pobreza severa, privación material y BITH que el resto de la población y estas diferencias se mantienen para todos los años. Aunque en el año 2021 se ha producido un ligero descenso de todos los indicadores que, a excepción del caso del BITH, no son suficientes para volver a las cifras del 2015 o reducirlas. La situación socioeconómica de las personas con discapacidad empeora si se tiene en cuenta el tipo de discapacidad, por ejemplo, es el caso de las personas con discapacidad intelectual<sup>28</sup> o mental<sup>29</sup>.

A la luz de las aseveraciones del estudio sobre el estado de la pobreza en España correspondiente al año 2021, los datos recabados del informe de empleo de las personas con discapacidad y los datos sobre el salario de los trabajadores por cuenta ajena con discapacidad podemos inferir que

---

<sup>28</sup> ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “Hacia un ingreso mínimo vital más inclusivo con las personas con discapacidad”, en *Seguridad Social para todas las personas: La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social*, V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Ediciones Laborum, 2021, p. 922. La autora hace referencia al VIII Informe FOESSA “Discapacidad. La exclusión no es solo de pobres” (2019).

<sup>29</sup> ROMERO RODENAS M.J., *La compatibilidad del trabajo con las prestaciones de Seguridad Social*, Bomarzo, 2019, pp. 15 y ss. DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C., *Compatibilidad entre prestaciones sociales por discapacidad y empleo. Un medio para lograr la inserción laboral de las personas con enfermedad mental grave*, Aranzadi, 2016, pp.51- 55. El autor señala que el colectivo de personas con discapacidad mental presenta dificultades singulares para la inserción laboral que “suelen ser de naturaleza y dimensiones múltiples, variables individualmente a lo largo del tiempo entre unas y otras personas y, en conjunto, bastante diferentes a las que afectan a los miembros de otros colectivos con dificultades de empleo”. Estas dificultades derivan de las políticas institucionales diferenciadas en cuatro tipo de problemas interrelacionados: el efecto desincentivador de determinadas políticas sociales, como es el caso de las pensiones que funcionan habitualmente como un factor disuasorio, competitivo frente al empleo; la infradotación de los recursos materiales y humanos destinados a apoyar el empleo de las personas con discapacidad mental; la falta de recursos formativos y laborales específicos para el colectivo y las políticas institucionales que subvencionan principalmente cursos cortos de formación para desempleados y en mucha menor medida cursos de especialización para proseguir con su itinerario formativo que facilite su inserción laboral.

las personas con discapacidad se enfrentan a un mayor riesgo de pobreza y/o exclusión social y mayores dificultades de inserción social y laboral, acusándose la situación en el caso de las personas con discapacidad intelectual y mental. Hasta el momento, nuestro sistema de protección social ha tratado de atender estas dificultades y necesidades de este colectivo mediante los distintos niveles de protección de la discapacidad en materia de Seguridad Social, esto es: 1) el sistema especial de prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad que no se encuentran incluidas en el sistema de Seguridad Social; 2) el sistema contributivo de Seguridad Social y 3) los servicios sociales para las personas con discapacidad y sus familias<sup>30</sup>. Diversas medidas tales como: prestaciones contributivas de incapacidad permanente, pensiones de orfandad de las personas con incapacidad para trabajar, pensión no contributiva de invalidez, asignaciones económicas por hijo a cargo, pensiones asistenciales a enfermos del Fondo Nacional de Asistencia, prestaciones sociales y económicas derivadas de la Ley de Integración Social de Minusválidos<sup>31</sup>, prestaciones económicas y servicios de atención a la dependencia, rentas mínimas de inserción de las Comunidades Autónomas, han sido adoptadas para la protección del colectivo de discapacidad, pero estas medidas resultan insuficientes dado que, en general, no tienen en cuenta el sobrecoste económico que genera la discapacidad<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> ROMERO RODENAS, M. J., y SMINITINICA C., “De la Seguridad Social para prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social: su especial consideración a personas con discapacidad”, *IusLabor* 2/2021, p. 189.

<sup>31</sup> ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M., “La inexorable relación entre las prestaciones no contributivas y la discapacidad”, en *Seguridad Social para todas las personas: La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social*, V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Ediciones Laborum, 2021, pp. 223-227. El autor hace un recorrido de la protección social de las personas con discapacidad externa a la Seguridad Social, tomando como punto de partida las pensiones asistenciales de 1960, para abordar la segunda etapa que viene marcada por la Ley de Integración de los Minusválidos (LISMI) hasta las prestaciones sociales de 2013. Para un estudio más detallado, véase MALDONADO MOLINA, J.A., “Las pensiones no contributivas” en MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., (Dir.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Tomo II, Ediciones Laborum, 2017, pp. 285-304.

<sup>32</sup> ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “Hacia un ingreso mínimo vital más inclusivo con las personas con discapacidad”, *op.cit.*, p. 922.

### 3. PRINCIPALES RASGOS DEL INGRESO MÍNIMO VITAL

En mayo de 2020, se creó y reguló el denominado IMV a través del actualmente derogado RD-ley 20/2020, de 29 de mayo. La normativa vigente es la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital<sup>33</sup> (en adelante LIMV). El IMV, desde su implementación en nuestro ordenamiento jurídico hasta la aprobación de la normativa vigente fue objeto de hasta siete modificaciones<sup>34</sup>, debido a que la urgencia con la que se creó en su momento provocó una norma deficiente que encerraba defectos en su regulación motivados, por un lado, por los vacíos legales y, por otro, los preceptos que invocan su posterior desarrollo reglamentario<sup>35</sup>. Las distintas modificaciones realizadas en relación con el IMV en un tiempo relativamente corto (2 años), inevitablemente han generado cierta inseguridad jurídica, tanto para las personas beneficiarias y titulares de la prestación como para las entidades implicadas en su reconocimiento y gestión, dada la ausencia de una estructura administrativa correspondiente y la recurrente remisión al desarrollo reglamentario<sup>36</sup>. Pese a sus defectos

---

<sup>33</sup> Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital. Puede consultarse en el BOE núm. 304, de 21 de diciembre de 2021, con fecha de entrada en vigor el 1 de enero de 2022: [BOE.es-BOE-A-2021-21007 Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital.](#)

<sup>34</sup> Las distintas modificaciones del IMV fueron llevadas a cabo mediante: DF 5ª del RD-Ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo; DA 11ª del RD-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, por el que se regula el trabajo a distancia; DF 5ª del RD-Ley 30/2020, de 29 septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo; DF 5ª del RD-Ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria; Resolución de 16 de diciembre de 2020, de la Intervención General de la Administración del Estado (BOE núm. 330, de 19 diciembre de 2020); Artículo 3 del RD-Ley 3/2021, 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico; y, por último, DA 11ª y DT 5ª de la Ley 10/2021, de 9 de julio, sobre trabajo a distancia, que convalida el RDL 28/2020.

<sup>35</sup> TRILLO GARCÍA, A.R., “La gestión del Ingreso Mínimo Vital. Algunas cuestiones sobre su problemática”, en *Seguridad Social para todas las personas: La protección de la Seguridad Social en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social*, V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, 2021, p.1248.

<sup>36</sup> DE VAL TENA, A.L., “El Ingreso Mínimo Vital y su caracterización jurídica”, en *Seguridad Social para todas las personas: La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social*, V Congreso



jurídico-técnicos, existe consenso en la doctrina científica<sup>37</sup> que la implementación del IMV en nuestro ordenamiento constituye un avance en el perfeccionamiento de nuestro sistema de Seguridad Social, lo cual implica un paso más en la senda de nuestro particular Estado de Bienestar o Estado social, según se prefiera.

La nueva Ley se estructura en nueve capítulos, cuarenta y un artículos, diez disposiciones adicionales, ocho disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, doce disposiciones finales y cuatro anexos<sup>38</sup>. Un apunte de técnica legislativa y atendiendo a la vocación de permanencia del IMV, se considera conveniente incluir la regulación consolidada del IMV en el RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Su incorporación a la normativa básica de Seguridad Social no implica una tarea complicada ni exige una reordenación integral del articulado, dado que su ubicación sería en el último de los Títulos, en concreto el Título VI, junto a las demás prestaciones no contributivas, en un capítulo propio en el que se recogiera el contenido de la LIMV de 2021. Esta operación servirá para subsanar la deficiencia de técnica legislativa del IMV y contribuirá a dotar la prestación de mayor visibilidad y estabilidad institucional<sup>39</sup>. En relación con el contenido de la nueva normativa del IMV conviene señalar que, en su mayor parte, coincide con la anterior normativa, aunque se incluyen cier-

---

Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Ediciones Laborum, 2021, p. 810.

<sup>37</sup> Por todos, GARCÍA MURCIA, J., “El ingreso mínimo vital en España: caracterización general y algunos puntos críticos”, en GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), *El ingreso mínimo vital en el sistema de protección social*, KRK Ediciones, Oviedo, 2022, p. 11.

<sup>38</sup> Los cuatro anexos incluyen: el primero contempla la escala de incrementos para el cálculo de la renta garantizada según el tipo de unidad de convivencia para el ejercicio 2020; el segundo incluye la escala de incrementos para el cálculo del límite de patrimonio aplicable según el tipo de unidad de convivencia; en el tercero se establece que el límite de test de activos para un adulto será de 6 veces la renta garantizada, con una escala de incrementos igual a la del anexo II, según el tipo de unidad de convivencia; y, por último, el cuarto anexo contempla los límites de renta y patrimonio para los beneficiarios del ingreso mínimo vital por situación de vulnerabilidad económica del año 2022.

<sup>39</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., “Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación”, *op.cit.*, p.44 y GARCÍA ROMERO, B., “Régimen jurídico de las distintas prestaciones implícitas en el Ingreso Mínimo Vital: prestación principal, prestaciones accesorias y prestaciones complementarias”, *op.cit.*, p. 836.

tas novedades en relación con su régimen jurídico por parte de la LIMV, que pasaremos a analizar más adelante deteniéndonos en el colectivo de las personas con discapacidad, dado que ese es nuestro objeto de estudio, pero no antes de que nos referiremos, aunque en términos más generales, a los principales rasgos configuradores del IMV.

### 3.1. *Concepto y naturaleza del IMV*

El IMV queda configurado como una prestación social pública de carácter económico, de cuantía determinada y abono mensual, que forma parte de la acción protectora del sistema público de Seguridad Social, en su modalidad no contributiva<sup>40</sup>. Por consiguiente, no estamos ante una prestación de carácter asistencial, ni tampoco ante una prestación técnica de servicios sociales, aunque requiera de prestaciones serviciales de carácter accesorio y que se utilice en su materialización de la colaboración activa de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales<sup>41</sup>, así como de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, las empresas colaboradoras y las entidades del Tercer Sector de Acción Social<sup>42</sup>. Estamos ante una prestación cuya naturaleza jurídica goza de las características básicas del nivel prestacional no contributivo de la Seguridad Social, tales como la tendencia a la universalidad, la automaticidad al no estar sujeta a requisitos de afiliación y cotización previa, la obligación del beneficiario de demostrar que se encuentra en la situación de necesidad social concebida

---

<sup>40</sup> DE VAL TENA, A.L., “El Ingreso Mínimo Vital y su caracterización jurídica”, en *Seguridad Social para todas las personas: La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social*, V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Ediciones Laborum, 2021, p. 809.

<sup>41</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., “Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, octubre 2020, n° 1, p. 43.

<sup>42</sup> Se trata de una modificación introducida por la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital. En concreto, la ampliación de las entidades que van a cooperar y colaborar con la Administración aparece en el art. 23 y Capítulo V de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre y en la DT 7ª de la misma norma, esta última requiere la acreditación de determinadas circunstancias para que puedan colaborar las Entidades del Tercer Sector en la gestión de la prestación del IMV.

por el legislador, la exigencia del requisito de residencia y la financiación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado<sup>43</sup>.

El IMV nace con la finalidad de garantizar a nivel estatal<sup>44</sup>, a través de la satisfacción de unas condiciones materiales mínimas, la participación plena de toda la ciudadanía en la vida social y económica. No encarna sólo una prestación de carácter económico, sino que a esta prestación económica principal se anuda una serie de prestaciones accesorias relacionadas con las políticas activas de empleo, de inserción en el mercado de trabajo y con las más amplias políticas de inclusión social<sup>45</sup>. Ello hace del IMV una prestación especialmente compleja<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> TRILLO GARCÍA, A.R., “Un primer apunte sobre el Ingreso Mínimo Vital”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 4<sup>o</sup> trimestre 2020, n<sup>o</sup> 25, p. 95.

<sup>44</sup> ESCRIBÁ PÉREZ, A.N., “La nueva prestación no contributiva: el Ingreso Mínimo Vital”, *IusLabor* 1/2021, p. 106. El Estado, en tanto garante del sistema público de Seguridad Social por mandato constitucional, debe garantizar la creación de mecanismos de este tipo (como el IMV) y, por tanto, proteger la dignidad de las personas lo que conlleva una clara intervención del Estado, como “obligación inequívoca de este y, por ende, del resto de poderes públicos vinculados al mismo”.

<sup>45</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., “Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación”, *op.cit.*, p. 46.

<sup>46</sup> GARCÍA ROMERO, B., “Régimen jurídico de las distintas prestaciones implícitas en el Ingreso Mínimo Vital: prestación principal, prestaciones accesorias y prestaciones complementarias”, en *Seguridad Social para todas las personas: La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social*, V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Ediciones Laborum, 2021, pp. 829-830. La autora enumera las siguientes razones que hacen especialmente complejo el IMV: primero por su concepción, esto es, que se configura como prestación de Seguridad Social pero que requiere la colaboración estrecha de los diversos agentes de inclusión social. Segundo, por su carácter condicionado, que exige la comprobación del cumplimiento de diversos requisitos no siempre fáciles de verificar. Tercero, por la excesiva remisión al desarrollo reglamentario y, por último, porque junto a la prestación económica básica, contempla otras prestaciones económicas transitorias, medidas de políticas activas de empleo y dos prestaciones de naturaleza no económica. Identificamos como prestaciones económicas transitorias las establecidas en la DT 1<sup>a</sup> de la LIMV (establecida inicialmente para 2020, prorrogada para 2021, y prorrogada luego para 2022) para los actuales beneficiarios de prestaciones familiares por hijo o menor a cargo sin discapacidad (con la finalidad de convertir tales prestaciones familiares en el IMV pero con la posibilidad de que los beneficiarios opten por la anterior), así como a personas beneficiarias de las rentas mínimas autonómicas (DT 1.13<sup>a</sup> LIMV) y la prestación excepcional de IMV prevista en la DT 3<sup>a</sup> por carencia de rentas en el

El IMV es, a tenor de lo dispuesto en el art. 2 LIMV, un derecho subjetivo perfecto, es decir, la prestación económica se percibirá siempre que se cumplan los requisitos de acceso, sin que dependa de la existencia de partidas presupuestarias suficientes<sup>47</sup>. El IMV es esencialmente una prestación de naturaleza económica que debe garantizar un nivel de vida digno a quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad económica en los términos establecidos en la norma reguladora (art. 2 LIMV).

### 3.2. Características principales del IMV

Las principales características que presenta el IMV se concretan en el art. 3 LIMV, y son: garantizar una renta mínima de cuantía variable, diferenciación de los tipos de beneficiarios, la duración de la prestación, el tránsito hacia la plena inclusión y su carácter intransferible.

En primer lugar, el IMV es una prestación destinada a garantizar un nivel mínimo de renta, que cubre la diferencia entre la suma de los recursos económicos de la persona interesada o de los miembros de la unidad de convivencia y la cuantía de la renta garantizada para cada supuesto en los términos contemplados en el art. 13 LIMV. Teniendo en cuenta esta premisa, la determinación de la cuantía es compleja. Además, en su determinación se ha de contemplar una serie de situaciones especiales, tales como, de convivencia monoparental, atendiendo al grado de parentesco o a la existencia de violencia de género, la convivencia con personas dependientes en grado 3 y en situación de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez, situaciones de guarda compartida; también se contempla la posibilidad de establecer incrementos en la cuantía de la prestación por

---

año en curso. Las prestaciones accesorias variaran en función de las características del individuo: para algunos será el acceso a oportunidades educativas, para otros, la incorporación al mercado de trabajo o, la solución de una condición sanitaria determinada. Como medidas adicionales a las de inserción se contempla otros beneficios sociales complementarios: la exención de aportación en la prestación farmacéutica ambulatoria a las personas beneficiarias del IMV (DF 3ª del RD-Ley20/2020) y la exención del pago de precios públicos por servicios académicos universitarios durante el curso 2020/2021 (DT 5ª RD-Ley 20/2020).

<sup>47</sup> ROMERO RODENAS, M.J. y SMINTINICA, C., “El nuevo ingreso mínimo vital y personas con discapacidad: compatibilidad entre actividad laboral y prestaciones sociales públicas”, *op.cit.*, p. 293.

gastos de alquileres de vivienda por la vía reglamentaria<sup>48</sup>. En segundo lugar, otra característica identificativa del IMV es la distinción *ex lege* entre personas beneficiarias<sup>49</sup> porque su acción protectora se articula diferenciando según se dirija a un beneficiario individual (art. 4 LIMV) o a una unidad de convivencia (art.6 LIMV) atendiendo, en este último caso, a su estructura y características específicas, y otros beneficiarios en situaciones especiales (art. 7 LIMV)<sup>50</sup>. Por otro lado, los titulares de la prestación que será quien finalmente la perciba en nombre propio o en el de la unidad de convivencia (arts. 5 y 9 LIMV). La duración de la prestación es otro de los elementos claves de la prestación de IMV y al respecto la norma prevé que “*se prolongará mientras persista la situación de vulnerabilidad económica y se mantengan los requisitos que originaron el derecho a su percepción*”. En otros términos, estamos ante una prestación cuya duración es indeterminada condicionada a los presupuestos exigidos legalmente<sup>51</sup>.

En cuarto lugar, otra de sus notas identificativas reside en su carácter de transitoriedad<sup>52</sup>, dado que el IMV se configura como “*una red de protección dirigida a permitir el tránsito desde una situación de exclusión a una de participación en la sociedad*”. Para ello, contendrá en su diseño incentivos al empleo y a la inclusión, articulados a través de diferentes fórmulas de cooperaciones entre administraciones (arts. 31 y 32 LIMV). Por último y, en quinto lugar, se trata de una prestación intransferible. Este es un rasgo común del conjunto de prestaciones incluidas en nuestro sistema público de Seguridad Social. Al tratarse de una prestación intransferible implica que no puede ofrecerse en garantía de obligaciones, como tampoco puede ser objeto de cesión total o parcial, compensación o descuento, retención o embargo, salvo en los supuestos y con los límites establecidos en el art. 44 de la LGSS.

---

48 AMAADACHOU KADDUR, F., *La prestación no contributiva del Ingreso Mínimo Vital. Configuración y régimen jurídico*, op.cit., p. 37.

49 DE VAL TENA, A.L., “El Ingreso Mínimo Vital y su caracterización jurídica”, op.cit., pp. 820-221.

50 AMAADACHOU KADDUR, F., *La prestación no contributiva del Ingreso Mínimo Vital. Configuración y régimen jurídico*, op.cit., p. 37.

51 PÉREZ DEL PRADO, D., “Funciones y disfunciones del Ingreso Mínimo Vital”, en *Seguridad Social para todas las personas: La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social*, V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Laborum, 2021, p. 955.

52 AMAADACHOU KADDUR, F., *La prestación no contributiva del Ingreso Mínimo Vital. Configuración y régimen jurídico*, op.cit., p. 37.

#### **4. MEJORAS CONTENIDAS EN LA NUEVA REGULACIÓN DEL INGRESO MÍNIMO VITAL EN RELACIÓN CON LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

Vistas algunas características generales del IMV, a continuación, nos ocuparemos de las modificaciones introducidas por la nueva Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el ingreso mínimo vital en relación con las personas con discapacidad.

##### ***4.1. Reconocimiento en la cuantía del IMV de un complemento del 22% para los beneficiarios que tengan un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%***

El IMV consistirá en una prestación económica que se fijará y se hará efectiva mensualmente (art. 12 LIMV) mediante transferencia bancaria (art. 14.2 LIMV). La cuantía mensual no es una cantidad fija, sino que vendrá dada por la diferencia entre la cuantía de la renta garantizada correspondiente a cada caso y el conjunto de los ingresos y rentas de la persona beneficiaria o de los miembros que componen la unidad de convivencia del ejercicio anterior, y siempre que la cuantía resultante sea igual o superior a 10 euros mensuales (art. 13.1 LIMV). De conformidad con el art. 13.2 a) LIMV se considera renta garantizada en el caso de una persona beneficiaria individual, la cuantía mensual de renta garantizada ascenderá al 100 % del importe anual de las pensiones no contributivas fijadas anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, dividido por doce. Añade la norma que a esta cantidad se sumará un complemento equivalente a un 22% en el supuesto de que el beneficiario tenga un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%. Estamos ante una mejora legal del ingreso mínimo vital en relación con la situación de las personas con discapacidad cuyo grado es igual o superior al 65%. Se trata de una protección adicional cuyo objetivo no es otro que contribuir a proteger a un grupo de personas dentro del sector de la población con discapacidad que resulta especialmente vulnerable. Para el ejercicio 2023, la cuantía anual de renta garantizada en el caso de una persona beneficiaria individual asciende a 6.784,44 euros/años, más el 22% señalado, lo que arroja un total de 8.277,00 euros/anuales. La cuantía mensual en 2023 para una persona beneficiaria individual es de 565,37 € y si al tener un grado de discapacidad igual o superior al 65% habrá que añadir el complemento del 22%, esto es, 124,38 euros/mes (un total de 689,75 euros/mes).

En cambio, se si trata de personas con una discapacidad que se sitúa en la horquilla entre el 65% y el 74%, la nueva regulación supone que el afectado podrá recibir parte del IMV, en concreto la cuantía que resta entre el importe de su prestación específica y el IMV especial, si no tienen ningún otro ingreso. Sin embargo, en el caso de las personas con discapacidad muy grave, esto es, igual o superior al 75%, no podrán nunca lucrar el IMV, ya que este quedara siempre absorbido por el importe superior de la ayuda específica<sup>53</sup>.

#### ***4.2. El incentivo al empleo para las personas con discapacidad beneficiarias del IMV: compatibilidad entre trabajo e IMV***

El IMV permite la percepción de la prestación económica con la realización de un trabajo tanto por cuenta propia como por cuenta ajena. Y ello es así porque, si bien el IMV se establece como una prestación suelo para garantizar un nivel básico de suficiencia económica, el espíritu esencial de la norma va más allá de la prestación dineraria y debe servir de trampolín para facilitar el tránsito de un estado de pobreza y exclusión hacia una situación que permita a las personas desenvolverse mejor en la sociedad<sup>54</sup>. Además, con ello, se trata de evitar que sus beneficiarios queden estancados en una situación de dependencia permanente del régimen de protección social<sup>55</sup>.

La LIMV en su art. 11. 4 establece la compatibilidad de la percepción del IMV con las rentas de trabajo o la actividad económica por cuenta propia de la persona beneficiaria individual o, en su caso de uno o varios miembros de la unidad de convivencia en los términos reglamentarios que se establecerán. En el marco del dialogo social del desarrollo reglamentario, el legislador exige a las organizaciones empresariales y sindicales más organizativas prestar especial atención a la participación de las personas con discapacidad y las familias monoparentales.

---

<sup>53</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “El ingreso mínimo vital y las prestaciones no contributivas de protección a la familia”, en GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), *El ingreso mínimo vital en el sistema español de protección social*, Oviedo, KRK Ediciones, 2022, p. 243.

<sup>54</sup> GARCÍA MURCIA, J., “El ingreso mínimo vital en España: caracterización general y algunos puntos críticos”, en GARCÍA MURCIA, J. (Dir.). *El ingreso mínimo vital en el sistema español de protección social*, Oviedo, KRK Ediciones, 2022, p. 27.

<sup>55</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., “El derecho social al Ingreso Mínimo Vital”, *Temas Laborales*, n° 158, 2021, p.52.

La tutela e integración social de las personas con discapacidad en la sociedad española y su mercado de trabajo deriva del deber impuesto por el constituyente de 1978 a través del art. 49 CE que obliga a los poderes públicos de elaborar y llevar a efecto las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Esta obligación resulta del derecho a la igualdad de oportunidades que, de acuerdo con el art. 9.2 CE, deben garantizar los poderes públicos a todos los ciudadanos a través de la promoción de las condiciones necesarias para que esa igualdad sea efectiva, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Asimismo, en el ámbito del empleo el principio de igualdad de oportunidades para estas personas en el acceso y el mantenimiento del empleo constituye uno de los objetivos de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad<sup>56</sup>. El enfoque en el tratamiento de la discapacidad engloba la perspectiva consolidada a nivel internacional, que parte de la consideración de esta circunstancia desde los derechos humanos, mediante la garantía de estas personas de la igualdad de oportunidades y la no discriminación. La integración laboral de las personas con discapacidad se puede llevar a cabo bien mediante el empleo protegido o a través del empleo ordinario<sup>57</sup>, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena.

La compatibilidad entre el IMV y el trabajo por cuenta propia y ajena responde a una de las críticas más recurrentes que recibe este tipo de prestación, que no es otro que el efecto perverso para desincentivar la búsqueda

---

<sup>56</sup> Artículo 1 del RD-legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que dispone el objeto de la ley: “a) *Garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.* b) *Establecer el régimen de infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*”.

<sup>57</sup> ALONSO-OLEA GARCÍA, B., “El empleo protegido y ordinario de los trabajadores con discapacidad: la perspectiva del derecho interno español”, *Panorama social*, n° 26, 2017, pp. 58 y ss.



da de empleo o incentivar el trabajo en la economía sumergida. En esta tónica, existe la creencia de que, por un lado, al percibir una renta mínima, se corre el riesgo de que los beneficiarios pierdan interés por encontrar empleo y salir de su situación de pobreza o que, por otro lado, al encontrar un empleo, las personas beneficiarias prefieran mantenerlo en la economía sumergida para no perder o ver reducir la prestación. Este fenómeno es lo que los expertos denominan “la trampa de pobreza”<sup>58</sup>. Compartimos la idea de que este tipo de afirmaciones sólo sirven para estigmatizar las rentas mínimas y, por ende, a sus beneficiarios, pero no creemos que las cuantías garantizadas del IMV sean por sí mismas un desincentivo suficiente a la incorporación en el mercado de trabajo<sup>59</sup>.

En todo caso, el legislador con el fin de evitar posibles abusos y fomentar la participación en el mercado de trabajo de los beneficiarios del IMV, ha puesto en marcha una política estratégica a través del desarrollo reglamentario de varios mecanismos para conseguir su integración y/o consolidación en el mercado laboral<sup>60</sup>. Para impulsar el tránsito desde una situación de exclusión a una de participación en la sociedad la LIMV establece que el ingreso mínimo vital contendrá en su diseño incentivos al empleo y a la inclusión social atribuidos con el fin de evitar la “trampa de pobreza”. A los efectos que aquí interesa, destacamos la aprobación del RD 789/2022, de 22 de septiembre, por el que se regula la compatibilidad del IMV con los ingresos procedentes de rentas del trabajo por cuenta ajena o propia<sup>61</sup>. Su aprobación responde al mandato previsto en el art. 11.4 de

---

<sup>58</sup> CHABANNES, M., “El Ingreso Mínimo Vital y el desafío de la inserción Sociolaboral”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n° 33, 2022, pp.82-83.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>60</sup> *Ídem*. Nos referimos, por un lado, a los RD 938/2021, de 26 de octubre y RD 378/2022, de 17 de mayo, a través de los cuales el gobierno impulsa proyectos piloto implementados por Comunidades Autónomas, entidades locales y del Tercer Sector para el despliegue de itinerarios de inclusión sociolaboral vinculados al IMV. Por otro lado, para responder al mandato de la DA 1ª de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, el legislador ha regulado mediante el RD 636/2022, de 26 de julio, el Sello de Inclusión Social para las empresas y entidades que contratan a los beneficiarios del IMV.

<sup>61</sup> Real Decreto 789/2022, de 27 de septiembre, por el que se regula la compatibilidad del Ingreso Mínimo Vital con los ingresos procedentes de rentas del trabajo o de la actividad económica por cuenta propia con el fin de mejorar las oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias de la prestación. BOE, número 233, de 28 de septiembre de 2022, con entrada en vigor el 1 de enero de 2023.

la LIMV y, cumple, además, con el hito de Reforma 5 del Componente 22 del Plan de Recuperación y Resiliencia<sup>62</sup>. Por consiguiente, a través del RD 789/2022, de 27 de septiembre, se establece un incentivo al empleo vinculado al ingreso mínimo vital mediante un régimen de compatibilidad de la prestación económica con los ingresos procedentes de rentas de trabajo o de la actividad económica por cuenta propia. Este incentivo ha entrado en vigor el 1 de enero de 2023 y “busca la no desincentivación a incorporarse al mercado laboral o a poder incrementar el número de horas en el caso en el que el individuo esté trabajando porque hace que no pierda un euro de prestación, sino menos, por cada euro que se incrementan los salarios por un incremento en la oferta laboral”.

Hay que señalar que la compatibilidad del IMV con el trabajo existía con anterioridad a esta norma reglamentaria, pero, hasta ahora, las rentas de trabajo actuaban como recorte de la prestación de IMV, ya que el salario recibido se restaba de la prestación. En cambio, a partir de la entrada en vigor del RD, el beneficiario que se incorpora al mercado de trabajo o mejora sus condiciones laborales en el caso de que ya esté trabajando verá garantizada que su renta disponible sea superior a la que habría tenido sin incentivo, con un incremento que se va moderando a medida que aumentan los rendimientos de trabajo. Al incremento de renta por percepciones salariales, se fija un porcentaje exento del cómputo de ingresos y rentas que se toman en consideración para determinar la situación de vulnerabilidad económica de la persona beneficiaria o, en su caso, de la unidad de convivencia.

Para activar el incentivo, las personas beneficiarias deberán reunir los siguientes requisitos: a) haber sido beneficiarias del IMV en el año anterior a la aplicación de la revisión de la prestación; b) mantener el derecho a la percepción de la prestación el 1 de enero del ejercicio en el que se vaya a realizar la revisión de la prestación; c) incrementar sus ingresos procedentes de rendimientos del trabajo por cuenta ajena o propia respecto del año en que se tuvo en cuenta para el cómputo de sus ingresos.

La determinación del importe de la renta exenta será según la aplicación de tres tramos (art. 4 y Anexo III del RD 789/2022, de 27 de septiembre): tramo 1 – hasta el 60% de la renta garantizada. En este primer tramo, al preceptor del IMV que registra un incremento de sus ingresos del trabajo por cuenta ajena o propia que alcance el 60% de la cuantía del IMV, no

---

<sup>62</sup> Según queda recogido en el Preámbulo del RD 789/2022.

se efectuará ninguna reducción, sino que el incentivo le proporcionará un aumento de su renta disponible del mismo importe; tramo 2- entre el 60% y el 100% de la renta garantizada.

En este segundo tramo, el porcentaje excluido del cómputo para el cálculo del IMV varía entre un 20% y un 40% en función de tres parámetros: i) la relación previa con el mercado de trabajo, en este sentido el incentivo es más alto para las personas que desde una situación de desempleo se incorporan al mercado de trabajo que aquellos que ya están trabajando; ii) la composición de la unidad de convivencia: las familias monoparentales y las personas con discapacidad reciben un mayor incentivo; iii) la presencia o no de menores a cargo. Las unidades de convivencia que cuentan con uno o varios menores a su cargo cuentan también con un mayor incentivo. Por otro lado, el porcentaje aplicado dependerá de la inclusión o no de ingresos procedentes del trabajo o actividad por cuenta propia en el ejercicio fiscal previo al ejercicio fiscal anterior al año de la revisión. Cuando el ejercicio fiscal previo no incluya ingresos procedentes del trabajo para ninguna de las personas en la unidad de convivencia, serán aplicados los siguientes porcentajes: i) en el supuesto de beneficiarios individuales o en el de unidades de convivencias compuestas solo por adultos, el porcentaje de exención será del 30%; ii) en el caso de unidades de convivencia compuestas por más de un adulto con uno o varios menores a cargo, el porcentaje de exención será del 35%; iii) en el supuesto de unidades de convivencia compuestas por una persona adulta con uno o varios menores a cargo o en el supuesto de beneficiarios individuales o unidades de convivencia a las que se les aplica el complemento de discapacidad en el IMV, el porcentaje de exención será del 40%.

Por el contrario, si en el ejercicio fiscal anterior al año de la revisión, el perceptor del IMV hubiera obtenido ingresos procedentes del trabajo, serán aplicados uno de los siguientes porcentajes: i) en el caso de beneficiarios individuales o en el de unidades de convivencia compuestas exclusivamente por personas adultas, el porcentaje de exención será del 20%; ii) en el supuesto de unidades de convivencia compuestas por más de un adulto con uno o varios menores a cargo, el porcentaje de exención será del 25%; iii) en el caso de unidades de convivencia compuestas por un adulto con uno o varios menores a cargo, el porcentaje de exención será del 30%. Este mecanismo se ha graduado de tal manera para que el incentivo sea más alto para las personas que salgan de una situación de desempleo, para los hogares con menores a su cargo, para las familias monoparentales, para los hogares con menores a su cargo y para las familias que conviven con personas con discapacidad igual o superior al 65%, es decir, se tratan de

colectivos de personas con especiales dificultades de acceder y mantenerse en el mercado laboral.

En el tercer tramo – superior al 100% de la renta garantizada-, el importe de los incrementos de los ingresos previstos, que supere la cuantía de la renta garantizada de la unidad de convivencia, no se excluirá del cómputo para el cálculo del IMV. En este supuesto, la persona ya no tendría derecho a percibir el IMV, pero sí recibirá el incentivo al empleo que consistiría en la diferencia entre la renta mínima garantizada y dicho aumento menos el máximo bonificable en el segundo tramo.

Estos porcentajes podrán ser modificados mediante orden ministerial para la determinación del importe de renta exenta en el caso de que el Ministerio lo estime necesario, según la evaluación del impacto del incentivo sobre la participación de las personas beneficiarias del IMV en el mercado laboral (art. 6 y DF3ª del RD 789/2022, de 27 de septiembre). Hay que señalar que el incentivo no es una prestación nueva ni independiente del IMV, por tanto, el receptor del IMV no tendrá que realizar ningún trámite ante la administración, ya que este se activará de oficio por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social, cuando disponga de los datos fiscales del ejercicio anterior y detecte cambios en los ingresos de trabajo.

#### ***4.3. Modificaciones introducidas por la LIMV al texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre que afectan a las personas con discapacidad***

Las principales modificaciones introducidas por la LIMV en relación con las personas con discapacidad que modifican la Ley General de Seguridad Social (LGSS) están relacionadas con la protección no contributiva de la familia, esto es, las prestaciones por hijo o menor a cargo y las ayudas específicas por nacimiento y adopción de hijo. La aprobación del IMV vino a mutar la prestación económica por hijo o menor a cargo. Esta variación normativa pretende suprimir por una parte la asignación económica por hijo o menor a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33%, al quedar esta absorbida por el IMV, aunque antes de su desaparición definitiva está regulada por disposiciones transitorias, que pretendemos resumir a continuación. De otra parte, la LGSS prevé la prestación económica por hijo o menor a cargo sólo en favor de los padres, acogedores o guardadores de menores con discapacidad, recogida en el art. 351 a) LGSS, modificado por RD-Ley 20/2020, perfeccionado por el RD-Ley 30/2020 y consolidado por la LIMV. En primer lugar, veremos las novedades intro-

ducidas por la DF4 LIMV en la LGSS y, en segundo lugar, analizaremos el reconocimiento del complemento de ayuda para la infancia a los beneficiarios de la asignación económica por hijo o menor a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33% prevista en la DA 10ª LIMV.

Entre las modificaciones que introduce la LIMV en la Ley General de Seguridad Social destaca, en primer lugar, la modificación del art. 351 b) que contempla “una prestación económica de pago única a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres o padres con discapacidad”. Se trata de una ayuda familiar, de pago único e importe de 1000 euros (cuantía mantenida por la Ley 31/2023, de 23 de diciembre).

También queda modificado el art. 352.2 LGSS que dispone que serán beneficiarios de la asignación económica los huérfanos absolutos, menores de 18 años y sean personas con discapacidad en grado igual o superior al 33% o los mayores de edad y que sean personas con discapacidad en grado igual o superior al 65% (art. 352.2 a) LGSS modificado por la DF 4ª LIMV), ampliándose así el número de beneficiarios. En relación con los hijos (menores o mayores de edad) y los menores acogidos con discapacidad igual o superior al 33%, continuarán generando nuevas prestaciones en los términos y cuantías fijadas en la nueva norma. En este sentido, bastará con que el hijo este a cargo, para lo cual habrá de depender económicamente del beneficiario, condición que no se pierde por el mero hecho de realizar un trabajo por cuenta propia o ajena siempre que persista la convivencia y por esa actividad laboral no se perciban ingresos anuales superiores al 100%. Es exige por la norma el cumplimiento de los requisitos tales como que el beneficiario resida en territorio nacional y que no tenga derecho a una prestación de la misma naturaleza en otro régimen público. La cuantía de la prestación por hijo o menor a cargo con discapacidad queda modificada en los términos del art. 353 LGSS que se fijará anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Esta remisión advierte de una cuantía general y otra específica para “el supuesto de hijo a cargo mayor de dieciocho años, con un grado de discapacidad igual o superior al 75 por ciento y que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”. Sin embargo, la LPGE para 2023 (DA 36ª Ley 31/2022, de 23 de diciembre) mantiene los tres niveles de protección que anteriormente fueron recogidos en el RD-Ley 20/2020, con ligeras actualizaciones de las cuantías en los dos últimos niveles.

En cuanto a la asignación por hijo y cuidado de menor a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33%, el régimen jurídico es más complejo debido a que no se elimina sin más del ordenamiento jurídico, sino que se establecen disposiciones transitorias debido a la situación generada por la pandemia, cuyo objetivo consistió en llegar con premura a las personas y hogares más necesitado. Es lo que se ha venido a llamar IMV transitorio. En este sentido, la ley prevé una regla especial de integración de la prestación por hijo a cargo en el IMV para quienes han disfrutado del IMV transitorio (DT 1ª LIMV) a lo largo del año 2020 y del 2021, dándose las circunstancias de que a fecha de 31 de diciembre de 2021 no cumplan los requisitos para mantenerlo<sup>63</sup>. A este respecto, hay que señalar lo establecido en la DA 10ª de la LIMV, que establece el complemento de ayuda para la infancia a los beneficiarios de la asignación económica por hijo o menor a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33%. El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) reconocerá de oficio hasta abril de 2022 el complemento de ayuda para la infancia en los supuestos de unidades de convivencia de los actuales beneficiarios de la asignación económica por hijo o menor a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33%, que reúnan una serie de requisitos si el importe del IMV que les corresponde es igual o superior al importe de la asignación económica que viniera recibiendo. Los requisitos a cumplir son: a) ser beneficiario de la asignación económica por hijo o menor a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33%; b) que la unidad de convivencia esté constituida, exclusivamente por el beneficiarios de una asignación económica por hijo o menor a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33%, el otro progenitor en caso de convivencia, y los hijos o menores a cargo causantes de dicha asignación por hijo a cargo; c) que los ingresos y patrimonio de dicha unidad de convivencia, correspondiente al ejercicio anterior, en los términos previstos por el art. 20 LIMV, sean inferiores al 300% de los umbrales del anexo I y el patrimonio neto no exceda del 150% de los límites fijados en el anexo II, cumpliendo el test de activos definido en el anexo III; d) que concurren el resto de requisitos exigidos para el acceso al complemento de ayuda a la infancia; e) que el complemento de ayuda a la infancia que le corresponda sea igual o superior que el importe de la prestación por hijo a cargo que viniese percibiendo.

---

<sup>63</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “El ingreso mínimo vital y las prestaciones no contributivas de protección a la familia”, *op.cit.*, pp. 260-261.

Si se tiene acceso en estas condiciones al IMV transitorio se “suspende” la prestación por hijo a cargo, por ser ambas incompatibles entre sí. Dado que el INSS notificara a los interesados la situación a efectos de que opten entre una de ellas, el plazo a manifestar la opción es de 30 días naturales desde la notificación de la resolución, y surtirá efectos desde la fecha de efectos económicos de la prestación de IMV, procediéndose, en su caso, a la correspondiente regularización económica. En caso de que no se ejercitase el derecho de opción, se entiende que se opta por el IMV. El derecho de retorno, también debe entenderse que asiste a quienes eran beneficiarios de la asignación económica por hijo a cargo, a los que el INSS no hubiera notificado de oficio la concesión del IMV transitorio pese a cumplir los requisitos. En estos casos, pueden los interesados solicitar el IMV transitorio hasta el 31 de diciembre de 2020, y si se les reconoce mantendrán en los mismos términos que los concedidos de oficio el derecho al retorno a la prestación familiar para el caso de no cubrir los requisitos del IMV en los términos indicados hasta el 31 de diciembre de 2022<sup>64</sup>. Para concluir, a partir de enero de 2023, se entiende que el IMV transitorio deviene en ordinario y se pierde el derecho definitivo a la asignación por hijo a cargo, aunque en el futuro la unidad de convivencia deje de cumplir los requisitos para el acceso al IMV. En cambio, si no llega a producirse ese tránsito por el IMV ordinario porque se produce la opción por la prestación familiar antes del 31 de diciembre de 2022, se perpetuará el derecho a la prestación por hijo a cargo hasta que dejen de concurrir los requisitos y proceda su extinción siendo el régimen jurídico aplicable en función de la “norma vigente al tiempo de su presentación”.

## 5. CONCLUSIÓN

La situación socioeconómica de las personas con discapacidad evidencia que se trata de un colectivo propenso a encontrarse en mayor riesgo de pobreza y/o exclusión social, lo cual requiere la adopción de medidas por parte de los poderes públicos que les aseguren una vida decente y su integración en la sociedad. Con la finalidad de prevenir el riesgo de pobreza y la desigualdad, el Gobierno nacional empujado por la situación generada por la pandemia aprueba el ingreso mínimo vital en mayo de 2020, una prestación creada con vocación permanente y no sólo coyuntural. En un principio, en la aprobación del IMV el colectivo de personas con discapa-

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 264.

cidad no ha sido especialmente considerado, pero tras la lucha por parte del movimiento asociativo (en especial CERMI y Plena inclusión) se ha conseguido en la nueva regulación mejoras legislativas en relación con las personas con discapacidad, que se concretan tanto en medidas económicas (vg. el complemento del 22%, el incremento de la escala de ingresos y patrimonio según la unidad de convivencia, etc.), como en medidas de inserción laboral. Al respecto, se señala el incentivo al empleo que en el desarrollo reglamentario se gradúa con la finalidad de que sea más elevado para las personas con discapacidad con más dificultades para acceder al mercado laboral.

Las mejoras introducidas por la nueva LIMV en relación con las personas con discapacidad consideramos acertadas y necesarias, pero aun insuficientes para conseguir erradicar la pobreza y la exclusión social que acecha este colectivo, especialmente si se tiene en cuenta el tipo y grado de discapacidad.



## *El fracaso de los ajustes razonables en la legislación española*

**ELVA RODRÍGUEZ RUIZ**

*Departamento de Terapia Ocupacional Centro Superior de Estudios  
Universitarios La Salle Universidad Autónoma de Madrid;  
Email de contacto: elva.lasallecampus.es*

**ENCARNACIÓN SERRANO REINA**

*Departamento de Patología y Cirugía. Universidad Miguel Hernández  
de Elche; Unidad Funcional de la Mano de Alicante.*

Este artículo trata de identificar las causas del fracaso del efectivo cumplimiento de la normativa sobre los ajustes razonables en España.

Analiza cronológicamente la legislación y la jurisprudencia que emana del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los ajustes razonables en relación con los trabajadores a los que, tras una larga enfermedad, les ha sido reconocida una discapacidad, y aquellos a los que les es reconocida una incapacidad permanente. Esta situación viene determinada por la existencia de varias dificultades que se analizan de acuerdo al siguiente esquema:

- Primera dificultad: la razonabilidad frente a la desproporción.
- Segunda dificultad: los titulares del derecho a los ajustes razonables
- Tercera dificultad: relación entre discapacidad e incapacidad laboral en España
- Cuarta dificultad: el alcance de los ajustes razonables.
- Quinta dificultad: incongruencia entre la normativa nacional laboral y el derecho europeo en materia de discapacidad.

En ellas se constata la divergencia entre la legislación española y la europea y se identifican las contradicciones existentes entre ambas normativas de acuerdo al espíritu de la Convención de Derechos de las personas con discapacidad.

Para finalizar, se proponen diversas alternativas que podrían solucionar la compleja situación en la que nos encontramos al tratar de implementar ajustes razonables en España:

Primera- Transponer adecuadamente el artículo 5 Directiva 2000/78 en su literalidad. Desarrollar un Reglamento que permita precisar el alcance de los ajustes razonables.

Segunda- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2 sobre la suspensión con reserva del puesto de trabajo, modificar el artículo 49 apartado primero del Estatuto de los Trabajadores en el sentido de establecer que la situación de incapacidad permanente total para el puesto de trabajo no conlleve una extinción automática del contrato sin un previo informe.

Tercera- Incluir entre las obligaciones de las mutuas de trabajo colaboradoras con la Seguridad Social la de emitir un informe vinculante para la adaptación del puesto mediante los ajustes razonables y que el trabajador sea evaluado en la posibilidad de continuar desarrollando su actividad profesional.

Cuarta- Modificar el artículo 32, párrafo tercero, apartado segundo del Reglamento general de inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas de los trabajadores<sup>1</sup>, en el sentido de modificar la extinción en el plazo de 3 días naturales a contar desde el día siguiente de la extinción del contrato por reconocimiento de incapacidad permanente total, haciendo preceptivo el informe de la mutua y exigiendo la comunicación al trabajador.

Quinta- Establecer las ayudas públicas pertinentes para favorecer la realización de dichos ajustes razonables por las empresas.

Sexta- Establecer las sanciones por incumplimiento de los informes vinculantes a través de las Mutuas de trabajo.

Séptima- Modificar la terminología laboral ya que no ha experimentado el mismo cambio frente a la relacionada con la discapacidad, que sí ha pasado de un modelo biomédico a otro social. El término “minusvalía” ha sido desplazado por el de “discapacidad”, sin embargo, aún nos referimos a “incapacidad” o “invalidez” frente al término “aptitud modificada”, por ejemplo.

---

<sup>1</sup> Real Decreto 84/1996 de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

Octava- Incorporar la figura del Terapeuta Ocupacional como profesional experto en la ergonomía y adaptación del puesto de trabajo en los equipos multidisciplinares que realizarían los informes vinculantes con las mutuas de trabajo como así existe en otros países.

En definitiva, establecer políticas de retorno al trabajo incidiendo en la prevención, en crear las condiciones saludables, y en acomodar las exigencias del trabajo a las verdaderas capacidades del trabajador y adecuar los binomios razonabilidad/proporcionalidad, enfermedad/discapacidad, así como incapacidad/ despido objetivo.

## **EL FRACASO DE LOS AJUSTES RAZONABLES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA**

Tras analizar la normativa internacional, europea y su transposición española sobre los ajustes razonables laborales, se desprende la existencia de una falta de coherencia que impide su eficacia. Dificultan su aplicación principalmente tres elementos: ser un concepto jurídico indeterminado, la evolución del concepto de discapacidad y nuestra normativa laboral.

### ***Primera dificultad: la razonabilidad frente a la desproporción***

La interpretación de un concepto jurídico indeterminado requiere cierto margen de apreciación que supondrá favorecer la protección de los derechos que se reconocen, o la restricción de los mismos. Permite flexibilidad, pero implica inseguridad jurídica. La jurisprudencia entiende que los conceptos jurídicos indeterminados “precisan de la concreción adecuada a las circunstancias concurrentes en cada caso cuya valoración lleva a una única solución justa, jurisdiccionalmente controlable, sin que propicien soluciones alternativas propias de la discrecionalidad”<sup>2</sup>. A pesar de ello, ya en el año 2008, la profesora Lisa Waddinton publicó un estudio en el que describía el reto que suponía para los Estados miembros la interpretación del binomio ajuste razonable y carga desproporcionada concluyendo que el ajuste será razonable si cumple con ciertos

---

<sup>2</sup> Un importante sector de la doctrina española encabezado por Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, defienden que los conceptos jurídicos indeterminados suponen que existe una única solución justa mientras que otros, como Miguel Beltrán de Felipe, ponen el acento en el margen de discrecionalidad.

requisitos, esto es, no impone dificultades o costes excesivos para quien tiene el deber de ajustar, es efectivo y permite realizar las actividades que originaron la solicitud, y si no impone inconvenientes o costes excesivos al sujeto pasivo. Afirmaba que lo contrario sería desproporcionado o indebido e identificaba la necesidad de homogeneizar las interpretaciones por parte del Tribunal<sup>3</sup>.

Hoy nos preguntamos ¿qué es razonable? ¿qué es desproporcionado ¿debe la empresa adaptar el puesto de trabajo que ocupaba un trabajador al que le ha sobrevenido una discapacidad? ¿y recolocarle en otro puesto dentro de la empresa?

El Convenio núm. 159 sobre readaptación profesional y el empleo (personas *inválidas*) y la Recomendación sobre la readaptación y empleo número 168 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>4</sup> enumeran medidas concretas y hacen referencia a la relevancia del alcance a todos los afectados con el fin de obtener y conservar el empleo. Destacan la necesidad de comenzar la readaptación médica y social lo antes posible y de forma cooperativa y coordinada.

En Estados Unidos, el concepto se define en la *American with Disabilities Act* (ADA)<sup>5</sup> y describe la adaptación funcional razonable como cualquier cambio o ajuste en un trabajo, entorno laboral o en la forma en que se hacen habitualmente las cosas<sup>6</sup>.

Un adecuado ajuste razonable puede ser garante de empleo, especialmente en trabajadores con una discapacidad sobrevenida y así, adaptar el puesto, las tareas, las herramientas, los procesos e incluso realizar una reubicación, permitirían mantener laboralmente activa a la persona que ha sufrido un menoscabo en su capacidad. Para ello serían necesarios dos elementos: un marco jurídico adecuado como un reglamento que permi-

---

<sup>3</sup> *Lisa Waddington* “When is reasonable for Europeans to be confused: Understanding when a disability accommodation is “reasonable” from a comparative perspective”. European Disability Forum. Maastrich University. The Netherlands 2008. Electronic copy available at: <https://ssrn.com/abstract=1128295>

<sup>4</sup> Organización Internacional del Trabajo. Recomendación núm. 168. Parte VII de la Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, 1955, págs. 24 y 25.

<sup>5</sup> *Americans with Disabilities Act of 1990 (ADA) as Amended Act of 2008*.

<sup>6</sup> Se puede obtener información sobre cómo determinar si una persona tiene o no una discapacidad bajo el ADA. Disponible en [<http://AskJAN.org/comer/vol05iss04.htm>].

tierra acotar los límites dentro de los cuales se pudiera exigir la adaptación de un puesto por parte del trabajador y su cumplimiento por el empleador, y profesionales expertos en este ámbito que informaran de la óptima solución a cada caso concreto. Este profesional es el terapeuta ocupacional por su dominio del análisis de la actividad y conocimientos de ciencia de la ocupación.

### ***Segunda dificultad: los titulares del derecho a los ajustes razonables***

Atendiendo a la evolución que ha tenido la interpretación del concepto “discapacidad”, comprobamos que también se incluye en él a las personas que adquieren esta condición durante el empleo o como consecuencia de una enfermedad que produce limitaciones de larga duración, lo que implicaría que ellas también serían las destinatarias de los potenciales ajustes. Abordaremos más adelante la problemática que se plantea al permitir nuestra normativa el despido por ineptitud sobrevenida.

### **Qué es enfermedad y qué discapacidad: un poco de historia**

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 11 de julio de 2006, C-13/05, Chacón Navas se recogía que la enfermedad en cuanto tal, no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación.

Posteriormente, la Convención de Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad<sup>7</sup> define los ajustes razonables como las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las **personas con discapacidad** el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Además, señala que los Estados partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, **incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo**, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de la legislación, entre ellas velar porque se realicen ajustes razonables **en el lugar de trabajo y promo-**

---

<sup>7</sup> Párrafo cuarto del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada mediante Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 (DO L 23, 27.1.2010, pp.35-61).

**ver programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo** dirigidos a personas con discapacidad<sup>8</sup>. Se deduce, por tanto, que los titulares del derecho a la adopción de ajustes razonables son las personas con discapacidad. Pero en el momento en el que se aprobó, la normativa comunitaria no recogía ese concepto de discapacidad ni se remitía al Derecho de los Estados miembros a efectos de su definición<sup>9</sup>, lo que obligó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a pronunciarse para una interpretación «autónoma y uniforme». Recordemos que la Convención de Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con Discapacidad es ratificada por la Unión Europea en el año 2011<sup>10</sup> y sus disposiciones entran a formar parte de su ordenamiento jurídico<sup>11</sup>. Fue después, cuando se realizaron los pronunciamientos en los que se interpreta y define el concepto de “discapacidad” y así, según reiterada jurisprudencia<sup>12</sup> debe entenderse referido a «una limitación derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores». Añade, además, que si bien se debe excluir una equiparación pura y simple de «enfermedad» y «discapacidad» sí se puede incluir en el concepto «cuando existe la probabilidad de que tal limitación sea de **larga duración**». Entendemos que un trabajador con enfermedad de larga duración, aun sin reconocimiento administrativo de su condición de discapacidad, tendría los derechos que reconoce la normativa respecto a la adopción de ajustes no desproporcionados.

---

<sup>8</sup> Letras i) y k) del artículo 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada mediante Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 (DO L 23, 27.1.2010, pp.35-61).

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 11 de julio de 2006, C-13/05, Chacón Navas, apartados 39, 44, 45 y 48.

<sup>10</sup> Ratificada por la Unión Europea el 5 de enero de 2011 convirtiéndose en la primera organización internacional en ser parte oficial en la Convención.

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 1974, Haegeman, 181/73, Rec. P.449, apartado 5.

<sup>12</sup> Véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de abril de 2013 (TJCE 2013, 1222; HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartado 38 y de 11 de septiembre de 2019 (TJCE 2019, 184), Nobel Plastiques Ibérica, C-397/18, EU:C:2019:703 (TJCE 2019, 184), apartado 41.

### ***Tercera dificultad: relación entre discapacidad e incapacidad laboral en España***

La discapacidad en España es un término del orden social mientras que la incapacidad lo es del ámbito laboral. Encontramos especial conflicto ante el problema de las bajas prolongadas, la previsible alteración de la capacidad del trabajador y su despido por causas objetivas sin los adecuados ajustes razonables.

Un trabajador puede tener una incapacidad temporal cuando por causa de enfermedad o accidente encuentra limitaciones para el ejercicio de su puesto de trabajo. Nuestro sistema le va a proteger por la pérdida de rentas mientras esté imposibilitado temporalmente para trabajar y reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social<sup>13</sup> ya que se prevé que en un plazo más o menos extenso llegue a su mejoría o curación. La estimación de la duración de una baja temporal puede ser muy corta, corta, media o larga dependiendo de si es inferior a cinco, treinta, sesenta o más días naturales,<sup>14</sup> pero sin sobrepasar el plazo máximo que es de 365 días naturales<sup>15</sup> prorrogables por otros 180 días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación. Son precisamente estas bajas prolongadas las que presentan una gran conflictividad. Analicemos su causa.

Durante la incapacidad temporal el trabajador está impedido para el trabajo<sup>16</sup> y cuenta con la protección jurídica que le otorga el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores que asegura el mantenimiento del vínculo contractual durante el periodo en el que no puede prestar servicio por estar enfermo. Al recibir el alta médica se verá obligado a reincorporarse

---

<sup>13</sup> El Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros sesenta y cinco días de su duración, introduce o mejora los mecanismos establecidos al objeto de aligerar los trámites y cargas burocráticas existentes en la actualidad para centrar los procesos de incapacidad temporal en la protección del trabajador afectado y en su pronta recuperación [...].

<sup>14</sup> La Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio desarrolla este Real Decreto y en su artículo 2 describe los procesos de incapacidad temporal en función de su duración estimada.

<sup>15</sup> Art. 169.1 a) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>16</sup> Art. 128,1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

a su actividad laboral<sup>17</sup>. El alta médica puede ser extendida por el médico de atención primaria que otorgó la baja e hizo el seguimiento (alta “evolutiva”) o tras el control por entidad competente, es decir, por la Inspección Médica del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), la Inspección Médica de las Comunidades Autónomas, o por el Equipo de Valoración de Incapacidades del INSS, ya que no puede extenderse una nueva baja por el médico de atención primaria por similar proceso si no han transcurrido 180 días desde este tipo de altas.

Por lo tanto, un trabajador que recibe el alta médica al agotar el plazo máximo debe incorporarse de forma inmediata a su trabajo, pero ¿qué ocurre si este trabajador tras una larga incapacidad laboral ha adquirido nuevos riesgos para su salud? tras una baja prolongada la empresa está obligada a valorar, a través de su médico de empresa o entidad de control de riesgos laborales, la aptitud del trabajador en la incorporación a su puesto de trabajo. Será entonces cuando el médico de empresa identifique la aptitud para las tareas concretas que el trabajador realiza, y si concluye que el trabajador está limitado para la realización de las funciones esenciales de su puesto, podrá serle aplicado el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores que contempla la extinción del contrato por causas objetivas<sup>18</sup>. Así pues, la ley prevé la ineptitud sobrevenida como causa de despido objetivo que se justifica por la necesidad de funcionamiento y solvencia de la empresa.

La cuestión que nos surge ahora es la siguiente: ¿debe la empresa adaptar el puesto de trabajo que ocupaba el trabajador antes de la aparición de su discapacidad o recolocarle en otro puesto dentro de la empresa? Recordemos que la Convención señala que la denegación de ajustes razonables es un motivo de discriminación.

---

<sup>17</sup> Art. 45 ET. Causas y Efectos de la suspensión. 1. El contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas: a) Mutuo acuerdo de las partes; b) las consignadas válidamente en el contrato; c) Incapacidad temporal de los trabajadores [...]. 2. La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo.

<sup>18</sup> Artículo 52 Estatuto de los Trabajadores: “El contrato podrá extinguirse: a) por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento” [...]. -



#### ***Cuarta dificultad: el alcance de los ajustes razonables.***

El artículo 2 párrafo tercero de la Convención de la ONU, sobre la discriminación por motivos de discapacidad incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

Nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 142/2021 de 3 de febrero, recoge en su fundamento jurídico tercero que la empresa ha de dar de baja en la Seguridad Social al trabajador cuyo contrato de trabajo se haya extinguido en el plazo de tres días naturales a contar desde el día siguiente a la extinción del contrato<sup>19</sup>. Sin embargo, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea parece que entra en contradicción con la nacional y así, una persona que es despedida por su falta de capacidad para desarrollar las funciones para las que fue contratado podría haber sido víctima de discriminación por motivos de discapacidad en el sentido de la Convención y la Directiva 2000/78 si no ha sido recolocada en otro puesto de trabajo. El motivo que subyace a la exigencia de efectuar ajustes razonables es conseguir un justo equilibrio entre las necesidades de las personas con discapacidad y las del empresario<sup>20</sup>.

En la reciente sentencia del Tribunal europeo sobre el asunto C-485/29, HR Rail, de 20 de febrero de 2022<sup>21</sup> se establece que el concepto de ajustes razonables para las personas con discapacidad implica que un trabajador, incluido el que realiza un periodo de prácticas, tras su incorporación, que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa **sea destinado a otro puesto para el que disponga de la competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas**, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para el empresario. El Abogado General del asunto HR Rail SA considera que el artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado en relación con los considerandos 17 y 20 de ésta, **debe entenderse en el**

---

<sup>19</sup> Con arreglo al segundo punto del apartado tercero del artículo 32 del Reglamento General de inscripción de empresas, y afiliación, altas y bajas de los trabajadores, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

<sup>20</sup> Así se recoge en las conclusiones del Abogado General Rantos en el asunto HR Rail SA (C-485/20, EU:C:2021:916), punto 56 que hace referencia a las conclusiones de la Abogada General Kokott en los asuntos acumulados HK Danmark (C-335/11 y C-337/11, EU:C:2012:775, punto 59) y del Abogado General Wahl presentadas en el asunto Z, (C-363/12, EU-363, EU:C:2013:604), punto 105.

<sup>21</sup> Sentencia TJUE (Sala Tercera) asunto C-485/29, HR Rail, de 20 de febrero de 2022.

**sentido de que prioritariamente y en la medida de lo posible la empresa debe realizar ajustes en el puesto de trabajo que ocupaba el trabajador antes de la aparición de su discapacidad.** El objetivo es, en efecto, en un enfoque basado en el concepto social de la discapacidad, adaptar el entorno de trabajo de la persona con discapacidad para que pueda participar de forma plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. **Esta adaptación exige que la empresa adopte, cuando sea posible, medidas prácticas destinadas a que la persona con discapacidad conserve su empleo.** Refuerza su argumento haciendo referencia a la sentencia de 11 de abril, HK Danmark (C-335/11 y C-337/11), donde el Tribunal de Justicia declaró que el considerando 20 de la Directiva 2000/28 realiza una enumeración no exhaustiva de medidas adecuadas, que pueden ser de orden físico, organizativo o educativo<sup>22</sup>. Este mismo Abogado se cuestiona si en la situación en la que una discapacidad no excluye a un trabajador de su vida profesional, **la empresa tiene la obligación, en la medida de lo posible, de recolocar al trabajador con discapacidad en otro puesto de trabajo dentro de la empresa.**

La respuesta, a su parecer, se encuentra en la sentencia de 11 de septiembre de 2019, Nobel Plastiques Ibérica (C-397/18, EU:C:2010:703)<sup>23</sup> que, aunque confirma la interpretación según la cual los ajustes razonables deben limitarse al puesto de trabajo ocupado, únicamente corresponde al órgano jurisdiccional nacional verificar si las adaptaciones realizadas fueron suficientes para ser consideradas ajustes razonables. Considera que el Tribunal de Justicia no se pronunció sobre el alcance del concepto «ajustes razonables», en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2000/78 y que además sólo reproduce el tenor de los considerandos 20 y 21 de la citada Directiva.

***Quinta dificultad: incongruencia entre la normativa nacional laboral y el derecho europeo en materia de discapacidad.***

Ante un despido objetivo por ineptitud sobrevenida el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 142/2021 de 3 de febrero, resuelve que la empresa ha de dar de baja en la Seguridad Social al trabajador cuyo contrato

---

<sup>22</sup> STJUE (Sala Segunda) de 11 de abril de 2013, C-335/11 y C-337/11) asuntos acumulados Danmark, apartado 49

<sup>23</sup> Sentencia de 11 de septiembre de 2019, Nobel Plastiques Ibérica (C-397/18, EU:C:2010:703) apartados 65, 68 y 69.

de trabajo se haya extinguido en el **plazo de tres días naturales** a contar desde el día siguiente a la extinción del contrato<sup>24</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia del tribunal europeo parece que entra en contradicción con la nacional y así, una **persona que es despedida por su falta de capacidad para desarrollar las funciones para las que fue contratado podría haber sido víctima de discriminación por motivos de discapacidad en el sentido de la Convención y la Directiva 2000/78 si no se han realizado ajustes razonables o demostrado su desproporción.**

Es evidente, por lo tanto, que la norma del artículo 49 párrafo primero letra e) del Estatuto de los Trabajadores que permite el despido, se debe poner en relación con en el momento histórico en el que fue promulgada, en 1980, antes de la entrada de España en la Comunidad Europea y mucho antes de la promulgación de la Directiva 2000/78 y de la Convención para las personas con discapacidad. En ese momento parece que solo se atendió al interés empresarial de prescindir, sin coste ni trámite alguno, del trabajador que había perdido su capacidad para trabajar y no a su interés o protección para preservar su derecho a la igualdad y a la no discriminación. En este sentido, la incongruencia de la norma es tan grande, que se ha llegado a plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial mediante auto de reciente remisión<sup>25</sup> para que se pronuncie sobre cuál debe ser el sentido de la interpretación del artículo 5 de la Directiva 2000/78 y de los artículos 2 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad dado que se opone a la aplicación de una norma nacional que establece como causa automática de extinción del contrato de trabajo la discapacidad del trabajador cuando este es declarado en situación de incapacidad permanente y total para su profesión habitual sin previsión de mejoría, y sin previo condicionamiento al cumplimiento por la empresa del mandato de adoptar “ajustes razonables” recogidos en el meritado art. 5 de la Directiva o justificar la carga excesiva de tal obligación.

También es razonable entender que la aplicación de la norma nacional en cuanto a la extinción automática del contrato por causa de discapacidad cuando es declarado en situación de incapacidad permanente total para su

---

<sup>24</sup> Real Decreto 84/1996 de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

<sup>25</sup> TSJ Illes Balears Sala Social Palma de Mallorca, Recurso de Suplicación 75/2022.

profesión habitual y sin la obligación recogida en el art. 5 de la Directiva puede considerarse una discriminación directa.

### ***Propuestas***

Ante esta situación, consideramos pertinente realizar las siguientes propuestas para adecuar la normativa al espíritu de la Directiva 2000/78 y de la Convención:

Primera- Transponer adecuadamente el artículo 5 Directiva 2000/78 en su literalidad. Desarrollar un Reglamento que permita precisar el alcance de los ajustes razonables.

Segunda- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2 sobre la suspensión con reserva del puesto de trabajo, modificar el art. 49.1 Estatuto de los Trabajadores en el sentido de establecer que la situación de incapacidad permanente total para el puesto de trabajo no conlleve una extinción automática del contrato sin un previo informe.

Tercera- Incluir entre las obligaciones de las mutuas de trabajo colaboradoras con la Seguridad Social la de emitir un informe vinculante para la adaptación del puesto mediante los ajustes razonables y que el trabajador sea evaluado en la posibilidad de continuar desarrollando su actividad profesional.

Cuarta- Modificar el artículo 32, párrafo tercero, apartado segundo del Reglamento general de inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas de los trabajadores en el sentido de modificar la extinción en el plazo de 3 días naturales a contar desde el día siguiente de la extinción del contrato por reconocimiento de incapacidad permanente total, haciendo preceptivo el informe de la mutua y exigiendo la comunicación al trabajador.

Quinta- Establecer las ayudas públicas pertinentes para favorecer la realización de dichos ajustes razonables por las empresas.

Sexta- Establecer las sanciones por incumplimiento de los informes vinculantes a través de las mutuas de trabajo.

Séptima- Modificar la terminología laboral, ya que no ha experimentado el mismo cambio frente a la relacionada con la discapacidad que sí ha pasado de un modelo biomédico a otro social. El término “minusvalía” ha sido desplazado por el de “discapacidad”, sin embargo, aún nos referimos a “incapacidad” o “invalidez” frente al término “aptitud modificada”, por ejemplo.

Octava- Incorporar la figura del Terapeuta Ocupacional como profesional experto en la ergonomía y adaptación del puesto de trabajo en los equipos multidisciplinares que realizarían los informes vinculantes con las Mutuas de trabajo como así existe en otros países.

En definitiva, establecer políticas de retorno al trabajo incidiendo en la prevención, en crear las condiciones saludables, y en acomodar las exigencias del trabajo a las verdaderas capacidades del trabajador y adecuar los binomios razonabilidad/proporcionalidad, enfermedad/discapacidad, así como incapacidad/ despido objetivo.



## 5.

# *Controversias del empleo protegido de las personas con discapacidad en los centros especiales de empleo*

**EMILIO DE CASTRO MARÍN**

*Abogado en ejercicio, Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la  
SS (UCM/CES Cardenal Cisneros), miembro de la AEDTSS*

**Extracto:** La presente comunicación pretende abordar determinadas cuestiones en relación con el diferente régimen jurídico aplicable a los centros especiales de empleo en función de su naturaleza jurídica, diferencias implementadas bien por la vía de la negociación colectiva, bien como consecuencia de la transposición al Derecho interno de determinada Directiva en materia de contratación administrativa. En el primer escenario, diferencias retributivas para los trabajadores de los centros especiales de empleo de iniciativa privada en relación con los de iniciativa social tras “doble escala” en Convenio sectorial estatal, en el segundo, reservas para la contratación pública para los centros de economía social en la LCSP. En este contexto, y partiendo del análisis de uno y otro supuesto, la reflexión se plantea en términos de la posible incidencia que este tipo de medidas pudieran tener en la empleabilidad y, por tanto, en la integración social del colectivo de las personas con discapacidad. Colectivo éste el de las personas trabajadoras con discapacidad que, ya de por sí, presenta unas importantes dificultades en el acceso al empleo. Más aún si ponemos estas medidas en relación con el volumen de empleo que, estadísticamente, ofrecen unos y otros centros especiales en el sector del empleo protegido.

## I. INTRODUCCIÓN

Si observamos los últimos datos disponibles publicados por el Observatorio sobre discapacidad y mercado de trabajo en España correspondientes al año 2021, la tasa de actividad de la población con discapacidad, -esto es, el resultado de dividir la población económicamente activa (ocupados y parados) entre el total de la población activa entre 16 y 64 años-, se situaba en el 34,6 por 100. Si nos referimos a la estadística referida a la denominada tasa de empleo, -esto es, el resultado de dividir la población ocupada entre el total de población en edad activa entre 16 y 64 años-, el porcentaje se reducía hasta el 26,9 por 100. Con semejantes números, no resulta extra-

ño que el porcentaje de la población con discapacidad inactiva se situara en esas fechas en España en el 65,4 por 100. De este modo, para un total de población con discapacidad en edad laboral de 1.929.400 personas entre 16 y 64 años, 1.261.200 de ellas se encontrarían inactivas<sup>1</sup>. En una primera aproximación, los resultados no parecen muy esperanzadores, lo que evidencia los importantes problemas en materia de empleabilidad para este colectivo de las personas con discapacidad.

En este contexto, de las personas trabajadoras con discapacidad que acceden al mercado laboral, parte de ellas lo hacen en la modalidad del empleo protegido en los denominados centros especiales de empleo<sup>2</sup>, como sabemos, aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, teniendo como finalidad asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad, con los correspondientes servicios de ajuste personal y social a través de las unidades de apoyo, además de configurarse según la norma como un medio idóneo para inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario, importante resaltar este último aspecto<sup>3</sup>. En España, según datos cerrados en 2021, el número de centros especiales de empleo ascendería a un total de 2.321, en los que se daría ocupación a un total de 114.843 personas, de las cuales 98.714 tendrían discapacidad

A partir de estos datos, puramente estadísticos, pero que ponen de manifiesto el decisivo papel protagonista del empleo protegido para las personas con discapacidad en España, en un trabajo como el presente, en el que se pretende reflexionar en clave jurídica sobre cuestiones relacionadas con la activación laboral y con la protección social de estas personas como pilar básico en el futuro de nuestro modelo de trabajo<sup>4</sup>, debemos reflexionar so-

---

<sup>1</sup> Banco de datos de Odismet, <https://odismet.es/banco-de-datos/lintegracion-laboral-y-tendencias-del-mercado-de-trabajo>

<sup>2</sup> “Así funciona un Centro especial de Empleo” en *Diario El País*, de 12 de diciembre de 2022, <https://elpais.com/sociedad/cuidar-y-ser-cuidado/2022-12-12/asi-funciona-un-centro-especial-de-empleo.html>

<sup>3</sup> Art. 43 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, BOE n° 289, de 3 de diciembre de 2013.

<sup>4</sup> Comunicación efectuada en el marco del Proyecto de Investigación “El impacto de la digitalización en las relaciones de trabajo: retos y oportunidades (FuWorkTech)”, Ministerio de Economía y Competitividad, referencia PID2019-104287RB-100.



bre determinados hitos producidos en los últimos años en el sector de los centros especiales de empleo que, en una primera aproximación, pudieran llegar a comprometer en cierto modo las posibilidades de contratación de este colectivo vulnerable. Nos referimos a determinadas cuestiones a partir de la diferenciación efectuada en la norma entre los denominados como centros especiales de empleo de iniciativa social, en adelante CEEIS, y los de iniciativa privada, en adelante CEEIP, mediante la adición de un nuevo apartado 4 al artículo 43 del texto refundido de Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad tras reforma legal.

Como antecedente de esta cuestión, con efectos de 9 de marzo de 2018 el legislador establece en la norma una diferenciación entre unos y otros centros especiales de empleo, catalogando a los CEEIS como aquellos promovidos y participados en más de un 50 por 100, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus estatutos, y siempre que, en todos los casos, en sus estatutos o en acuerdo social, se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para la creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social<sup>5</sup>.

Esta diferencia, que, *a priori*, no debería tener mayor consecuencia a los efectos que nos interesan, pudiera estar teniendo en la práctica reflejo en las posibilidades de contratación para los denominados CEEIP, esencialmente, como consecuencia de la implementación en determinada normativa legal y convencional de diferencias de trato a favor de los denominados CEEIS, con evidentes ventajas competitivas a los CEEIS para operar en el tráfico económico, en detrimento de los CEEIP.

Así, en primer término, y muy señaladamente, la diferente regulación retributiva para las personas trabajadoras con discapacidad en función de que sean contratados en uno u otro tipo de centros especiales de empleo a partir de la publicación en el BOE del Convenio colectivo sectorial estatal, con diferencias de salario a la baja para los trabajadores empleados en los CEEIS en el supuesto de prestación de servicios a terceros cuando

---

<sup>5</sup> Disposición final 14 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, BOE n° 272, de 9 de noviembre de 2017.

el convenio sectorial de la actividad tenga negociadas retribuciones superiores en tablas<sup>6</sup>.

En segundo lugar, la no menos importante diferenciación entre unos y otros tipos de centros especiales de empleo como consecuencia de la atención a criterios de carácter social de las empresas en la adjudicación de concursos públicos tras la trasposición al ordenamiento interno de determinadas Directivas de la UE, con importantes reservas de licitación en determinados supuestos para los CEEIS, en detrimento de los CEEIP<sup>7</sup>.

En esta tesitura, los mayores costes laborales y de Seguridad Social para los CEEIP a la hora de proceder a la contratación de trabajadores con discapacidad, unido a esas apuntadas restricciones en la LCSP para el acceso a determinados concursos públicos<sup>8</sup>, más allá de las cuestiones ligadas al mero interés empresarial vinculadas a sus cuentas de resultados, que no nos interesan a los efectos de este trabajo puramente académico, sin duda pueden llegar a revertir en unas menores posibilidades de empleabilidad para las personas trabajadoras con discapacidad en los denominados CEEIP, con lo que ello pudiera suponer a los efectos de su integración en el mercado laboral desde varias perspectivas, cuestión ésta que sí nos interesa desde la óptica del objeto del presente Congreso.

En este contexto, no debemos dejar de señalar que, según los últimos datos estadísticos disponibles, el 65 por 100 de los centros especiales de empleo lo son de iniciativa privada, dando ocupación al 66,98 por 100 de los trabajadores discapacitados en empleo protegido. Por el contrario, según esas mismas fuentes, los centros de iniciativa social, ocupan tan solo al 38,69 por 100 de los trabajadores de este sector. Si esto es así, y si, como

---

<sup>6</sup> Art. 29.2 del XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, publicado en el BOE nº 159, de fecha 4 de julio de 2019, con el código de Convenio 99000985011981: “*Los centros especiales de empleo que no tengan la consideración de iniciativa social de acuerdo con lo establecido en el artículo 43.4 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, cuando presten servicios a terceros indistintamente de la modalidad jurídica utilizada, se regularan en materia salarial por lo establecido en el Convenio colectivo del sector de actividad en el que los trabajadores realicen sus tareas siempre que las retribuciones fijadas en éstos sean superiores a las establecidas en las tablas salariales del presente Convenio.*”

<sup>7</sup> Disposición adicional cuarta. Contratos reservados, en la Ley 9/2017.

<sup>8</sup> Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

parece, tanto la normativa legal como la convencional “penalizan” a aquellos centros en los que más empleo se genera, la consecuencia a los efectos que nos interesan resulta evidente.

Como vamos a tener oportunidad de exponer con mayor profusión en el siguiente epígrafe, las personas trabajadoras con discapacidad ocupadas en los CEEIS, en determinados contextos disfrutan de unas condiciones retributivas en trabajos de igual valor inferiores a las de sus homólogos ocupados en los CEEIP: esto será así *ex art. 29. 2* del Convenio siempre que se presten servicios a terceros y la normativa convencional del sector de actividad regule unas retribuciones por encima de las del convenio de discapacidad.

Como segunda derivada, al ser precisamente en esos CEEIP donde se produce en mayor medida ese deseado trasvase del empleo protegido al ordinario, transferencia que se proclama precisamente como uno de los objetivos en la norma como mecanismo idóneo para la efectiva integración de los trabajadores con discapacidad en la sociedad, no parece aventurado apuntar que el resultado de estas medidas legales o convencionalmente pactadas en el ámbito de la negociación colectiva será muy probablemente el contrario al inicialmente perseguido.

Siendo así, en las siguientes líneas nos proponemos reflexionar sobre estos extremos desde una perspectiva jurídico laboral, en el objetivo de poner de manifiesto la conveniencia de la puesta en marcha de reformas que permitan para las personas trabajadoras con discapacidad alcanzar ese deseado resultado de garantizar su derecho al trabajo en unas condiciones dignas e igualitarias que resulte plenamente conciliable con los más elementales derechos constitucionales inherentes a cualquier ciudadano.

## **II. LAS DIFERENCIAS RETRIBUTIVAS EN EL SECTOR DE LA DISCAPACIDAD: LA DOBLE ESCALA EN EL CONVENIO SECTORIAL**

En relación con la primera de las cuestiones planteadas, la referida a la desigualdad retributiva entre personas trabajadoras con discapacidad en centros especiales de empleo en función de la naturaleza de su empleador, bien un CEEIS, bien un CEEIP, en la regulación contenida en el Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad de ámbito estatal se previene que, cuando los trabajadores de los centros especiales de empleo sean contratados por un CEEIP para prestar

servicios a terceros, y con independencia de la modalidad jurídica utilizada para ello, les resultarán de aplicación en materia salarial los convenios colectivos del sector de actividad en el que los trabajadores realicen sus tareas, eso sí, siempre que las retribuciones fijadas en éstos sean superiores a las establecidas en las tablas salariales del XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. Por el contrario, cuando esas mismas personas trabajadoras con discapacidad fueran contratadas por un CEEIS, les resultarán de aplicación las condiciones salariales en los términos previstos en el citado XV Convenio<sup>9</sup>.

Como punto de partida, debemos recordar que el XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad es el marco convencional que aplica tanto a los CEEIS como a los CEEIP, no resultando cuestionable que en el precepto aludido del art. 29.2 del Convenio se establece una diferencia en el trato en materia retributiva para los trabajadores de los centros especiales de empleo *en función exclusivamente de la naturaleza del empleador*, regulación convencional que dio lugar a la interposición en sede judicial de conflicto colectivo interesando la anulación del precepto al entender la parte actora que vulneraba el precepto del art. 14 CE, conflicto del que nos ocuparemos unas líneas más adelante.

En todo caso, y como antecedente de la cuestión, debemos poner de manifiesto que no es ésta la primera vez que las diferencias en materia retributiva entre trabajadores en centros especiales de empleo habían ya desembocado en controversia judicial en este sector del empleo protegido. En este sentido, nuestro Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de pronunciarse tiempo atrás sobre la materia de la igualdad de trato en cuestiones retributivas entre centros especiales de empleo en determinado conflicto planteado por la Asociación de Centros Especiales de Empleo de Galicia (CESMIGA) contra la Patronal de los Centros Especiales de Empleo de Economía Social y Sin Ánimo de Lucro de ese mismo territorio (CEGASAL). Ello así a propósito de determinada cláusula convencional en la que se establecía que, en el caso de los centros especiales de empleo de economía social y sin ánimo de lucro, se aplicaría la tabla del propio convenio, mientras que, para el caso del resto de los centros especiales de empleo que no tuvieran esa condición, se aplicarían las tablas de los convenios colectivos existentes en cada uno de los sectores en los que la actividad productiva.

---

<sup>9</sup> Art. 29.2 del XV Convenio colectivo publicado en el BOE nº 159, de 4 de julio de 2019, mediante Resolución, de 27 de junio de 2019, de la Dirección General de Trabajo.

En aquel conflicto, tanto la Sala de suplicación<sup>10</sup>, como la Sala IV del Alto Tribunal<sup>11</sup>, desestimaron la impugnación del precepto convencional por pretendida vulneración del derecho a la igualdad de trato del art. 14 CE, en esencia, al entender que no resultaban iguales los supuestos de hecho, no existiendo igualdad de situación, toda vez que los centros de empleo de economía social y sin ánimo de lucro reunían características singulares que justificaban el tratamiento diferenciado respecto a otros centros con otra estructura o modelo empresarial, no estando además la desigualdad retributiva desprovista de justificación objetiva y razonable.

Con estos antecedentes, como apuntamos líneas arriba, la regulación contenida en el art. 29.2 del XV Convenio vigente fue impugnada en sede judicial por la Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, Tribunal que desestimó la pretensión en este concreto aspecto de la desigualdad retributiva al entender que, siguiendo el criterio del Supremo referido anteriormente, no puede compararse un centro especial de empleo de iniciativa privada con uno de iniciativa social cuya razón de ser es exclusivamente la alimentación de los medios materiales y personales necesarios para alcanzar sus fines, sin la búsqueda de lucro alguno. En este contexto, y partiendo de esta diferenciación, el Tribunal argumenta que *“Consiguientemente, el trato salarial desigual, establecido en el art. 29.2 del convenio, no vulnera el principio de igualdad, garantizado por el art. 14 CE, en relación con el art. 17 ET, al tratarse de una medida idónea, razonable y proporcionada para el logro de las finalidades propuestas, por cuanto facilita la activación de los instrumentos necesarios para multiplicar las herramientas de integración de los trabajadores discapacitados, puesto que un menor coste salarial mejorará las posibilidades de contratación de los centros especiales de empleo de iniciativa social en el mercado, lo que incrementará su competitividad y también sus beneficios, lo cual multiplicará las oportunidades de empleo y de integración social de un mayor número de discapacitados, puesto que reinvertirán todos sus beneficios para el logro de dichos objetivos”*<sup>12</sup>.

Recurrida la resolución de instancia en casación, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo va a desestimar el recurso interpuesto procediendo a

---

<sup>10</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sección 1ª, de fecha 11 de octubre de 2003, en procedimiento 6/2003.

<sup>11</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2004, en recurso de casación recurso de casación 180/2003.

<sup>12</sup> F.J. 4º de la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 14 de noviembre de 2019, en procedimiento 207/2019.

confirmar la legalidad del precepto cuestionado, reproduciendo en buena parte los mismos argumentos por los que la Audiencia Nacional había ya rechazado la impugnación parcial del art. 29.2 del Convenio. En concreto, partiendo de la posibilidad de implementar medidas de acción positiva de conformidad con la regulación prevista en normativa supranacional y de la UE, Convenio 159 de la OIT y Directiva 2000/78, el Alto Tribunal va a insistir en la a su juicio inexistente vulneración del derecho a la igualdad de trato del art. 14 CE, siguiendo para ello la doctrina constitucional con respecto a la posibilidad de establecer diferencias retributivas en convenios a propósito de las denominadas “dobles escalas salariales”.

De manera expresa, y partiendo de la diferente posición de los centros especiales de empleo en la norma, el Alto Tribunal va a insistir en la existencia de una justificación objetiva y razonable para la diferenciación en el trato, dispar regulación que, a juicio de la Sala, ni viola el principio de igualdad ante la ley–convenio-, ni mucho menos venía afectada por el móvil discriminatorio: literalmente, “*estos trabajadores perjudicados por esa denominada doble escala salarial, al serlo de CEEs de iniciativa social, verán mejoradas sus posibilidades de empleo, ante la mayor apertura del mercado en el que actuar*”, más adelante, “*la propia previsión convencional se podría calificar de medida finalista por la que se va a obtener una mayor y adecuada atención a las personas discapacitadas a fin de dotarles de un empleo conforme a sus necesidades (servicios de ajuste personal y social) así como para su incorporación al mercado laboral ordinario, facilitando con ello que sus fuentes de financiación, procedentes de los beneficios, se amplíen y por medio de ellas se mejoren la obtención de los recursos que se precisen para el cumplimiento de sus objetivos sociales*”<sup>13</sup>. Es decir, a pesar de que la Sala da por acreditado el perjuicio como consecuencia de una menor retribución, el criterio del Alto Tribunal se justificaría por las mayores posibilidades de empleo para los CEEIS en el contexto de lo que denomina como “*medida finalista*”.

A mayor abundamiento, y en respuesta a determinadas alegaciones de la parte demandante en las que se sostenía que la diferencia de tratamiento del art. 29.2 del Convenio afectaba a la competitividad de los CEEIP en relación con los CEEIS, la Sala afirma que “*La demandante no está aquí defendiendo derechos retributivos de los trabajadores menos favorecidos cuando invoca el principio de igualdad sino otros derechos empresariales que tendrían, fuera del presente procedimiento, otro marco jurídico de defensa y debate*”, cuestión ésta, la

---

<sup>13</sup> F.J. 5º y 6º de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 18 de mayo de 2022, dictada con el núm. 449/2022 en recurso de casación 47/2020.

de la libre competencia, que resulta de interés y sobre la que volveremos más adelante.

En estos términos, la respuesta dada por el Alto Tribunal nos plantea importantes interrogantes, pues no resulta discutible que, con la actual regulación del XV Convenio colectivo, existen objetivamente diferencias retributivas entre los trabajadores con discapacidad en trabajos de igual valor motivadas únicamente por la naturaleza de su empleador, en un supuesto de “doble escala” salarial que creemos conveniente analizar.

Como punto de partida, desde una perspectiva meramente teórica, el concepto de “doble escala” salarial hace referencia a “*aquella especie de desigualdad retributiva en la que el diferente trato (temporal o indefinido) entre un grupo de trabajadores y otro se establece exclusivamente y sin consideración de otras circunstancias o condiciones personales o profesionales en función de la fecha de ingreso en la empresa*”<sup>14</sup>. Pero no sólo, pues pudiera ser que esa diferencia de trato se estableciera no sólo en función de esta última circunstancia, la de la fecha de ingreso en la empresa, sino también en función de otras circunstancias, por ejemplo, en el carácter temporal del vínculo contractual o, incluso, en el tiempo de permanencia en la misma<sup>15</sup>. Más allá, pudiera ser que esa desigualdad en el trato entre diferentes colectivos afectara no sólo a los salarios, sino también a partidas extrasalariales o beneficios sociales<sup>16</sup>. A título ilustrativo, mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social<sup>17</sup>. En un sentido más amplio, la diferencia de trato pudiera serlo en cualquier otra condición de trabajo diferente a aquélla, por ejemplo, en

---

<sup>14</sup> LUJÁN ALCARAZ, J.: “A vueltas con la doble escala salarial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6/2004, parte Tribuna, Editorial Aranzadi SA, Cizur Menor, año 2004.

<sup>15</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J.: “Apuntes jurisprudenciales sobre “dobles escalas salariales”. La STC 119/2002, como telón de fondo”, *Justicia Laboral, Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, febrero 2003, p. 5.

<sup>16</sup> VIVERO SERRANO, J.B.: “La doble escala salarial por la fecha de contratación en la negociación colectiva y el principio de igualdad”, en *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*, Lérida, 28 y 29 de mayo de 2004, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2005, págs. 1002 y 1003.

<sup>17</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 128/2020, de fecha 12 de febrero de 2020, en recurso 2802/2017, en la que se debate sobre la mejora de convenio consistente en indemnización por fallecimiento tras accidente de trabajo establecida en exclusiva para el personal funcionario y laboral fijo.

materia de jornada de trabajo, de horarios, en materia de complementos por pensiones, de vacaciones, permisos retribuidos, excedencias, etc... Supuestos todos de “dobles escalas” instauradas habitualmente a través del mecanismo de la negociación colectiva, normalmente con la colaboración sindical, lo que en su momento dio lugar a críticas<sup>18</sup>. Aunque no siempre pues, desde un plano meramente teórico, resultaría igualmente posible que la “doble escala” se estableciera como consecuencia de una decisión unilateral de la empresa de efectos colectivos sin necesidad de haberse negociado en un acuerdo o convenio colectivo previo<sup>19</sup>.

Sea como fuere, al menos desde una perspectiva meramente teórica, los supuestos de “doble escala” tradicionalmente implementados en convenio, de ordinario responden a circunstancias de los propios trabajadores, siendo excepcionales las diferencias en función de la naturaleza de sus empleadores, cuestión ésta que aparta el supuesto analizado de lo habitual en este contexto<sup>20</sup>. A mayor abundamiento, las “dobles escalas” responden en la práctica a finalidades vinculadas esencialmente con el fomento o el mantenimiento del empleo, en lo que se ha venido a denominar como un supuesto de “*causalidad adecuada*” en cuanto medida para favorecer la contratación indefinida. Pero no sólo, pues es también posible encontrarnos con “dobles escalas” amparadas judicialmente vinculadas a la viabilidad presente o futura de la empresa: aún sin contribuir directamente al incremento neto del empleo, en estos casos la “doble escala” actuaría de manera mediata como “instrumento defensivo” para mantener el nivel del mismo, al rebajar los costes salariales de la empresa<sup>21</sup>. Como una modulación de este último objetivo, resulta relativamente común en la práctica negocial la

---

<sup>18</sup> BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: “Desigualdad de trato retributivo de los trabajadores de nuevo ingreso y autonomía colectiva e individual”, *Relaciones Laborales*, 1997, Tomo I, pág. 471, o PURCALLA BONILLA, M.A.: “La doble escala salarial como instrumento de desigualdad retributiva”, *Estudios Financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 244, 2003, pág. 8

<sup>19</sup> SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: “Doble escala salarial por decisión unilateral de la empresa con efectos colectivos. Sentencia del Tribunal Constitucional 36/2011, de 28 de marzo de 2011”, *Temas Laborales*, nº 111/2011, pág. 183.

<sup>20</sup> Para una mejor comprensión de la figura de las “dobles escalas”, DE CASTRO MARÍN, E.: “La doble escala salarial en convenio colectivo y su posible justificación desde la perspectiva de la creación de empleo”, *Revista de Información Laboral*, Editorial Lex Nova, nº 6, año 2016, ISSN 2254-3171, págs. 67 a 92

<sup>21</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J.: “Apuntes jurisprudenciales sobre “dobles escalas salariales”. La STC 119/2002, como telón de fon-



implantación de “dobles escalas” en lo que se denomina como supuestos de reconocimiento de derechos adquiridos mediante el recurso a la técnica de la “contractualización” de condiciones de trabajo y empleo, a través del reconocimiento de condiciones *ad personam*.

A partir de estas afirmaciones teóricas, numerosos han sido los supuestos en los que, tanto la jurisprudencia ordinaria como la constitucional, se han tenido que enfrentar a la cuestión de la validación o no en sede judicial de “dobles escalas”, disponiendo a estas alturas de un cuerpo de doctrina más o menos pacífico sobre la cuestión en cuanto a los requisitos exigidos para su válida implementación, exigencias que resultan muy cuestionables en el caso analizado.

Así, como denominador común en todos ellos, en nuestros Tribunales se sienta el criterio en el sentido de que las diferencias en el trato establecidas en un convenio colectivo no resultarían admisibles salvo en el supuesto de que se entendieran como razonables, objetivas, equitativas y proporcionadas pues, en esta materia, el principio general es el de igual retribución a trabajo de igual valor, más en un Estado social y democrático de Derecho que propugna entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico la justicia y la igualdad (art. 1.1 CE).

Por añadidura, y esta es una afirmación esencial a los efectos del debate, nuestro Tribunal Constitucional viene exigiendo que, para que la diferencia salarial, fundada en el concepto que sea, pudiera resultar conforme al principio de igualdad, sería necesario que se introdujera algún tipo de compromiso empresarial en el seno del propio convenio que conllevara una contraprestación a los trabajadores afectados que pudiera hacer esa “doble escala” compatible con el art. 14 CE. No menos importante, se viene exigiendo que la medida se implementara con base en pautas de compensación o reequilibrio, que determinarían el establecimiento de la diferencia de modo transitorio, asegurando su desaparición progresiva<sup>22</sup>.

Pues bien, siguiendo el propio argumentario del Tribunal Supremo, entendemos que en el caso analizado del art. 29.2 del XV Convenio, no se da ninguno de los requisitos que tradicionalmente vienen siendo exigidos jurisprudencialmente para la convalidación de las “dobles escalas”.

---

do”, *Justicia Laboral, Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, febrero 2003, pág. 5.

<sup>22</sup> Por todas, criterio mantenido en la STC 112/2017, de 16 de octubre, que sigue el criterio mantenido en la STC 27/2004, de 4 de marzo, F.J. 7°.

Comenzando por el final, resulta evidente que no existe en la regulación convencional compromiso empresarial alguno que pudiera catalogarse como contraprestación a los trabajadores contratados por los CEEIS que pudiera servir como argumento para semejante sacrificio retributivo ante trabajos de igual valor. Bien al contrario, si esos mismos trabajadores resultaran contratados por un CEEIP, se les aplicarían de partida unas condiciones salariales superiores cuando el convenio sectorial de la actividad prestada a terceros tuviera pactadas tablas superiores a las del XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. Desde esta perspectiva, el argumento de la medida como incentivo al empleo queda seriamente en entredicho, más cuando se constata estadísticamente la mayor empleabilidad en los CEEIP en relación con los CEEIS, sin que podamos compartir que nos encontramos ante una medida “finalista” en estos términos<sup>23</sup>.

En segundo término, nos encontramos ante una medida con vocación de permanencia y sin especificación alguna con respecto a su limitación en el tiempo y a su progresiva convergencia; no hay en el Convenio colectivo indicación alguna al respecto de su transitoriedad, más allá de la propia de la vigencia de la norma convencional obviamente, que nada tiene que ver a estos efectos.

En tercer lugar, y al margen del error en que a nuestro juicio se incurre por la Sala al entender que la pretensión de los recurrentes en su demanda se centraba en el interés de perjudicar a determinados trabajadores, apreciación esta que, con el debido respeto, entendemos que excede de los términos del debate planteado por los impugnantes en sede judicial, que se limitaba a plantear la ilegalidad del art. 29.2 del Convenio desde la perspectiva de la vulneración del art. 14 CE, no podemos compartir en modo alguno la existencia de una justificación objetiva y razonable para la implementación en el Convenio de tan importante diferencia de trato en materia retributiva, sin que pudiera considerarse superado a nuestro entender el juicio de proporcionalidad. En este debate, la regulación no respondería al juicio de adecuación de la medida, en cuanto que no resultaría la más idónea desde luego a los efectos pretendidos, se supone que

---

<sup>23</sup> Apartado 44 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 15 de diciembre de 2022, asunto C- 311721: sin contraprestación, no es asumible una menor protección implementada en convenio, con mayor motivo aún en el caso del de discapacidad, cuando la diferencia lo es entre los mismos trabajadores del propio sector.

favorecer el empleo. Como tampoco superaría el juicio de necesidad, al resultar evidente la existencia de alternativas para potenciar el papel protagonista de los CEEIS desde las propias Administraciones Públicas mucho menos lesivas del derecho fundamental en juego, algunas de las cuales por cierto se tratarán en el siguiente epígrafe. En último término, la “doble escala” tampoco respondería al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, pues en modo alguno resulta acreditado que los beneficios que hipotéticamente se pudieran llegar a obtener con esa diferencia de trato vayan a resultar mayores que los sacrificios, evidentes, del derecho fundamental en juego, más aún a la vista de los datos estadísticos a los que nos hemos referido al inicio del presente trabajo, con un mayor protagonismo en el empleo de los CEEIP en detrimento de los CEEIS.

En todo caso, más allá de la no superación de los criterios más habituales en la lectura tradicional de la jurisprudencia ordinaria y constitucional a propósito de las “dobles escalas”, existen a nuestro juicio otros argumentos que nos plantean serias dudas en relación con la legalidad del supuesto del art. 29.2 del aludido Convenio.

Así, en primer lugar, y con una importancia que entendemos que resulta decisiva, tras la promulgación el pasado mes de julio del año 2022 de la Ley Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación, el legislador ha implementado en la norma como canon de obligada interpretación en estos supuestos el de la lectura más favorable a la efectividad del derecho del art. 14 CE<sup>24</sup>. En estos términos, cuando se presenten diferentes posibles interpretaciones, se impone en la norma la obligada lectura a favor del criterio que proteja con mayor eficacia el derecho fundamental del art. 14 CE. Llevado este mandato al supuesto que nos ocupa, sin duda alguna la lectura debería haber sido favorable a la igualdad retributiva ante trabajos de igual valor al margen de la naturaleza del empleador. Y ello así por mucho que podamos convenir en que la impugnación del precepto, muy probablemente, podría haberse instado desde otra perspectiva, más favorecedora a la homogeneización salarial “por arriba”. Recordar que el Tribunal Supremo “reprocha” en su sentencia a la parte actora que, en puridad, lo que estaba tratando de conseguir en su demanda no era tanto la efectividad del derecho a la igualdad y no discriminación, como la consecución de un tratamiento peyorativo para los trabajadores de los CEEIP tras la anulación del art. 29.2 del XV Convenio. En estos términos, y una vez que

---

<sup>24</sup> Art. 7 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, BOE n° 167, de 13 de julio.

es el propio Tribunal Supremo el que, en una muy reciente resolución, acaba de dar el *placet* a la impugnación de “dobles escalas” con la pretensión en demanda de homologación de condiciones “al alza”<sup>25</sup>, queda a nuestro juicio expedita la posibilidad para volver a reconsiderar el supuesto, pero no desde la perspectiva de la anulación del art. 29.2 del Convenio sin más, sino desde la mucho más interesante a estos efectos de la inexcusable homogeneización retributiva “por arriba”. Desde una perspectiva meramente jurídica, no creemos que una solución acorde a los derechos en juego aguantara el envite de una hipotética demanda individual de cualquier trabajador de un CEEIS en actos de aplicación del Convenio *ex* art. 163.4 LRJS en relación con lo prevenido en el art. 184 del mismo cuerpo legal en la que se reclamara una igualdad retributiva con sus homólogos de los CEEIP con base en la realización de trabajos de igual valor.

En esta línea, que es la que sin duda defendemos en un trabajo como el presente, en el que se debate sobre la activación laboral y protección social de las personas con discapacidad, la propuesta se alinea en clara sintonía con la reforma operada en el art. 42.6 del ET tras la promulgación de normativa de urgencia de diciembre de 2021<sup>26</sup>. En este sentido, la excepción incorporada en el último minuto en la reforma laboral en el Real Decreto Ley mediante la adición de una disposición adicional vigesimoséptima en el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores para excepcionar el régimen jurídico aplicable del art. 42.6 ET en los casos de contratas y subcontratas suscritas con centros especiales de empleo, nos parece ciertamente cuestionable<sup>27</sup>, en la medida en que pone en peligro el objetivo perseguido<sup>28</sup>. Y ello así por mucho que se defienda el régimen

---

<sup>25</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 30 de noviembre de 2022, dictada con el número 948/2022, en recurso de casación 87/2020

<sup>26</sup> Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

<sup>27</sup> Apartado quince del art. 1 del Real Decreto Ley 32/2021: “*En los casos de contratas y subcontratas suscritas con los centros especiales de empleo regulados en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, no será de aplicación el artículo 42.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*”.

<sup>28</sup> NORES TORRES, L.E.: La reforma del art. 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, *Labos*, Vol. 3, Número extraordinario ‘La reforma laboral de 2021’, pp. 73-82 / doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6640> EISSN 2660-7360–<http://www.uc3m.es/labos>, p.79.

diferenciado por el carácter *sui generis* del empleador<sup>29</sup>, sin que comparemos en absoluto el argumento de que, con esta excepción a la regla general en materia de externalización productiva, el legislador hubiera positivizado el criterio del Supremo en el sentido de la no aplicación de los convenios sectoriales a los centros especiales de empleo por sus especiales características, pues se trata de cuestiones total y absolutamente diferentes<sup>30</sup>. En este sentido, es cierto que la Sala IV viene reiterando de manera pacífica la no aplicación de los convenios sectoriales a los trabajadores de los centros especiales de empleo bajo el muy razonable argumento de que su regulación sectorial propia responde a las características de su condición y les otorga una mayor protección<sup>31</sup>. Ahora bien, una cosa es que no se les aplique su convenio sectorial propio, lo que iría a nuestro juicio en contra del derecho del art. 37 CE, contenido esencial del art. 28 CE, y otra muy diferente que no se les aplique la previsión en la línea de la reforma del art. 42.6 ET, esto es, la retribución del convenio colectivo del sector de la actividad efectivamente realizada en la contrata. Más aún cuando los propios negociadores, de *motu proprio*, así lo han establecido para los trabajadores de los CEEIP<sup>32</sup>.

En todo caso, y no es esta tampoco una cuestión menor desde la perspectiva de la más elemental lógica jurídica en relación con el sistema de fuentes de la relación laboral, no debemos perder de vista que ha sido el propio legislador quien, de manera sorprendente, ha excepcionado en la propia Ley la regla general del art. 42.6 ET<sup>33</sup>. Si esto es así, que lo es, desde

---

<sup>29</sup> THIBAUT ARANDA, J.: Las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores empleados en las contratas.: Trabajo y empresa. *Trabajo Y Empresa. Revista De Derecho Del Trabajo*, 1(1), págs. 125 y 126.

<sup>30</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contratas y subcontratas”, en AAVV, *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, año 2022, ISBN: 978-84-1130-215-9, págs. 148 y 149.

<sup>31</sup> El último episodio, Sentencia 969/2022 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 20 de diciembre de 2022 en r.c.u.d. n° 1871/2019, F.J. 3°.

<sup>32</sup> A propósito de la reforma del art. 42.6 ET tras Real Decreto Ley 32/2021, se puede consultar DE CASTRO MARÍN, E.: “La reforma del art. 42 del ET y su necesaria contextualización: ¿decepción o baño de realidad?”, en *Diario LA LEY* n° 9986, de 11 de enero de 2022, ISSN Electrónico: 1989-6913, trabajo en el que ya se apuntaban los problemas en relación con los centros especiales de empleo.

<sup>33</sup> DA 27ª Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en redacción dada por el art. 1.15 del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre.

luego la introducción de este precepto en el ET, otorgando peor condición a las personas trabajadoras con discapacidad por el simple hecho de serlo, y sin distinguir en absoluto entre los contratados en CEEIS frente a los contratados en CEEIP, alguna incidencia debería tener a estos efectos, pues no es discutible que la redacción del art. 29.2 del XV Convenio choca diametralmente con la redacción de la norma, con las correspondientes consecuencias jurídicas desde la perspectiva de las fuentes del Derecho, lo que plantea importantes interrogantes.

Como corolario de todo lo expuesto, y una vez que a estas alturas no existe duda alguna con respecto a la diferenciación desde una perspectiva constitucional entre el derecho a la igualdad de trato del primer inciso del art. 14 CE con respecto al derecho a la no discriminación referido en la última parte del precepto<sup>34</sup>, no queremos terminar nuestras reflexiones sin referir que, a nuestro modesto entender, el debate se ha derivado al terreno de la igualdad en el trato cuando resulta evidente que nos encontramos ante un supuesto de discriminación, al menos desde una perspectiva meramente teórica. En este sentido, creemos que no resulta cuestionable que la peor condición retributiva que se instituye en el tantas veces aludido art. 29.2 del XV Convenio viene dada, en exclusiva, por la discapacidad de los trabajadores empleados en los CEEIS, esto es, por la pertenencia a este colectivo, circunstancia ésta que por sí misma hubiera exigido del Alto Tribunal un canon de interpretación mucho más reforzado que en los supuestos de mera alegación de vulneración del derecho a la igualdad, seguramente con un resultado dispar.

Por último, no podemos por menos que terminar esta reflexión efectuando algunas consideraciones en relación con una posible situación de competencia desleal a partir de la previsión convencional. En este sentido, es el Alto Tribunal el que, una vez que por la parte demandante se sostenía en su escrito de demanda que la diferencia de tratamiento del art. 29.2 del Convenio afectaba a la competitividad de los CEEIP en relación con los CEEIS, en la fundamentación jurídica de su sentencia refiere textualmente “... otros derechos empresariales que tendrían, fuera del presente procedimiento, otro marco jurídico de defensa y debate”, introduciendo en el conflicto las cuestiones relacionadas con la materia de la libre competencia.

---

<sup>34</sup> Como ejemplo de lo que decimos, la diferencia entre uno y otro resulta evidente a partir de resoluciones como la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 154/2006, de 22 de mayo, F.J. 4º o la Sentencia núm. 214/2006, de 3 de julio, F.J. 2º, entre otras muchas.

Como se ha puesto de manifiesto desde autorizado sector doctrinal, los conflictos en cuestiones de competencia están adquiriendo cada día un mayor papel protagonista al hilo de determinadas materias negociadas en convenios colectivos, conflictos entre la negociación colectiva y las normas antitrust que no estaban cerrados, sino que se mantenían en estado latente, sin poder obviar la competencia exclusiva del orden social para el control de los convenios colectivos en materia de la normativa sectorial de la competencia con la atribución de una posible declaración de nulidad de actos colusorios a la jurisdicción social, más aun teniendo en cuenta la eficacia de cosa juzgada de las resoluciones dictadas en impugnación de convenios colectivos *ex art. 166.2 LRJS*<sup>35</sup>. De hecho, existen precedentes de resoluciones de diferentes Tribunales del orden social que se han tenido que enfrentar a la legalidad de un convenio colectivo desde la perspectiva del derecho de la competencia<sup>36</sup>.

Pues bien, en este contexto de posibles actos colusorios, conviene significar que fue precisamente la propia Autoridad Laboral, la Dirección General de Trabajo del Ministerio, quien mediante escrito de 13 de mayo de 2019, antes de proceder a la publicación del XV Convenio colectivo y en uso de sus facultades de control de la legalidad de convenios, planteó a la Autoridad Administrativa en materia de competencia la posible incompatibilidad con la norma de la previsión contenida en el art. 29.2, en concreto, con la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. En estos términos, la Directora de Competencia de la propia Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su respuesta a la mencionada consulta mediante escrito de 6 de junio de 2019, y sin perjuicio de la a su juicio falta de competencia de este organismo en cuestiones de negociación colectiva, ya refiere expresamente que esas diferencias retributivas entre los CEEIS y los CEEIP, cuando menos, necesitarían de una mayor justificación, al exceder del ámbito de la mera reserva de la contratación pública, con el doble efecto de, por un lado, menor capacidad competitiva de

---

<sup>35</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “El control del convenio colectivo por las autoridades administrativas de defensa de la competencia”, *Temas Laborales*, núm. 147/2019, págs. 48 y ss: “*Aunque durante mucho tiempo la posible interferencia entre negociación colectiva y legislación de defensa de la competencia ha pasado inadvertida, recientemente viene planteándose con intensidad*”.

<sup>36</sup> Con un análisis de algunos de estos supuestos, GOERLICH PESET, J.M., “Negociación colectiva y derecho de la competencia: un complejo panorama”, en GARCÍA-PERROTE, I, y MERCADER, J.R. (dirs.), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Valladolid, Lex Nova, 2015, págs. 119 y ss.

los CEEIP en beneficio de los CEEIS, por el otro, distorsión del mercado de trabajo. Afirmaciones estas que, a nuestro entender, abren la puerta al planteamiento de futuras reclamaciones ante Juzgados y Tribunales del orden social por la modalidad procesal del procedimiento de impugnación de convenio colectivo previsto en los arts. 163 y ss de la LRJS. Al fin y a la postre, y como muy expresivamente se ha puesto de manifiesto, “*En la medida en la que el ordenamiento jurídico efectúa un reconocimiento tanto del derecho a la negociación colectiva como del derecho a la libre competencia mercantil, uno y otro deben tutelarse legalmente, lo que obliga a la búsqueda de la convivencia entre ambos derechos*”<sup>37</sup>. Y en este sentido, “*Lo que no pueden hacer los convenios colectivos es, en una clara actuación en fraude de ley, hacer un uso de su función de regulación del mercado de trabajo para pretender perjudicar a unas empresas respecto de otras en el mercado de bienes y servicios, con el objetivo directo de provocar una distorsión en el desarrollo de la libre competencia. Así ocurriría, por ejemplo, con un convenio colectivo sectorial que proceda a pactar salarios distintos según características de la empresa, con el claro objetivo sesgado de perjudicar a unas empresas frente a otras en el juego de la libre competencia mercantil, estando todas las empresas incluidas dentro del ámbito de aplicación del mismo convenio colectivo en situaciones idénticas que no justifican la diferencia de tratamiento*”<sup>38</sup>, situación ésta que pudiera actualizarse en el supuesto del tan traído y llevado art. 29.2 del Convenio.

### III. LAS PREFERENCIAS PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA CON LOS CEEIS EN LA LCSP Y SUS POSIBLES AJUSTES CON LA NORMATIVA DE LA UE

Apuntábamos al comienzo de nuestra comunicación la conveniencia de reflexionar sobre la problemática derivada de algunas diferencias en el trato en lo que se refiere a los CEEIS *vs* CEEIP tras la adición de un nuevo apartado 4 al artículo 43 del texto refundido de Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad, reforma legal a partir de la cual, con fecha de efectos de 9 de marzo de 2018, el legislador diferencia entre unos y otros en función de su naturaleza jurídica vinculada o no a lo que se deno-

---

<sup>37</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, núm. 147/2019, pág. 14.

<sup>38</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, núm. 147/2019, pág. 24.



mina como iniciativa social<sup>39</sup>. Al fin y a la postre, y tal y como se proclama en la propia Exposición de Motivos de la norma, se trataba de permitir que los poderes públicos emplearan la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes, para lo cual, debían introducirse en los contratos públicos consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo, tanto al diseñarse los criterios de adjudicación, como criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio, o como condiciones especiales de ejecución, si bien su introducción estaba supeditada a que se relacionaran con el objeto del contrato a celebrar. Literalmente, *“Respecto de los temas sociales, se siguen regulando los contratos reservados a centros especiales de empleo o la posibilidad de reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, extendiéndose dicha reserva a las empresas de inserción y exigiéndoles a todas las entidades citadas que tengan en plantilla el porcentaje de trabajadores discapacitados que se establezca en su respectiva regulación”*<sup>40</sup>.

Pues bien, a partir de esta previsión, no han sido pocos los conflictos que han derivado en la intervención de nuestros Tribunales internos, con un resultado dispar hasta el momento, pero con unas directrices en la interpretación sobre el particular efectuadas desde el planteamiento de determinada cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las que resulta necesario detenernos.

Huelga decir que la cuestión escapa del ámbito estrictamente jurídico laboral. No obstante, teniendo en cuenta el enfoque de este trabajo, que se presenta en el contexto de la temática relativa a la activación laboral y protección social de las personas con discapacidad, nos preocupan las consecuencias que estas medidas de acción positiva pudieran tener sobre el empleo de las personas trabajadoras con discapacidad, circunstancia ésta que nos obliga a efectuar algunas consideraciones sobre este particular. Y ello sin perjuicio de que, tanto por elementales razones de espacio, como más aún por exceder del ámbito de nuestra competencia y conocimientos, nuestras aportaciones resulten ciertamente menores en términos cualitativos y cuantitativos que en el supuesto de la “doble escala” del Convenio.

---

<sup>39</sup> Nos remitimos a la cita 5, en la que se alude a la Disposición final 14 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, BOE n° 272, de 9 de noviembre de 2017.

<sup>40</sup> Párrafo tercero en el epígrafe V de la Exposición de Motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Como punto de partida, debemos partir de la afirmación efectuada por el legislador en la norma en materia de contratación pública cuando, a la hora de referirse al objeto y finalidad de la reforma del 2017, se previene que *“En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social”*<sup>41</sup>. A partir de esta declaración, en el apartado específico de la norma en el que se refieren las denominadas como *“Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden”*, se previene que los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho de la Unión Europea y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos, resultando obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de esas condiciones especiales. En lo que se refiere expresamente a las de carácter social, se previene que podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción<sup>42</sup>.

A mayor abundamiento, y avanzando en el proceso ya iniciado con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, con el fin promover la inserción de personas con discapacidad en el mercado laboral, y continuado con la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modificaba la disposición adicional quinta del anterior TRLCSP para adaptarlo a la Directiva 2014/24/UE, -recordemos que la diferencia entre una y otra, en esencia, y a los efectos que más nos interesan, se residía en el carácter obligatorio en la norma del 2015 en detrimento del potestativo de la del 2007-, se da un paso más en la configuración de la figura de los denominados como “con-

---

<sup>41</sup> Art. 1.3 de la Ley 9/2017.

<sup>42</sup> Art. 202 de la Ley 9/2017.

tratos reservados”, estableciendo en la disposición adicional 4ª de la LCSP del 2017 un porcentaje mínimo de reserva del 7 por 100, ampliable hasta el 10 por 100 a los cuatro años de entrada en vigor de la Ley, porcentaje que actuaría supletoriamente en caso de ausencia de acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales<sup>43</sup>. En estos términos, a partir de esta previsión legal, la controversia viene determinada por esa previsión a tenor de la cual se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a CEEIS y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción. Al margen de otros beneficios, en ningún caso menores, como, por ejemplo, la no exigencia de garantía definitiva en estos contratos reservados para dichos actores<sup>44</sup>.

Pues bien, como hemos apuntado líneas arriba, la cuestión ha dado lugar al planteamiento de diferentes reclamaciones desde la Patronal de los CEEIP, con resultados dispares, que muy probablemente terminen en un pronunciamiento de la Sala 3ª del Alto Tribunal en casación.

Así, desestimando las reclamaciones interpuestas en recursos especiales en materia de contratación presentados por la entidad recurrente contra pliegos de cláusulas administrativas particulares en procedimientos de licitación en diferentes organismos públicos en la cuestión referida a reservas de contratación para los CEEIS al entender que resulta contraria al art. 20 de la Directiva 2014/24, la Sala de lo Contencioso de Cataluña entiende ajustada a Derecho la opción del legislador puesto que no se presenta como arbitraria o exente de justificación a la vista del perfil social de los CEEIS y de la obligación de reinversión de los resultados de la actividad<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> A favor de esta opción en la doctrina, se puede consultar DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C: “Retos del empleo de las personas con problemas de salud mental: atención temprana, plan individualizado y centros especiales de empleo”, en AAVV, *El empleo de las personas con discapacidad: oportunidades y desafíos*, Dir., Rey, J.L., Editorial Dykinson, Madrid, 2018 pp. 433-456. ISBN: 978-84-9148-787-6.

<sup>44</sup> Disposición adicional cuarta de la Ley 9/2017.

<sup>45</sup> Sentencia 495/2022 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección 5ª, de 14 de febrero de 2022, en recurso

En parecidos términos, al hilo de la impugnación de otros pliegos, se concluye que *“la reserva guarda la debida proporción entre el fin perseguido (una más eficaz consecución del objetivo de integración social) y la escasa restricción del acceso al contrato para el resto de CEE; de forma que la reserva tiene un escaso efecto restrictivo en el acceso a este servicio de limpieza para el resto de operadores que cumplen también -aún de forma menos intensa- el objeto de la inserción social de personas con discapacidad”*, por lo que el Tribunal entiende que esta reserva no va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos por la propia Directiva<sup>46</sup>. A mayor abundamiento, desestimando igualmente el recurso y confirmando la plena legalidad de la reserva legal, al entender en este caso la Sala que no se había acreditado con pruebas que esta circunstancia hubiera supuesto una desigualdad en el trato para los CEEIP<sup>47</sup>. En la misma línea, al entender que, debido a sus características específicas, los CEEIS se encuentran en condiciones de poner en práctica de manera más eficaz el objetivo de integración social del art. 20.1 Directiva 2014/24, lo que podría justificar objetivamente una diferencia de trato en relación con los CEEIP<sup>48</sup>.

En el lado opuesto, y tras planteamiento de cuestión prejudicial al efecto<sup>49</sup>, desde la Sala de lo Contencioso-Administrativo del País Vasco, se viene reiterando que la regulación interna establecida en la LCSP y la consiguiente reserva, *“excede de la necesaria y proporcionalmente adecuada para garantizar sus objetivos a la vez que comporta efectos señaladamente restrictivos a la participación de los centros especiales de empleo de iniciativa empresarial en la contratación pública. Los centros especiales de empleo, de una u otra iniciativa, comparten el objetivo de integración socio-profesionales de las personas discapacitadas o desfavorecidas; y el número de trabajadores discapacitados deben representar, cuando menos, el 70 % de sus plantillas; lo que supone un notable incremento del porcentaje*

---

343/2018, FJ. 3°.

<sup>46</sup> Sentencia 308/2022 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de fecha 17 de junio de 2022, en recurso 383/2018, FJ. 4°.

<sup>47</sup> Sentencia 1383/2022, de fecha 10 de octubre de 2022, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso 647/2018, FJ. 5.

<sup>48</sup> Sentencia 1307/2022, de fecha 23 de noviembre de 2022, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, en recurso 673/2021, FJ. 3°.

<sup>49</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2021, asunto C-598/19.

mínimo (del 30 %) establecido por el artículo 20.1 de la Directiva 2014/24; más aún, si se tiene en cuenta que esa norma amplió el campo de la reserva que el artículo 19.1 de la Directiva 2014/18 restringía a los talleres o centros cuyas plantillas estuvieran constituidas mayoritariamente por afectados. Teniendo los centros especiales de empleo, de una u otra iniciativa, como objetivo principal el de integración socio-profesional de las personas discapacitadas y debiendo cumplir unos y otros la expresada ratio, no se advierte ninguna razón vinculada ya no a su diferente naturaleza o fines (con o sin ánimo de lucro) sino a los requisitos de participación, directa o indirecta, en más del 50 % de entidades sin ánimo de lucro y de reinversión de la totalidad de los beneficios, que garanticen la mayor eficiencia de los centros (de iniciativa social) que acrediten esos requisitos en la consecución de los expresados objetivos. Por el contrario, la concurrencia de unos y otros en condiciones de igualdad en los procedimientos de contratación pública, además de propiciar la selección de la mejor oferta, en términos de calidad y no solo de precio, al servicio del "interés general", favorece la mayor aportación de recursos y su más óptima distribución por sectores de actividad y ámbitos territoriales en beneficio de los objetivos marcados por el artículo 20.1 de la Directiva 2014/24; sin las consecuencias perjudiciales para la libre concurrencia, dentro del ámbito de la reserva contractual (no de exclusión de los principios básicos de la contratación ex artículo 18) delimitado por esa norma". En esencia, parecidos razonamientos a los que nos hemos referido a la hora de plantear nuestro desacuerdo con la "doble escala" en Convenio. "Dicho, si cabe, en términos más conclusivos: la regulación interna examinada lejos de garantizar necesaria y proporcionalmente sus objetivos, provoca efectos tan desproporcionados, cuanto perjudiciales a los principios de la contratación (igualdad de trato y libre concurrencia) como la exclusión de los centros especiales de empleo de iniciativa empresarial de la contratación pública, no obstante su contribución actual y por lo tanto, potencial (futura) a la integración laboral de las personas discapacitadas, acorde a su calificación como servicio de interés económico general"<sup>50</sup>.

Recordar que el Tribunal de Luxemburgo había resuelto en respuesta a cuestión prejudicial que "El artículo 20, apartado 1, de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro imponga requisitos adicionales a los enunciados en dicha disposición, excluyendo así de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos reservados a determinados operadores económicos que cumplan los requisitos establecidos en dicha disposición, siempre que dicho Estado

---

<sup>50</sup> Sentencia núm. 215/2022 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 26 de mayo, en recurso 626/2018, y Sentencia núm. 228/2022 de la misma Sala, en recurso 884/2018, F.J. 4.º

*miembro respete los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad*”, por lo que la cuestión quedaba sometida al juicio de los órganos judiciales internos en este último punto.

Como vemos, nos enfrentamos ante una cuestión sin duda controvertida y que, a la vista de los resultados contradictorios entre Tribunales, a buen seguro que deberá ser objeto de casación en la que el Tribunal Supremo concluya si la diferencia en la LCSP supera o no el juicio de proporcionalidad. Hasta en tanto se resuelva esta cuestión, en un trabajo como el presente, nos limitamos a poner sobre la mesa las posibles consecuencias para el empleo derivadas de este tipo de medidas de acción positiva, desde la perspectiva de las mayores dificultades para contratar a personas con discapacidad en los CEEIP.

#### **IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA CONVENIENCIA DE VALORAR DETERMINADAS REFORMAS**

Elementales problemas de espacio nos impiden detenernos con mayor profundidad en este sin duda interesante debate. No obstante, y como no podría resultar de otro modo, la presente comunicación que se propone, poco o nada aportaría sin efectuar alguna consideración final a modo de apunte en relación con los asuntos examinados.

Así, y en lo que se refiere al supuesto de la “doble escala” implementada en el Convenio sectorial, hemos referido en este trabajo como esta figura en su momento resultó criticada desde algún sector doctrinal al no comprender cómo podía implementarse en convenios con la complicidad de la parte sindical. Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, y más allá de los intereses de unos y otros desde la parte empresarial, con y sin ánimo de lucro, tenemos claro que esta diferencia de trato lo es porque así se ha decidido que sea por los agentes sociales que suscriben el XV Convenio, sindicatos incluidos. Y es ésta la cuestión que más nos llama la atención. A estos efectos, y si ponemos este precepto en relación con las estadísticas de empleo del sector, la realidad es que difícilmente favorece a la mayor empleabilidad y dignificación del trabajo de este colectivo y, desde luego, abunda en unas diferencias retributivas muy cuestionables ante trabajos de igual valor.

Siendo así, y a la vista de la excepción a la regla general en materia de subcontratación contenida en el art. 42.6 ET tras disposición en Real Decreto Ley 32/2021, descartada seguramente una modificación del

Convenio colectivo *ante tempus*, creemos que esta doble escala tendría serias dificultades de resultar convalidada ante una hipotética demanda colectiva en la que la pretensión se fundamentara en una homologación de las condiciones retributivas “hacia arriba” por el motivo de posible discriminación salarial, no sólo por vulneración del derecho a la igualdad de trato. Lo mismo ante una hipotética demanda individual o plural por la vía de impugnación en actos de aplicación del convenio con idéntica pretensión.

Más allá, se nos plantean igualmente serias dudas al respecto de una posible impugnación colectiva por la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos por cuestiones ligadas al derecho de la competencia, pues no parece cuestionable que estas medidas sitúan en peor condición a uno de los dos actores en este debate, los CEEIP en detrimento de los CEEIS.

Para terminar, y en lo que se refiera a la medida de acción positiva consistente en la implementación de contratos reservados a favor de los CEEIS de conformidad con lo prevenido en la LCSP, y más allá de lo que pudiera concluir el Tribunal Supremo en los recursos de casación, que muy probablemente se encuentren en tramitación al respecto del juicio de proporcionalidad, nos planteamos si este tipo de medida cumple con las propias condiciones exigidas en la norma para su válida implementación, cuestión esta sobre la que creemos que los Tribunales de apelación no se han pronunciado, probablemente por exceder del debate planteado. Más allá, si responde a la finalidad pretendida.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: “Desigualdad de trato retributivo de los trabajadores de nuevo ingreso y autonomía colectiva e individual”, *Relaciones Laborales*, 1997, Tomo I, pág. 471, o PURCALLA BONILLA, M.A.: “La doble escala salarial como instrumento de desigualdad retributiva”, *Estudios Financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 244, 2003
- CRUZ VILLALÓN, J.: “El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, núm. 147/2019
- DE CASTRO MARÍN, E.: “La doble escala salarial en convenio colectivo y su posible justificación desde la perspectiva de la creación de empleo”, *Revista de Información Laboral*, Editorial Lex Nova, nº 6, año 2016, ISSN 2254-3171
- DE CASTRO MARÍN, E.: “La reforma del art. 42 del ET y su necesaria contextualización: ¿decepción o baño de realidad?”, en *Diario LA LEY* nº 9986, de 11 de enero de 2022, ISSN Electrónico: 1989-6913

- DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C: “Retos del empleo de las personas con problemas de salud mental: atención temprana, plan individualizado y centros especiales de empleo”, en AAVV, *El empleo de las personas con discapacidad: oportunidades y desafíos*, Dir., Rey, J.L., Editorial Dykinson, Madrid, 2018 pp. 433-456. ISBN: 978-84-9148-787-6
- DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contratas y subcontratas”, en AAVV, *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, año 2022, ISBN: 978-84-1130-215-9
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J.: “Apuntes jurisprudenciales sobre “dobles escalas salariales”. La STC 119/2002, como telón de fondo”, *Justicia Laboral, Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, febrero 2003
- GOERLICH PESET, J.M., “Negociación colectiva y derecho de la competencia: un complejo panorama”, en GARCÍA-PERROTE, I, y MERCADER, J.R. (dirs.), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Valladolid, Lex Nova, 2015
- GOERLICH PESET, J.M.: “El control del convenio colectivo por las autoridades administrativas de defensa de la competencia”, *Temas Laborales*, núm. 147/2019, págs. 48 y ss: “Aunque durante mucho tiempo la posible interferencia entre negociación colectiva y legislación de defensa de la competencia ha pasado inadvertida, recientemente viene planteándose con intensidad”
- LUJÁN ALCARAZ, J.: “A vueltas con la doble escala salarial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6/2004, parte Tribuna, Editorial Aranzadi SA, Cizur Menor, año 2004
- NORES TORRES, L.E.: La reforma del art. 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, *Labos*, Vol. 3, Número extraordinario ‘La reforma laboral de 2021’, pp. 73-82 / doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6640> EISSN 2660-7360–<http://www.uc3m.es/labos>, p.79
- SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: “Doble escala salarial por decisión unilateral de la empresa con efectos colectivos. Sentencia del Tribunal Constitucional 36/2011, de 28 de marzo de 2011”, *Temas Laborales*, nº 111/2011
- THIBAUT ARANDA, J.: Las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores empleados en las contratas.: Trabajo y empresa. *Trabajo Y Empresa. Revista De Derecho Del Trabajo*, 1(1)
- VIVERO SERRANO, J.B.: “La doble escala salarial por la fecha de contratación en la negociación colectiva y el principio de igualdad”, en *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*, Lérida, 28 y 29 de mayo de 2004, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2005



## *Es el enanismo una profesión*

**FELIPE ORVIZ ORVIZ**

ASTURIAS

*Abogado. Doctorando en Estudios Avanzados en Derechos Humanos*

*Universidad Carlos III Madrid*

*Presidente ADEE ESPAÑA*

*ASESOR JURIDICO FUNDACION ALPE ACONDROPLASIA*

*EMAIL: foo1951980@gmail.com*

Las personas con enanismo es uno de los colectivos más vulnerables y excluidos de nuestra sociedad. En muchas ciudades de nuestro país se desarrollan espectáculos como puede ser el “alquiler de enanos para despedidas” basado en la degradación, ridiculización y humillación de una condición física con el objetivo de divertirse. Las personas con enanismo que se dedican profesionalmente a estos espectáculos se defienden argumentando que son artistas, que lo divertido son sus parodias y no su condición y les ampara el derecho a la libre elección de oficio y profesión. Por el contrario, los colectivos de personas con discapacidad que exigen la prohibición de estos espectáculos fundamentan sus reivindicaciones en que estos espectáculos vulnera la dignidad y el honor colectivo de las personas con discapacidad, provocando una estigmación social peyorativa para las personas con enanismo que les impide desarrollar en libertad y en igualdad sus proyectos vitales en comparación con el resto de la sociedad.

A través del estudio se ha constatado que el enanismo no es una profesión artística y que la exigencia de prohibición del espectáculo “alquiler de enanos”, no vulnera el derecho a la libre elección de oficio y profesión de las personas con enanismo que se dedican profesionalmente a estas actividades.

La metodología desarrollada consistió en el estudio de doctrina y jurisprudencia sobre la materia y estudio de distintas fuentes de información y documentación sobre la problemática analizada.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. ANÁLISIS JURÍDICO. III. CONCLUSIONES. IV. BIBLIOGRAFÍA. V. ANEXO

## I. INTRODUCCIÓN

Cada vez es más habitual encontrarse en las ciudades de nuestro país con espectáculos denigrantes para con el colectivo de las personas con ADEE<sup>1</sup>, como puede ser el alquiler de enanas/enanos para despedidas de soltero.

Una actividad que se oferta a través de las webs de despedidas de soltero<sup>2</sup> y entre las diferentes opciones propuestas se pueden leer “STRIPPER ENANA PARA EL NOVIO.- *Durante una despedida de soltero lo más usual es una stripper de cuerpo escultural, pero en este caso la idea es otra. Cuando llegue el momento del striptease, aparecerá ante el novio una linda y muy graciosa enana que hace las veces de stripper e intenta cautivar al novio. Es una broma divertida y absolutamente fuera de lo común para disfrutar al máximo de la última noche de soltería de tu amigo*”, “ENANO ESPOSADO DURANTE UNA HORA.- *Sencillamente, se esposa a un enano al novio o la novia de manera que deban permanecer juntos durante una hora*”, etc.

Tal como se desprende de la propia información de las empresas que ofertan estos espectáculos, se mercantiliza de forma burlesca, grosera e indigna con una discapacidad muy concreta, el enanismo, proyectando una ridiculización de la condición como divertimento.

Una realidad que lleva implícita la reflexión de si podemos considerar al enanismo como una profesión laboral/artística, es decir, si todas las personas con esa discapacidad tienen la obligación de asumir la humillación, desprecio y el trato denigrante del resto de la sociedad.

Puede comprobarse que en ningún momento se identifican los nombres artísticos de las personas con enanismo que se dedican a estos espectáculos, solamente se publicita su condición, enana/enano, por lo que cualquier persona con enanismo podría acceder de forma inmediata a realizar estas actividades denigrantes. Y en sentido inverso, si lo gracioso es la condición y no las aptitudes o cualidades artísticas se proyecta un estigma social sobre el colectivo de personas con ADEE, por el que reírse, denigrar y humillar a las personas con enanismo es divertido.

---

<sup>1</sup> ADEE, término que hace referencia al colectivo de personas con acondroplasia y otras disp

<sup>2</sup> Información extraída web <https://despedidasmolamola.com/madrid/enanos-para-despedidas/> en fecha de 08/01/2023.

Nos encontramos ante una realidad social y jurídica fuera de la agenda política del conjunto de las administraciones públicas de nuestro país y que, sin embargo, diferentes organismos estatales e internacionales han manifestado su preocupación por la mercantilización denigrante de la discapacidad del enanismo, concretamente,

- A) El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España del 9 de abril de 2019<sup>3</sup>, resaltó su preocupación por los espectáculos cómicos taurinos representados por personas con enanismo que se celebran en España, *“Los persistentes estereotipos negativos y la representación degradante de las personas con discapacidad, como por ejemplo las personas con enanismo en espectáculos cómico-aurinos, en los medios de comunicación generalistas.”*
- B) Declaración institucional aprobada por asentimiento de la Comisión Mixta para la Unión Europea<sup>4</sup>, en la que todos los grupos parlamentarios se comprometieron a *“1.º Realizar los cambios normativos pertinentes para impedir la celebración de espectáculos públicos y privados que denigran y humillan a las personas con enanismo y, de esta manera, haga cumplir con el mandato de las instituciones internacionales, por la cual España debe tomar medidas pertinentes para modificar todas aquellas medidas legislativas que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; 2.º Poner en marcha junto con los colectivos de personas con enanismo y demás entidades de defensa de los derechos de las personas con discapacidad, un plan de inserción y formación laboral para que todas aquellas personas con enanismo que trabajan en espectáculos y actividades denigrantes puedan acceder a un empleo digno y decente”.*
- C) Informe de la Unidad Coordinadora de Atención a las personas con discapacidad y mayores de la Fiscalía General del Estado<sup>5</sup> *desde esta*

---

<sup>3</sup> <http://www.convenciondiscapacidad.es/2019/04/10/observaciones-finales-sobre-los-informes-periodicossegundo-y-tercero-combinados-de-espana-del-comite-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-9-de-abril-de-2019>.

<sup>4</sup> Declaración institucional sobre la normativa de la Unión Europea en relación con la situación de las personas que sufren acondroplasia. (Número de expediente del Congreso de los Diputados 140/000035 y número de expediente del Senado 630/000051), aprobado por asentimiento en la Comisión Mixta para la Unión Europea, en sesión celebrada el 26 de febrero de 2019, DS. Cortes Generales, Comisiones Mixtas, núm. 141, de 26/02/2019

<sup>5</sup> <https://www.fiscal.es/documents/20142/adddf2bc-8479-85c8-b2a8-7bb-2c324255e>

*Unidad coordinadora entendemos que el humor tiene múltiples formas de expresión, pero no puede utilizarse como parapeto de conductas que pueden zaherir o golpear la dignidad. En ese aparente conflicto, siempre debe prevalecer y relucir la dignidad. La mofa sobre la condición física (enanismo) de estas personas está presente en estos espectáculos por lo que puede entenderse atentatoria contra la dignidad, no solo individual, sino también del colectivo”.*

D) Informes elaborados por el CERMI (2016) y la Clínica Jurídica de Derechos Humanos Javier Romañach (Romañach, 2019).

## II. ANÁLISIS JURÍDICO

Las personas con enanismo que se dedican a estos espectáculos<sup>6</sup> no llegan a los 50, aún así, estamos ante una problemática que tiene una importante repercusión mediática.

Nos encontramos con dos planteamientos opuestos a la hora de abordar y analizar la legalidad del espectáculo “alquiler de enanos”, por un lado, las personas con enanismo que se dedican profesionalmente a estos espectáculos fundamentan su defensa,

- a) que son artistas profesionales
- b) que sus empleos no son denigrantes.
- c) la gente los contrata por sus habilidades artísticas no por su condición.
- d) trabajan en lo que libremente han elegido y esa facultad es la que les concede su verdadera dignidad como ciudadanos, la autodeterminación de su proyecto vital.

Por otro lado, los colectivos de personas con discapacidad que reivindican la supresión de estos espectáculos defienden

1. que la prohibición de estos espectáculos es una medida necesaria para la defensa de la dignidad colectiva de las personas con enanismo, como uno de los colectivos más vulnerable y excluido de nuestra sociedad

---

<sup>6</sup> La casi totalidad de las personas con enanismo que se dedican profesionalmente a estos espectáculos compaginan varias actividades denigrantes ( toreros cómicos, stripper, etc)

2. que las personas con ADEE, tienen derecho a no sufrir burla, humillación, denigración y desprecio por su discapacidad.
3. que estos espectáculos vulneran los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por España

Que una vez hemos expuesto los planteamientos de las partes, es necesario responder a las dos preguntas claves e *imprescindibles para abordar nuestro análisis jurídico*; *¿es el enanismo una profesión?*, *¿ la libre elección de empleo y profesión es un derecho ilimitado?*.

### **PRIMERA PREGUNTA.- ¿Es el enanismo una profesión?**

La única condición que se exige a las personas con enanismo para acceder a estos empleos denigrantes es su discapacidad, por lo que nos lleva inevitablemente a plantearnos si el enanismo es una profesión u oficio dado que es una cualidad imprescindible para poder acceder a trabajar en el espectáculo “alquiler de enanos”.

Para poder responder a la pregunta planteada, podemos considerar al enanismo como una profesión artística, es necesario analizar que se entiende por “artista o actividad artística”. La Real Academia Española define al termino «artista», en cuanto figura con personalidad propia y en cuanto parte de un espectáculo público, como aquella persona que o bien «ejercita alguna arte bella» (entendida como «cada una de las que tienen por objeto expresar la belleza, y especialmente la pintura, la escultura, la arquitectura y la música»), o bien «actúa profesionalmente en un espectáculo teatral, cinematográfico, circense, etc., interpretando ante el público». Y se entiende como actividades artísticas a todas aquellas en las que, prevaleciendo un ingrediente creativo y, en su caso, un propósito, mediato o inmediato, de difusión pública, se trate de despertar las emociones, sensibilidades o sentimientos de las personas, que con mucha frecuencia son «espectadores». La UNESCO<sup>7</sup>, define al artista como toda persona que crea o que participa por su interpretación en la creación o la recreación de obras de arte, que considera su creación artística como un elemento esencial de su vida, que

---

<sup>7</sup> La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura es un organismo especializado de las Naciones Unidas. Se fundó el 16 de noviembre de 1945 con el objetivo de contribuir a la paz y a la seguridad en el mundo mediante la educación, la ciencia, la cultura y las comunicaciones. Su constitución entró en vigor el 4 de noviembre de 1946, con el apoyo de veinte países, actualmente cuenta con 193 Estados miembros y 7 Miembros asociados

contribuye así a desarrollar el arte y la cultura, y que es reconocida o pide que se la reconozca como artista, haya entrado o no en una relación de trabajo u otra forma de asociación.

La Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, firmada en Roma con fecha 26 de octubre de 1961, en la que se da la consideración de «artista intérprete o ejecutante» a «todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística». Se suele distinguir entre la aptitud artística, el talento y la genialidad. La **aptitud** artística es considerada una disposición o capacidad, natural o adquirida, para producir un tipo especial de objetos considerados artísticos. Como todas las aptitudes, la aptitud artística se educa y se desarrolla a través de una aplicación constante. Cuando se trata de **talento**, hablamos de una aptitud poco frecuente, que distingue y singulariza a quien la tiene. Normalmente el talento se atribuye a los artistas con cierto reconocimiento social que han conseguido un estilo o manera propia de hacer las cosas. La **genialidad** se refiere a una aptitud de carácter superior: aquélla de la que está dotada una persona con una gran capacidad de invención, de organización, de creación. El artista genial es aquél cuyas obras llevan un sello tanto personal como universal. Se considera que sus obras influyen sobre la sociedad y la cultura a la que pertenece.

A tenor de lo anteriormente señalado, no podemos más que negar que el enano sea una profesión artística. Lo que provoca el divertimento en el espectáculo “alquiler de enanos” no son las parodias que realiza la enana o enano a disposición del novio o la novia, si no su condición física; es indiferente la experiencia, formación o habilidades de esa persona, lo único imprescindible es su condición/discapacidad y de ahí nace la ilegalidad de este espectáculo.

Una realidad similar al espectáculo del “alquiler de enanos” lo encontramos con el torero cómico, y que el propio Convenio Colectivo Nacional Taurino<sup>8</sup>, establecía que las cuadrillas cómicas debían estar formadas al menos por un “*mínimo de cinco Toreros «pequeños», en el caso de que el espectáculo cuente con esta clase de toreros cómicos. Se entiende por torero «pequeño», a estos efectos, aquellos que por su estatura física no puedan encuadrarse en el apartado*

---

<sup>8</sup> Resolución de 2 de septiembre de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VI Convenio colectivo nacional taurino. Publicado BOE núm. 223, de 16 de septiembre de 2022.

*anterior*”, es decir, asimilaba lo cómico con una determinada condición física, el enanismo.

Que tras la publicación del convenio, las entidades de defensa de los derechos de las personas con discapacidad, y especialmente, las que representan al colectivo de personas con ADEE, solicitaron al Ministerio de Trabajo y Economía Social y los organizaciones sindicales y empresariales que firmaron el convenio la inmediata modificación del art. 9. La reclamación fue atendida y las partes firmantes del convenio aprobaron una nueva redacción del artículo eliminando toda referencia a la condición física/discapacidad de los toreros cómico, “ *Artículo 9. Toreros cómicos. 1. La cuadrilla cómica vendrá constituida por: a) Un jefe de Cuadrilla. b) Un número de toreros suficiente para el desarrollo de la función*”<sup>9</sup>

## **SEGUNDA PREGUNTA.- ¿Existe un derecho ilimitado de elegir libremente oficio o profesión?**

La libertad de actuar de las personas con acondroplasia en estos espectáculos mediante papeles que denigran y vulneran la dignidad humana y el honor de todas las personas que comparten su misma condición física, no encuentra regulación taxativa en nuestro ordenamiento jurídico. El profesor DOMÉNECH PASCUAL<sup>10</sup>, la denomina como la “*libertad genérica de actuar*”, es decir, *la libertad de llevar a cabo en principio cualesquiera actividades lícitas. Este derecho, que no ha sido establecido de manera explícita por la Constitución, puede deducirse de varios de sus preceptos (artículos 1.1, que consagra la libertad como valor superior del ordenamiento; 10.1, que declara que el libre desarrollo de la personalidad constituye uno de los fundamentos del orden político; la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (9.3), que prohíbe que éstos restrinjan la libertad sin una razón justificada; y 16.1 referido a la libertad de conciencia, que permitiría al individuo actuar de forma coherente con sus propias convicciones*”.

El Tribunal Constitucional estableció que no existen derechos ilimitados en nuestro ordenamiento jurídico, en su STC 2/1982 de 29 de enero F.J. 5º. “*En efecto, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que*

<sup>9</sup> Resolución de 18 de octubre de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de modificación del VI Convenio colectivo nacional taurino.

<sup>10</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G “La prohibición de espectáculos taurinos: problemas constitucionales», Revista jurídica de Castilla-La Mancha, núm. 40/2006, págs. 71-111

*(...) en relación con los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”.*

El derecho al trabajo y el derecho a la libre elección de profesión se encuentra recogido en nuestra constitución española en el artículo 35<sup>11</sup>, enclavado en la Sección Segunda del Capítulo II. En su vertiente individual, el derecho al trabajo se concreta en la igualdad de todos los ciudadanos acceder a un puesto de trabajo siempre y cuando cumplan con los requisitos de capacitación y formación exigidos para ese empleo, y a no ser despedidos de forma arbitraria sin existir una justa causa. En relación con el ejercicio del derecho al trabajo de las personas con enanismo que trabajan en estos empleos denigrantes, podemos preguntarnos si la prohibición de estos espectáculos puede limitarles el ejercicio de este derecho.

Las personas con enanismo que se dedican a estos espectáculos, en caso de prohibición, ¿no pueden trabajar en ningún otro empleo?, claro que si pueden acceder a cualquier otro trabajo y profesión. En este sentido, las organizaciones que promueven la prohibición de estos espectáculos junto con la Fundación ONCE, han puesto en marcha un programa, PISADAS DE DIGNIDAD<sup>12</sup>, para que estas personas con enanismo puedan formarse profesionalmente y acceder a un empleo digno y decente.

En este sentido, es importante traer a colación que el colectivo de personas con enanismo que se dedica profesionalmente a estos espectáculos no supera los 50. Por su parte, la inmensa mayoría de personas con ADEE, disponen de una formación profesional y académica por encima de la media del resto de colectivos de personas con discapacidad, desarrollando carreras profesionales en todos los sectores y categoría profesionales, tal como se desprende del reciente estudio elaborado por la Fundación ONCE<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Art. 35 CE “1. Todos los españoles tiene el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión y oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores”.

<sup>12</sup> <https://www.fundaciononce.es/es/pisadas-de-dignidad>

<sup>13</sup> <https://biblioteca.fundaciononce.es/publicaciones/colecciones-propias/adde-personas-con-acondroplasia-y-otras-displasias-esqueleticas>



La Directiva 2000/78/CE<sup>14</sup>, define la discriminación directa e indirecta; existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pueda ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga, y la discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.

En el caso que nos ocupa tenemos los dos tipos de discriminación, la directa se da directamente a los “enanos alquilados” y a las personas con enanismo que no dedicándose a este tipo de espectáculos son discriminados e infravalorados por compartir la misma condición física que es objeto de risa, burla y desprecio en el torero cómico; y la indirecta que se puede observar en el ámbito laboral donde las personas con acondroplasia no reciben las mismas oportunidades para ser empleados que las personas sin enanismo, manteniendo constante el resto de variables como la capacitación, la edad, el género, etc.

Nos encontramos con supuestos en los que la exigencia de una determinada apariencia física para desempeñar un trabajo no sea una condición arbitraria, irrazonable o basada en el mero prejuicio personal o grupal. Pueden existir casos en los que la condición que, en principio, sería discriminatoria se convierte en razonable; ejemplo una interpretación femenina de una obra teatral necesariamente tendrá que ser una mujer, etc. Se tratan de casos excepcionales, en los que la condición actúa como elemento segregador entre distintos individuos, se conviertan, ante circunstancias muy justificadas, en elementos de diferenciación razonables y legítimos. Por su parte, en el caso que nos ocupa, “ alquiler de enanos para despedidas de soltero/soltera”, si la finalidad del espectáculo es hacer reír al novio/novia y a sus amigos/amigas, en principio ese papel lo podrán realizar todas aquellas personas con cualidades artísticas suficientes para hacer reír a los que acuden a la despedida de soltero/soltera, y por lo tanto, no es justificable que sólo se contrate a personas con enanismo y se publicite únicamente la condición física/discapacidad como el llamamiento del es-

---

<sup>14</sup> Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación

pectáculo. Es este aspecto, la razón de la discriminación y vulneración de la dignidad humana de todo un colectivo, que lo que hace reír a la gente no es la representación artística sino la condición física de las personas que la realizan.

Mas discusión merece el “derecho a la libre elección de profesión u oficio”, recogido en el art.35.1CE. A tenor de este precepto, se podría entender que no habría discusión alguna en lo concerniente a la problemática analizada dado que las personas con enanismo que se dedican a estos espectáculos pueden acogerse al contenido de este artículo para defender su derecho a elegir libremente profesión o oficio; ¿realmente este precepto constitucional faculta a todos las personas a trabajar en lo que libremente elijan?. La respuesta que han dado tanto la doctrina como la jurisprudencia es que no y no puede ser de otra manera.

El profesor TOLIVAR ALAS<sup>15</sup>, en su excelente estudio sobre la configuración constitucional del derecho a libre elección de oficio o profesión afirma que, “*el derecho consagrado en el art.35.1 se limita obviamente a reconocer esa facultad de elección entre lo que es lícito y no a potenciar el que cualquier actividad sea realizable por todos*”, analizando y extrapolando este planteamiento al caso que nos ocupa, no se tendría ningún argumento jurídico para ir contra del derecho de libre elección de oficio de los toreros cómicos taurinos dado que su actividad, tal como se ha expuesto en los capítulos precedentes, se encuentra regulada y por lo tanto, no hay ninguna duda desde el punto de vista legal de su carácter lícito.

Por su parte, la STC 83/1984, ofrece una interpretación del contenido del derecho a libre elección de oficio, “*no es el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión u oficio*”. Por lo tanto, no existe una vulneración de este derecho a las personas con enanismo que se dedican a estos espectáculos.

De suma interés es el análisis del caso del “Lanzamiento del Enano”, que consiste en que personas con enanismo vestidos con ropa especial o con disfraces recubiertos de protección son lanzados sobre las paredes recubiertas o acolchonadas de los locales. Los participantes compiten para ver “quien puede lanzar a su enano más lejos”. Los alcaldes de los municipios de Morsang-Sur-Orge y Aix-en-Provence de Francia, prohibieron

---

<sup>15</sup> TOLIVAR ALAS, Leopoldo, La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, N° 62, 1989, págs. 187-218

la celebración del “lanzamiento de enano” en los establecimientos privados de sus localidades, recurridas tanto por la sociedad que organiza los eventos, así como la persona con enanismo que era usada para los lanzamientos. En primera instancia, los Tribunales Administrativos de Versalles y Marsella anularon las resoluciones de las alcaldías que prohibían los espectáculos, recurridas por los dos municipios ante el Conseil d'État francés, que ratificó la prohibición del “Lanzamiento del Enano”. El ciudadano con enanismo que era usado en los lanzamientos presentó denuncia al Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, alegando que la prohibición era una discriminación al impedirle ejercer su trabajo, vulneraba su dignidad, libertad, derecho al trabajo y el respeto a su vida privada. A su vez, argumentó que en Francia no había empleo para las personas con enanismo y que su trabajo no constituía un atentado a la dignidad humana pues la dignidad es tener empleo

Por su parte, Francia alegó que esa prohibición no era discriminatoria, sólo se aplica a las personas con enanismo pues son las únicas a las que puede afectar la actividad prohibida, y la indignidad de esa actividad se deriva muy particularmente de las peculiaridades físicas de esas personas. A su vez, alegaba que su actuación buscaba conciliar el ejercicio de las libertades económicas con el deseo de hacer respetar el orden público, uno de cuyos elementos es la moral pública. En su sentencia el Comité, no encontró elementos de discriminación por la prohibición del “LANZAMIENTO DEL ENANO” dictada exclusivamente para las personas con enanismo por basarse en una razón objetiva. También estimó el Comité que la medida no constituía una medida abusiva, sino que es más bien una medida necesaria para proteger el orden público, en el que intervienen en particular consideraciones de dignidad humana, que son compatibles con los objetivos del Pacto.

Una sentencia que suscitó un enorme e interesante debate entre la doctrina, circunstancia que echamos en falta en el caso que nos ocupa, en base a dos posicionamientos claramente diferenciados. (RUIZ SANZ, 2009), se posiciona claramente en contra del sentido de la resolución, “la decisión puede considerarse paternalista y holista, ya que prevalece de forma evidente un presunto interés general protector de la colectividad frente a la libre personal de su forma de vida por parte del sujeto directamente afectado”. Por su parte, (DORN GARRIDO, 2011, N.º 26), defiende el planteamiento del Comité afirmando al respecto “el espectáculo prohibido no constituye a una integración en clave de igual dignidad, ya que el colectivo sufre un estigma de inferioridad incompatible con la ética pública de mí-

nimo presente en el valor de la dignidad humana, siendo indiferente el consentimiento del propio afectado”.

### III. CONCLUSIONES

Resulta incomprensible desde un punto vista jurídico, social y político como en pleno siglo XXI, en nuestras ciudades podamos observar como una novia/novio lleva esposado a una persona con enanismo y como sus amigos y amigas se jartan y divierten de esa humillación. Mas incomprensible aún resulta la amnesia política del conjunto de las administraciones públicas y de la inmensa mayoría de los operadores jurídicos, ¿sucedería lo mismo si en vez de personas con enanismo se alquilaran personas con otras discapacidad?.

Nos encontramos ante una de las mayores vulneraciones de los derechos humanos del colectivo de personas con discapacidad que se comete en nuestro país, una casuística huérfana política y socialmente. Es por ello, que no es entendible ni comprensible como otras realidad similares ( ilegalización de la prostitución, vientres de alquiler, ...) se encuentran en la agenda política y el espectáculo “ alquiler de enanos” está amparado por el conjunto de las administraciones públicas de nuestro país.

A través del análisis jurídico llevado a cabo se ha dado respuesta a las dos grandes preguntas que subyacen de la realidad estudiada, por un lado, el enanismo como condición física/discapacidad no es una profesión en sí misma y la mercantilización de su denigración y humillación es ilegal.

Por otro lado, ninguna persona tiene el derecho ilimitado a desarrollar profesionalmente cualquier actividad económica solamente la libre elección de oficio y profesión, y la mercantilización de la vejación y ridiculización de una condición física no lo es.

Esta sociedad tan vulnerable e insegura necesita que entre todos pongamos pilares infranqueables e irresistibles en los que la dignidad de la persona no pueda ser vulnerada ni comercializada, incluso ante la propia negación o disposición, porque es la esencia de nuestra sociedad democrática, libre e igualitaria, y cuando alguien pierde o se le deniega, aunque sea un pequeño colectivo, abrimos una vía de escape en la que no sólo perdemos el aire y la robustez de nuestro estado de derecho sino la propia dignidad y libertad como sociedad cívica y democrática.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- CERMI. *Informe sobre la normativa legal vigente en materia de espectáculos taurinos y los aspectos de la misma que colisionan con la debida protección de los derechos de las personas con discapacidad*. MADRID: FUNDACIÓN DERECHO Y DISCAPACIDAD.2016
- DE ASÍS ROIG, Rafael. *A proposito de los espectáculos cómicos taurinos*. <https://pasoce-ro243055203.com>. 2010.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. "La prohibición de espectáculos taurinos: problemas constitucionales". *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, N.º 40, 2006, pp. 71-111.
- DORN GARRIDO, Carlos. "La dignidad de la persona: límite a la autonomía personal". *Revista de Derecho*, n.º 26, 2011, pp. 71-108.
- ESPERANZA ALVÁREZ RAMÍREZ, Gloria. (2010). *Las situaciones de discriminación de las personas con Acondroplasia en España. Informe Jurídico*. Madrid: CERMI.2010.
- FERNÁNDEZ ARREGI, Saulo. *El enanismo como espectáculo*. Fundación Alpe Acondroplasia. 2010.
- MONEREO ATIENZA, Cristina. Reflexiones actuales sobre libertad y autonomía: La convergencia de capacidad, reciprocidad y relación. *Revista Derechos y Libertades*. N.º 39. EPOCA II, 2008, pp. 177-203.
- PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. *La dignidad de la persona. Núcleo de moralidad y orden público, límite al ejercicio de libertades públicas*. MADRID: CIVITAS. 2005 Clínica Jurídica de Derechos Humanos Javier Romañach. *Informe sobre toro cómico y discriminación de personas con enanismo*. MADRID: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid. 2019.
- RUÍZ SANZ, Mario. "A propósito de lo digno y no discriminatorio: comentarios al caso Wakenheim v. Francia sobre el lanzamiento del enano". *Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico*. Tirant Lo Blanch, N.º 5, 2009. pp. 183-201.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. El Convenio Nacional Taurino y los "toreros pequeños". <http://wilfredosanguinetti.wordpress.com>. 2010.
- TOLIVAR ALAS, Leopoldo. "La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio". *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 62, 1989, pp. 187-218.

## V. ANEXO

Desde 180 €

Ver packs

## Enanos para despedidas de soltero y soltera en Madrid

★★★★★ 4.71/5 (7)



Los **enanos** para despedidas de soltero y soltera son un complemento original y sorprendente digno de las **despedidas de soltero en Madrid** más locas y divertidas. Un plan fuera de lo común y una alternativa realmente especial si quieres sorprender al novio o la novia junto a su grupo de amigos

Fuente: <https://despedidasmolamola.com/madrid/enanos-para-despedidas/>



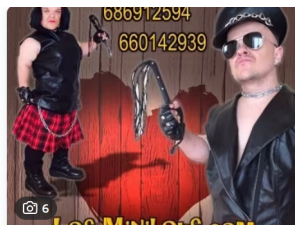
ENANO ESPOSADO PARA  
DESPEDIDA DE SOLTERO



📍 Salou (Tarragona)

LOS..M.I.N.I.B.O.Y.S. Espectáculos  
diferentes para animar despedidas d...  
Leer más

Hace 16 días



ENANOS DESPEDIDAS  
ESPOSADOS CASTELLON



📍 Castellón de la Plana (Castellón)

LOS..M.I.N.I.B.O.Y.S. Enanos gogos  
para animar cumpleaños de adultos,...  
Leer más

Hace 8 días



ENANOS PARA  
DESPEDIDAS, ENANOS...



📍 Barcelona (Barcelona)

LOS..M.I.N.I.B.O.Y.S. Shows de humor  
para tus fiestas Barcelona, enanitos...  
Leer más

Hace 2 días

Fuente: <https://www.milanuncios.com/anuncios/enano-despedida-esposado.htm>

# *Cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad y medidas alternativas*

**MORARU GRATIELA-FLORENTINA**

*Universidad de Castilla-La Mancha*

*Albacete*

*gratiela.moraru@uclm.es*

## **Extracto**

La presente comunicación se propone abordar la problemática de las cuotas de reserva de puestos de trabajo de las personas con discapacidad y las medidas alternativas. Así, tras el planteamiento de la preocupación normativa a nivel internacional, europeo y nacional, esta comunicación profundiza en el persistente obstáculo que las personas con discapacidad encuentran al acceder al mercado de trabajo. Al margen de lo anterior, se congregan unas reflexiones en torno al carácter poco uniforme del concepto de discapacidad y su relevancia respecto del ejercicio de los derechos de las personas trabajadoras con discapacidad. La cuota de reserva representa una institución muy controvertida, atributo que deriva de su complejo encuadramiento en el ordenamiento jurídico, así como de su ambicioso propósito de alcanzar una mayor incorporación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo. Así, el análisis que se propone en esta comunicación trata de retratar esa complejidad, así como unas escuetas pinceladas respecto de la cuota de reserva en la Administración Pública. Este análisis se complementa con un espacio dedicado a las medidas alternativas.

Respecto de la metodología utilizada, los textos normativos constituyen el principal apoyo junto con las fuentes doctrinales y jurisprudencia.

Esquema de contenido: 1. Algunas ideas previas 2. Concepto de persona con discapacidad 3. Cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad 4. Obligación de reserva en las ofertas de empleo público 5. Medidas alternativas al cumplimiento de la obligación de reserva 6. Conclusiones

A modo de aportación personal o conclusiones, esta comunicación trata de redefinir la institución de la cuota de reserva y las medidas alternativas no sólo desde la óptica de la normativa que recoge ambas figuras, sino atendiendo a la actualidad de nuestro imaginario social. La Agenda 2030 insiste en la creación de empleo inclusivo y el proyecto de la Ley de Empleo reafirma la necesaria consolidación de la empleabilidad de las personas con discapacidad.

## 1. ALGUNAS IDEAS PREVIAS

La inclusividad y el alcance de una mayor empleabilidad de las personas con discapacidad han marcado desde tiempos inmemorables las actuaciones normativas tanto a nivel internacional como a nivel europeo y nacional. Desde instancias supranacionales se ha tratado de conferir una protección jurídica reforzada a las relaciones de trabajo de las personas trabajadoras con discapacidad, protección y preocupación que se han proyectado en el Convenio núm. 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, el Convenio núm. 142 sobre la orientación profesional y la formación profesional en el desarrollo de recursos humanos y el Convenio núm. 159 sobre readaptación profesional y el empleo de personas inválidas<sup>1</sup>. Una especial mención en este espacio se merece la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, texto que constituye una baza central en esta materia. Uno de sus preceptos más relevantes para la materia que nos ocupa es el art. 27, que titulándose “*Trabajo y empleo*”, viene a consagrar, mediante un conjunto de medidas, el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. El referido precepto contempla un mandato para los Estados Parte consistente en salvaguardar y promover el ejercicio del derecho incluso para aquellas personas que adquieran una discapacidad durante el empleo<sup>2</sup>. La propia Agenda 2030 define su objetivo número 8 como la promoción del crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos. De aquí a 2030, se pretende lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, así como la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor.

Entre los instrumentos normativos europeos, un auténtico hito viene representado por la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato y

---

<sup>1</sup> Una obra de referencia en la materia que nos ocupa es ROMERO RODENAS, M. J. (coord.), *Trabajo y protección social del discapacitado*, Bomarzo, Albacete, 2003, pp. 11 y ss.

<sup>2</sup> Muy interesante al respecto ROMERO RODENAS, M. J., “Igualdad en el ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social y prohibición de discriminación por razón de discapacidad. A propósito de la STC 172/2021, de 7 de octubre”, *Revista de Derecho Social*, n° 96, 2021, p. 151 y ss.



la ocupación. Esta Directiva vino a sentar los cimientos para la promoción y fomento del empleo de las personas trabajadoras con discapacidad<sup>3</sup>. No obstante, este instrumento normativo no ha acotado los confines de qué ha de entenderse por discapacidad a efectos de la aplicación de principio de igualdad de trato. Una exegesis del concepto de discapacidad que encájese al mismo tiempo la enfermedad podría haber tenido relevantes consecuencias en materia de empleo, sobre todo, en lo que se refiere a las extinciones contractuales basadas en enfermedad dado que habría podido ser calificados como nulos<sup>4</sup>. Prosiguiendo con el marco europeo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea refuerza los derechos reconocidos a las personas con discapacidad a través del mandato expreso recogido en su art. 26 relativo al respeto y el derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse mediante medidas que garanticen su autonomía, integración y participación social.

Por otro lado, en el contexto de sus políticas y actividades, la Unión Europea ha presentado en marzo de 2021 la Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030, acción que pretende orientar a los Estados Miembros y las instituciones de la Unión Europea a construir un Unión por la igualdad y el cumplimiento del Pilar Europeo de Derechos Sociales. Esta Estrategia perfila un haz de acciones e iniciativas estableciéndose varias prioridades entre las que destaca “la protección social y la no discriminación en el trabajo”<sup>5</sup>.

Sin afán de exponer con exhaustividad todos los instrumentos normativos en la materia, sino tan sólo los de referencia, llegamos al ámbito nacional donde la Constitución, en su art. 14 CE conectado con el art. 9.2,

---

<sup>3</sup> Véase en este sentido ESTEBAN LEGARRETA, R., “El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg. 1/2003”, *Trabajo y Derecho*, n° extra 6, 2017.

<sup>4</sup> CORDERO GORDILLO, V., “El concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE. Comentario de Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 11 de junio”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n° 6016, 2006, BIB 2006/1624.

<sup>5</sup> Sobre el Pilar Social de la Unión Europea, véase APARICIO TOVAR, J., “Un pilar social de la Unión Europea carcomido por la gobernanza económica”, *Revista de Derecho Social*, n° 79, 2017, pp. 231 y ss. Respecto al Pilar Social de la Unión Europea, señala el profesor Aparicio que “La ruptura de aquel equilibrio inestable entre derechos sociales y libertades económicas en favor de estas últimas manifiesta un resquebrajamiento, sino demolición, del impulso ético implícito en el momento fundacional de la UE en favor de la paz y la integración social a los que el desarrollo económico debía servir”.

impone a los poderes públicos el mandato imperativo de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas<sup>6</sup>. Como es obvio, hay que invocar en este espacio el mandato contenido en el art. 35 CE relativo al contenido y el funcionamiento del proyecto contractual unido a la orientación de la acción de los poderes públicos hacia la política de empleo que regula el art. 40 CE y que los compromete a una orientación de la misma “hacia el pleno empleo”<sup>7</sup>.

Descendiendo al tema que nos ocupa, esto es, la incentivación de la contratación de las personas con discapacidad y la cuota de reserva, hay que poner de relieve que el empleo y la contratación de las personas con discapacidad representa una cuestión de especial interés desde la perspectiva de las medidas de acción positiva en cuanto instrumentos correctores de las de desigualdades. En este sentido, el art. 49 CE contempla una protección especial al dictar una atención especializada que requieran y ampararán especialmente a las personas con discapacidad física, sensorial y psíquica para el disfrute de los derechos que la Constitución otorga a todos los ciudadanos. A pesar de este postulado constitucional, el Estatuto de los Trabajadores no ha profundizado en la regulación de las particularidades de las relaciones de trabajo de las personas con discapacidad decantándose por una regulación específica<sup>8</sup>.

No fue hasta la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración laboral de las personas con discapacidad cuando se procedió a dar cumplimiento al mandato constitucional *ex* art. 49 CE abordándose la “*Integración laboral*” en el Título VII de esta ley. La vigencia de esta ley se extendió hasta 2013, cuando se aprobó el Real Decreto 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Esta Ley consagra su Capítulo VI al “*Derecho al trabajo*” configurando cuatro secciones dedicadas a disposiciones generales, empleo ordinario, empleo protegido y empleo autónomo. La adopción de esta ley, teniendo en cuenta los

---

<sup>6</sup> Sobre la extensión y las aristas constitucionales del art. 14 CE, resulta muy significativo el artículo de CASAS BAAMONDE, M. E., “La igualdad género en el Estado constitucional”, *Revista de Derecho Social*, n° 88, 2019, pp. 13-54.

<sup>7</sup> BAYLOS GRAU, A., “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012”, *Revista de Derecho Social*, n° 61, 2013, p. 31.

<sup>8</sup> PÉREZ PÉREZ, J., “La cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad: una revisión crítica de la regulación de las medidas alternativas a su cumplimiento”, *Revista Doctrina Aranzadi Social*, n° 4, 2012, BIB 2012/1198.

múltiples impedimentos que las personas con discapacidad encuentran para la obtención y mantenimiento de un empleo, perfila, en el marco de sus postulados, la adopción de medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo (art. 40), servicios de empleo con apoyo (art. 41) y, por supuesto, la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad (art. 42). De una mención especial es merecedora la aprobación del Real Decreto 368/2021, de 25 de mayo, sobre medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite, cuyo principal propósito es precisamente *“establecer un conjunto de medidas de acción positiva dirigidas a promover el acceso al empleo ordinario de las personas con capacidad intelectual límite que tengan reconocida oficialmente esta situación”* (art. 1).

Una importante aportación viene de la mano del Criterio Técnico 90/2016 de la Inspección de Trabajo sobre la cuota de reserva que permite conocer los mecanismos que la Inspección de Trabajo utilizará para el cómputo de la obligación de reserva del 2% de la plantilla en las empresas para ocupar trabajadores discapacitados.

En el marco de las medidas de acción positiva, hay que mencionar la Estrategia Global de acción para el empleo de las personas con discapacidad 2008-2012 y la Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020 que se sustancia en los diferentes Planes de Acción aspirando a convertirse en elemento central para las políticas públicas en materia de discapacidad. De relevante interés resulta la Estrategia de los Fondos Sociales Europeos+ (FSE+) 2021-2027 entre cuyas prioridades, en materia de empleo, se apunta contribuir con la inversión del FSE+ al apoyo y fomento del emprendimiento en Economía Social, incluyendo el emprendimiento de base tecnológica, en economía verde, azul y circular; el apoyo a la creación, supervivencia, sostenibilidad y crecimiento de empresas de Economía Social, incluidas las que tienen por objeto favorecer la inclusión laboral y social de personas con discapacidad y otras en situación o riesgo de exclusión social, con medidas de asesoramiento y acompañamiento, entre otras<sup>9</sup>. A pesar de las numerosas referencias al empleo de las personas con discapacidad en la Estrategia de los FSE+, no se contiene, sin embargo, ninguna referencia a la cuota de reserva de puestos de trabajo de las personas con discapacidad.

---

<sup>9</sup> [https://www.mites.gob.es/uafse/ficheros/fse\\_2021\\_2027/documento\\_estrategia\\_FSE\\_2021-2027.pdf](https://www.mites.gob.es/uafse/ficheros/fse_2021_2027/documento_estrategia_FSE_2021-2027.pdf), consultado el 15 de enero de 2022.

Otra necesaria referencia es la relativa a las medidas contenidas en el proyecto de la Ley de Empleo, que en su art. 50 se refiere a los “*Colectivos de atención prioritaria para la política de empleo*” refiriéndose expresamente a las personas con discapacidad. En cuanto a las personas con discapacidad, se reconocerá mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo a las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental, con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por cien, así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por cien.

En lo que respecta la evolución de la regulación jurídica de la cuota de reserva de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, el art. 38 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración laboral de las personas con discapacidad venía a instituir un haz de medidas como: el empleo de, al menos, el 2 por cien de personas trabajadoras con discapacidad en las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más personas trabajadoras; nulidad de los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales de las empresas que supongan en contra de los minusválidos discriminaciones en el empleo, en materia de retribuciones, jornadas y demás condiciones de trabajo; admisión de las personas minusválidos en igualdad de condiciones con los demás aspirantes en las pruebas selectivas para el ingreso en los Cuerpos de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas, Administración Local, Institucional y de la Seguridad Social; y, por último, fomento del empleo de las personas trabajadoras minusválidas mediante el establecimiento de ayudas que faciliten su integración laboral. La Ley 6/2022, de 31 de marzo, modifica el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación en cuestiones de actualización. Se abandona la anterior referencia terminológica a “trabajadores minusválidos” utilizada por el texto normativo de 1982 sustituyéndose por “trabajadores con discapacidad” en 2013. El apartado 2 del actual art. 42 establece que en las ofertas de empleo público se reservará un cupo para ser cubierto por personas con discapacidad, en los términos establecidos en la normativa reguladora de la materia.

## 2. CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD

Antes de ahondar en el tema que nos ocupa, resultan necesarias y oportunas unas previas reflexiones en torno al concepto y definición de la “persona con discapacidad”. Para la Organización Mundial de la Salud, la discapacidad constituye un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y de las restricciones de la participación. En lo que respecta las deficiencias, las mismas vienen retratadas como problemas que afectan a una estructura o función corporal, mientras las limitaciones de la actividad se definen como dificultades para ejecutar acciones o tareas y, por último, las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales<sup>10</sup>.

El actual concepto de discapacidad es un término relativamente nuevo dado que, al igual que la inmensa mayoría de las definiciones, ha ido evolucionando a lo largo del tiempo. La influencia de determinados factores culturales ha marcado la trayectoria evolutiva del concepto de discapacidad desencadenando su relación con mitos y creencias que han suscitados conductas de apoyo o rechazo por diferentes sectores de la sociedad. Es en la segunda mitad del siglo XX cuando, con la culminación del Estado de Bienestar y del concepto de ciudadanía<sup>11</sup>, se ponen en marcha mecanismos para la prevención, inserción comunitaria o rehabilitación apareciendo centros especiales de trabajo y educación y asociaciones de personas con discapacidad orientadas precisamente a la defensa de sus derechos e inclusión sociolaboral.

Nuestro marco jurídico actual delimita la discapacidad en el art. 2.a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre como sigue: “*es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”. Esta definición sigue fielmente la dicción literal del art. 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que describe a las personas con discapacidad como “*aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y*

---

<sup>10</sup> <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health>, consultado el 15 de enero de 2022.

<sup>11</sup> Véase APARICIO TOVAR, J., “Democracia y Estado de Bienestar” en LLOPIS, E., FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J. y ARAGÓN MEDINA, J., *Anuario 2010*, Fundación 1 de Mayo, 2010, pp. 189-201.

*efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás*". Hay que tener presente que la discapacidad no es un concepto inequívoco, sino que se caracteriza por su heterogeneidad semántica, aspecto que se manifiesta en la diversidad normativa<sup>12</sup>.

El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través de su labor interpretativa, ha tratado de establecer los confines de la discapacidad señalando en el caso HK Danmark que *"el concepto de discapacidad a que se refiere la Directiva [...] debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada medicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir que la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración"*<sup>13</sup>.

Lo sobresaliente de la definición recogida por la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad es que recoge una expresa conexión entre la deficiencia permanente de la persona y los obstáculos que impiden su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones y no perfila límites respecto al grado de discapacidad, según proceda del factor médico (deficiencia) o del factor social (barreras). Por lo tanto, han de observarse de manera concomitante ambos factores, de modo que si no existe deficiencia no habrá discapacidad dado que la discapacidad y su noción descansa sobre la existencia de barreras a la participación social de una persona vinculadas con la coyuntura de que presenta una deficiencia, pero tampoco habrá discapacidad si una determinada deficiencia no implica restricciones en la participación<sup>14</sup>. Por último, hay que recordar la regulación contenida en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, sobre el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, labor encomendada al IMSERSO o a los órganos autonómicos competentes.

---

<sup>12</sup> RÍOS MESTRE, J. M., "La protección social de las personas cuidadoras de dependientes, tanto profesionales como no profesionales" en GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, M. C., *Protección social del trabajo de cuidados*, Aranzadi, Navarra, 2022, p. 205 y ss.

<sup>13</sup> STJUE de 11 de abril de 2013, C-335/11.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ ORICO, F. J., "Cuotas de reserva y ajustes razonables para trabajadores con discapacidad en el ámbito laboral ordinario", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 195, 2017, BIB 2017/481.

### 3. CUOTA DE RESERVA DE PUESTOS DE TRABAJO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Las medidas de acción y la discriminación positiva tienen fundamento en postulados constitucionales y tratados internacionales ratificados por España, mandatos que confieren sustento a una política activa en favor de la inserción laboral de la ciudadanía con discapacidad. Todo ello requiere un análisis preliminar de qué nivel de protección puede ostentar la estabilidad en el empleo o la potenciación del empleo de las personas con discapacidad teniendo en cuenta los derechos del resto de ciudadanos que representan un contralímite constitucional genérico a los derechos de los ciudadanos con discapacidad. En este orden de ideas, hay que destacar la relevancia que cobra la disposición del art. 10.2 CE al señalar a los derechos de los demás como fundamento del orden político y de la paz social<sup>15</sup>. La propia Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus art. 36, define la igualdad de trato como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por motivo o razón de discapacidad, en el empleo, en la formación y la promoción profesionales y en las condiciones de trabajo<sup>16</sup>.

La denominada cuota de reserva o cupo mínimo de contratación de personas con discapacidad deriva del principio de igualdad de oportunidades entre las personas trabajadoras con discapacidad y los trabajadores en general formulado por el art. 4 del Convenio núm. 159, sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), siendo parte del apoyo a la integración de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo abierto referido en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos, proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución de 3 de diciembre de 1982<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, Ibidem, Madrid, 1999, pp. 101-102.

<sup>16</sup> CABEZA PEREIRO, J., LOUSADA AROCHENA, J. F. y NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *Igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, Tirant, Valencia, 2022, p. 221. Señalan los autores, que la delimitación contenida en el art. 36 de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad es “una definición técnicamente precisa que contrasta con la técnicamente imprecisa de igualdad de oportunidades contenida en otros artículos donde esta se define como ausencia de discriminación más medidas de acción positiva -véase el artículo 2.b)-, o como ausencia de discriminación más exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables más medidas de acción positiva-véase el art. 63”.

<sup>17</sup> TUSET DEL PINO, P., *La contratación de trabajadores minusválidos*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 101.

La reserva de empleo recogida legalmente en el art. 42 de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad representa uno de los pilares fundamentales del empleo normalizado de las personas con discapacidad. Se trata de una expresión de las reservas que sólo podrán establecerse mediante ley (art. 17.2 ET)<sup>18</sup> y que, en definitiva, restringen la libertad de contratación del empresario y el número de puestos de trabajo a los que pueden acceder las personas trabajadoras sin discapacidad<sup>19</sup>.

La cuota de reserva es, como decimos, una herramienta contemplada en el art. 42 Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su propósito nuclear estriba en la integración laboral de las personas con discapacidad en empresas de más de 50 trabajadores. Esta obligación se sustancia a través de la exigencia de contar en la plantilla de las empresas obligadas con un número de personas trabajadoras con discapacidad igual al 2 por cien de la plantilla total. El primer apartado del referido art. 42, más concretamente su segundo párrafo, prevé la posibilidad excepcional de eximir del cumplimiento de esta obligación ya sea a través de acuerdos contemplados en la negociación colectiva o a través de la decisión voluntaria del empresario, posibilidad supeditada al cumplimiento de las medidas alternativas establecidas en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad<sup>20</sup>.

En lo que respecta al porcentaje del 2 por cien en de empresas de 50 personas trabajadoras, hay que tratar de dilucidar si ha de considerarse el centro de trabajo o la empresa en su conjunto para su computo. La propia norma concreta que el computo “*se realizará sobre la plantilla total de la empresa*” apuntando que el mismo se realizará “*cualquiera que sea el número de centros de trabajo*”, lo que el porcentaje se refiere a la empresa que en

---

<sup>18</sup> El art. 17.2 ET establece que “*Podrán establecerse por ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente*”.

<sup>19</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R., “Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas” en ROMERO RODENAS, M. J. (coord.), *Trabajo y protección social del discapacitado*, Bomarzo, Albacete, 2003, p. 81.

<sup>20</sup> GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “El complemento por discapacidad y las cuotas de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad en la negociación colectiva de los últimos años (2012-2014)”, *Temas Laborales*, n° 131, 2015, p. 167.



su totalidad ocupe al menos a 50 personas trabajadoras. La Disposición Adicional Primera a) del RD 364/2005 señala que se tendrá en cuenta el promedio de las personas trabajadoras empleadas “en la totalidad de centros de trabajo”<sup>21</sup>. Frente a esta realidad normativa, hay que tener en cuenta otra relativa al tejido productivo de nuestro país. En 2022, el 56,6 por cien de empresas no emplearon ninguna persona trabajadora, el 26,4 por cien de empresas tenían uno o dos trabajadores. Si profundizar aún más en los datos estadísticos, las empresas que tenían 20 o más personas trabajadoras representaron el 4,6 por cien del total, según datos del Instituto Nacional de Estadística<sup>22</sup>.

Volviendo al cómputo de los 50 trabajadores, se aboga por una interpretación finalista, de modo que hasta que no se alcance esa cifra, no se exige la reserva. El criterio para determinar el cómputo deriva de la ya referida Disposición Adicional Primera del Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, según la cual “a los efectos del cómputo del dos por ciento de trabajadores con discapacidad en empresas de 50 o más trabajadores”, se establece que “el periodo de referencia para dicho cálculo serán los 12 meses inmediatamente anteriores, durante los cuales se obtendrá el promedio de trabajadores empleados, incluidos los contratados a tiempo parcial, en la totalidad de centros de trabajo de la empresa”, por lo que no se considera la jornada pactada<sup>23</sup>.

La sobriedad literal del mandato contenido en el art. 42.1 de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad origina problemas prácticos a la hora de delimitar si el cómputo de las plantillas, en los supuestos en que exista un grupo de empresa, ha de efectuarse sobre cada una de las empresas o sobre el total de las que integran el grupo. La parquedad conceptual del citado art. 42.1 nos arroja ante otra dificultad terminológica, ajena a la propia Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad, dado que los grupos de empresas no cuentan con un fundamento normativo concreto. Nuestra norma estatutaria no procede a una perfilación del grupo de empresa, aunque se refiere al mismo en

---

<sup>21</sup> FERNÁNDEZ ORICO, F. J., “Cuotas de reserva y ajustes razonables para trabajadores con discapacidad...”, op. cit., BIB 2017/481.

<sup>22</sup> [https://www.ine.es/prensa/dirce\\_2022.pdf](https://www.ine.es/prensa/dirce_2022.pdf), consultado el 19 de enero de 2023.

<sup>23</sup> FERNÁNDEZ ORICO, F. J., “La discapacidad en el derecho del trabajo: balance y propuestas de futuro” en MARTÍNEZ PUJALTE, A. L. (dir.), *Nuevos horizontes en el Derecho de la Discapacidad: hacia un derecho inclusivo*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 235.

repetidas ocasiones a lo largo de su articulado<sup>24</sup> y las leyes con contenido laboral que se refieren a los grupos de empresas, no realizan una definición de los mismos<sup>25</sup>. La labor de definición y aproximación conceptual de este fenómeno empresarial ha recaído en la jurisprudencia, que a partir de la interpretación de la libertad de empresa ha entendido que la creación de los grupos de empresa deriva del art. 38 CE y la necesidad de su delimitación radica en la importancia de identificar un centro de imputación de responsabilidades laborales y proteger los derechos de las personas trabajadoras<sup>26</sup>. Desde la perspectiva de la cuota de reserva de puestos de trabajo, la fragmentación empresarial puede ocasionar un ámbito más limitado de sujetos obligados a aplicar acciones positivas a favor de la contratación de las personas trabajadoras con discapacidad. La opción de contemplar la totalidad de las plantillas de las empresas que conforman un grupo supondría la existencia de supuestos en lo que se pasaría de la ausencia de la obligación de reserva a la necesidad de su cumplimiento extendiéndose así la eficacia de esta medida<sup>27</sup>.

El Real Decreto 364/2005 introduce las situaciones de excepcionalidad a través de su art. 1.2 y concurrirán: en primer lugar, cuando la no incorporación de un trabajador con discapacidad a la empresa obligada se deba a la imposibilidad de que los servicios públicos de empleo competentes, o las agencias de colocación, puedan atender la oferta de empleo presentada después de haber efectuado todas las gestiones de intermediación necesarias para dar respuesta a los requerimientos de aquella y concluirla con resultado negativo, por la inexistencia de demandantes de empleo con discapacidad inscritos en la ocupación indicada o, aun existiendo, cuando acrediten no estar interesados en las condiciones de trabajo ofrecidas en dicha oferta; y, en segundo lugar, cuando existan, y así se acrediten por la empresa obligada, cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico

---

<sup>24</sup> Menciones a los grupos de empresas, encontramos en los arts. 15.5, 84.2, 87.1 y 87.3 ET.

<sup>25</sup> Un detallado estudio sobre el fenómeno de los grupos de empresas es el realizado por BAYLOS GRAU, A. y COLLADO GARCÍA, L., *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1994.

<sup>26</sup> Sobre la definición jurisprudencial de los grupos de empresas, véase las SSTs de 26 de septiembre (RJ 2002, 1270) y 26 diciembre de 2001 (RJ 2002, 5292), de 29 de enero de 2019 (Rec.168/2018), de 16 de mayo de 2019 (Rec. 3861/2016).

<sup>27</sup> PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*, Lex Nova, Navarra, 2015, p. 379 y ss.

o económico que motiven la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la plantilla de la empresa.

Cuando el cumplimiento de la cuota de reserva no sea posible, el empresario deberá identificar, junto a la declaración de exención del cumplimiento de la reserva de cuota, cuál de las medidas alternativas diseñadas reglamentariamente adopta: a) la celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo o trabajador autónomo con discapacidad para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier otro tipo de bienes; b) la celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo o trabajador autónomo con discapacidad para la ejecución de actividad o servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa, en cuantía igual a tres veces el IPREM anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar; c) la realización de donaciones y acciones de patrocinio para el desarrollo de actividades de inserción laboral y creación de empleo de personas con discapacidad, en cuantía igual a 1,5 veces el IPREM anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar, cuya beneficiaria sea una fundación o asociación de utilidad pública con un objeto social consistente en la integración laboral de este colectivo; o, en último lugar, d) la constitución de un enclave laboral en colaboración con un centro especial de empleo, cuya cuantía ha de ser, como mínimo, de a tres veces el IPREM anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar<sup>28</sup>.

La labor legislativa no se detiene únicamente en la contemplación de la cuota de reserva, sino que el legislador ha articulado mecanismos alternativos utilizando el cupo de manera indirecta<sup>29</sup>. A continuación, se va a proceder al análisis de las medidas alternativas no sin antes dedicar un breve espacio a la cuota de reserva en las ofertas del empleo público.

---

<sup>28</sup> NIETO ROJAS, P., "Cláusulas de empleo en la negociación colectiva sectorial: algunas tendencias", *Revista de Información Laboral*, n° 10, 2016, BIB 2016/80440.

<sup>29</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "La integración laboral de las personas con discapacidad tras la Ley de Contratos del Sector Público", *Temas Laborales*, n° 95, 2008, p. 91.

#### 4. OBLIGACIÓN DE RESERVA EN LAS OFERTAS DE EMPLEO PÚBLICO

La cuota de reserva plantea otra interesante cuestión en relación a su alcance y extensión respecto de las instituciones que ostentan naturaleza jurídica de Administraciones Públicas. Hay que considerar la posible aplicación de la medida de reservas a ayuntamientos, universidades públicas y otras entidades, pues aun tratándose de “empresarios” *ex art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores* y dado que celebran contrato de trabajo como empleadores, las Administraciones Públicas carecen *strictu sensu* de plena libertad contractual, al estar sometidas a los principios de mérito y capacidad<sup>30</sup>, notas que singularizan la provisión de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas atendiendo a lo dispuesto en el art. 103.3 CE<sup>31</sup>.

La tasa de desempleo de las personas trabajadoras con discapacidad es considerablemente superior a la del resto de trabajadores, motivo por el que se puede afirmar con certeza que la discapacidad sigue representando un relevante obstáculo para la incorporación laboral de las personas que la sufren y, en el ámbito público, la situación es aún más desalentadora. La propia Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de los discapacitados afirmaba en su Exposición de Motivos que “*en los años 2000 y 2001 se estimaba que el número de personas con discapacidad que llegaron a aprobar en las distintas convocatorias para funcionarios de la Administración General del Estado oscilaban en torno al 0,2 por 100 o más de minusvalía*”. Las personas con discapacidad encuentran más trabas e impedimentos para acceder al empleo público, barreras que no son razonables dado que la prestación de los servicios de interés general es compatible con la capacidad y formación de estas personas. Lo anterior justifica la adopción en esta materia de las medidas de discriminación positiva orientadas a la promoción del acceso al empleo público de las personas con discapacidad<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> En palabras de PUERTA SEGUIDO, los principios de mérito y capacidad constituyen “los pilares de la configuración de una función pública profesional, imparcial en sus actuaciones y siempre orientada al servicio, con probidad, de los intereses generales”. El fragmento reproducido pertenece a la obra de PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación del empleo público precario*, Valladolid, 2003, p. 84.

<sup>31</sup> PÉREZ PÉREZ, J., “La cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad...”, *op. cit.*, BIB 2012/1198.

<sup>32</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La promoción de los cupos de reserva a favor de las personas con discapacidad en el nuevo contexto normativo sobre empleo público”, *Revista Doctrina Aranzadi Social*, n° 4, 2010, BIB 2010/969.

La conexión entre el principio constitucional de igualdad y los de mérito y capacidad en el acceso al empleo público dio lugar a un importante debate doctrinal que tuvo que recibir respuesta del Tribunal Constitucional. En su pronunciamiento de 3 de octubre de 1994<sup>33</sup>, el Tribunal Constitucional tuvo que dar respuesta a una controversia en la que la recurrente en amparo entendía que la fijación de cuotas de reserva a favor de las personas con discapacidad en un proceso selectivo para el acceso a unas plazas de funcionario de una Administración Pública vulneraba los arts. 14, 23.2 y 103 CE. La demanda de amparo se basaba en la irracionalidad de una diferencia de trato que descansaba en la condición de discapacidad de la persona entendiendo que la misma ponía en peor situación a aquellas personas que habían obtenido puntuaciones superiores, pero que no se encontraban afectas por una discapacidad física, psíquica o sensorial. Frente al anterior reproche, el Tribunal Constitucional entiende que no se está ante un supuesto de discriminación dado que las medidas de reserva constituyen herramientas aptas para el efectivo cumplimiento de los imperativos constitucionales y fomentan la igualdad en el acceso al empleo público de toda la ciudadanía. Apunta el Alto Interprete de la Constitución que se trata de unas medidas que posibilitan la satisfacción de los intereses generales mediante la selección de candidatos y candidatas aptas desde la óptica de los principios de mérito y capacidad establecidos en el art. 103 CE<sup>34</sup>.

La entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público ha representado, en el tema que nos ocupa, una reafirmación de la situación anterior a esta norma. El contenido del Estatuto Básico del Empleado Público resulta muy precario incorporando a través del art. 59 de la Ley 7/2007 un precepto específico dedicado a las personas con discapacidad. El art. 59 dispone que *“en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad”* y establece dos condiciones básicas de acceso consistentes en superar los procesos selectivos y acreditar la discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas<sup>35</sup>. Por último, el art. 59 del Estatuto Básico del Empleado Público reconoce expresamente que el propósito de esta medi-

---

<sup>33</sup> STC 269/1994, de 3 de octubre (RTC 1994, 269).

<sup>34</sup> PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad...*, op. cit., pp. 485-486.

<sup>35</sup> La Disposición Adicional 19ª de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma para la Función Pública, en la redacción dada por la Ley 23/1988, de 28 de julio, estableció un cupo, en aquel momento del 3 por cien.

da de reserva es que, progresivamente, se pueda alcanzar el 2 por cien de los efectivos totales en cada Administración Pública<sup>36</sup>.

## 5. MEDIDAS ALTERNATIVAS AL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE RESERVA

Tradicionalmente, las personas con discapacidad han sido destinatarias de políticas de empleo dirigidas fundamentalmente a alcanzar su integración laboral ante la realidad que afecta a estos trabajadores en lo que respecta sus tasas de empleo y de actividad que, con carácter general, son muy inferiores del resto de la población<sup>37</sup>. Después de observar las diferentes problemáticas que plantea la cuota de reserva de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, a continuación, se abordan unas someras reflexiones en torno a las excepciones a la obligación normativa. Según el Instituto Nacional de Estadística, el 34,6 por cien de las personas de 16 a 64 años con discapacidad oficialmente reconocido en 2021 eran activos, 0,3 puntos más que el año anterior. Esta tasa de actividad era 43,1 puntos inferior a la población sin discapacidad<sup>38</sup>.

Ha sido la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social la encargada de conferir una renovada literalidad al art. 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, integrando un segundo apartado al art. 38.1 que venía a configurar las excepciones a la obligación de la cuota que el RD 27/2000, de 14 de enero, desarrollo reglamentariamente. Este último decreto se vio sustituido más tarde por el RD 364/2005, de 8 de abril. La Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad contempla en su art. 42.1, párrafo segundo, las excepciones a la obligación normativa de la cuota de reserva de puestos de trabajo de las perso-

---

<sup>36</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PÉREZ, J., “La situación actual del acceso a la función pública de las personas con discapacidad y colectivos con dificultades. El planteamiento del Estatuto Básico del Empleado Público” en MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A. J., *El empleo público y las personas con discapacidad*, Cinca, Madrid, 2009, pp. 48-49.

<sup>37</sup> BALLESTER PASTOR, A., CORDERO GORDILLO, V. y TOMÁS JIMÉNEZ, N., “Políticas de empleo (III): políticas destinadas a colectivos especiales (I)” en CARDONA RUBERT, M. B. y CABEZA PEREIRO, J., *Políticas sociolaborales*, Civitas, Navarra, 2012, p. 358.

<sup>38</sup> [https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica\\_C&cid=1254736055502&menu=ultiDatos&idp=1254735976595](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica_C&cid=1254736055502&menu=ultiDatos&idp=1254735976595), consultado el 19 de enero de 2023.

nas con discapacidad. La naturaleza excepcional y las medidas alternativas diseñadas reglamentariamente son las plasmadas en el RD 364/2005, de 8 de abril<sup>39</sup>.

Sobre las medidas alternativas, se han señalado numerosos puntos débiles en relación al propósito que las mismas deben perseguir que es la promoción de la contratación de personas con discapacidad de manera inmediata en el empleo protegido o mejorar las expectativas de empleo y las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras con discapacidad en ese ámbito, sin perder de vista en ambos supuestos que el art. 43.1 de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad diseña los centros especiales de empleo como un mecanismo de inclusión de estas personas en el régimen de empleo ordinario. En la Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad 2008-2012 ya se hacía referencia, en las distintas líneas de actuación, concretamente en el cuarto objetivo, a la necesidad de “*promover una mayor contratación de personas con discapacidad en el mercado de trabajo ordinario*” poniéndose énfasis en la necesidad de “*evaluar las medidas existentes y estudiar medidas alternativas que conduzcan a la contratación en el empleo ordinario*”<sup>40</sup>.

Como acertadamente apunta la doctrina, las medidas alternativas generan tanto efectos positivos como negativos. Las medidas alternativas han reforzado y reafirmado la obligación legal de cumplir la cuota de reserva y no cesar en la proliferación de puestos de trabajo para personas con discapacidad, sobre todo, en los centros especiales de empleo, pero, a la vez, han intensificado las deficiencias estructurales que afectan al empleo ordinario de las personas con discapacidad<sup>41</sup>.

El abandono del mayor propósito que implica la aceptación de situaciones de excepcionalidad que exoneran a muchas empresas de la obligación de contratar a personas trabajadoras con discapacidad, no puede ir unido

---

<sup>39</sup> CENDRERO UCEDA, L. A., “La cuota de reserva de puestos de trabajo en el empleo ordinaria de las personas con discapacidad: ¿un incumplimiento permanente?”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n° 2, 2020, p. 126 y ss.

<sup>40</sup> CARDENAL CARRO, M. y HIERRO HIERRO, F. J., “Nuevos caminos hacia la integración sociolaboral y la igualdad y no discriminación en el empleo de las personas con discapacidad: Estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n° 17, 2008, BIB 2008/2873.

<sup>41</sup> ALEMÁN PAÉZ, F. y GRAU PINEDA, C., “La inserción laboral de las personas con diversidad funcional. Bases para un modelo social”, *Documentación Laboral*, n° 92, 2011, p. 49.

a la asunción de la aparente observancia y cumplimiento de obligaciones alternativas que, en realidad, no generan empleo para estas personas<sup>42</sup>. Los dos supuestos en los que concurren las notas de excepcionalidad son los que se establecen en el art. 1.2 del Real Decreto 364/2005 y que a continuación se reproducen. En primer lugar, cuando la no incorporación de un trabajador con discapacidad a la empresa obligada se deba a la imposibilidad de que los servicios públicos de empleo competentes, o las agencias de colocación, puedan atender la oferta de empleo presentada después de haber efectuado todas las gestiones de intermediación necesarias para dar respuesta a los requerimientos de aquélla y concluirla con resultado negativo, por la inexistencia de demandantes de empleo con discapacidad inscritos en la ocupación indicada o, aun existiendo, cuando acrediten no estar interesados en las condiciones de trabajo ofrecidas en dicha oferta<sup>43</sup>. En segundo lugar, señala que concurre la nota de excepcionalidad cuando existan, y así se acrediten por la empresa obligada, cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motiven la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la plantilla de la empresa. Como acreditación de dichas circunstancias, los servicios públicos de empleo podrán exigir la aportación de certificaciones o informes de entidades públicas o privadas de reconocida capacidad, distintas de la empresa solicitante.

Se plantean dos cauces para eludir el cumplimiento de cuota de reserva en el empleo de las personas trabajadoras con discapacidad: por acuerdo del empresario con los representantes de los trabajadores o de forma unilateral por decisión voluntaria del empresario mediante comunicación a la autoridad laboral. En consecuencia, se permite que la obligación de reserva sea reemplazada por un haz de medidas que con carácter alternativo se contemplan reglamentariamente. Es muy importante señalar que el Real Decreto 364/2005 reproduce en su art. 1.1 el contenido del art. 42.1 Ley

---

<sup>42</sup> PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad...*, op. cit., pp. 455-456.

<sup>43</sup> La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016 perfila a modo de línea de actuación para el alcance de la igualdad de oportunidades: *“Velar por el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato y oportunidades mediante una adecuada especialización en los centros de atención de los servicios públicos de empleo, de manera que se conviertan en puntos de referencia para la atención especializada y adaptada al perfil de los demandantes (personas en riesgo de exclusión social, personas con discapacidad, etcétera) con personal específicamente formado para ofrecer una atención personalizada e integral a los demandantes de empleo”*.



General de Derechos de las Personas con Discapacidad, aunque con una connotación distinta, dado que mientras que en la ley se contempla la posibilidad de opción por uno de los dos cauces, en el Real Decreto 364/2005 la opción voluntaria del empresario solo sería viable en ausencia de la negociación colectiva. No obstante lo anterior y atendiendo a la jerarquía de fuente, ha de primar la ley<sup>44</sup>.

La primera de las medidas alternativas que el Real Decreto 364/2005 establece es la relativa a los contratos mercantiles y civiles celebrados con trabajadores autónomos o con centros especiales de empleo para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa<sup>45</sup>. Los atributos que se confieren a la prestación de servicios, “ajenos” y “accesorios”, dan lugar a interpretaciones muy confusas, aunque parecerían estar referidos a servicios prestados por una entidad externa y ajena a la misma empresa obligada al cumplimiento de la medida de reserva y que no pueden representar la piedra basilar de la actividad de la empresa. Así, las empresas que han probado la excepcionalidad de la situación pueden celebrar, como alternativa al cumplimiento de la obligación de reserva, contratos mercantiles o civiles con Centros Especiales de Empleo o con trabajadores autónomos con discapacidad para el suministro de materias primas, maquinarias, bienes de equipo o cualquier otro tipo de bienes necesarios para el normal desenvolvimiento de la actividad de la empresa. Una de las cuestiones que se plantea con relación a lo anterior es que la contratación puesta estar conectada con una mera actividad de intermediación por parte del Centro Especial de Empleo o trabajador autónomo contratado. Esta posibilidad podría conllevar que la provisión por parte de estos a las empresas de cualquier tipo de bienes necesarios para su normal funcionamiento implique tan solo la adquisición de esos bienes a un tercero, aumentando el coste final con el margen comercial derivado de la intermediación comercial realizada por la persona suministradora. Estas prácticas reducen la creación de ocupación en los Centros Especiales de Empleo, motivo por el que se justifica el sistema

---

<sup>44</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “Cuotas de reserva y ajustes razonables para los trabajadores con discapacidad...”, op. cit., BIB 2017/481.

<sup>45</sup> Esta primera medida alternativa viene disgregada en dos en la norma reglamentaria, a pesar de que comparten la misma naturaleza recogándose en los apartados a) y b) del art. 2.1 del RD 364/2005.

de excepcionalidad que condice a la observancia y aplicación de estas medidas alternativas<sup>46</sup>.

Por lo que respecta las donaciones y acciones de patrocinio, se trata de una medida que en sus orígenes no ha sido objeto de consenso y aunque en el Informe 5/1995<sup>47</sup> del Consejo Económico y Social ha sido tildada de “deseable”, el banco empresarial ha mostrado su oposición formulando el correspondiente voto particular al Informe. La adopción de esta medida ha constituido un aspecto positivo dado que puede impulsar el cumplimiento de la medida alternativa cuando no sea posible contratar bienes o servicios de Centros Especial o trabajadores autónomos con discapacidad<sup>48</sup>. Es el art. 2.1.c) del Real Decreto 364/2005 el que recoge esta medida que se traduce en la efectuación de donaciones y de acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, para la realización de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de esas acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública. Las entidades destinatarias de los fondos que las empresas originen por este medio han de tener como objeto social la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo en favor de las personas con discapacidad que posibilite la creación de puestos de trabajo para las mismas y se alcance de este modo su integración en el mercado de trabajo. El Servicio Público de Empleo deberá dictaminar si la entidad beneficiaria de la donación se ajusta a las exigencias consagradas en el Real Decreto 364/2005 y si el importe de la acción presenta suficiencia para la cobertura, por vía alternativa, del cupo del 2 por cien requerido por el art. 42.1 de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>49</sup>. Por último, el importe anual de las donaciones y acciones de patrocinio deberá ser 9.681,04 euros por cada persona trabajadora con discapacidad dejada de contratar<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad...*, op. cit., pp. 448-450.

<sup>47</sup> CES, *Informe sobre la situación del empleo de las personas con discapacidad y propuestas para su reactivación*, Madrid, 1995, pp. 71-73.

<sup>48</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R., “Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad...”, op. cit., p. 89.

<sup>49</sup> PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad...*, op. cit., pp. 451-452.

<sup>50</sup> RUEDA MONROY, J. A., “Cuotas de reserva” en en MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIERNO, F., MALDONADO

La última medida alternativa es la de los enclaves laborales. El surgimiento de esta figura se produce con la adopción del Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad, tras el Año Europeo de la Discapacidad en 2003. La adopción de esta medida alternativa surge como el pretexto perfecto para visibilizar algunas consecuencias originadas por la institución de los enclaves laborales. Atendiendo a lo dispuesto en el Real Decreto 290/2004, la articulación de la institución de los enclaves laborales persigue un triple propósito: primeramente, la creación de empleo de personas con discapacidad; en segundo lugar, alcanzar una mayor integración en el mercado de trabajo ordinario; y, por último, posibilitar el cumplimiento de las obligaciones de reserva de contratación por parte de las empresas. Idear el enclave laboral supuso la creación del “contrato entre una empresa del mercado ordinaria de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un centro especial del empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquella y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora” (art. 1.2 RD 290/2004)<sup>51</sup>.

Por lo tanto, respecto a los enclaves laborales, se trata de una subcontratación con un vínculo triangular en la que las personas trabajadoras con discapacidad, que tienen una relación de trabajo con un Centro Especial de Empleo, van a realizar ciertas obras y servicios para y “en” una empresa ordinaria. El enclave laboral representa la figura contractual que posibilita este tipo de actuación, a pesar de que es la misma empresa ordinaria la que se convierte en un enclave laboral, delimitado como un espacio físico, con el fin de que las personas trabajadoras con discapacidad se incorporen, aunque sea temporalmente, en la propia organización y actividad productiva de aquella<sup>52</sup>. Subjetivamente,

---

MOLINA, J. A., *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Laborum, Murcia, 2020, p. 443.

<sup>51</sup> GARRIDO PÉREZ, E., “Los enclaves laborales: ¿una nueva modalidad de subcontratación y servicios para trabajadores discapacitados? Comentario al RD 290/2004, de 20 de febrero”, *IUSLabor* 3/2005, pp. 1-2.

<sup>52</sup> ORDÓÑEZ CASADO, I., “Los enclaves laborales” en MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIERNO, F., MALDONADO MOLINA, J. A., *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Laborum, Murcia, 2020, p. 561.

se exige la concurrencia de dos elementos para determinar la posible incorporación de un trabajador a un enclave laboral: primeramente, su pertenencia a un centro de trabajo especial y, en segundo lugar, la condición de persona discapacitada. La designación de las personas que van a integrarse en un enclave corresponderá al centro, quien ostentará la dirección y organización de su trabajo. La duración mínima del enclave será de tres meses y la duración máxima de tres años, y se podrá prorrogar por periodos no inferiores a tres meses hasta alcanzar la indicada duración máxima (art. 5.2 Real Decreto 290/2004). Sin profundizar aún más en todas las notas características de esta figura, hay que señalar que su conformación a modo de paso intermedio entre el empleo protegido propio de los centros especiales de empleo y la integración de las personas con discapacidad en el empleo ordinario conduce a la conclusión de que su objetivo final es precisamente la integración plena en el mercado de trabajo<sup>53</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

La discriminación y la discapacidad son dos cuestiones que aparecen unidas en la mayoría de los estudios doctrinales que encontramos. La discriminación derivada de una situación de discapacidad de una persona impregna el conjunto de las relaciones de trabajo convirtiéndose en una auténtica y clara lacra social. Toda sociedad que tenga mínimas pretensiones de avanzar en materia de igualdad ha de luchar con todos sus medios para evitar las discriminaciones por razón de discapacidad. Como se ha dejado constancia a lo largo de este texto, la preocupación normativa por atajar las discriminaciones derivadas de la discapacidad de las personas es perceptible en los textos de la OIT, Unión Europea y en nuestro ordenamiento interno. Sin embargo, a pesar de los importantes avances normativos y en contra de todas las Estrategias promovidas, la discapacidad sigue siendo una de las causas que impiden una integración laboral de las personas que la sufren. Observamos como, de manera renovada, la Agenda 2030 insiste en el crecimiento del empleo de manera inclusiva y el proyecto de la Ley de Empleo incluye a las personas con discapacidad en el colectivo

---

<sup>53</sup> VILLAR CAÑADA, I., “Los enclaves laborales” en MOLINA NAVARRETE, C. (coord.), *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos*, XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2005, pp. 441 y ss.

de atención prioritaria para la política de empleo. Sin lugar a duda, las medidas de acción positiva son auténticos instrumentos correctores de las diferentes discriminaciones existentes en nuestra sociedad y las relativas a la incentivación de la contratación laboral ocupan un lugar destacado en la integración laboral plena de las personas con discapacidad. Es de urgente necesidad conservar e incrementar la cuota de reserva con el objetivo de enmendar las discriminaciones de las personas con discapacidad en las relaciones de trabajo y, para ello, sería interesante reducir el número mínimo de personas trabajadoras que origina esta obligación y aumentar el porcentaje de la cuota. Para las propuestas formuladas, reforzar el papel de la negociación colectiva sería muy positivo. El legislador debería posibilitar la ampliación por convenio colectivo de la cuota de reserva de puestos de trabajo. Por lo que se refiere a las medidas alternativas, su actual régimen jurídico también requiere una reconfiguración teniendo presente su trascendencia en términos de generación de puestos de trabajo para las personas con discapacidad.



# *Las cuotas de reserva para personas con discapacidad: un análisis desde el enfoque de justicia relacional*

**JOSÉ ANTONIO RUEDA MONROY**

*Investigador postdoctoral  
(Programa Margarita Salas)  
Universidad de Málaga  
ruedamonroy@uma.es*

**Extracto:** La reserva de empleo es una medida que se alza en el ámbito del empleo para combatir la discriminación que sufren las personas con discapacidad. No estamos ante una medida cualquiera ya que obliga directamente a las empresas a contar con trabajadores con discapacidad o, en el ámbito del empleo público, a que se reserven determinadas plazas en las ofertas de empleo. Pese a la retundida de la norma parece que no es suficiente. Las personas con discapacidad siguen enfrentando notables barreros en el acceso al empleo que impiden su participación plena en la sociedad. Y es que, la discapacidad es eso, una relación entre diferencias orgánicas y funcionales y unas barreras contextuales que impiden una participación social plena en igualdad de condiciones que los demás.

Todo lo anterior nos invita a acercarnos a la cuestión desde la perspectiva de justicia relacional, lo que nos permite distinguir y comprender los elementos propios de las relaciones sociales mediante sus distintas dimensiones, a fin de detectar en ellas contenidos o vacíos de justicia. Siguiendo este enfoque analizamos los vacíos de justicia que se producen en las dimensiones de la reciprocidad (relación), institucionalidad (legalidad) y “socialidad” (el contexto, la red de relaciones).

## **1. INTRODUCCIÓN: SOBRE EL OBJETO Y EL MÉTODO**

El 34,3% de las personas de 16 a 64 años con discapacidad en 2020 eran activos, 0,3 puntos más que en el año anterior, índice 41,8 puntos inferior al de la población sin discapacidad. En el mismo año la tasa de empleo de las personas con discapacidad fue del 26,7% y del 64,3% para las personas sin discapacidad. La tasa de paro para el colectivo con discapacidad fue en ese mismo año del 22,2%, 6,8 puntos superior a la

de la población sin discapacidad<sup>1</sup>. Circunscribiéndonos a este aspecto cuantitativo se evidencia una discriminación de las personas con discapacidad en el empleo. Frente a la misma se alzan en nuestro ordenamiento jurídico un importante catálogo de medidas de acción positiva de entre la que destaca, posiblemente por su injerencia sobre otros derechos constitucionalmente protegidos<sup>2</sup>, la reserva de empleo para personas con discapacidad regulada en el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPD, en adelante). Estamos ante una institución que nace y se expande en un contexto bélico, con un claro carácter compensatorio<sup>3</sup>. Su desarrollo en los países de nuestro entorno ha sido dispar. La regulación española data de 1970 (Decreto 2531/1970, de 22 de agosto sobre empleo de trabajadores minusválidos) y ha sufrido pocos cambios en lo que respecta al ámbito de las empresas<sup>4</sup>. Desde entonces se ha producido una frenética evolución del tratamiento de la discapacidad, especialmente, con la consolidación jurídica de un nuevo paradigma a partir del hito que supuso la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas del año 2006 (en adelante, CIDPD o la Convención). La incorporación al ámbito internacional de este tratado de derechos humanos no solo aporta al elenco normativo supranacional un instrumento más que refleja –de entre la diversidad humana– a un grupo vulnerable que se encontraba necesitado de protección y fomento, sino que además dota de una herramienta de Derecho

---

<sup>1</sup> Datos publicados por el INE, El Empleo de las Personas con Discapacidad (EPD), Año 2020.

<sup>2</sup> Principalmente con el derecho a la libertad de empresa en su vertiente de libertad de contratación (art. 38 CE) y los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público (art. 23.2 y 103.3 CE).

<sup>3</sup> Con posterioridad a la Primera Guerra Mundial. *Vid.* HEYER, K., “Rights or quotas? The ADA as a model for disability rights” en AA.VV. (NIELSEN, L. B. y NELSON R.L. eds.) *Handbook of Employment Discrimination Research: Rights and Realities*. Springer Science & Business Media, Dordrecht, 2008, pp. 237-257, pág. 242.

<sup>4</sup> Se advierte que no nos detendremos en un análisis técnico jurídico de la cuestión, para lo que se propone la lectura de otros trabajos como: PÉREZ PÉREZ, J., *Discapacidad y acción positiva: Incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2014 o RUEDA MONROY, J.A., *La reserva de empleo para las personas con discapacidad en España. Consideraciones y propuestas desde el modelo relacional de la discapacidad*, Laborum, Murcia, 2021.



positivo muy claramente vinculada a la motivación inclusiva que había comenzado a aflorar unas décadas antes; es decir, asistimos a la aprobación de un instrumento institucional al servicio de una interacción de conductas –y motivaciones– proactivas, positivas, inclusivas.

Es este un claro ejemplo de fortalecimiento simultaneo de dos dimensiones de la relación jurídica, la institucional o la normativa y, a la vez, la conducta recíproca o interactiva de los sujetos. Además, de estas mentadas dimensiones, hemos de reconocer la existencia de un contexto social (de una compleja red de relaciones) que –como no puede ser de otra manera– afecta tanto a la relación como a la legalidad. Tomando en cuenta estas consideraciones previas y en atención a su interés en relación con la materia que nos trae –como se tendrá ocasión de comprobar–, en estas líneas se ofrece un estudio de la ya aludida obligación de reserva de empleo en favor de personas con discapacidad desde estas –también aludidas– dimensiones de la relación jurídica. Aspecto que se corresponde con el enfoque tridimensional característico de la propuesta de justicia relacional<sup>5</sup>. Esta elección metodológica obedece –en primer lugar– a la proximidad conceptual del modelo relacional de la discapacidad que se consolida en la CIDPD con el enfoque de justicia relacional. Pero también, porque la utilización de la misma nos sitúa en una posición privilegiada, abstrayéndonos de un análisis que priorice el derecho positivo, lo que nos permite “indagar la realidad de la relación jurídica, en su orientación a la justicia o en su separación de ella”, identificando para ello “los vacíos de justicia”<sup>6</sup>. Consecuentemente, se divide el presente estudio en los tres apartados que siguen: la reciprocidad (la conducta de los individuos); la institucionalidad (el conjunto de normas aplicables y su interpretación); y la “socialidad” (el contexto, la red de relaciones).

---

<sup>5</sup> Véase sobre la idea de justicia relacional, in extenso, AA. VV. (MÁRQUEZ PRIETO, A. coord.), *Justicia Relacional y Principio de Fraternidad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017 o MÁRQUEZ PRIETO, A., *Repensar la Justicia Social. Enfoque Relacional. Teoría de Juegos y Relaciones Laborales en la empresa*, Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2008.

<sup>6</sup> MÁRQUEZ PRIETO, A., “Justicia Relacional: enfoque, línea y método”, AA. VV. (Márquez Prieto, A. Coord.), *Justicia Relacional... op. cit.*, p. 157.

## 2. LA RECIPROCIDAD

### 2.1. *La noción relacional de la Convención*

Para un correcto estudio de esta primera dimensión resulta obligada una parada al concepto y al tratamiento de la de la discapacidad. No podemos detenernos –por cuestiones de espacio– en la exposición de la evolución histórica de la cuestión –para lo que nos remitimos a destacados estudios sobre la materia<sup>7</sup>– pero sí conviene significar los principales efectos del cambio de paradigma en el mundo de la discapacidad que jurídicamente se consolida con la CIDPD. El primero se ha señalado ya, *id est*, la elevación de la problemática a la categoría de derechos humanos<sup>8</sup>. La segunda –pero no menos importante– es el profundo cambio en el entendimiento de la discapacidad, que evoluciona –en esta última etapa– desde el entendimiento de que el problema se encontraba en el individuo (diferente a lo normal), a que estamos ante un problema eminentemente social. En este sentido, la CIDPD ya en su preámbulo adelanta que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, aseveración que se reafirma a tenor de la definición de persona con discapacidad que se recoge en su artículo primero: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Sería así, en palabras de MÁRQUEZ PRIETO Y VILA TIERNO: “(...) como, partiendo de un tratamiento previo de la discapacidad desde un punto de vista social e inclusivo, considerando ciertamente los aspectos médicos, pero también, de forma esencial, los de carácter social –en el sentido de la evolución evidenciada en el caso de la CIF–, culmina, mediante la Convención de 2006, un proceso internacional de reivindicación de la noción o modelo relacional de la discapacidad, que no solo consiste en la comprensión de

---

<sup>7</sup> Véase PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008.

<sup>8</sup> Vid. PALACIOS RIZZO, A. Y BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2007, p. 11.

la discapacidad como interacción de las personas con deficiencias, y las barreras sociales, sino que supone además situar los derechos de las personas con discapacidad en el contexto de los derechos humanos, como derechos fundamentales<sup>9</sup>”.

Pero, además, repárese en que estamos ante un claro modelo relacional, que “en aras a la participación plena y efectiva en la sociedad de las personas con discapacidad (como contenido de justicia), reconoce realísticamente que ese efecto se habría de producir por una interacción positiva –o no– entre las deficiencias o diversidades de dichas personas y el entorno social<sup>10</sup>”.

## ***2.2. Posibles conductas de los actores implicados y su orientación a la justicia***

La referencia a la conceptualización de la discapacidad en el eje de la reciprocidad es muy útil si atendemos a la concepción relacional de la misma ya que, como se ha comprobado, su definición se concentra en la interacción causal entre deficiencias de salud y barreras sociales, y –con ello– en “el impedimento de una participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás personas”. Pero, si nos centramos en el ámbito del empleo, se aprecia fácilmente la intervención de una serie de actores con influencia en la integración real del colectivo. El descenso sobre la medida que nos ocupa nos desvela a dos protagonistas: de un lado, las personas con discapacidad y, de otro, las empresas –públicas y privadas– y el sector público. Ambas partes de la relación no son ajenas a las barreras contextuales a las que alude el concepto de discapacidad. La persona con discapacidad las enfrenta directamente en el ámbito del empleo, mientras que la actuación de su empleadora puede ser –según se oriente a la justicia o no– generadora de las mismas o facilitadora de su remoción. Siguiendo lo dispuesto en la *Estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012* las causas del problema del empleo de las personas afectan tanto a la “oferta de trabajo (las barreras con que se topan las personas con discapacidad, las marcadas carencias educativas

---

<sup>9</sup> Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. y VILA TIERNO, F., “Derecho a la vida, a la personalidad, integridad, independencia e inclusión”, en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, Ma. N.; MÁRQUEZ PRIETO, A., et. al. Dirs.), *La protección Jurídico-Social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Laborum, Murcia, 2021, pp. 189-228. p. 191.

<sup>10</sup> *Ibidem*. p. 207.

y formativas, los bajos salarios, las prestaciones económicas y ayudas que desincentivan la inserción laboral, el parco desarrollo de políticas activas de empleo, la escasa utilización del trabajo a tiempo parcial y de fórmulas flexibles de organización del tiempo de trabajo, las percepciones que del empleo tienen las personas con discapacidad)” como a la “demanda de trabajo (la persistencia de prejuicios infundados sobre el desempeño laboral de este colectivo, la inexistencia de una igualdad de trato real y efectiva, el insuficiente cumplimiento de la obligación de la cuota de reserva para personas con discapacidad, la estructura actual de las ayudas y subvenciones a la contratación)”. Y es que, estas barreras, como se aprecia y se desprende del enfoque relacional, no solo serán de carácter físico, –en definitiva, las más visibles y fáciles de erradicar–, sino también culturales, producto de la construcción de relaciones subordinantes en las que la parte frágil siempre corresponde a la persona con diferencias orgánicas o funcionales.

Pues bien, sobre estas barreras y su incidencia, las conductas recíprocas de los protagonistas son vitales, por lo que nos centraremos –en lo que sigue– en las posibilidades de actuación del obligado por la medida que aquí nos trae. A este respecto resulta altamente interesante la clasificación llevada a cabo por PATRICIA THORNTON<sup>11</sup> según la conciencia en el cumplimiento de la medida, distinguiendo entre:

- Empresas socialmente responsables: Que tienen asumida la concepción social de la discapacidad y cumplen con la reserva de empleo de forma espontánea porque están movidas por ese ideal. Lo más común es que se dé en entidades del tercer sector que trabajen sobre la materia.
- Empresas meramente cumplidoras: Estas no han asumido el modelo vigente de la discapacidad y cumplen con la obligación para evitar sanciones. En estos supuestos, asumir la reserva –y con ello la contratación de personas con discapacidad como una obligación– produce un aumento de los prejuicios y estigmas negativos sobre el colectivo. También incluiríamos aquí a las empresas que cumplen motivadas por la recepción de incentivos económicos a la contratación. A su

---

<sup>11</sup> THORNTON, P., “Cuotas de empleo, contribuciones compensatorias y fondos nacionales para la rehabilitación de personas con discapacidad: guía practica”, en AA. VV. (MUÑOZ MACHADO, S. y DE LORENZO GARCÍA, R., dirs.), Nuevas experiencias internacionales en materia de empleo de personas con discapacidad, Escuela Libre Editorial–Colección “Nova Europa”, Madrid, 2000, pp. 93-209. p. 186.

vez se benefician de la imagen pública positiva que conlleva el empleo de personas con discapacidad. El cumplimiento lo realizan sin asumir el compromiso que supone la creación de empleo para las personas con discapacidad.

- **Empresas incumplidoras:** Son las empresas que no observan la obligación de reserva.

Obsérvese ante esta terna de posibilidades la diferente posición del obligado al cumplimiento de la reserva, de las que se podrían derivar, en su caso (en el análisis de un supuesto de hecho concreto), los primeros vacíos de justicia. El hecho de que el primer grupo de empresarios asuman como propia la actuación nos permite aseverar que en estos casos estamos ante una medida completamente efectiva ya que, mediante su implantación, cumplirá con los fines que le son propios, derribando multitud de barreras que impiden el acceso al empleo del colectivo. Estaríamos entonces ante una buena reciprocidad.

En la segunda categoría actitudinal la conducta no es la óptima. Una visión de la cuota y del empleo de personas con discapacidad exclusivamente centrada en la vertiente obligacional y con la simple intención de evitar el reproche administrativo es perjudicial y, desde luego, contrario a la concepción de la discapacidad actual, ya que de facto supondría un tratamiento de la persona con discapacidad desde la creencia errónea de que posee menos potencial productivo que el resto. Aun así, estimamos que el mero cumplimiento de la reserva, aunque esa acción no esté debidamente orientada hacia la justicia, ostenta cierto potencial transformador en la conciencia del obligado, allanando –tal vez a largo plazo– el camino para alcanzar el estadio superior. Este paso podría verse favorecido si la medida de reserva se complementase con otras centradas en la educación y concienciación sobre discriminación y discapacidad. Si nos proponemos encontrar una respuesta ante tales actitudes o hacia las incumplidoras (las más alejadas de la justicia) nuestros esfuerzos desembocarían en muchos casos en la falta de información o comprensión de la discapacidad<sup>12</sup>. Esta cuestión ocasiona de ordinario una concepción de las personas con discapacidad como “menos válidas” que, desde una visión socio-economicista, hace distanciar a la persona con discapacidad del trabajo. En la categorización que

---

<sup>12</sup> Para FOSTER, esta es la principal barrera que destaca en su investigación. Vid. FOSTER, D., “Legal obligation or personal lottery? Employee experiences of disability and the negotiation of adjustments in the public sector workplace”, *Work, Employment & Society*, nú. 21, 2007, pp. 67– 84, p. 80.

previamente se ha ofrecido se comprueba como, pese a la obligación *ex lege* de emplear a personas con discapacidad, la convicción de que el colectivo de personas con discapacidad es plenamente productivo<sup>13</sup> solo concurre en la primera categoría. Los cumplimientos forzosos, sin una asimilación adecuada de la discapacidad, se traducen en prejuicios o actitudes incómodas ante las personas con discapacidad que pueden extenderse hacia las demás personas trabajadoras de la organización, las cuales pueden tener preferencia por no compartir empleo con personas con discapacidad<sup>14</sup>. Otra cuestión que perjudica la relación entre oferta y demanda de empleo en el colectivo y, con ello, la obligación de reserva son los hipotéticos sobrecostos que ocasionaría la contratación de personas con discapacidad<sup>15</sup>.

Obsérvese como muchas personas con discapacidad plenamente capacitadas para la realización de tareas productivas quedarían excluidas del mundo del trabajo por el simple hecho de pertenecer al colectivo. Como consecuencia, se les imposibilita la llevanza de una vida plena, lo que queda conectado con el fin constitucional del libre desarrollo de la personalidad<sup>16</sup>. He aquí un ejemplo claro de la importancia clave del comportamiento interactivo de los integrantes de la relación laboral (desde el punto de vista de la orientación a la justicia). En efecto, es fácil identificar la existencia de barreras y factores de influencia que redundan en los bajos niveles de incumplimiento de la medida de reserva<sup>17</sup>, como son los apenas

---

<sup>13</sup> Para WADDINGTON, esta es la tónica habitual, que las personas con discapacidad sean tratadas como menos valiosas económicamente y menos productivas por parte de las empresas. Vid. WADDINGTON L, "Changing attitudes to the rights of people with disabilities in Europe", en AA. VV. (COOPER, J., ed.), *Law, Rights and Disability*, Jessica Kingsley Publishers, Londres, 2000, pp. 33-58, p. 34.

<sup>14</sup> DESPOUY, L., *Human Rights and Disabled Persons*, Centre for Human Rights, Ginebra, 1993 accesible en <https://www.un.org/esa/socdev/enable/dispaperdes0.htm>, punto n. 184.

<sup>15</sup> O REILLY, A, *El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidad*, OIT, Ginebra, 2007, p. 72.

<sup>16</sup> Art. 10.1 CE.

<sup>17</sup> Si algo ha caracterizado a la reserva de empleo para las personas con discapacidad desde su formulación primigenia es su deficiente grado de cumplimiento. Ya se ponía esto de manifiesto en el documento político titulado "Subnormales, minusválidos y enfermos psíquicos", Documentación Social, Revista De Estudios Sociales y De Sociología Aplicada Núm. 28, Julio-septiembre 1977, p. 245. Otros pronunciamientos doctrinales sobre el grado del cumplimiento de la medida en: Véase respecto al grado de cumplimiento ESTEBAN LEGARRETA, R., "La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997- 2000)",

mencionados relativos la infra consideración de sus posibilidades productivas o hipotéticos altos costes, sin que se puedan obviar otros que surgen de los propios sujetos con discapacidad y que impiden su activación y disponibilidad laboral. No en vano, la estigmatización que sufren las personas con discapacidad, traducida sencillamente como la falta de capacidad para ser miembro de pleno derecho de la sociedad es una de las lacras que pretende desmontar la CIDPD.

### 3. LA INSTITUCIONALIDAD

Si nos ocupamos de la dimensión normativa, ya se han adelantado los notables avances en materia de discapacidad a nivel internacional en las últimas décadas. Se ha de reconocer en este plano un notable refuerzo de la institucionalidad con la aprobación de la CIDPD la cual, además, contempla en su artículo 27 el “derecho del trabajo y empleo”. Es en este precepto en el que se ampararía una medida como la que nos ocupa con carácter principal en este estudio que, pese a no tener un reconocimiento expreso, ha de entenderse incluida en la letra h) del apartado primero que auspicia a los Estados partes a llevar a cabo “políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas”. Pero resulta obligado en este punto descender sobre la regulación nacional de la reserva de empleo.

El artículo 42 LGDPD es el encargado de regular los elementos básicos de la obligación. Precepto que hay que complementarlo *Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad* en el ámbito de las empresas y con el artículo 59 EBEP y el *Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad* en lo referente al empleo público. Se ha advertido ya que no se efectuará en este trabajo un análisis técnico-jurídico de la medida, sino que nos centraremos en identificar los vacíos de justicia que se encuentren –en este caso en la norma–, por lo que en las siguientes líneas se enumerarán los que a nuestro juicio

---

*Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, No1/2001, 2001, pp. 197-226, p. 200 y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía”, *Revista Relaciones Laborales*, Tomo 1, 2000, pp. 51-62, p. 51, el cual indica que “el régimen de cuotas se ha aplicado con una escasa efectividad”.

son los más relevantes, dividiendo el presente epígrafe en dos apartados que corresponden con el ámbito subjetivo y el ámbito material de la medida.

### ***3.1. Vacíos de justicia en la delimitación subjetiva***

La norma que aquí nos trae efectúa una delimitación en un doble sentido: por un lado, ha de identificar los sujetos que pueden ser beneficiarios de la misma y, por otro, las entidades que resultan obligadas. En ambos espacios se han detectados déficits regulatorios por lo que nuevamente procede dividir el presente apartado en dos.

#### **3.1.1. Las personas con discapacidad**

Como se ha reiterado, la definición de persona con discapacidad parte de una concepción causal, como consecuencia de los factores sociales y la relación entre estos y determinadas deficiencias de salud de un individuo, sin que en ningún extremo la precitada norma de derechos humanos haga mención a porcentaje alguno u otro requisito adicional. Pues bien, en relación con este aspecto, la LGDPD efectúa una delimitación del colectivo en su artículo 4 a partir de una triada de supuestos<sup>18</sup>. En lo que atañe estudio diremos que, para ser persona computable a efectos de la reserva de empleo en las empresas se ha de estar en posesión de un certificado de grado de discapacidad en porcentaje igual o superior al 33%. Sin duda que este aspecto desvirtúa claramente las nociones de persona con discapacidad que presenta la CIDPD, pero la discordancia no acaba aquí<sup>19</sup>. De la doctri-

---

<sup>18</sup> Sobre este particular hemos tenido ocasión de pronunciarnos en RUEDA MONROY, J. A., “Descifrando la delimitación subjetiva de la LGDPD. Especial referencia al ámbito socio laboral del derecho”, *Revista Jurídica del Trabajo*, 2(4), 2021, pp. 573–604.

<sup>19</sup> Con todo, se considera que ante una medida como la que nos ocupa y a diferencia de lo que puede ocurrir en medidas antidiscriminatorias, ha de existir un procedimiento previo del reconocimiento del supuesto de hecho que posibilite y reconozca el acceso a la medida de reserva. En este sentido WADDINGTON, L., *The Relationship between Disability Non-Discrimination Law and Quota Schemes: A Comparison between Common Law and Civil Law Jurisdictions in Europe* Forthcoming, en (HAVELKOVÁ, B. y MÖSCHEL, M. edits.) *Anti-Discrimination Law in Civil Jurisdictions*, TBD, Accesible en: <https://ssrn.com/abstract=3246883>, pág. 23. No obstante, hemos de tener presente que el procedimiento de reconoci-



na que emana de las SSTs 992, 993 y 994 de 29 de noviembre de 2018 que, tras la declaración de *ultra vires* de parte del artículo 4.2 LGDPD, impide computar a los efectos de la cuota en las empresas a determinados pensionistas equiparados a las personas que poseen un grado de discapacidad en porcentaje igual o superior al 33%, se derivan efectos inverosímiles. Y es que, se da la paradoja que a efectos de la reserva de empleo en el sector público (art. 59 EBEP) sí habrá de tenerse en consideración a los pensionistas de la Seguridad Social con pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, y ello puesto que no le son aplicables los argumentos jurídicos que el Tribunal Supremo esgrime en las referidas sentencias. En estos supuestos no existe exceso reglamentario alguno puesto que la *Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, que precedía al actual texto refundido incluía una mención expresa a las *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades*, que fue la que originalmente contemplaba tal equiparación. Este escenario paradójico y contradictorio que apenas se presenta constituye un claro vacío de justicia en la institucionalidad.

### 3.1.2. Los sujetos obligados

La otra cara de la moneda a considerar es la relativa a los sujetos obligados. Se omiten aquí referencias al ámbito del sector público en la medida en que quedan sometidas al cupo de reserva todas las entidades que precisen de Oferta de Empleo Público para cubrir sus necesidades de personal. Por el contrario, las empresas constreñidas a emplear a personas con discapacidad son, en virtud del artículo 42.1 LGDPD, aquellas que empleen a cincuenta o más trabajadores en plantilla. El legislador nacional, al igual que ocurre en la mayoría de países, ha optado por realizar una limitación

---

miento administrativo de grado en nuestro país ha sido recientemente renovado virtud del *Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad*, para adaptarlo al concepto dinámico e interrelacional de persona con discapacidad que predica el modelo que incorpora la Convención, por lo que habrá que estar a su puesta en funcionamiento para comprobar si supera a su precedente, que estaba basado en la aplicación de unos baremos que se reducían a estándares normalizados sobre la funcionalidad de los componentes del cuerpo humano, por tanto, íntimamente ligado al modelo médico-rehabilitador.

de los obligados en función del tamaño de la plantilla, sin embargo, el umbral escogido es de los más altos de los países de nuestro entorno, que oscilan entre los 15 y 20 trabajadores<sup>20</sup>.

Pero este aspecto cuantitativo crea otras situaciones perjudiciales para el colectivo dignas de señalar si atendemos a la estructura empresarial de nuestro país. Si analizamos la estadística que nos proporciona el INE (Directorio Central de Empresas, estrato de asalariados, 2022) en relación con el número de asalariados por empresas se observa que de las casi tres millones y medio de empresas de nuestro país (3.430.663) solo veinticinco mil (24.714) emplean a 50 o más asalariados. Quiere decir esto que resultan obligadas a emplear a personas con discapacidad apenas un 0,7% del empresariado español, por lo que la incidencia de la medida en el derribo de las barreras que son consustanciales a la definición de discapacidad queda en entredicho. Aún se puede seguir incidiendo sobre la cuestión y comprobar que la distribución de estas empresas no es ni mucho menos uniforme a lo largo y ancho de la geografía española. *Sensu contrario* la mayoría de estas empresas se sitúan en núcleos geográficos concretos (según el INE, mayoritariamente en Madrid, Cataluña, Andalucía y Valencia) lo que nos permitiría hablar de discriminación geográfica en la aplicación de la medida. Una solución a este problema sería la instauración de un mecanismo de reserva similar al que opera en Italia, el cual resulta de obligado cumplimiento a partir de 15 trabajadores en plantilla y que incrementa su intensidad de forma escalonada según aumenta el número de trabajadores en plantilla<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> FUCHS, M., Quota Systems for Disabled Persons: Parameters, Aspects, *Effectivity*. *Policy Brief* 3/2014, European Centre, Viena, 2014. Accesible en: <https://www.euro.centre.org/publications/detail/408>, p. 2. En la tabla A4.2 contenida en OCDE, *Transforming disabilities into abilities*, OECD, Paris, 2003, p. 210, se puede comparar las diferentes regulaciones en cuanto a los sujetos obligados. Sobre este particular ya se pronunció el Consejo en la Recomendación de 24 de julio de 1986 sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad (86/379/CEE), proponiendo la fijación por los Estados miembros de “objetivos cuantificados realistas de empleo” de personas con discapacidad en “empresas públicas y privadas, que tengan un número mínimo de asalariados, mínimo que puede situarse entre 15 y 50”. Curiosamente nos encontramos hoy, más de tres décadas después, dentro de ese rango numérico.

<sup>21</sup> Artículo 3.1 de la Ley no 68, de 12 de marzo 1999 (Legge 12 marzo 1999, n. 68 "Norme per il diritto al lavoro dei disabili" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 68 del 23 marzo 1999–Supplemento Ordinario n. 57). Este precepto diferencia entre: plantillas de entre 15 y 35 personas trabajadoras, con obligación de

### 3.2 Vacíos de justicia en la regulación material

Como es sabido, la reserva de empleo se instaure en nuestro país con dos mecanismos diferentes en función de que estemos ante empresas o ante entidades del sector público. Mientras que las primeras (cuando superen el umbral de plantilla al que se hizo referencia en el apartado anterior) quedan sujetas al empleo efectivo de un porcentaje mínimo de trabajadores con discapacidad, el 2% de la plantilla, las entidades públicas están obligadas a reservar en las Ofertas de Empleo Público un determinado porcentaje –que también actúa como mínimo– de plazas para el colectivo, el 7% según la norma estatal<sup>22</sup>. A las primeras se le permite conmutar la obligación por otras en supuestos *a priori* excepcionales. Respecto a los porcentajes nuevamente hemos de aludir a que nos situamos, respecto a la empresa, en el porcentaje de reserva más bajo de la OCDE<sup>23</sup>, estando los países de nuestro entorno entre el mínimo del 2% y el 7%. Ciertamente, en este sentido, la reciprocidad, como dimensión de conducta libre, puede ir más allá de lo exigido por la norma, pero no es realista pensar que ello se vaya a producir a gran escala o por mucho tiempo sin estar sostenida por la institucionalidad; a no ser que sea la socialidad la que brinde el apoyo que la institucionalidad no aporta. Pues bien, de la regulación material de la obligación se desprenden también vacíos de justicia que merecen ser destacados y que agrupamos en los dos apartados que siguen.

#### 3.2.1. Déficits técnicos-legislativos

En primer término, merecen ser subrayadas las continuas deficiencias técnico-legislativas que ostenta la regulación de esta medida. Son muchas las ambigüedades o incluso contradicciones entre las normas de rango legal y su desarrollo reglamentario, entre las que destacan las siguientes:

---

emplear a una persona trabajadora con discapacidad; plantillas de entre 36 y 50 personas trabajadoras, con obligación de emplear a 2 personas trabajadoras con discapacidad, y plantillas superiores a 50 personas trabajadoras que han de emplear a un 7% con discapacidad.

<sup>22</sup> Las comunidades autónomas en relación con las competencias que ostentan sobre la materia pueden incluir mejoras sobre este porcentaje.

<sup>23</sup> Resulta especialmente ilustrativa la tabla A4.2 contenida en OECD, *Transforming.. op. cit.* p. 210, donde se expresa de forma sintética la regulación dada en aquel entonces por más de diez países de la OCDE.

- La norma no contempla la posibilidad de que por aplicación de los porcentajes de reserva resulten decimales. Por lo que no aporta solución alguna al respecto y la interpretación puede ser variada<sup>24</sup>.
- La extrema flexibilidad en el componente obligacional en la reserva prevista para las empresas, que se entiende cumplida independientemente de la jornada pactada e incluso si se efectúa mediante empresas de trabajo temporal con contratos de puesta a disposición.
- El silencio en cuanto al instrumento en el que ha de efectuarse el reparto y la distribución de plazas en el cupo de reserva en el sector público *ex* artículos 2 y 3 del RD 2271/2004. En estos preceptos no se especifica si es en la OEP o la convocatoria en la que se ha de efectuar dicha operación. Nos posicionamos a favor de la OEP en tanto que es el instrumento más garantista para ello por ser previo en el tiempo y otorgar más seguridad en una hipotética impugnación del acto.
- La regulación de porcentajes desactualizados en los artículos 3.2 y 5 RD 2271/2004 referidos a los límites de acumulación y los porcentajes en promoción interna y contratación temporal. Lo que dificulta enormemente la interpretación y aplicación normativa.

Sin perjuicio de una valoración global de la dimensión de la institucionalidad, se ha de señalar la descoordinación y la falta de claridad normativa, lo que se traduce en inseguridad jurídica.

### 3.2.2. Excepcionalidad y medidas alternativas

Por último, en este eje de la institucionalidad se ha de mencionar –y valorar– una particularidad de la reserva de empleo en la empresa que contempla el artículo 42.1. LGDPD y se desarrolla en el Real Decreto

---

<sup>24</sup> En el ámbito de la empresa cabrían tres interpretaciones. Siguiendo a LAHERA FORTEZA: En primer lugar, entender que el cálculo proporcional debe realizarse al alza, redondeando con discapacitados que deben ser contratados los posibles decimales resultantes. Como segunda tesis, sostener que la superación de 5 decimales obligaría a contratar 1 discapacitado. Finalmente, asociar la contratación de 1 discapacitado solo con los números enteros resultantes. LAHERA FORTEZA, J., “Acceso al mercado laboral y contratación de los discapacitados”, en AA. VV. (VALDÉS DAL-RE, F. Dir.), Relaciones Laborales de las personas con discapacidad, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pp. 89-140, p. 103. En el Criterio Técnico de 24 junio 2016 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se defiende esta última opción.

364/2005. Basta señalar, a los efectos que interesan para este estudio – en relación con su objeto– que la referida normativa permite conmutar la obligación de reserva por otra –distinta– ante supuestos excepcionales. Estos supuestos son los relacionados en el artículo 1.2 de la citada norma reglamentaria, a saber: (a) “Cuando la no incorporación de un trabajador con discapacidad a la empresa obligada se deba a la imposibilidad de que los servicios públicos de empleo competentes, o las agencias de colocación, puedan atender la oferta de empleo presentada después de haber efectuado todas las gestiones de intermediación necesarias para dar respuesta a los requerimientos de aquélla y concluirla con resultado negativo, por la inexistencia de demandantes de empleo con discapacidad inscritos en la ocupación indicada o, aun existiendo, cuando acrediten no estar interesados en las condiciones de trabajo ofrecidas en dicha oferta”; y (b) “cuando existan, y así se acrediten por la empresa obligada, cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motiven la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la plantilla de la empresa. Como acreditación de dichas circunstancias, los servicios públicos de empleo podrán exigir la aportación de certificaciones o informes de entidades públicas o privadas de reconocida capacidad, distintas de la empresa solicitante”. A decir verdad, en la prácticas estamos ante una vía opcional en vez de excepcional<sup>25</sup>, siendo extremadamente fácil que una empresa consiga el certificado de excepcionalidad que deje expedita el acceso a las medidas alternativas. Pero, a mayor abundamiento, hemos de tildar como contraria al modelo vigente de discapacidad la segunda opción (letra d) en la medida en que no puede entenderse –bajo la consideración actual de la discapacidad– que en una empresa existan motivos de índole económica, técnicos, organizativos o productivos que dificulten la incorporación de una persona con discapacidad.

A esta particularidad hemos de sumarle que las medidas alternativas que actualmente contempla la norma presentan importantes deficiencias si la ponemos en relación con los objetivos de la CIDPD. Y es que, si estimamos que la CIDPD es precursora del empleo en el medio ordinario –lo que entendemos implícito en su artículo 27– es fácil atisbar como las medidas alternativas configuradas no repercuten sobre este en la misma proporción que la obligación principal, lo que nos permitiría dudar incluso de su constitucionalidad. En efecto, la contratación de unos servicios, la compra de

---

<sup>25</sup> En este sentido la Estrategia Global de Acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012 contemplaba que “Ni lo transitorio puede convertirse en permanente ni lo excepcional puede llegar a ser nunca la regla general”.

bienes, o la contribución pecuniaria a determinadas causas, relacionadas –más directamente o menos– con el empleo de personas con discapacidad<sup>26</sup>, negocios que en muchos casos se efectúan con Centros Especiales de Empleo, no beneficiará en la misma medida la inclusión profesional de las personas con discapacidad en el empleo ordinario.

Con base en lo anterior, estamos en disposición de denunciar la insuficiencia de la dimensión institucional para otorgar una respuesta dentro de unos estándares de justicia adecuados al problema del acceso al empleo de las personas con discapacidad.

#### 4. LA SOCIALIDAD

Por último, para completar el enfoque de justicia relacionar toca ocuparnos de la socialidad, una tercera dimensión que supone el contexto social y jurídico-axiológico de las otras dos dimensiones tratadas con anterioridad: la reciprocidad y la institucionalidad. Ahora nos adentramos en la red de relaciones a la que corresponde la cultura y conciencia colectiva y que, por tanto, no alude solo a la relación (reciprocidad), “sino a todas las relaciones interconectadas, y a la inercia, cultura, valores del grupo o del contexto social<sup>27</sup>”.

Pues bien, parece que en la materia que nos ocupa esta dimensión también queda lejos de ese valor de la justicia si nos atenemos a la cultura dominante. Y es que, hemos comprobado como la discapacidad es en gran parte producto de la sociedad, es decir, del comportamiento social auspiciado y sostenido por los valores sociales imperantes, y ello toda vez que las barreras a las que han de enfrentarse han sido durante toda la historia creadas, fomentadas, institucionalizadas y, finalmente estructuradas, por –y en– la sociedad, por lo que podemos afirmar que este ámbito (el de la socialidad de relaciones, la cultura jurídica o conciencia colectiva de valores y principios) también esta necesitado de intervención. Y es que, el trato discriminatorio –dado por los actores en sus relaciones sociales– ha sido un precursor exponencial en la configuración de la “persona discapacitada”, siendo su remoción un aspecto clave no solo para favorecer la integración

---

<sup>26</sup> Véase el artículo 2 del RD 364/2005.

<sup>27</sup> CARO GÁNDARA, R., “Reconstrucción de la justicia contractual desde la justicia relacional”, *Ecerca*, revista de pensament i anàlisi, núm. 14 2014, pp. 93-116, p. 104.

real, sino para derribar cuantas barreras existan. Precisamente, “la toma de conciencia de la sociedad”, viene siendo considerada fundamental y puesta de relieve por nuestras instituciones desde antaño<sup>28</sup>.

Ciñéndonos a la reserva de empleo, los datos de los que se disponen tampoco son halagüeños. Un reflejo de esta conciencia colectiva que nos ocupa es la atención de la negociación colectiva sobre la medida. Algunos estudios han evidenciado el “escaso interés por trasladar al ámbito del convenio el problema de integración laboral de estas personas con discapacidad<sup>29</sup>”, lo que se constata en consideración de la anecdótica presencia de la obligación de reserva en estos instrumentos jurídicos y de la pobre contribución que realizan las cláusulas existentes sobre aspectos modulables de la medida<sup>30</sup>. Además, se pierde la oportunidad de depurar la deficiente regulación técnico legislativa de la reserva con estos instrumentos, pero, además, el desaprovechamiento es doble, puesto que la negociación colectiva “constituye uno de los cauces idóneos para la concienciación de la necesidad de contratar personas con discapacidad<sup>31</sup>”.

En atención a los valores que se desprenden de la sociedad respecto a la discapacidad no cabe esperar que el comportamiento del interviniente en la relación jurídica –en nuestro caso el obligado a la reserva– se vea arropado o sostenido por la socialidad. Por lo que la posibilidad de ir más allá del contenido de la norma, a fin de alcanzar la justicia, por el hecho de tomar como referencia, no la norma, sino la relación (jurídico-social), se ve bastante limitada, ante la falta de una mentalidad imperante muy pro-

---

<sup>28</sup> La importancia de esta cuestión se desprende de la Resolución del Consejo, de 27 de junio de 1974.

<sup>29</sup> ALMENDROS GONZÁLEZ M. A., “Cláusulas de empleo para personas con discapacidad en la negociación colectiva”, en AA. VV. (LARA SAEZ, C., coord.) *La negociación colectiva tras las reformas legales. Especial referencia a Andalucía*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2017, pp. 441-474, p. 468. Accesible en: [https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/48353/AlmendrosGonzalez\\_DiscapacidadNegociacionColectiva.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/48353/AlmendrosGonzalez_DiscapacidadNegociacionColectiva.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

<sup>30</sup> Véase RUEDA MONROY, J.A. *La reserva de empleo... op. cit.* p. 273. En el estudio de GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “El complemento por discapacidad y la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad en la negociación colectiva de los últimos años (2012-2014)”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 131, 2015, pp. 149-179, p.170 se señala que respecto a los convenios publicados entre 2012 y 2014 se encontraban menciones a la reserva de empleo en torno a un 12,4% en el ámbito estatal y un 36,66% en el autonómico.

<sup>31</sup> *Ibidem* p. 169.

clive, incentivadora o exigente socialmente con los principios de justicia. Podríamos, sin más, colegir, que quedan definitivamente muy mermadas las posibilidades de una reciprocidad justa y sostenible en el tiempo, debido a las deficiencias, tanto de la institucionalidad como de la socialidad. Sin embargo, en la conexión entre estas dos últimas dimensiones podría existir quizás un dato positivo: el efecto beneficioso posible, en el plano de la socialidad, de una medida normativa, como es la cuota de reserva, capaz de calar en la conciencia colectiva.

Es evidente como las tres dimensiones de la relación jurídica que se han destacado a partir del enfoque de la justicia relacional afectan en el acceso al empleo del colectivo, y más concretamente en lo que respecta a la eficacia de la reserva de empleo. De ahí la importancia que le hemos dado a lo largo de este estudio, no solo a lo normativo, sino también al comportamiento y a la cultura jurídica subyacente, para así intentar “superar la fragmentación entre lo jurídico-legal y lo jurídico-axiológico (entre lo obligatorio y lo justo), desde el planteamiento de que son las tres dimensiones de la relación jurídica (institucionalidad, reciprocidad y socialidad) las que, al tiempo que se adaptan entre sí, deben orientarse a la justicia<sup>32</sup>”, siendo la conjunción de los resultados del análisis de las tres dimensiones la que explica la falta de eficacia en la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

---

<sup>32</sup> Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A., *Justicia Relacional...* op. cit.



# *Los centros especiales de empleo y las relaciones laborales de carácter especial de las personas con discapacidad: la necesaria revisión de un modelo de empleo protegido*

**JUAN LUIS GARCÍA RÍOS**

*Doctor en Derecho.*

*Profesor Asociado de Derecho del trabajo y la Seguridad Social.*

*Universidad de Castilla la Mancha. Albacete.*

*Juanl.garcia@uclm.es*

## **RESUMEN**

Con las derogadas Leyes Básica de Empleo de 1980 y la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISIMI), se estableció una distinción en el mercado de trabajo para personas con discapacidad, lo que ha supuesto un mercado laboral ordinario y un mercado laboral protegido, o dicho de otra manera un empleo protegido y un empleo común u ordinario. Actualmente el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social sigue asumiendo el planteamiento de los años 80 y distingue a su vez entre empleo ordinario, protegido y añade el empleo autónomo.

Dentro del trabajo protegido juega un papel central los Centros Especiales de Empleo. La creación de estos centros especiales de empleo, su configuración y articulación derivó en la necesidad de establecer una relación laboral de carácter especial entre los trabajadores con discapacidad y los propios centros especiales de empleo, es decir, supuso crear en el ámbito laboral, una relación laboral de carácter especial por la propia LISMI, para su posterior incorporación al Estatuto de los Trabajadores en su artículo 2, recepción que se mantiene actualmente en la redacción de Estatuto de los Trabajadores.

La concepción de los Centros Especiales de Empleo responde a una necesidad de articular mecanismo que faciliten el acceso al empleo de las personas con discapacidad, si bien con un objetivo básico y central como es configurar una etapa transitoria hacia el mercado laboral ordinario, es decir, los Centros Especiales de Empleo se conciben como un periodo de tránsito hacia el empleo ordinario.

El proceso evolutivo de la política de empleo a nivel nacional y de la Unión Europea ha sido exponencial, tanto programática como legislativamente la actividad es incesante. Contamos con numerosas y renovadas estrategias de empleo para personas con discapacidad, y las generales también se refiere a ellos, programas específicos para los Centros Especiales de empleo, ayudas económicas, incentivos, bonificaciones, exenciones, etc...

Proponemos la necesidad de revisar el marco normativo, para un necesario cambio de paradigma e intentar entender si el empleo protegido debe dejar de considerarse como una etapa transitoria hacia el empleo ordinario, o por el contrario considerar a este como un elemento generador de empleo ordinario, entendido por tal, la necesidad de plantear que los Centros Especiales de Empleo no deben considerarse como un tránsito hacia el empleo ordinario, al menos desde un punto de vista conceptual, y ello sobre la base del art. 27 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Para ello analizaremos las características asociadas a los Centros Especiales de Empleo, como elemento de transición del empleo protegido al empleo ordinario, siendo esta una de las razones justificadoras de la existencia del empleo protegido. También analizaremos como en los últimos años las distintas mediadas de política de empleo han modificado el marco normativo de los Centros Especiales de Empleo en el contexto de las estrategias de empleo.

La estructura del contenido de la comunicación que se propone puede responder al siguiente esquema:

1. Introducción
2. La división del mercado laboral para personas con discapacidad: Empleo ordinario versus empleo protegido.
3. Los Centros Especiales de Empleo como instrumento del empleo protegido
4. La relación laboral especial de personas trabajadoras en centros especiales de empleo.
5. El necesario tránsito del empleo protegido, a personas con discapacidad protegidas en el mercado de trabajo.
6. Conclusiones y propuestas de *lege ferenda*.

## 1. INTRODUCCIÓN

La preocupación por la inserción laboral de las personas con discapacidad es una constante en el discurso político de nuestras instituciones públicas, no solo a nivel nacional, sino que a nivel internacional, tanto los Estados, como las organizaciones internacionales han mostrado una preocupación por conseguir un contexto social, político, económico y jurídico favorable y necesario para conseguir que el trabajo para las personas con discapacidad sea una realidad y no un mero discurso político vacío de contenido. Preocupación no solo de las instituciones públicas o gobiernos, sino de la propia sociedad civil que, a través del asociacionismo, el sector fundacional, etc..., han y están trabajando incesantemente en promover un camino para un empleo de calidad, un empleo decente para las personas con discapacidad, porque no es suficiente un empleo, no vale cualquier empleo, sino que este empleo para las personas con discapacidad deber ser un empleo decente.

Discurso político traducido en un conjunto de medidas de carácter programático y legislativo que han ido conformando una actuación en el que la política de empleo sitúa como elemento de actuación necesario las medidas dirigidas a favorecer la inserción laboral de las personas con discapacidad y un marco normativo que de amparo a dicha política de empleo y que pretende crear un escenario de certidumbre.

Pero a pesar de estos esfuerzos del conjunto de la sociedad, lo cierto es que estamos ante una cuestión inacabada, o mejor dicho, estamos ante un problema público que no ha sido resuelto con la intervención llevada hasta el momento, y que hace necesario por ello continuar el análisis y propuestas para la búsqueda de un camino que solucione este problema, pues el derecho al trabajo es un derecho fundamental recogido en la mayoría de los Tratados Internacionales y en nuestra propia Constitución en su artículo 35, que junto al artículo 49 CE contiene un auténtico mandato a nuestros poderes públicos para establecer una política de empleo -entre otras- para las personas con discapacidad.

Un problema social supone una construcción colectiva que tiene relación con las percepciones, valores e intereses de todos los actores que se ven afectados o intervienen en dicha situación o contexto, por lo que este problema se ubica necesariamente en un tiempo y en un espacio<sup>1</sup>. En la actualidad existe un consenso social en considerar el empleo, el trabajo, o mejor dicho, disponer de un empleo como un vehículo de integración social, incluso como el principal medio de integración social, por ello que su ausencia, la imposibilidad de obtener un empleo decente es un problema así considerado por la sociedad en su conjunto, pero que para el caso de ciertos colectivos es palmaria que su ausencia supone una clara discriminación en su proceso de integración social, y un ejemplo paradigmático son las personas con discapacidad. En los resultados del Euro barómetro especial 493<sup>2</sup>, más de la mitad de las personas con discapacidad declaran haberse sentido discriminadas en 2019.

Desde un punto de vista objetivo, distintas encuestas y estudios nos muestran una clara discriminación en el acceso al empleo de las personas con discapacidad, así la Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia del año 2020<sup>3</sup> (EDAD 2020), nos muestra

---

<sup>1</sup> JOAN SUBIRATS, PETER KNOEPFEL, CORINNE LARRUE Y FRÉDÉRIC VARONE: *Análisis y gestión de políticas públicas*, Barcelona, 2010, p. 128-131

<sup>2</sup> Eurobarómetro especial 493, *Discrimination in the EU*, mayo de 2019.

<sup>3</sup> Instituto Nacional de Estadística

un total de 4,32 millones de personas con discapacidad, de los cuales 1,81 millones eran hombres y 2,57 millones mujeres, datos que suponen que la discapacidad afecta a casi 95 personas por cada mil habitantes. Desde un punto de vista laboral, 1,58 millones de personas con discapacidad estaban en el año 2020 en edad de trabajar, siendo 765.500 hombres y 818.200 mujeres, sólo el 23,4% de las personas con discapacidad de entre 16 a 64 años en España estaba trabajando, mientras que un 16,9% de las personas con discapacidad que se encontraban en edad laboral no habían trabajado nunca. La mayoría de las personas con discapacidad que estaban trabajando lo hacen por cuenta ajena, suponiendo estas un 78,4%, mientras que un 10,4% lo hacen por cuenta propia. Respecto a la necesidad de adaptación en el puesto de trabajo, dos de cada tres personas trabajadoras con discapacidad (69,3%) no han necesitado ninguna adaptación en sus puestos de trabajo, solo para el 11,8% de las personas trabajadoras con discapacidad se ha hecho alguna adaptación en el puesto de trabajo, si bien se pone de manifiesto que para un 16,0%, de las personas trabajadoras con discapacidad hubieran sido necesarias adaptaciones al puesto de trabajo, pero no se han hecho las mismas. Siete de cada 10 asalariados tenían un contrato indefinido y el 76,3% realizaba jornada completa. El 30,4% tuvieron ocupaciones elementales, el 17,5% puestos de técnicos y el 15,9% eran empleados administrativos.

En un contexto internacional, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>4</sup> reconocía a las personas con discapacidad el derecho *“a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Parte salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo...”*

En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo la preocupación por el trabajo de las personas con discapacidad ha sido temprana y constante, pudiendo traer a colación el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) o el Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) de 1983 (núm. 159), así

---

<sup>4</sup> La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por el Gobierno de España el 30 de marzo de 2007 (BOE núm. 96 de 21 de abril de 2008).

como la Recomendación sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) 1983 (núm. 168).

Por su parte, la Carta Social Europea en el artículo 15 de su parte II reconoce – en el ejercicio efectivo del derecho a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad- el derecho a la orientación, educación y formación profesional en el marco del régimen general o a través de instituciones especializadas, ya sean públicas o privadas, así como a acceder al empleo en el mercado laboral común, mediante todas las medidas encaminadas a estimular a los empleadores para que contraten y mantengan empleadas en el mercado laboral común o, cuando ello no sea posible por razón de la discapacidad, mediante el establecimiento o la creación de empleos protegidos en función del grado de incapacidad.

La Unión Europea por su parte se ha mostrado activa en la protección de las personas discapacitadas y en la lucha contra cualquier tipo de discriminación, así el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea desde un punto de vista normativo.

El artículo 15 de la Carta reconoce el derecho toda persona a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada, así como la libertad para buscar un empleo y trabajar, al tiempo que prohíbe, en su artículo 21, cualquier tipo discriminación, citando expresamente por razón de discapacidad, entre otras. Al igual que ya expresamente en el artículo 26 señala que *“La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”*.

El pilar europeo de derechos sociales es un elementos guía para las políticas sociales y de empleo, en su principio 17 se pone de manifiesto que *“las personas con discapacidad tienen derecho a una ayuda a la renta que garantice una vida digna, a servicios que les permitan participar en el mercado laboral y en la sociedad y a un entorno de trabajo adaptado a sus necesidades”*.

Desde el punto de vista programático podemos traer a colación tanto la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 y su renovación que se ha producido con la aprobación de la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2021-2030. De estas dos Estrategias ha supuesto que una de las prioridades estratégicas de acción en el ámbito de la discapacidad sea acciones sobre el empleo, al considerar este como un elemento central del proceso de inclusión social y de participación del derecho a la ciudadanía.

En el contexto nacional, desde la Ley Básica de Empleo de 1980, siguiendo por la propia Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, conocida como LISMI, y la Ley Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, la actual Ley de Empleo, y el proyecto que se está tramitando para sustituirla, sitúa a las personas con discapacidad en el centro de la política legislativa en materia de empleo y el mercado laboral. A su vez la práctica totalidad de las políticas de empleo, materializadas en Estrategias y planes de empleo han abordado la problemática de la inserción laboral en el mercado de trabajo de las personas con discapacidad

Sin embargo, y a pesar de esta incesante actividad, hay una constante en la intervención que no es otra que la invariabilidad de la división del mercado de trabajo entre mercado laboral protegido y ordinario para con las personas con discapacidad y a partir de esta distinción el nacimiento y perdurabilidad de los centros especiales de empleo y derivado de su existencia las relaciones laborales especiales para personas con discapacidad en los centros especiales de empleo.

## **2. LA DIVISIÓN DEL MERCADO LABORAL PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD: EMPLEO ORDINARIO VERSUS EMPLEO PROTEGIDO**

Como como ya hemos dicho existen una importante cantidad de instrumentos jurídicos y políticos de gran importancia y relevancia que se han ocupado de los derechos de las personas con discapacidad en su relación con el mercado de trabajo, es decir, se han ocupado y preocupado de las cuestiones sobre el acceso al empleo y el derecho al trabajo de las personas con discapacidad.

Hemos vivido un auténtico proceso evolutivo sobre el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, prueba de ello es como los distintos instrumentos nacionales e internacionales de carácter legislativos han realizado un proceso adaptativo de las necesidades de acceso al mercado laboral de las personas con discapacidad, con una evidente avances y logros, pero también con retrocesos y unas carencias importantes.

Para lo que a nosotros nos interesa en este apartado, lo cierto es que el acceso al mercado laboral de las personas con discapacidad se ha realizado partiendo, en primer lugar, de etiquetar a las personas con discapacidad

en su conjunto como un colectivo especialmente vulnerable y de difícil acceso al empleo -al menos en el ámbito de la política de empleo-, para luego realizar una segmentación o categorización de este. Categorizar el empleo o segmentarlo, no es tarea sencilla, pues ya de entrada suponer un ejercicio de ganadores o perdedores, de incluidos o excluidos en alguna de las distintas categorías que se pretenden llevara a cabo, a lo que habría que añadir que en ocasiones es una tarea inútil que queda en un plano teórico, en documentos pragmáticos, sin consecuencias prácticas.

Pero en este caso, el de las personas con discapacidad, esta segmentación ha tenido y tiene en España unas consecuencias jurídicas muy importantes, que derivan en consecuencias prácticas en cuanto al acceso al empleo y su desarrollo en el mercado laboral

En el año 2003, la Organización Internacional del Trabajo<sup>5</sup>, previa advertencia de la dificultad de realizar cualquier categorización del empleo de las personas con discapacidad nos hablaba de cuatro categorías. Distinguiendo entre un mercado laboral competitivo u ordinario, es decir, empleo abierto o competitivo -en el que se incluye al trabajo autónomo-. Una segunda categoría que distinguía entre el mercado laboral protegido y en consecuencia perfilar un empleo protegido, para terminar, distinguiendo entre 2 categorías, empleo subvencionado y el empleo creado o generado en el ámbito de las empresas sociales o del tercer sector, como se denomina en algunos Estados.

En España también sería factible actualmente hablar de estas categorías, sin embargo, desde el punto de vista jurídico y aunque comúnmente aceptamos que fue la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos la que estableció una primer distinción entre empleo protegido y empleo ordinario, lo cierto es que es la Ley La Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de empleo la que establece ya esa primera distinción que fue seguida por la LISMI, al establecer en su artículo trece que *“Con objeto de facilitar la colocación y empleo efectivo de los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales, el Gobierno dictará normas relativas al fomento en la contratación y beneficios especiales a las Empresas, todo ello referido a cualquier tipo de centro de trabajo, así como para la creación y ampliación de las Empresas de empleo protegido y centros ocupacionales. Se entenderá Empresa de empleo protegido aquella en que la mayoría de los trabajadores sean minusválidos. Con el objeto de facilitar el empleo*

---

<sup>5</sup> O'REILLY, A.: *El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades* Ginebra. OIT, 2007.

*a personas cuya deficiencia les imposibilita emplearse en Empresas normales, el Gobierno dictará normas para fomentar el trabajo en los centros especiales de empleo”.*

Es la LISMI -siguiendo este dictado- la que estableció en su artículo treinta y siete la división del mercado de trabajo entre empleo ordinario y empleo protegido, al definir como finalidad de la política de empleo para las personas con discapacidad “su integración en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto, su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo protegido”, establece por tanto, una segmentación del mercado de trabajo para las personas con discapacidad.

En base a esta distinción, el artículo cuarenta y uno crea los centros especiales de empleo, de la cual deriva necesariamente la consideración de las relaciones laborales de las personas con discapacidad en estos centros como especiales de empleo.

Actualmente es el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social el que en su artículo 37.2 que:

*“Las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho al trabajo a través de los siguientes tipos de empleo:*

*Empleo ordinario, en las empresas y en las administraciones públicas, incluido los servicios de empleo con apoyo.*

*Empleo protegido, en centros especiales de empleo y en enclaves laborales.*

*Empleo autónomo.”*

A los que habría que añadir el empleo público, también citado en el mencionado artículo 37.

En realidad, el citado texto legislativo mantiene la dualidad del mercado laboral para las personas con discapacidad, ya que el trabajo autónomo debe situarse dentro del mercado laboral ordinario, y por lo tanto debe ser considerado -a nuestro juicio- como empleo ordinario, así como el empleo público que se encuadra dentro del empleo ordinario, de tal manera que se mantiene la distinción entre empleo ordinario y empleo protegido que en su momento estableció la LISMI, es base a la Ley Básica de Empleo.

### ***2.1. Empleo ordinario***

El empleo ordinario supone la preferencia del legislador para con el empleo de las personas con discapacidad, frente a un modelo de empleo



protegido, y ello en base al principio de igualdad de oportunidades que debe presidir el proceso de integración laboral de las personas con discapacidad. La Carta Social Europea en su artículo 15 establece que los Estados firmantes se comprometen a promover el acceso al empleo de las personas con discapacidad en el entorno habitual de trabajo, es decir, en el mercado ordinario de trabajo y cuando ello no sea posible, por razón de la discapacidad, mediante el establecimiento o la creación de empleo y protegidos, preferencia también en nuestro ordenamiento jurídico.

Contextualizar el empleo ordinario, desde el punto de vista conceptual, es sencillo, ya que supone acceder y desarrollar un empleo en un entorno normalizado en cuanto al marco jurídico, es decir, se considera un relación laboral común sujeta al Estatuto de los trabajadores, sin que se consideren una relaciones laborales de carácter especial y ello bajo las órdenes de cualquier empresario -sea cual sea su forma jurídica- y empleadores, salvo para el caso de los Centros Especiales de Empleo.

Que se sujete al régimen común laboral, no quiere decir que las personas con discapacidad no tengan una serie de medidas que favorezcan la inserción laboral en el mercado laboral común, como un marco jurídico que recoge ciertas especialidades que necesariamente intentan facilitar la inserción laboral de las personas con discapacidad en este marco del mercado laboral ordinario.

Este mercado laboral ordinario, como ya hemos puesto de manifiesto previamente, presenta unas peculiaridades o sesgos propios, pudiendo citar la evidente dificultad de acceso al mercado laboral común u ordinario de las personas con discapacidad, su baja tasa de actividad, su escasa capacidad de progreso profesional, el acceso a puesto poco cualificados, sin olvidar una clara discriminación salarial.

Los datos nos muestran como la tasa de actividad para el año 2021 de las personas con discapacidad estaba en un 34,6 frente al 77,7 de las personas sin discapacidad, lo que supone una diferencia de -43,1 puntos. La tasa de empleo para el año 2021 de las personas con discapacidad estaba en solo en un 25,9 frente al 64,4 de las personas sin discapacidad. La tasa de paro para las personas con discapacidad era del 26,2 mientras que para las personas sin discapacidad era del 17,1.

La inserción laboral a través del empleo ordinario de las personas con discapacidad a través del mercado laboral ordinario no implica que no cuenten o puedan contar con diversas medidas de apoyo que favorezcan e incentiven su proceso de inserción laboral y el desarrollo del posterior trabajo en las empresas. Se establecen diversas vías para favorecer su acceso

al empleo inspiradas todas ellas en la necesidad de garantizar la igualdad en el trabajo para lo que se destinan “prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad”. Es por ello por lo que los empresarios vienen obligados, para garantizar el acceso al empleo y el desarrollo de este, tomar medidas “de ajuste razonable”<sup>6</sup> para adaptar los puestos de trabajo y la propia empresa para que las personas con discapacidad puedan trabajar en las mismas.

Para los cual se establece el denominado empleo con apoyos, definidos por el artículo 41 de la LGDPCD<sup>7</sup>, como “el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades de inclusión laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes”.

Por otro lado, y dentro de estas mediadas dentro del mercado ordinario se encuentra la cuota de reserva de puesto de trabajo, regula en el artículo 42 de la LGDPCD<sup>8</sup>, en virtud de la cual existe la obligación empresarial -también en el ámbito público- para contratar a personas con discapacidad en un número igual o superior al 2% de su plantilla, siempre que esta fuese de 50 o más personas trabajadoras, si bien, no es menos cierto que el propio legislador estableció la posibilidad de eximir del cumplimiento de esta obligación mediante diversos mecanismo alternativos.

---

<sup>6</sup> Entre otros, GUTIERREZ COLOMINAS, D.: “La naturaleza de las medidas de empleo ordinario de las personas con discapacidad: ¿medidas de acción positiva o de lucha contra la discriminación? *Temas Laborales* núm. 162/2022, págs. 1101-139 y RODRÍGUEZ-SANZ DE GALDEANO, B.: “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *Temas Laborales* núm. 127/2014, págs. 85-120.

<sup>7</sup> El programa de empleo con apoyos se regula a través del Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo.

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

Debe traerse a colación el apoyo al empleo para personas con discapacidad en el mercado ordinario mediante la concesión de las ayudas o subvenciones públicas<sup>9</sup>, para el fomento de la contratación indefinida, para el tránsito de las personas trabajadoras con discapacidad desde el empleo en los centros especiales de empleo al empleo en empresas del mercado ordinario, para la adaptación de puestos de trabajo, para la realización de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, así como ayudas en el ámbito del cooperativismo y sociedades laborales.

Y por último citar el apoyo al empleo ordinario mediante determinados beneficios en materia de Seguridad Social, materializada en bonificaciones a cuotas a la seguridad social, de determinados contratos celebrados en el mercado ordinario para persona con discapacidad. Beneficios que debemos destacar que no son exclusivos del mercado ordinario, sino también del protegido, y que actualmente se concentran en bonificar mediante una cantidad de dinero y no un porcentaje sobre la cuota correspondiente.

Tanto las subvenciones directas al proceso de inserción laboral de las personas con discapacidad, así como las bonificaciones a las cuotas a Seguridad Social por la contratación de personas con discapacidad son instrumentos que tienen una relevancia indiscutibles<sup>10</sup>

## 2.2. Empleo protegido

La base justificativa de la existencia de un empleo protegido en el mercado laboral para personas con discapacidad y la consiguiente dualidad de este, se encuentra en que la inserción laboral en el mercado ordinario a través de empleos ordinarios no parece una opción viable para determinadas personas cuya discapacidad hacen muy difícil ese acceso, al menos inicialmente, en el mercado laboral ordinario, a través de empleos ordinarios. Produciéndose, por tanto, una auténtica segregación, del trabajo

---

<sup>9</sup> Véase el Programa de inserción laboral de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo, previsto en el Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo.

<sup>10</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. y GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “La incentivación del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo”. *Revista Española de Discapacidad*, 2, pág. 8.

ordinario respecto de este trabajo protegido, de ahí esa dualidad del mercado laboral.

Este planteamiento hace necesario la creación de empresas u organizaciones específicas apoyadas por el Estado a través de diversas medidas económicas mediante las cuales conseguir la inserción laboral de las personas con discapacidad. Otro de los elementos característicos de este empleo protegido es que en la mayoría de las ocasiones se concibe como una pasarela hacia el mercado de trabajo ordinario, es decir, este empleo protegido es una transición necesaria para integrarse en el mercado de trabajo ordinario.

La existencia de un empleo protegido es una constante en el discurso de organizaciones internacionales como la OIT, el Consejo de Europa o la Unión Europea que lo consideran como un elemento necesario para el proceso de inserción laboral de las personas con discapacidad.

La Organización Internacional del Trabajo en su Recomendación 168 afirma que entre las medidas adoptadas por los Estados deben incluir *“ayuda gubernamental adecuada para establecer diversos tipos de empleo protegido para las personas inválidas que no tengan acceso a los empleos no protegidos.”*

Por su parte tanto el Consejo de Europa como la Unión Europea defienden el empleo protegido para las personas con discapacidad como forma de integración en el mercado de trabajo, si bien en ambos casos han puesto de manifiesto como este empleo protegido no presenta similares características en los distintos Estados, si bien no todos los modelos garantizan condiciones laborales adecuadas para las personas con discapacidad, concibiéndose además como una vía de acceso al mercado de trabajo ordinario.

En España, fue la LISMI la que estableció el modelo de empleo protegido que ha llegado a nuestros días. Dicho modelo se basaba conceptualmente en lo expuesto en párrafos anteriores, es decir, en la existencia de empresas específicas creadas para la inserción laboral de personas con discapacidad como medio transitorio para su inserción en el mercado laboral ordinario.

Jurídicamente el modelo de empleo protegido se articula en torno a dos elementos necesarios, por un lado, los centros especiales de empleo -también cabría citar los denominados enclaves laborales-, y por otro la consideración de relación laboral especial la de aquellas personas con discapacidad que se integran en dichos Centros Especiales con un contrato laboral.

La LGDPCD regula el empleo protegido en términos similares a la LISMI, si bien mientras la LISMI señalaba en su artículo 41.1 que *“Los minusválidos que por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no puedan, provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales, deberán ser empleados en centros Especiales de Empleo, cuando su capacidad de trabajo sea igual o superior a un porcentaje de la capacidad habitual que se fijará por la correspondiente norma reguladora de la relación laboral de carácter especial de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en Centros Especiales de Empleo”*, la LGDPCD renuncia a esta definición y directamente regula los citados Centros Especiales de Empleo.

Nuestro ordenamiento jurídico atribuye a los Centros Especiales de Empleo una función social materializada en la integración laboral de las personas con discapacidad, por lo que son declarados entidades prestadoras de Servicios de Interés Económico General, los Centros Especiales de Empleo y las Empresas de Inserción<sup>11</sup>, ya que el empleo y una supuesta independencia económica juegan un papel fundamental en la socialización de las personas con discapacidad, lo que justifica la necesaria ayuda económica que estos centros tienen de las instituciones públicas para el cumplimiento de este objetivo. Integración laboral que se configura como una transición hacia el mercado laboral ordinario, siendo este uno de sus objetivos claros y necesarios, al menos desde una concepción clásica y convencional de estos Centros Especiales de Empleo y del propio empleo protegido.

A modo de conclusión en este apartado, lo cierto es que el esquema de intervención para las personas con discapacidad en el mercado laboral es bien sencillo, ya que se ha articulado un sistema dual que nos lleva necesariamente a encaminar a la persona con discapacidad y en función de su discapacidad y sus capacidades laborales hacia el mercado laboral ordinario o hacia un mercado laboral protegido, es decir, empleo ordinario o empleo protegido. Estamos, por tanto, ante una actuación estandarizada del mercado laboral que ha permanecido invariable e inmutable, al menos en estos últimos 40 años y que ha puesto la centralidad del sistema, no en la persona con discapacidad, sino en el mercado laboral y sus necesidades a través del empleo.

---

<sup>11</sup> Artículo 5 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, modificada en este punto por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social.

### 3. LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO COMO INSTRUMENTO DEL EMPLEO PROTEGIDO

Los Centros Especiales de Empleo se encuentran regulados y definidos en el artículo 43 de la LGDPCD al señalar que “son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario. Igualmente, los centros especiales de empleo deberán prestar, a través de las unidades de apoyo, los servicios de ajuste personal y social que requieran las personas trabajadoras con discapacidad, según sus circunstancias y conforme a lo que se determine reglamentariamente”, definición jurídica<sup>12</sup> contenida en términos similares en el RD 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo, de las cuales se pueden sacar una serie de características de estos Centros Especiales de Empleo.

En primer lugar, estamos ante organizaciones que deben realizar una actividad productiva tanto de bienes como de servicios, participando de la actividad del mercado donde actúen en competencia con otras empresas u organizaciones que puedan participar en dicho sector o actividad donde se desenvuelva el Centro Especial de Empleo, es por ello por lo que están sujetos a una obligación de gestión con las mismas normas y requisitos exigidos a las empresas de sector donde actúen. Por ello, los Centros Especiales de Empleo realizan una actividad económica por la que participan de manera regular en el mercado, quedando dentro del ámbito de aplicación de la Ley 20/2013, de Garantía de la unidad de mercado

La forma jurídica que pueden adoptar los Centros Especiales de Empleo es muy diferente, desde sociedades mercantiles -sociedades de responsabilidad limitada, sociedades anónimas-, hasta cooperativas, sociedades laborales, asociaciones, etc... A lo que habría que añadir el carácter público o privado que pueden tener, así como constituirse con ánimo de lucro o sin él.

Con la aprobación de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, los Centros Especiales de Empleo son -de acuerdo con su artículo 5- entidades que forma parte de la denominada economía social. No obstante, y a pesar de esta inclusión general de los Centros Especiales de

---

<sup>12</sup> La cual es la misma que la inicialmente recogida en la LISMI.

Empleo como entidad de Economía Social, lo cierto es que estos deben predicar de las características y principios del artículo 4 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo para ser consideradas como tal, por lo que -a nuestro juicio- no todos los Centros Especiales de Empleo pueden ser considerados como entidades de Economía Social.

Independientemente de la forma jurídica que pueda adoptar el Centro Especial de Empleo, lo determinante para ser considerado como tal, es que este debe ser previamente calificado e inscrito en el registro de Centros Especiales de Empleo o bien de la Administración General del Estado o el correspondiente de las distintas Administraciones Autonómicas creados al efecto, es decir, lo que realmente determina la existencia del Centro Especial de Empleo es su calificación e inscripción por la Administración competente como tal, mientras esto no ocurra, evidentemente no podrá participar en el tráfico jurídico como Centro Especial de Empleo, proceso generado en cierta manera a imagen y semejanza de otras sociedades de economía social como son las cooperativas que exigen su previa calificación e inscripción en el registro correspondiente de cooperativas.

Al menos el 70% de la plantilla de los centros especiales de empleo deben tener la condición de personas con discapacidad, las cuales deben tener contrato laboral por escrito.

Se configuran como organizaciones que realizan una importante función social integradora de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo, prestando a su vez servicios de ajuste personal y social<sup>13</sup>, función que -a nuestro juicio- debe prevalecer sobre la función productiva que también tienen los Centros Especiales de Empleo.

Junto a estas características se han atribuido a los Centros Especiales de Empleo una serie de objetivos:<sup>14</sup>

- Ofrecer a las personas con discapacidad, que por diversas circunstancias no puedan tener un empleo en entornos ordinarios, un empleo productivo y remunerado.
- Prestar una serie de servicios de ajuste personal y social que sirvan para el desarrollo y formación en diferentes habilidades sociales y

---

<sup>13</sup> Real Decreto 469/2006, de 21 de abril, por el que se regulan las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los Centros Especiales de Empleo.

<sup>14</sup> MORATALLA SANTAMARÍA, P.: "Centros Especiales de Empleo", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n° 29, 2016, pág. 238

laborales que ayuden, no sólo al mantenimiento del empleo en el CEE sino a posibilitar el tránsito al empleo ordinario –

- Ser agente facilitador, en los casos que sea posible, en ese proceso de tránsito al empleo ordinario.

Desde nuestro punto de vista, y estando de acuerdo con estos objetivos, lo cierto es que se podría reconducir estos a un solo objetivo o finalidad, que a su vez en la razón justificadora de la existencia de estos Centros Especiales de Empleo, que no es otra que ser un paso transitorio hacia el empleo ordinario mediante el propio empleo, es decir, los Centros Especiales de Empleo se configuran jurídicamente como un tránsito necesario hacia el mercado de trabajo ordinario para ciertas personas con discapacidad que no pueden insertarse directamente en el mercado de trabajo ordinario, siendo esta función u objetivo superior -insistimos en esta idea- a su participación en el mercado productivo que no deja de ser un medio o instrumento para cumplir la función social superior a la que se le encomienda, en definitiva tienen como finalidad *“facilitar el empleo remunerado a los discapacitados como medio de inclusión en el empleo ordinario; es decir, emplear personas con discapacidad para prepararlas para un posterior acceso al mercado ordinario de trabajo y para un empleo de carácter ordinario y no protegido como es el empleo en CEE”*<sup>15</sup>.

Otro elemento que es necesario traer a colación es el carácter de la relación laboral que une a las personas con discapacidad con los Centros Especiales de Empleo, relación laboral que tiene un carácter especial de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 del Estatuto de los trabajadores. Lo que supone de entrada asumir unas condiciones especiales laborales a este colectivo que se inserta laboralmente en los Centros Especiales de Empleo y que analizaremos con mayor detalle en el apartado siguiente.

No podemos dejar de mencionar lo que la LGDPCD denomina como compensación económica, es en realidad, un proceso institucional a través del cual se pone a disposición de los Centros Especiales de Empleo ayudas económicas de distinta naturaleza, sufragadas formalmente con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas en el ámbito de las políticas activas de empleo o en materia de seguridad social. Se persigue garantizar la viabilidad económica de los distintos proyectos que hay detrás de los

---

<sup>15</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Principales problemas jurisprudenciales en la relación laboral especial de trabajadores con discapacidad que trabajan en centros especiales de empleo”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, N° 37, 2021, pág. 515.



Centros Especiales de Empleo que al prevaleces -a nuestro juicio- la función social, estos deben tener garantizada en cierta medida, su viabilidad económico-empresarial, sin perjuicio de la buena gestión que corresponde al Centro Especial de Empleo

Desde el punto de vista cuantitativo<sup>16</sup>, los datos nos muestran la importancia de los Centros Especiales de Empleo, conforme a datos del año 2019, existían 2.202 Centros Especiales de Empleo, que ocupaban a 97.653 personas con discapacidad, de las que el 91,35% tenían un contrato temporal, mientras que sólo el 8,65% lo tenían con carácter indefinido.

#### **4. LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE PERSONAS TRABAJADORAS EN CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO**

Una de las consecuencias de la configuración y distinción entre empleo ordinario y empleo protegido es la consideración de la relación laboral de las personas con discapacidad que prestan sus servicios en el ámbito de los Centros Especiales de Empleo como una relación laboral de carácter especial conforme al artículo dos del Estatuto de los Trabajadores. Esta calificación supone la existencia de un régimen jurídico laboral propio y separado del ordenamiento jurídico laboral común, suponiendo una especialidad normativa de gran relevancia<sup>17</sup>.

Fue la LISMI la que concibió la relación laboral de las personas con discapacidad que ejerzan su actividad laboral en los Centros Especiales de Empleo como una relación laboral de carácter especial al remitirse a “la correspondiente norma reguladora de la relación laboral de carácter especial de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en Centros Especiales de Empleo”, siendo el RD 1368/1985, de 17 de julio, el encargado de regular esta relación laboral de carácter especial.

La existencia de una relación laboral especial puede encontrar su justificación en la existencia de ciertas especialidades que justifican un tratamiento diferenciación respecto de la relación laboral común<sup>18</sup>. En este

---

<sup>16</sup> Odismet, Fundación ONCE.

<sup>17</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Principales problemas...”, op., cit., pág. 512.

<sup>18</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. y CARDENAL CARRO, M.: “Las relaciones laborales especiales: una visión panorámica y práctica”, en GASCÓN VALERO, M. (director): *Relaciones laborales especiales: relación laboral especial de los penados y de los abogados*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 23-24.

sentido, una cuestión siempre polémica ha sido determina la conveniencia o no de esta relación laboral sea considerada como especial. La doctrina se haya dividida entre quienes encuentran justificada la existencia de esta relación laboral especial por las características del colectivo afectado y la propia finalidad perseguida por la norma que no es otra que la integración social de las personas con discapacidad a través del trabajo<sup>19</sup> y entre quienes cuestionan que dicha relación laboral deba considerarse como especial<sup>20</sup>.

Para el propósito de nuestro análisis nos limitaremos a analizar ciertos aspectos de esta relación laboral especial, que son específico y justifican en cierta manera, o ¿no?, la existencia de esta relación laboral como especial.

El nacimiento de esta relación laboral implica la existencia de dos partes necesarias, los Centros Especiales de Empleo, que ya hemos analizado en el capítulo anterior y las personas con discapacidad.

Respeto a estas últimas, debemos señalar que no toda persona con discapacidad puede celebrar un contrato de trabajo al amparo de esta relación laboral especial, ya que de acuerdo con el artículo 2 del RD 1368/1985, de 17 de julio, tendrán la consideración de personas trabajadoras “*las personas que, teniendo reconocida una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 y, como consecuencia de ello, una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje*”.

Dos son los elementos que van a determinar la posibilidad de acceder a esta relación laboral especial respecto a la persona con discapacidad, por un lado, que al menos tenga un 33% de discapacidad y por otro lado,

---

<sup>19</sup> GALA DURÁN, C.: “La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los centros especiales de empleo”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 55, 2000, pág. 78; CASTRO ARGÜELLES, M.ª A.: “La relación laboral de carácter especial de los trabajadores con discapacidad que prestan sus servicios en los centros especiales de empleo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, ISSN 2254-3295, N° 118, 2015, pág. 202; ESTEBAN LEGARRETA, R. y MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: “La relación laboral especial de los minusválidos”, *Tribuna Social* 91, 1998, pág. 41., entre otros

<sup>20</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 1, 2000, págs. 51-62, y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: “La regulación especial del trabajo de los minusválidos”, *Relaciones Laborales*, 1987, pág. 241, y ÁLVAREZ CUESTA, H.: “La relación laboral especial de los discapacitados en los centros especiales de empleo”, *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, N° 5, 2004, pág. 635, entre otros.

esta discapacidad debe suponer una disminución de su capacidad laboral al menos en igual porcentaje, con la necesaria advertencia que una persona que cumpla estos requisitos no tiene que ser contratado por un CEE necesariamente, ya que podrá ser contratado por una empresa a través de una relación laboral común, en cuyo caso no estaríamos ante una relación laboral especial, ya que faltaría uno de los elementos o sujetos necesarios como son los Centros Especiales de Empleo.

Otro de los elementos distintivos en esta relación laboral es la existencia de los denominados equipos multiprofesionales, pues a los mismos se les atribuyen importantes funciones<sup>21</sup> en el devenir de esta relación laboral de carácter especial, pudiendo intervenir en la práctica totalidad de los momentos en los que se desarrolla esta relación laboral, por lo que son una “pieza clave”<sup>22</sup> de esta relación laboral especial. En cierta manera, se conciben unos equipos que asumen la vigilancia de las condiciones de trabajo sean adecuadas, así como el propio puesto de trabajo, lo que ha llevado a la doctrina a considerar que estamos ante una relación laboral “intervenida”<sup>23</sup> por un sujeto público.

Lo cierto es que, a pesar de atribuirle una gran relevancia, este es un órgano concebido y no creado, ya que hasta el momento no se han creado estos Equipos multiprofesionales, situación que inicialmente era transitoria se ha cronificado creando en la actualidad una relevante inseguridad jurídica, pues no existen órganos que asuman las competencias de estos equipos no creados de una manera expresa en nuestra legislación, a pesar de la remisión que hace la STS de 24 diciembre en la que considera que tras la supresión de las Unidades de Valoración y la creación de los Equipos de Valoración de Incapacidades tengan que ser estos los que asuman las funciones de los equipos multiprofesionales.

Respecto al acceso al empleo en esta relación laboral, encontramos la necesidad de que los Centros Especiales de Empleo deben dirigirse a los Servicios Públicos de Empleo para solicitar -a través de una oferta de empleo- las

---

<sup>21</sup> Véase al respecto la enumeración llevada a cabo por GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Principales problemas...”, op., cit., pág. 515.

<sup>22</sup> STS de 24 de diciembre de 2001, rec. 1901/2001.

<sup>23</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: “La relación laboral especial: Algunas cuestiones vertebradoras de su régimen jurídico”, en ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ DE LOS COBOS, F.: *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 82; ÁLVAREZ CUESTA, H.: “La relación laboral especial...”, op., cit., pág. 614.

personas trabajadoras con discapacidad que pretendan incorporar a su centro, sin que puedan determinar a priori que persona van a contratar, es decir, deberán contratar de entre las personas que sean “enviadas” por el Servicio Público de Empleo de acuerdo a las características solicitadas por el Centro Especial de Empleo, sin que ninguna de estas puedan ser discriminatorias. De esta exigencia se deriva una consecuencia necesaria, y es que las personas con discapacidad deben estar inscritas en los Servicios Públicos de Empleo como demandantes de empleo desempleadas para esta relación laboral de carácter especial, no ocurriendo así para el caso de una contratación para una relación laboral común, sin perjuicio de esta posible exigencia para el acceso a medida de fomento de la contratación para personas con discapacidad.

En necesario destacar también, dentro de las especialidades de esta relación laboral, el denominado periodo de adaptación, así el artículo 10.2 del RD 1368/1985, de 17 de julio, establece el denominado periodo de adaptación al trabajo que tiene como finalidad “facilitar la adaptación profesional del trabajador minusválido para el desempeño de las tareas que constituyen el contenido de su puesto de trabajo o, en su caso, completar la formación necesaria para el mismo”, por un periodo máximo de 6 meses. Periodo de adaptación que el citado precepto señala que tendrá también el carácter de periodo de prueba. Pese a esta identificación, lo cierto es que estamos ante dos realidades jurídicas distintas que no deben confundirse pues sus finalidades son distintos, ya que el periodo de adaptación persigue facilitar la adaptación profesional al puesto de trabajo, mientras que el periodo de prueba como sabemos persigue la constatación de la capacidad laboral para el desempeño del puesto por parte del empresario<sup>24</sup>. Es necesario destacar que la decisión sobre la necesidad de establecer un período de adaptación no reside en la autonomía de las partes, ni aún menos en la libre voluntad de la empresa ya que la determinación de la necesidad de establecer este periodo de adaptación se atribuye a los equipos multiprofesionales cuya decisión se impone además a la empresa, a lo que habría que añadir que es el propio equipo multiprofesional el que deberá fijar el plazo de duración en función de las condiciones de la persona trabajadora con discapacidad y su relación con el puesto de trabajo que se pretende desempeñar<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Principales problemas...”, op., cit., pág. 526.

<sup>25</sup> GARRIDO PÉREZ, E.: “El trabajo de discapacitados en centros especiales de empleo: replanteamiento sobre la necesidad de una relación laboral especial”, en

También el salario aparece afectado por estas especialidades que pretende justificar la consideración como especial de esta relación laboral, al preverse la posibilidad de celebrar un contrato a bajo rendimiento<sup>26</sup> -cuando así lo requieran las circunstancias personales de la persona con discapacidad-, considerando como tal aquel en el que la persona trabajadora presta sus servicios durante una jornada de trabajo normal, lo hace con un rendimiento inferior al normal en un 25%, -previa constatación del equipo multiprofesional-, con la disminución correspondiente del salario, si bien esta no podrá exceder en idéntico porcentaje al rendimiento.

Todas estas especialidades -junto con otras no analizadas- han venido a justificar la existencia de esta relación laboral especial, lo que no quiere decir que discutirse que las mismas sean inmutables y supongan la imposibilidad de replantear la existencia de esta relación laboral de carácter especial en los términos actuales, como analizaremos seguidamente.

## **5. EL NECESARIO TRÁNSITO DEL EMPLEO PROTEGIDO, A PERSONAS CON DISCAPACIDAD PROTEGIDAS EN EL MERCADO DE TRABAJO**

La integración laboral de las personas con discapacidad es un elemento central de la política de empleo a nivel nacional y a nivel internacional. Pero no podemos dejar de pensar que la integración laboral en el mercado de trabajo de las personas con discapacidad trasciende de la política de empleo, pues las sociedades actuales han perfilado el empleo como uno de los elementos fundamentales para la integración social, para el ejercicio del derecho a la ciudadanía y la independencia económica de las personas trabajadoras. Por ello la ausencia de empleo se asocia a una situación de vulnerabilidad social e incluso de exclusión social, de ahí que pensemos que el objetivo de la integración laboral de las personas con discapacidad del mercado laboral trasciende la política de empleo por la especial vulnerabilidad y situación de estas personas en su relación con el mercado de trabajo en una clara situación asimétrica.

---

ROMERO RÓDENAS, M.<sup>a</sup> J.: Trabajo y protección social del discapacitado. Bo-marzo, Albacete, 2003, pág. 34.

<sup>26</sup> Posibilidad que en ningún caso puede considerarse como una modalidad contractual. GARRIDO PÉREZ, E.: "El trabajo de discapacitados...", op., cit., pág. 36.

Nos reafirmamos en los planteamientos iniciales en los que poníamos de manifiesto que la actividad política y legislativa de Estados y Organizaciones Internacionales para la búsqueda de soluciones al problema de acceso al empleo decente de las personas con discapacidad, es incesante, como lo es también la perdurabilidad del problema.

El debate y discusión sobre la política de empleo y del mercado laboral para personas con discapacidad es un debate continuo, complejo y polémico, donde los intereses de los actores intervinientes son confrontados con enorme intensidad. En este debate, la discusión sobre el empleo ordinario y empleo protegido no es nueva, antes, al contrario, ha polarizado en muchas ocasiones el debate sobre esta política de empleo.

La aceptación de la existencia de un empleo ordinario y un empleo protegido supone dividir el mercado laboral para las personas con discapacidad entre un mercado laboral ordinario y un mercado laboral protegido -como ya hemos dicho- siendo ello una construcción artificial en el mercado de trabajo. Este planteamiento ha supuesto aceptar e introducir el principio de distinción, el cual está en claro enfrentamiento con el principio de integración y normalización en el mercado laboral, que a nuestro juicio es uno.

El planteamiento de la política de empleo respecto a las personas con discapacidad -en un planteamiento eminentemente teórico- es claro y permanece inalterable al menos desde el año 1982, con la aprobación de la LISMI, unas personas siguen el camino del empleo ordinario, mientras que otras personas, en función de sus capacidades laborales y una mayor afectación en su discapacidad sigue en el camino del empleo protegido, sin perjuicio de la preferencia recogida normativamente -en los textos nacionales e internacionales- por la inserción laboral de las personas con discapacidad en el mercado laboral ordinario.

Estamos por tanto ante un proceso estandarizado de actuación para con las personas con discapacidad que gira en torno al empleo protegido u ordinario y las medidas laborales y económicas en cada una de estas opciones. Este planteamiento nos hace defender que estamos ante un sistema dual de empleo que gira más sobre las necesidades del mercado de trabajo y no sobre las necesidades de las personas con discapacidad.

Y este es precisamente el elemento de reforma necesario, es decir, debemos establecer un modelo de intervención donde la centralidad este en las personas con discapacidad y sus necesidades en el mercado de trabajo.

Este cambio de paradigma nos lleva a la necesidad de debatir -aun siendo conscientes que no estamos ante debates nuevos- y resolver cuestiones a nuestro juicio pendientes y que su resolución pondrían -como decimos- a la persona con discapacidad en el centro del debate.

Por lo pronto, el empleo protegido tiene un carácter transitorio, se concibe como una transición al medio ordinario de trabajo, de tal manera que el empleo protegido no es un fin, sino un instrumento de la política de empleo para conseguir la inserción laboral de las personas con discapacidad con mayores dificultades de acceso al empleo en el mercado ordinario de trabajo.

Sin embargo, los datos nos muestran que ese tránsito no es sencillo de conseguir y en muchas ocasiones no se consigue, por lo que este carácter instrumental se diluye y la permanencia en los Centros Especiales de Empleo se convierte en una situación normalizada, lo que ya de entrada debería hacernos cuestionar esta dualidad del mercado de trabajo y reforzar el cambio de paradigma de intervención planteado.

Por otra parte, una vez analizados ciertos elementos que dotan de especial a la relación laboral de carácter especial, lo cierto es que -siguiendo a ciertos sectores doctrinales ya citados- es que esas especialidades hacen débil la existencia como relación laboral de carácter especial, ya que elementos como los equipos multiprofesionales, la necesidad de inscripción en la oficina de empleo, o el propio periodo de adaptación pueden existir en una relación laboral común, siendo, en su caso, la negociación colectiva<sup>27</sup> la que podría perfilar tales situaciones destinadas a proteger a las personas con discapacidad.

Y por último, los Centros Especiales de Empleo, otro de los elementos necesario para la existencia de la relación laboral especial y la existencia del empleo protegido, son a nuestro juicio un elementos básico en el proceso de inserción laboral de esta personas con discapacidad, puesto que esta es la función social que tienen atribuida, pero que sin embargo, el encorsetamiento del marco normativo y el propio régimen económico-financiero han hecho una escasa evolución de estos Centros para adaptarse al contexto jurídico laboral actual.

---

<sup>27</sup> ROMERO RÓDENAS, M.<sup>a</sup> J.: Trabajadores minusválidos: ¿integración laboral?, en *Materiales sobre las Reformas laborales de 1997*, Universidad de Castilla la Mancha, 1998, pág. 51.

Puesto que nos debemos centrar en la persona con discapacidad y sus necesidades, lo cierto es que el empleo generado en los Centros Especiales de Empleo para alguna de estas personas debe ser normalizado y empleo ordinario de tal manera que desaparezca su transitoriedad, y ello sin menoscabo de la protección debida a esta persona desde el punto de vista jurídico y económico.

No existe en la actualidad ningún inconveniente normativo, ni práctico que impida a los Centros Especiales de Empleo convertirse en organizaciones destinadas a la atención integral a las personas con discapacidad en materia de política de empleo, de tal manera que no solo realizarían la actividad económica-productiva y generación de empleo que en la actualidad tienen encomendada, sino que pasarían a ser organizaciones destinadas a emplear a personas con discapacidad en un entorno de empleo normalizado, así como todos los servicios de apoyo necesario para permanecer en el mercado de trabajo ordinario (formación, orientación, intermediación, empleo, etc...) para lo que deberíamos diseñar un marco económico-financiero adecuado para tal fin y que no suponga el menoscabo del proyecto empresarial que pueda estar detrás del Centro Especial de Empleo, es decir, debemos garantizar desde ese marco económico la rentabilidad económica y social de los mismos.

## 6. CONCLUSIONES

Es necesario plantearnos un posible cambio de paradigma que implique el abandono de la dualidad del mercado laboral para las personas con discapacidad y mutar hacia un paradigma de intervención en el que la persona con discapacidad sea el eje central de la intervención.

Este planteamiento hace necesario cuestionarnos, por lo tanto, la existencia de la división del mercado laboral de las personas con discapacidad entre un mercado laboral protegido y un mercado laboral ordinario, pues ese planteamiento no obedece a un principio de integración, sino antes, al contrario, a un principio de distinción en el mercado laboral.

El modelo de intervención debe proteger a la persona con discapacidad a través de un conjunto de mecanismos de apoyo, acompañamiento y promoción en el acceso y permanencia en el mercado laboral. Donde los centros especiales de empleo deben seguir jugando un papel fundamental en la creación de empleo, pero no solo en la creación de empleo, sino también en la atención integral de las personas con discapacidad, siendo éste un cambio actitudinal que estos Centros Especiales de Em-



pleo deben emprender para lo que habrá que realizar las modificaciones legales oportunas.

Hemos configurado una relación laboral de carácter especial donde las peculiaridades que lo justifican se basan fundamentalmente en las características de las personas con discapacidad y no por el entorno donde se desarrolla la actividad laboral, la especialidad de la relación laboral la imprime la persona trabajadora con discapacidad y no el sujeto empresarial<sup>28</sup>. Lo que nos lleva a una insistencia en la necesidad de poner en el centro de la intervención a las persona trabajadora con discapacidad y a la necesidad de plantear una revisión de la configuración, alcance y existencia de la relación laboral de carácter especial.

Otra de las consecuencias del cambio de paradigma y la revisión de la relación laboral especial, para su extensión o supresión debe ser la revisión y redefinición de la función y finalidad de los Centros Especiales de Empleo que no debe ya ligarse a la configuración dual de empleo y la existencia de una relación laboral de carácter especial, sino en la protección integral de la persona con discapacidad en su relación con el mercado de trabajo. Deben los Centros Especiales de Empleo articularse como organizaciones que procuren empleo decente para las persona con discapacidad, pero no sobre la base de la transitoriedad hacia otros empleos, sino sobre la base de la calidad y estabilidad, y junto a esta función deben prestar los apoyos necesarios en materia de orientación laboral, formación e intermediación de tal manera que se conviertan en organizaciones con una función socio-laboral especializada en las personas con discapacidad en su relación con el mercado de trabajo.

Cambio que debe ir acompañado de la revisión de marco económico-financiero hacia un modelo más favorable, a través de ayudas, directas e indirectas, subvenciones, bonificaciones o exenciones en materia de seguridad social que garantice la viabilidad de los Centros Especiales de Empleo sobre la base de esta reorganización, su proyecto y la función social que tienen encomendados.

---

<sup>28</sup> . GARRIDO PÉREZ, E.: “El trabajo de discapacitados...”, op., cit., pág. 56.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CUESTA, H.: “La relación laboral especial de los discapacitados en los centros especiales de empleo”, *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, Nº 5, 2004, págs. 609-637.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: “La regulación especial del trabajo de los minusválidos (I y II)”, *Relaciones Laborales*, Tomo I y II, 1987.
- CASTRO ARGÜELLES, M.<sup>a</sup> A.: “La relación laboral de carácter especial de los trabajadores con discapacidad que prestan sus servicios en los centros especiales de empleo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Nº. 118, 2015, págs. 189-222.
- ESTEBAN LEGARRETA, R. y MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: “La relación laboral especial de los minusválidos”, *Tribuna Social* 91, 1998, pág. 41-55.
- ESTEBAN LEGARRETA, R. y GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “La incentivación del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo”. *Revista Española de Discapacidad*, 2, págs. 7-32.
- ESTEBAN LEGARRETA, R.: La estrategia global de empleo de las personas con discapacidad y el reequilibrio entre empleo ordinario y empleo protegido. Un balance”, en CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PROL, F.: *Políticas de Empleo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 373-389.
- GALA DURÁN, C.: “La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los centros especiales de empleo”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 55, 2000, págs. 73-106.
- GARRIDO PÉREZ, E.: “El trabajo de discapacitados en centros especiales de empleo: replanteamiento sobre la necesidad de una relación laboral especial”, en ROMERO RÓDENAS, M.<sup>a</sup> J.: Trabajo y protección social del discapacitado. Bomarzo, Albacete, 2003, págs. 27-58.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Principales problemas jurisprudenciales en la relación laboral especial de trabajadores con discapacidad que trabajan en centros especiales de empleo”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, Nº 37, 2021, págs. 511-550.
- GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “La naturaleza de las medidas de empleo ordinario de las personas con discapacidad: ¿medidas de acción positiva o de lucha contra la discriminación? *Temas Laborales* núm. 162/2022, págs. 101-139.
- MORATALLA SANTAMARÍA, P.: “Centros Especiales de Empleo”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 29, 2016, págs. 235-272.
- ROMERO RÓDENAS, M.<sup>a</sup> J.: Trabajadores minusválidos: ¿integración laboral?, en *Materiales sobre las Reformas laborales de 1997*, Universidad de Castilla la Mancha, 1998, págs. 39-52.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Centros espaciales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 1, 2000, págs. 51-62

RODRÍGUEZ-SANZ DE GALDEANO, B.: “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *Temas Laborales* núm. 127/2014, págs. 85-120.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y CARDENAL CARRO, M.: “Las relaciones laborales especiales: una visión panorámica y práctica”, en GASCÓN VALERO, M. (director): *Relaciones laborales especiales: relación laboral especial de los penados y de los abogados*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 19-165.



*Discriminación por razón de discapacidad.  
El acceso a la incapacidad permanente  
desde la situación de jubilación  
anticipada por discapacidad*

**JUAN PABLO IBÁÑEZ GARCÍA**

*Universidad Pública de Navarra*

*Pamplona*

*ibanez.59548@e.unavarra.es*

**RESUMEN:**

El presente trabajo tiene como objeto el análisis de los efectos de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en relación con el acceso de las personas con discapacidad jubiladas anticipadamente a la acción protectora de la Seguridad Social por la vía de la Incapacidad Permanente. Para ello hemos realizado un estudio de la evolución Jurisprudencial en la materia y sus efectos, empleando la técnica propia del análisis técnico-jurídico. Este estudio parte de un planteamiento inicial relativo a la regulación de las figuras y prestaciones objeto del trabajo. Tras ello se profundiza en los pronunciamientos recientes realizados respecto de estas figuras tanto por el TC como por el TS, y los efectos que derivan de los mismos. Por último, exponemos las diferentes vías de las que disponen las personas con discapacidad discriminadas para lograr una efectiva tutela de su derecho y revertir esa situación discriminatoria partiendo de las distintas situaciones en las que se pueden encontrar las personas afectadas, tanto desde un punto de vista teórico-jurídico como desde la práctica jurídica.

## **I. INTRODUCCIÓN**

Las personas con discapacidad son un colectivo especialmente vulnerable que, tradicionalmente ha sido objeto de especial protección por el ordenamiento jurídico y los poderes públicos. Esta especial protección responde al mandato del artículo 49 CE, en conexión con el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 14 del mismo texto.

Uno de los ámbitos a los que concierne directamente es el propio de la acción protectora del Estado a través de la Seguridad Social. Así, en el sistema están previstas distintas prestaciones que deben servir a este fin.

En los últimos años, la aplicación normativa sobre esta acción protectora de personas con discapacidad ha sido objeto de sucesivas impugnaciones, pues en la práctica lo que debía amparar a este colectivo se ha aplicado para restringir su derecho legítimo. Por eso, consideramos que una acción positiva, en determinados supuestos, y por la vía interpretativa de los tribunales, ha tornado en una acción discriminatoria de la Administración pública frente a las personas jubiladas anticipadamente por discapacidad, precisamente por su condición de personas con discapacidad.

Tras cinco pronunciamientos consecutivos del Tribunal Constitucional, resolviendo recursos de amparo por este motivo, el Tribunal Supremo se vio obligado a dictar doctrina unificada conforme a la ratio decidendi del TC, y en contra de la contenida en sus sentencias impugnadas, quedando sin efecto ex tunc por discriminación por razón de discapacidad<sup>1</sup>.

Pese a la nueva doctrina dictada por el TS, a la que dedicaremos parte de nuestro análisis, han persistido efectos discriminatorios en situaciones consolidadas conforme a los pronunciamientos previos del propio TS, que venían confirmando la actuación reiterada de los órganos de la Seguridad Social. Por eso, y a los efectos de valorar las vías posibles para paliar o revertir estos efectos discriminatorios, entendemos necesario ahondar en esta doctrina y los mecanismos procedimentales y procesales al alcance de los particulares afectados.

---

<sup>1</sup> A diferencia de lo que señala la sentencia del TS 379/2022, de 27 de abril, así como en parte de la doctrina de los autores que han abordado este tema, véase ROMERO BURILLO, se han emitido cinco pronunciamientos de nuestro TC, no dos como los primeros manifiestan. Esto es, tanto el TS como los autores únicamente reconocen como sentencias del TC relevantes a este respecto las SSTC 172/2021 y 191/2021, omitiendo las SSTC 192/2021, 5/2022 y 52/2022, todas ellas dictadas y publicadas con anterioridad a la antes citada de nuestro TS. Ver: Romero Burillo, Ana M<sup>a</sup> (2022). “El derecho al acceso de la persona jubilada anticipadamente por razón de discapacidad a la situación de incapacidad permanente. Comentario a la STS de 27 de abril de 2022”, *Revista de Derecho Laboral vLex* n<sup>o</sup>7, diciembre 2022, pp.111 a 118

## **II. EL DERECHO A LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA LEY GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL**

La acción protectora de la Seguridad Social se materializa a través del reconocimiento de distintas situaciones fácticas por la norma, a las que, una vez reconocidas, se asocia el posterior reconocimiento de determinados derechos de contenido económico consistentes en la percepción de prestaciones previstas por el legislador.

Las citadas prestaciones, como es sabido, se clasifican de ordinario en dos grandes grupos. Por un lado, encontramos las prestaciones económicas de naturaleza contributiva, que nacen por el hecho de haber permanecido en situación de alta en el sistema de Seguridad Social habiendo abonado por este motivo las cotizaciones legalmente debidas. Por otro lado, encontramos aquellas prestaciones de naturaleza no contributiva, cuya razón de ser está asociada a situaciones fácticas asumidas por el legislador en que las personas con derecho a su percepción, por razón de su situación y circunstancias (penosidad, vulnerabilidad,...), son objeto de especial protección del sistema a pesar de no haber contribuido en todo o en parte para haber generado el derecho de acceso a las prestaciones de carácter contributivo a las que nos hemos referido.

En este contexto, debemos hacer una breve referencia a esta acción protectora cuando se da en situaciones ordinarias, para, posteriormente, distinguirla de aquellas de carácter extraordinario a las que ha reconocido un trato diferenciado el propio legislador. Este reconocimiento se materializa a través del procedimiento vigente previsto en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (en adelante, TRLGSS), y sus disposiciones de desarrollo con rango reglamentario vigentes, contenidas en el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, y la Orden de 15 de abril de 1969.

La acción protectora que concreta esta normativa tiene como finalidad desde sus orígenes, como manifestaba expresamente la parte dispositiva de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, ampliar y garantizar la protección de los trabajadores, cambiando un sistema basado en seguros sociales con un enfoque centrado en asegurar determinados riesgos por un sistema de mutualización basado en la existencia de un elenco de contingencias objetivas que dan lugar a una más amplia cobertura y protección de los beneficiarios de este sistema.

Esta finalidad o espíritu de la norma y, con ello, del sistema de Seguridad Social, como afirmaba dicha parte dispositiva, “obedece al propósito de prestar más atención al infortunio que a las causas que lo hayan producido”. Esta finalidad se ha asumido en las posteriores leyes sustitutivas de la citada, y aprobadas mediante texto refundido. Asimismo, es ilustrativo que nuestro sistema mantenga disposiciones dictadas en su momento en desarrollo de la norma originaria, asumiendo el citado espíritu de la Ley de 1963 como propio de las leyes posteriores.

El entonces llamado infortunio tiene motivo, en esencia, en dos posibles causas. Una de ellas viene asociada a la enfermedad y sus consecuencias. Asociados a esta causa están los supuestos de protección de personas con discapacidad. La otra causa es la muerte, que no es objeto de nuestro trabajo, si bien merece cierta mención.

Dicho esto, y retornando al reconocimiento jurídico de situaciones fácticas que son *conditio sine qua non* para el posterior reconocimiento de derechos económicos, debemos identificar las situaciones protegibles a las que podría acceder un trabajador en activo afectado por una discapacidad dentro del sistema de Seguridad Social. En concreto, nos centraremos en las situaciones de personas con discapacidad según la normativa de Seguridad Social que pueden acceder a prestaciones de carácter contributivo.

### *1. Prestación por jubilación*

Todo trabajador, con independencia de tener reconocida discapacidad alguna, puede acceder de forma ordinaria a la jubilación por razón de su edad. No obstante, el legislador ha previsto que algunas personas con discapacidad puedan acceder de forma anticipada y voluntaria a la situación de jubilación. Estos casos excepcionales están reconocidos en el artículo 206 bis del TRLGSS. En concreto, para acceder a la situación de jubilación anticipada para personas con discapacidad, este precepto exige que se cumpla uno de los siguientes requisitos: (i) que la persona tenga reconocido un grado de discapacidad de al menos un 65%, o (ii) que tenga reconocido un grado de discapacidad mínimo del 45%, siendo su discapacidad una de las previstas en el Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por determinar una reducción significativa de la esperanza su vida.

En este punto, debemos hacer referencia separada a ambos supuestos, pues se trata de diferenciar entre la jubilación ordinaria y la jubilación anticipada voluntaria por razón de discapacidad, que nos conducen a



delimitar el criterio de la edad ordinaria de jubilación y la edad anticipada prevista por el propio legislador.

### **1.1. Jubilación por alcance de la edad ordinaria**

En este caso, la jubilación se produce, por regla general, cuando se alcanza la edad ordinaria de jubilación, perfectamente definida por el legislador en la Disposición Transitoria Séptima del TRLGSS en relación con la previsión de su artículo 205.1.a).

En este sentido, la ley confirma que la edad ordinaria de jubilación es la de sesenta y cinco o sesenta y siete años, en función del periodo de cotización del trabajador. En todo caso, esta edad ordinaria, asociada a distintos periodos de cotización, se concreta para cada año natural en que se acceda a la jubilación, hasta 2027, en la citada Disposición Transitoria Séptima. En ella, el mismo legislador establece expresamente, y por referencia al mismo art.205.1.a), un aumento paulatino de la misma hasta el alcance máximo de los citados sesenta y siete años.

En definitiva, a la vista de la regulación propia de Seguridad Social, queda patente que para acceder a la jubilación por regla general deben concurrir dos circunstancias: (i) el alcance de la edad ordinaria mínima de jubilación, y (ii) el cumplimiento con los correspondientes periodos mínimos de cotización a la Seguridad Social.

Pese a la claridad del legislador al regular esta cuestión, se han planteado ciertas dudas en torno al mismo concepto de edad ordinaria de jubilación, especialmente en supuestos que afectan a personas cualificadas según el TRLGSS para solicitar la jubilación anticipada por razón de su discapacidad.

En este sentido, debemos hacer referencia expresa a la evolución de la jurisprudencia unificada del Tribunal Supremo y la doctrina constitucional marcada a este respecto por el Tribunal Constitucional en las últimas fechas, no sin exponer previamente la propia regulación relativa a estos supuestos extraordinarios que habilita el legislador y desarrolla el ejecutivo mediante las correspondientes normas de rango reglamentario.

### **1.2. Jubilación voluntaria por razón de discapacidad**

Visto el criterio ordinario de jubilación fijado por el propio legislador en el artículo 204 y 205.1 TRLGSS, existen excepciones a la regla ordinaria

o general, como la del régimen extraordinario de jubilación anticipada para personas con discapacidad previsto en el artículo 206 bis TRLGSS y normativa de desarrollo.

En este sentido, el mismo legislador ha previsto la posibilidad de fijar edad anticipada de jubilación como regla excepcional de la anterior para algunas personas con discapacidad. En este supuesto, el legislador reconoce expresamente que el acceso a la prestación por jubilación por motivo de discapacidad en ningún caso puede producirse cuando aún no se haya alcanzado la edad de cincuenta y dos años (art. 206.bis 2 TRLGSS). No obstante, la legislación de desarrollo de este precepto legal eleva en algunos supuestos esta edad mínima, como apuntamos a continuación.

### *1.2.1. La edad anticipada de jubilación para determinadas personas con un grado de discapacidad igual o superior al sesenta y cinco por ciento*

El primer supuesto en que el legislador faculta al acceso a la jubilación anticipada por razón de discapacidad exige que concurra una sola circunstancia, esto es, que la persona solicitante tenga reconocido un grado de discapacidad igual o superior al sesenta y cinco por ciento.

Esta previsión legal ha sido objeto de desarrollo mediante el Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía. En esta norma reglamentaria, el ejecutivo reitera la posición del legislador cuando se refiere a “la edad ordinaria de 65 años, exigida para el acceso a la pensión de jubilación” (artículo 3), siendo los otros supuestos previstos referidos a la edad anticipada de jubilación.

Por añadido, es preciso reseñar que esta norma reglamentaria distingue a su vez entre dos colectivos que tienen reconocido este grado de discapacidad de al menos el sesenta y cinco por ciento a efectos de aplicar un mayor o menor coeficiente reductor para determinar la edad mínima de acceso a la jubilación anticipada por razón de discapacidad. Así, quienes únicamente acreditan dicho grado mínimo de discapacidad están cualificados para aplicar un coeficiente reductor de 0,25 años por cada año cotizado, mientras que aquellos que a su vez acrediten la necesidad de ayuda de tercera persona para realizar actos esenciales de la vida pueden aplicar un coeficiente reductor de 0,5 años por cada año cotizado, siendo el respectivo resultado el de su edad mínima extraordinaria de acceso a la jubilación.

1.2.2. *La edad anticipada de jubilación para determinadas personas con un grado de discapacidad igual o superior al cuarenta y cinco por ciento*

El segundo supuesto previsto por el legislador en el art. 206 bis TRLGSS se refiere a aquellas personas con discapacidad reconocida en un grado igual o superior al cuarenta y cinco por ciento cuando se encuentran afectadas por determinadas enfermedades relacionadas en la norma reglamentaria de desarrollo para el cálculo del coeficiente reductor. Este desarrollo reglamentario se ha concretado en el Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis<sup>2</sup> de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento.

Dicha norma reglamentaria, por el contrario de lo establecido en el art. 206 bis 2 TRLGSS, impone como edad mínima de jubilación anticipada para este grupo de personas con discapacidad la de 56 años, aunque resulte cuestionable que el propio reglamento pueda limitar esta disposición legal en los términos fijados por su articulado<sup>3</sup>, más aún cuando el artículo 2.3 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, establece, en desarrollo del artículo 14 CE, que “la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública”.

Visto el mandato expreso de esta ley de igualdad y no discriminación, no puede recurrirse a interpretación distinta a la preceptuada por el artículo 7 párrafo segundo de dicha ley, que impone que “se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que

---

<sup>2</sup> Nótese que, en la actualidad, y tras la entrada en vigor del actual Texto Refundido por el que se aprueba la Ley General de Seguridad Social de 2015, esta referencia se entiende realizada a su artículo 206 bis.

<sup>3</sup> En este desarrollo reglamentario de este precepto, contraviniendo lo señalado en el citado art. 206 bis 2 del TRLGSS, se ha fijado una edad mínima preceptiva de cincuenta y seis años para el acceso a este tipo de prestación. No obstante, considero cuestionable que una norma de rango reglamentario pueda restringir la edad mínima fijada por el TRLGSS, derogando materialmente el derecho de personas con discapacidad afectadas por una serie de dolencias que afectan directamente a su calidad y esperanza de vida a las que el Legislador habría dotado de un nivel mayor de protección dentro del sistema utilizando para ello la vía del desarrollo reglamentario.

sean afectados por conductas discriminatorias o intolerantes. La presente ley consagra los niveles mínimos de protección y no perjudica las disposiciones más favorables establecidas en otras normas, debiendo prevalecer el régimen jurídico que mejor garantice la no discriminación”.

En todo caso resulta inequívoco que el Legislador entendió que las personas con discapacidad que cumplieran con los requisitos antes citados y que hubiesen aplicado los coeficientes reductores previstos por el artículo 206.bis TRLGSS y su reglamento podrán, siguiendo únicamente el criterio de su propia voluntad, adelantar su jubilación por la vía ya expuesta hasta alcanzar para ello la edad mínima de 52 ó 56 años. Así la edad de 52 ó 56 años sólo puede interpretarse como una edad extraordinaria de acceso a las personas con discapacidad, quienes con carácter general, como el resto de trabajadores, accederán a la jubilación con la edad de 67 ó 65 años de conformidad con lo fijado en el artículo 205 y la Disposición Transitoria Séptima del TRLGSS.

### **1.3. Posición inicial de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en torno al criterio de la edad ordinaria de jubilación de las personas con discapacidad**

A pesar de la claridad del legislador, y de las disposiciones reglamentarias de desarrollo citadas, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de abordar este criterio de edad de jubilación ordinaria o de edad de jubilación anticipada en relación con varios supuestos de acceso posterior a la incapacidad permanente por la vía del artículo 195 TRLGSS. En concreto, el TS vino a pronunciarse sobre la posibilidad de acceder a dicha situación de IP desde una situación previa de jubilación anticipada por razón de discapacidad cuando no se había alcanzado la edad ordinaria de jubilación.

En este sentido, el Tribunal Supremo fijó por primera vez doctrina en torno a esta cuestión en el año 2020. Concretamente, su sentencia número 512/2020, de 24 de junio, en su fundamento jurídico tercero, afirmaba “que la jubilación ordinaria no solo es la que establece el art. 205 sino que, junto a ella, hay otras que merecen igual calificativo al constituirse como jubilaciones propias y autónomas, como son las del art. 206 de la LGSS y sin coste en la protección.”, añadiendo en relación con la aplicación de coeficientes reductores para algunas personas con discapacidad que “la expresión rebaja o reducción de la edad ordinaria de jubilación no puede entenderse en otro sentido que en el de sustituir el número de años de la general o ordinaria por otra que, en definitiva, también viene a constituirse

como edad ordinaria de jubilación establecido para los supuestos expresamente contemplados. Por ello, aunque la denominación de esa jubilación vaya acompañada en el texto legal del término "anticipada", esa edad no deja ser una edad ordinaria para el colectivo al que se le aplica."

Este criterio vino a aplicarse en posteriores sentencias del mismo Tribunal Supremo, como las sentencias con número de resolución 839/2020, de 2 de octubre, 1036/2020, de 25 de noviembre, o 1073/2020, de 2 de diciembre, entre otras.

En la práctica, esta doctrina, aunque contraviniendo el texto del TRLGSS y su normativa de desarrollo, venía a señalar que la edad de jubilación ordinaria de determinados trabajadores con discapacidad era una cifra variable en función de los coeficientes reductores aplicables, y que en ningún caso podía ser inferior a la de 52 años. Esta doctrina perseguía impedir el acceso a la incapacidad permanente de dichas personas con discapacidad, pese a que la norma en ningún momento venía a excluir para ellas la opción por otro tipo de acción protectora del sistema de Seguridad Social, incluida la ordinaria del artículo 205 TRLGSS o la posible anticipada general del artículo 208 TRLGSS.

En la práctica, el Tribunal Supremo venía a aplicar materialmente una presunción *iuris et de iure*, por la que todo trabajador afectado por una discapacidad relevante a efectos del artículo 206 bis TRLGSS contaba con una edad ordinaria de jubilación diferente a la de cualquier otro trabajador.

Esta interpretación generaba múltiples incongruencias desde un punto de vista jurídico. Algunas de ellas son las que pone de relevancia el propio Tribunal Supremo en su sentencia 379/2022 de 27 de abril, así como las sentencias del Tribunal Constitucional con número 172/2021 y 191/2021 que analizaremos más adelante.

Por añadido, existen otros aspectos jurídicos no planteados por el propio Tribunal Supremo que ponen de manifiesto esta incongruencia de su doctrina inicial. Pensemos que si el TS entiende que la edad ordinaria de jubilación de una persona con discapacidad es la de 52 años, o la resultante de aplicar el coeficiente reductor a la edad ordinaria (65 ó 67) por la discapacidad del trabajador, carece de justificación que este Alto Tribunal, y los órganos gestores de la Seguridad Social, no apliquen el mismo criterio a la facultad de revisión de las situaciones de IP previamente reconocidas por el INSS o los Tribunales de Justicia por entender que a dichos efectos la edad ordinaria de jubilación es otra diferente a la decretada según su

doctrina por el Tribunal Supremo y aplicada de manera reiterada por los órganos gestores de la Seguridad Social.

Igualmente, debemos cuestionar la aplicación de esa interpretación inicial de la doctrina unificada del Tribunal Supremo, que venía a presumir que la edad ordinaria de jubilación de un trabajador con discapacidad era la de un sistema previsto como optativo para un grupo de trabajadores como acción de discriminación positiva para dotar de una mayor intensidad de la protección de estas personas por parte del sistema de la Seguridad Social, pero cuyo acceso es voluntario *ex lege*.

Dicho esto, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha cambiado recientemente a raíz de varios pronunciamientos dictados en amparo por el Tribunal Constitucional, que merecen nuestra atención.

#### **1.4. La edad ordinaria de jubilación de determinadas personas con discapacidad y el acceso a la prestación de incapacidad permanente en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

Algunas de las sentencias antes citadas del Tribunal Supremo fueron objeto de recurso de amparo ante nuestro Tribunal Constitucional. Esto ha dado lugar a cinco pronunciamientos hasta el momento, en que el TC ha resuelto en sentido de declarar inconstitucional la interpretación normativa realizada por el TS por contravenir el derecho fundamental de igualdad y de no discriminación, consagrado en el artículo 14 CE y del que son titulares los recurrentes en los citados asuntos. A continuación, nos centramos en estos pronunciamientos, materializados en las sentencias del TC núm.172/2021<sup>4</sup>, de 7 de octubre, 191/2021, de 17 de diciembre, 192/2021, de 17 de diciembre, 5/2022, de 24 de enero, y 52/2022<sup>5</sup>, de 4 de abril.

Brevemente, las citadas sentencias del TC enjuician supuestos similares. En concreto, todas ellas abordan la consideración del TS o TSJs correspondientes de la situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad

---

<sup>4</sup> Sin perjuicio de lo analizado, nótese que en este pronunciamiento se formulan dos votos particulares, de los magistrados Otero y Enríquez, en sentido contrario al fallo.

<sup>5</sup> En relación con esta última, el criterio mantenido por el TC solamente cuenta con un voto particular, del magistrado Enríquez, que mantiene su posicionamiento previamente formulado en voto particular en la STC 172/2021.

como elemento determinante para su interpretación dispar en torno a la edad ordinaria de jubilación recogida en el artículo 195.1 en relación con el art.205.1.a) TRLGSS, que para dichos órganos enjuiciadores no puede entenderse en su sentido literal o gramatical para determinadas personas con discapacidad que, de manera voluntaria, hayan elegido hacer uso de su derecho a la acción protectora adicional que subyace al régimen de jubilación anticipada por razón de discapacidad ex artículo 206 bis TRLGSS (anterior artículo 206.2 TRLGSS, que a su vez reflejaba el anterior art.161. bis 1 segundo párrafo TRLGSS 1994).

En los casos enjuiciados, y por referencia a la STC 172/2021, por sus homólogas posteriores, el TC venía a señalar que, en el ejercicio de la libertad de configuración reconocida al legislador, éste no había expandido el criterio de edad al que se remite el actual 195.1, cuando se refiere a la prevista en el art.205.1.a) TRLGSS, como criterio de edad para acceder a la acción protectora prevista por el primero citado (acceso a la IP). Por el contrario, como argumenta el propio TC, resulta un exceso expandir el criterio claro de la norma a otros requisitos de edad distintos no previstos en el citado 205.1.a), ni querido por el legislador, en perjuicio de un colectivo solamente por razón de la discapacidad.

Aun no siendo necesaria otra interpretación, y menos de carácter integrador, con efecto discriminatorio sobre este colectivo, el TC realiza el esfuerzo de exponer, atendiendo al criterio interpretativo sistemático y, aunque no mencione así de forma expresa, teleológico de la norma, que la previsión del régimen de jubilación anticipada por discapacidad no es excluyente de la aplicación del régimen general de acceso a la jubilación por alcance de la edad ordinaria, ni de otros regímenes de jubilación anticipada. Por el contrario, expone de forma clara y motivada que dicho régimen faculta a personas con discapacidad, al ser un colectivo especialmente vulnerable, a acceder a la acción protectora de la Seguridad Social para garantizar en todo caso la igualdad real y no discriminación de dicho colectivo, prohibida expresamente por el artículo 14 CE, entendido en el sentido derivado de las disposiciones convencionales internacionales por las que se encuentran vinculados todos los poderes públicos ex art.10.2 CE.

Dicho esto, es cierto lo que apunta el TC, en el fundamento jurídico 3 de su sentencia, cuando distingue entre las situaciones que pueden infringir el derecho fundamental de igualdad ante la ley frente a las que pueden resultar en la infracción del derecho o principio fundamental de no discriminación. El TC reitera su doctrina en torno a ambos señalando que el derecho a la igualdad “exige la razonabilidad de la diferencia normativa

de trato”, mientras que la no discriminación implica un “juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ex constitutione, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad”.

En el caso concreto, el TC asume que debe entenderse como medida generadora de igualdad (real) la que deriva de la acción positiva de Seguridad Social que ha permitido a trabajadores con discapacidad acceder anticipadamente a la jubilación, con independencia de que dicho régimen especial voluntario no excluya la vigencia del régimen general de acceso a la jubilación cuando se alcance la edad ordinaria de 65 o, en su caso, 67 años.

Tras esta materialización normativa concreta del derecho de igualdad, el TC reitera la a los poderes públicos su deber de no discriminar a las personas con discapacidad que han sido igualadas con el resto de los trabajadores por la vía de acción positiva descrita, pues de lo contrario estarían tornando una medida de acción positiva en una medida discriminatoria sin justificación razonable alguna, y no prevista legalmente. En definitiva, el TC rechaza la posición controvertida adoptada por el TS y los TSJs por suponer materialmente una discriminación por razón de discapacidad, y todo ello teniendo en cuenta incluso el examen literal, sistemático y teleológico de la norma abordada. En este mismo sentido, destaca el posicionamiento de parte de la doctrina de autores, destacando el trabajo de ROMERO RÓDENAS<sup>6</sup>, que suscribe el razonamiento del TC al afirmar que la doctrina del TS y TSJs venía a discriminar en la práctica a personas con discapacidad.

### **1.5. La doctrina jurisprudencial actual del Tribunal Supremo en torno a la edad ordinaria de jubilación de las personas con discapacidad y el acceso a las prestaciones de incapacidad permanente**

Tras dictar el TC las citadas sentencias consecutivas, el TS ha modificado su doctrina unificada, que había sido en distintas ocasiones anulada por el

---

<sup>6</sup> Romero Ródenas, María José (2021). “Igualdad en el ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social y prohibición de discriminación por razón de discapacidad. A propósito de la STC 172/2021, de 7 de octubre”, *Revista de derecho social*, n°96, págs.151-165



TC. Así, el pasado 27 de abril de 2022 la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictó la Sentencia 379/2022, resolviendo Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina 184/2019. Esta Sentencia ha modificado la citada doctrina respecto de la posibilidad del acceso a las situaciones de IP por parte de los trabajadores que por razón de su discapacidad han accedido a la situación de jubilación anticipada motivado por la misma. Esta sentencia del TS resuelve el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de La Rioja de 22 de noviembre de 2018, que resolvía, a su vez, el Recurso de Suplicación 208/2018, interpuesto frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Logroño, de 3 de septiembre de 2018 en los Autos de Juicio 543/2017.

En el asunto resuelto por el TS, quedaban fijados varios hechos probados, que sintetizamos como sigue. El trabajador, nacido en 1959, inició su actividad profesional causando alta por primera vez en el sistema de Seguridad Social el 12 de diciembre de 1977, siendo relevante para nuestro caso su prestación de servicios de vendedor del cupón de la ONCE entre los años 1998 y 2015. El interesado solicitó jubilación anticipada por discapacidad, reconocida con fecha de efectos 7 de octubre de 2015. En 1987 le fue reconocida una Incapacidad Permanente o IP provocada por las lesiones sufridas por el trabajador a raíz de un accidente de tráfico en 1982. Dichas lesiones fueron también base para el reconocimiento de un grado de discapacidad de un 90 %. El 15 de junio de 2017 el trabajador solicitó revisión de su situación de IP por agravamiento de sus padecimientos y el 5 de julio de 2017 fue desestimada su solicitud por la Dirección Provincial de la Seguridad Social, entendiéndose que no existían reducciones anatómicas o funcionales que afectasen a su capacidad laboral ex artículos 193 y 194 TRLGSS ya que el trabajador se encontraba jubilado anticipadamente por razón de su discapacidad, siendo aplicable al caso lo previsto en los artículos 195.1 y 3 y 205 TRLGSS (interpretados de esta forma por la Seguridad Social). Frente a la resolución desestimatoria el solicitante formuló Reclamación Previa, que fue desestimada. El trabajador impugnó esta resolución, resolviendo el Juzgado de lo Social de Logroño en el mismo sentido que la Seguridad Social. Esta Sentencia fue recurrida en Suplicación, resultando revocada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja. La Letrada de la Seguridad Social formuló Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina fundando la contradicción entre lo resuelto por el TSJ de La Rioja en la resolución impugnada y lo resuelto por la STSJ del País Vasco de 30 de mayo de 2017, al que se opuso la representación del trabajador. Asimismo, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de desestimar el Recurso formulado por la representación de la

Seguridad Social. El 27 de abril de 2022 se emitió fallo del TS desestimándose la pretensión de la Seguridad Social.

En la sentencia del TS se volvía a plantear si un trabajador que no ha cumplido los 65 años de edad y que a pesar de ello ha accedido a la jubilación anticipada por razón de discapacidad puede o no acceder a una Incapacidad Permanente según el art. 1955.1 TRLGSS.

En este caso, aunque hasta el momento el TS venía aplicando la doctrina derogada de facto por el TC, al derogar sistemáticamente las sentencias que venían aplicando la doctrina unificada previa, varió su posición, asumiendo el argumentario empleado por el propio TC.

La STS 379/2022, de 27 de abril, recoge en su FJ 3 dicha Doctrina Constitucional. Así, vino a entender contrario a Derecho la negativa de acceso a la acción protectora de la Seguridad Social en lo relativo a las situaciones de IP a los trabajadores jubilados anticipadamente por razón de su discapacidad y que no hubiesen alcanzado la edad ordinaria de jubilación de 65 o, en su caso, 67 años. En definitiva, el TS acepta que impedir el acceso a una IP por parte de un trabajador jubilado anticipadamente por su discapacidad, y no habiendo alcanzado la edad ordinaria de jubilación, resulta en una vulneración del derecho fundamental del art.14 CE.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Pese a la claridad tanto del TC como del TS al dictar la doctrina vigente en esta materia, clarificando que para las personas con discapacidad la edad ordinaria de jubilación es la fijada en el art.205.1.a) TRLGSS, criterio igualmente sostenido por el Ministerio Fiscal al oponerse al recurso de casación para unificación de doctrina planteado por la representación de la Seguridad Social, algunos autores insisten en que dicha edad ordinaria no es tal, sino la señalada en el art.206bis TRLGSS para las personas con discapacidad. Por añadido, y contradictoriamente con esta posición en relación con la interpretación normativa, sostienen que lo que procede es una modificación legislativa para poder modificar el régimen jurídico de las prestaciones de IP y jubilación concernientes a personas con discapacidad. Esto es, si fuese cierto lo apuntado por los mismos, no correspondería acudir a ninguna modificación legislativa en la que se pretende que la acción protectora positiva de la Administración Pública tome en una acción negativa en perjuicio de los derechos adquiridos por el colectivo especialmente vulnerable de las personas con discapacidad y del principio de irreversibilidad de las conquistas sociales. A modo de ejemplo de los citados autores, véase lo aseverado por TRILLO GARCÍA, Letrado de la Seguridad Social, en: Trillo García, Andrés Ramón (2022). “Edad teórica y edad ordinaria de jubilación y acceso a la pensión de incapacidad permanente”, *Revista de Derecho Laboral vLex* n°7, diciembre 2022, pp.9-10

## **2. *El papel de la nueva Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y los mecanismos de protección frente a la discriminación de las personas con discapacidad***

Vista la elevada conflictividad por discriminación en el acceso a situaciones de IP por parte de este colectivo de personas con discapacidad, no es baladí que recientemente haya entrado en vigor una ley en desarrollo del contenido esencial del artículo 14 CE, que clarifica y enmarca la esfera de protección del mismo, aunque en el futuro pueda considerarse ampliable dicha esfera protegible si así lo estima la propia doctrina constitucional o el legislador. En este mismo sentido, destacamos que esta ley “consagra los niveles mínimos de protección y no perjudica las disposiciones más favorables establecidas en otras normas, debiendo prevalecer el régimen jurídico que mejor garantice la no discriminación” (artículo 7 *in fine*).

En nuestro caso, las eventuales situaciones discriminatorias equiparables a las enjuiciadas, sean previas a la doctrina del TS sean posteriores, contravienen de forma clara el articulado de dicha ley, como analizamos a continuación. Por eso, es necesario identificar los mecanismos vigentes de protección de este colectivo, así como sus posibles limitaciones técnicas, y su acomodo al marco internacional convencional vinculante para España.

### **2.1. La nueva regulación protectora frente a la discriminación de las personas con discapacidad**

Recientemente, se ha aprobado la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Según su artículo 1, esta ley “tiene por objeto garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, respetar la igual dignidad de las personas en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución”. Para ello, la norma regula derechos y deberes de las personas físicas o jurídicas públicas o privadas. Asimismo, establece los principios de actuación de los poderes públicos en materia de igualdad y no discriminación. Igualmente, prevé medidas diversas, o mandatos, destinados a prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación directa o indirecta, con independencia de que se produzca en el sector público o el privado.

Visto el contexto de protección frente a actuaciones y medidas con efectos contrarios a la igualdad y a la prohibición de la discriminación, la propia norma reconoce como acreedoras del derecho a su protección a la generalidad, si bien es cierto que su artículo 2 hace mención expresa de

las personas con discapacidad por tratarse de un colectivo especialmente vulnerable, que a lo largo del tiempo ha necesitado de un mayor amparo por parte del ordenamiento jurídico. Igualmente, se prohíbe toda discriminación de personas afectadas por enfermedad, salvo que existan razones objetivas o de salud pública que justifiquen suficientemente tales medidas. En definitiva, la ley exige, para admitir determinadas excepciones a medias potencialmente discriminatorias, que exista cierta proporcionalidad entre los intereses y bienes protegibles.

En este contexto, la interpretación debida de la norma y las excepciones por ella admitidas debe regirse por lo previsto en el artículo 7 de la ley. Igualmente, este precepto impone a los poderes públicos que su actuación se rijan por estos mismos criterios. Este precepto es claro cuando remite a “los instrumentos internacionales aplicables de los que el Estado sea parte en materia de derechos humanos, así como con la jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales internacionales y demás legislación aplicable”, teniendo en cuenta “las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos internacionales multilaterales y regionales”. En todo caso, la ley manda igualmente que ante diversas interpretaciones se opte por aplicar aquella “que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias o intolerantes”.

El supuesto en que los órganos gestores de la Seguridad social venían negando sistemáticamente el acceso a una situación de IP a personas con discapacidad en situación de jubilación anticipada no habiendo alcanzado la edad ordinaria de jubilación, como ha argumentado el propio TC, y finalmente ha asumido el TS con su cambio de doctrina unificada, suponía una clara infracción del artículo 14 CE.

En la actualidad, el criterio interpretativo empleado por el TC, y asumido por el TS, resulta perfectamente coherente con el mandato previsto en el citado artículo 7 de la ley. En la práctica, este precepto manda, en el caso particular de eventuales situaciones contrarias a la igualdad y no discriminación, seguir los criterios interpretativos que rigen nuestro ordenamiento jurídico, sin exceder así los órganos encargados de esta función interpretativa de las que les corresponden en nuestro marco constitucional y legal.

Así, aunque algún autor ha manifestado que es legítimo que un órgano jurisdiccional mediante su actuación interpretativa pueda expandir disposiciones desfavorables para los particulares que padecen de discapacidad,

asumiendo funciones propias del legislador<sup>8</sup>, y en contra de lo expresa y claramente querido por éste, la ley resuelve toda duda a nuestro parecer al incorporar este mandato interpretativo y de aplicación normativa dirigida a los poderes públicos, incluidos aquellos encargados, directa o indirectamente, de “la protección social, las prestaciones y los servicios sociales”. En este sentido, véanse los artículos 3.1.j) y, con mayor concreción, 16 de la Ley 15/2022, sin olvidar el mandato ya citado del artículo 7 *in fine*, que exige en todo caso aplicar la interpretación que mejor proteja a los colectivos o personas objeto de discriminación.

Vista la parte relativa al reconocimiento legal y doctrinal de los órganos jurisdiccionales y constitucional, es necesario que analicemos si nuestro ordenamiento jurídico, en su configuración actual, cuenta con los mecanismos suficientes para garantizar la protección debida, que exige revertir toda situación discriminatoria, así como sus efectos, que en el caso que nos ocupa afecta al colectivo de personas con discapacidad.

## **2.2. Los mecanismos de protección de las personas con discapacidad frente a actuaciones y disposiciones con efectos discriminatorios por parte de la Seguridad Social y los órganos jurisdiccionales**

El reconocimiento del derecho a la no discriminación derivado del art.14 CE, en consonancia con las disposiciones internacionales de derechos humanos que vinculan a los poderes públicos en España, y delimitado por la Ley 15/2022, carece de sentido si no existen mecanismos que aseguren su eficacia material. Esto, en otras palabras, exige que existan mecanismos que permitan la plena eficacia del derecho de tutela efectiva, valga la redundancia, del derecho derivado de este art.14CE.

Nuestro ordenamiento jurídico, al igual que otros homólogos, cuenta con una regulación propia tendente a garantizar la tutela de los derechos particulares y colectivos. Es sabido que la vía ordinaria de protección en el ámbito de la actuación de la Administración Pública exige acudir a la vía ordinaria o extraordinaria de recurso previo a la jurisdicción de los Tribunales y, en su caso, posterior amparo constitucional en función de los presupuestos del caso concreto. Aun así, en algunos supuestos, como

---

<sup>8</sup> En este sentido, véase Vicente Palacio, María Arántzazu (2022), “Sentencia del Tribunal Constitucional.º 172/2021”, *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol.10, nº1, págs..444-450

el de tutela de derechos fundamentales, en que se alega exclusivamente la inconstitucionalidad de un acto dictado, en nuestro caso, por una Administración Pública, no es preceptivo agotar la vía previa administrativa vista por varios motivos. Primero, porque es posible acudir al procedimiento laboral especial de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas en el orden social, previsto en los artículos 177 y siguientes de la LJS, que expresamente excluye la vía administrativa previa preceptiva (artículos 64 o 70 LJS). Segundo, porque, aun acudiendo a la vía jurisdiccional ordinaria, cuando el fundamento de la pretensión de la parte es exclusivamente la tutela de un derecho fundamental reconocido en la CE, como ha dictado el TS, si bien en sede contencioso-administrativa en una situación extrapolable, solo los órganos de la jurisdicción están legitimados para enjuiciar o, en su caso, plantear cuestiones de constitucionalidad al TC de normas o actos administrativos<sup>9</sup>.

En la situación analizada en este artículo, los distintos escenarios en que se pueden encontrar las personas con discapacidad afectadas por una situación discriminatoria les habilitan a seguir una vía de recurso concreto, que no siempre coincide. Por eso, debemos evaluar cuáles son los mecanismos de recurso y defensa que les asisten en cada supuesto posible. En todo caso, debemos partir de que determinadas personas con discapacidad que se encontraban en esta situación en un momento anterior optaron por no ejercitar su derecho a solicitar el reconocimiento de una IP dentro del plazo legalmente previsto en el artículo 53.1 TRLGSS. Así, los supuestos a los que nos referimos a continuación excluyen a dicho grupo de personas, que por falta de actuación, optaron por no ejercitar su derecho en el plazo legalmente previsto.

### *2.2.1. Los mecanismos disponibles de tutela efectiva de los derechos fundamentales conculcados por los órganos de la Seguridad Social*

Con carácter general, los derechos fundamentales que se ven infringidos por la actuación administrativa de la Seguridad Social deben ser tutelados en sede administrativa de recurso y en sede jurisdiccional.

La vía inicial para reconducir toda infracción de derechos fundamentales de estos organismos permite al administrado acudir a la vía administra-

---

<sup>9</sup> Esto mismo sucede en los cuestionamientos de conformidad con el Derecho de la Unión Europea, para cuyo planteamiento solamente están legitimados los órganos jurisdiccionales.

tiva, facilitando el acceso al recurso, bien ordinario bien extraordinario, de conformidad con la regulación de la Ley 39/2015 y Ley 40/2015.

En primer lugar, todo administrado puede accionar conforme al régimen de recursos propios de la normativa de Seguridad Social, esto es, por la vía de la reclamación previa formulada en tiempo y forma ante la Dirección Provincial del INSS competente, o acudir directamente a la jurisdicción social por vía del procedimiento especial para la tutela de derechos fundamentales prevista en los artículos 177 a 184 LJS. En este caso, consideramos que la vía de la reclamación previa a la jurisdicción por la vía del recurso ordinario no debe entenderse preceptiva cuando la motivación de la impugnación del acto administrativo es única y exclusivamente la de la conculcación de un derecho fundamental especialmente protegido por la propia Constitución, en conjunción con los convenios internacionales vigentes en materia de protección de los derechos humanos<sup>10</sup>.

Por otro lado, puede darse el supuesto de que, tras recibir notificación de resolución denegatoria de la solicitud del administrado, esta adquiera firmeza por no accionar en sede administrativa o judicial mediante la interposición del recurso o demanda. En tal caso, la única vía admisible para la revisión de actos administrativos dictados por los órganos de la Seguridad Social que vulneren derechos fundamentales es la vía extraordinaria, en sede administrativa, de la revisión de oficios de actos nulos, cuyo fundamento encontramos en la LPAC, de aplicación supletoria en el ámbito que nos ocupa.

Ante estos escenarios, podemos encontrarnos con la correspondiente resolución denegatoria de la pretensión de la persona con discapacidad. Esto mismo ha sucedido respecto de solicitudes planteadas en su momento a la Seguridad Social por personas con discapacidad jubiladas anticipadamente que pretendieron acceder a la situación de IP. En la práctica, solamente tenemos constancia de que la denegación de las solicitudes de IP de estas personas con discapacidad han accedido a la jurisdicción sin prescindir de la vía de reclamación previa a la jurisdicción. En esta vía, la dene-

---

<sup>10</sup> En este sentido, el Tribunal Supremo se ha pronunciado, aun en el orden contencioso-administrativo, afirmando que la vía administrativa previa no es preceptiva cuando el único objeto del recurso es la tutela efectiva de los derechos fundamentales, sobre la que únicamente es competente el poder judicial y, en su caso, el Tribunal Constitucional, no siendo admisible siquiera cualquier planteamiento a este último de cuestiones de constitucionalidad por la Administración Pública. Véase la STS núm.815/2018, de 21 de mayo, FJ.5

gación recurrida en sede administrativa venía siendo de forma sistemática denegada sobre la base de la tesis mantenida por el TS hasta abril de 2022. Un número elevado de estos casos recurrieron posteriormente a la jurisdicción social, accionando todos por la vía del recurso ordinario, sin que nos conste que ningún afectado optase por la tutela judicial de sus derechos por la vía del procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales.

En esta situación, hemos entendido de interés valorar si existen mecanismos para solventar cualquier discriminación que persista respecto personas a las que fue denegado el derecho a acceder a una IP por encontrarse jubiladas anticipadamente por discapacidad, aun habiendo devenido firme su situación, bien en sede administrativa, bien en sede judicial, aun cumpliendo en el momento de su solicitud originaria con los requisitos previstos por el artículo 195 TLGSS.

### *2.2.2. La tutela del derecho de la persona con discapacidad jubilada anticipadamente frente a la firmeza administrativa de su situación*

Como consecuencia de la aplicación de la antigua doctrina del TS, que vino a refrendar la denegación sistemática por la que el INSS impedía acceder a las personas jubiladas anticipadamente por discapacidad a la situación de IP, cierto número de casos relativos a solicitantes han adquirido firmeza en sede administrativa tras la resolución denegatoria de su respectiva reclamación previa sin haber formulado en tiempo y forma demanda.

En estos casos, a pesar de la firmeza, les resulta aplicable la misma solución que a aquellas personas que, habiendo recibido resolución desestimatoria de su solicitud por el INSS, optaron por no formular reclamación previa. Así, pueden promover la iniciación de un procedimiento de revisión de oficio de actos nulos, estando a su disposición a posteriori, en su caso, la vía jurisdiccional ante una eventual inadmisión o desestimación del mismo. En ese caso, se abre la vía jurisdiccional, pudiendo optar por la vía de tutela ordinaria o por la extraordinaria del procedimiento especial para la tutela de derechos fundamentales en el orden jurisdiccional social.

### *2.2.3. La tutela del derecho de la persona con discapacidad jubilada anticipadamente frente a la firmeza en sede judicial*

La negativa sistemática del acceso a la IP de personas jubiladas anticipadamente por discapacidad se ha sucedido igualmente en el orden jurisdiccional hasta que el TS modificó su doctrina mediante la estudiada



sentencia de 27 de abril de 2022. Esto ha significado que, afectados por casos enjuiciados previamente, hayan visto desestimada su pretensión y, por ello, impedido en ejercicio legítimo de su derecho, deviniendo en algunas ocasiones en la firmeza de su situación en las distintas instancias judiciales.

Dicho esto, aunque el ordenamiento jurídico de ordinario no permite la revisión de situaciones enjuiciadas en el orden jurisdiccional y firmes, existe una excepción para aquellos casos en que lo que se pretende es revertir una vulneración de derechos fundamentales como la que nos ocupa.

La LOPJ, en su artículo 7, prevé que

“1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos.

2. En especial, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido.

(...)”

En este sentido, y en conexión con lo previsto en el artículo 241 de la misma LOPJ, existe una afectación de derechos fundamentales, previamente justificada cuya tutela real no se ha visto materializada. Aunque en estos casos se haya tramitado en correspondiente proceso judicial tras la oportuna demanda o recurso, las resoluciones que han puesto fin a los mismos han derivado en un acto discriminatorio per se. Tras su firmeza, esto supone que las personas afectadas por una actuación con efecto discriminatorio a priori se ven abocadas a padecer unos efectos discriminatorios vitales que no tienen el deber jurídico de soportar.

En este mismo sentido, parte de la doctrina sostiene que el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 LOPJ es la vía ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales conculcados por la actuación de los órganos judiciales. Por el contrario, sostiene que la vía de amparo para la tutela de estos derechos debe ser posterior, para el caso de no tener éxito la accionada mediante este incidente de nulidad.<sup>11</sup>

Aun así, para evitar tal situación discriminatoria, debemos valorar también si el ordenamiento jurídico cuenta con algún mecanismo efectivo

---

<sup>11</sup> Carrasco Durán, Manuel (2012), La tutela de los derechos fundamentales a través del incidente de nulidad de actuaciones, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.95, mayo-agosto 2012, págs. 65-93

para la tutela de sus respectivos derechos más allá del propio del artículo 241 LOPJ, en cumplimiento del mandato que subyace al artículo 14 CE y reflejado en el artículo 28 de la nueva Ley 15/2022, interpretado a su vez conforme al artículo 10.2 CE, cuyo reflejo legal en lo que nos concierne se encuentra en el artículo 7 in fine de dicha Ley 15/2022.

Siendo consciente de que, en la práctica, aunque se deba aplicar esta vía puede ser objeto de rechazo por parte del TS o del órgano judicial competente, esto no impide que a posteriori tal denegación pueda ser objeto de amparo constitucional y, si procede, de recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyo pronunciamiento estimatorio debiera ser observado por el poder judicial español a través de la vía reconocida en el artículo 5 bis LOPJ<sup>12</sup>. En todo caso, todo lo anterior no obsta para que la persona afectada pueda, si no se ve resarcida por dicha vía de forma efectiva, iniciar expediente de responsabilidad patrimonial de acuerdo con los artículos 293 LOPJ y 27 de la Ley 15/2022.

### III. CONCLUSIONES

A la vista de nuestro análisis, debemos recordar que es necesaria la efectividad de la protección de los derechos fundamentales, más aún cuando las personas afectadas pertenecen a grupos especialmente vulnerables, y el sujeto obligado a garantizar tal protección es el que el propio Estado ha configurado como competente en esta materia, esto es, la Seguridad Social.

En este caso de las personas jubiladas anticipadamente por discapacidad, queda claro que no puede negarse su derecho a acceder al reconocimiento de su situación de IP cuando cumplan objetivamente las condiciones exigidas por el artículo 195 TRLGSS.

---

<sup>12</sup> Según este artículo 5 LOPJ “Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.”

Tampoco debe negarse la efectividad de su derecho por cuestiones meramente procesales que contravengan las obligaciones de tutela efectiva de los derechos fundamentales de este colectivo. En el caso de los órganos judiciales, esta obligación como garantes de esta tutela deriva del artículo 7 LOPJ.

En el caso de los órganos administrativos integrados en la Seguridad Social, es igualmente deber el garantizar la efectividad de estos derechos de tutela, pues la validez de sus actos está limitada por la Constitución, interpretada conforme a la doctrina del TC, las leyes y el resto del ordenamiento jurídico, y siempre conforme a la jurisprudencia del TS. Asimismo, no debemos olvidar cuál es la finalidad para la que el legislador crea la propia Seguridad Social, que es la de garantizar la efectividad de un sistema de contingencias, prescindiendo del factor riesgo, donde lo relevante es la consecuencia de la contingencia protegible, atendiendo a las circunstancias personales del trabajador, incluidas las que exigen una especial intensidad en la protección como la discapacidad.

La problemática abordada nos lleva a concluir que, tras reiterados pronunciamientos del TC, y asimilados en la nueva doctrina del TS, la persona jubilada anticipadamente por discapacidad no tiene vedado per se el acceso al reconocimiento de una situación de IP por hecho de su discapacidad si no ha alcanzado la edad ordinaria de jubilación cuando se cumplen los requisitos previstos por el artículo 195 TRLGSS.

En este contexto, consideramos igualmente que debe reconocerse la efectividad de este derecho, aun en casos que han devenido firmes, por aplicación del criterio previo a esta doctrina, y considerado como discriminatorio por el propio TC. Por eso, como hemos expuesto, las personas discriminadas cuyo derecho ha sido denegado, siendo su situación firme en vía administrativa o judicial, están legitimadas para instar la revisión de su caso concreto.

En el caso de firmeza en vía administrativa, queda claro que la vía procedente es la de la revisión de actos nulos por vulnerar derechos fundamentales, como hemos argumentado. En el caso de firmeza en sede judicial, las posibilidades procesales nos remiten a la vía del incidente de nulidad del artículo 241 LOPJ. No obstante, su eventual denegación permite acceder a la tutela por la vía del amparo constitucional y, en su caso, de la tutela de derechos humanos del TEDH, a su vez legitimadora de la acción prevista en el artículo 5 bis LOPJ. En ambos casos, queda abierta igualmente la posibilidad de instar la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación de la Seguridad Social o de los órganos judiciales respectivamente.



# *Responsabilidad por daños provocados por el trabajador con discapacidad*

**LUIS CORPAS PASTOR**

*Profesor de Derecho Civil. Facultad de Derecho  
(Universidad de Málaga)  
lcorpas@uma.es*

## **RESUMEN:**

En este trabajo se aborda la indemnización de los perjudicados por los actos (acciones u omisiones) provocados por trabajadores con discapacidad en el ejercicio de sus funciones laborales. El artículo 1903 del Código civil establece claramente la responsabilidad del empresario, por hecho ajeno, de los perjuicios ocasionados por sus trabajadores a un tercero con ocasión del desempeño de sus trabajadores, salvo los casos excepcionales, en los que pruebe que hubiera empleado “toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño” (*in fine*). Al mismo tiempo, en su párrafo cuarto dicho artículo, tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, impone que los “curadores con facultades de representación plena” son responsables “de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo” con la que convivan. Se ha realizado un estudio normativo y doctrinal sobre la responsabilidad que recae sobre el curador con facultades de representación por los daños producidos por un empleado con discapacidad, tanto en la empresa privada, como en la pública, llegando a la conclusión de la necesidad de que el curador con facultades de representación, conviviente con el trabajador con discapacidad a quien se le haya otorgado esta medida de apoyo, disponga de un seguro de responsabilidad civil, siempre que conviva con dicho trabajador.

## **PALABRAS CLAVE:**

Curatela representativa, Daño, Responsabilidad, Discapacidad, Trabajo.

## **INTRODUCCIÓN**

El artículo 1903 CC, párrafo cuarto, introducido por el apartado 66 del artículo 2º de la Ley 8/2021, de 2 de junio<sup>1</sup> (al igual que lo establecido en

---

<sup>1</sup> Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

el párrafo tercero de dicho artículo 1903, acerca de los tutores que habiten en compañía de los menores que estén bajo su autoridad, en relación a los perjuicios causados por aquellos), establece que únicamente las personas que ostenten curatela “con facultades de representación plena”, que convivan con la persona a la que presten apoyo, serán responsables de los perjuicios causados por la persona con discapacidad.

En el ámbito laboral<sup>2</sup>, esta disposición no se trata de una exoneración *ex lege* de la persona titular empresaria, dueña o directora de un establecimiento o empresa “respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones”, sino más bien una responsabilidad no solidaria<sup>3</sup> que nace de forma simultánea, tanto para el empresario como para el curador con funciones de representación conviviente con el trabajador al que presta apoyo.

Teniendo en cuenta lo previsto en la cláusula de cierre de dicho artículo 1903, quedarán exonerados ambos cuando “prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

## **RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO DE LA PERSONA TITULAR DE LA EMPRESA**

En estas circunstancias, puede darse el caso que un empresario diligente en la prevención del daño pueda no ser responsable de una eventual indemnización, pese a estar legitimado pasivamente en una acción de responsabilidad extracontractual por los daños causados por su empleado con discapacidad y, sin embargo, sí pueda ser afectado en su patrimonio aquella persona que ostente facultades de representación plena conviviente con el trabajador con discapacidad.

---

(BOE núm. 132, de 03 de junio).

<sup>2</sup> *Vid.*, ampliamente, Fernández González, M. B., *Sistema de apoyos para personas con discapacidad: medidas jurídico-civiles y sociales*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 99 y ss.

<sup>3</sup> La regla de no presunción de solidaridad está presente, como sabemos, no solo en nuestro ordenamiento, sino también en el resto de los códigos civiles, así como en el *soft law*. *Cfr.* Mendoza-Alonzo, P., y Parra-Sepúlveda, D., “El principio de no presunción de la solidaridad de deudores: del Code Napoleon a los principios del *soft law*”, *Rev Jurídicas*, 12 (2), pp. 103-116. DOI: 10.17151/jurid.2015.12.2.8.

Si el empresario no pudiera exonerarse de la indemnización por daños provocados por su empleado con discapacidad, asumiendo con ello su responsabilidad frente al dañado, la persona titular de la empresa dispone todavía de un «derecho de repetición» sobre el empleado causante del daño, que está establecido en el artículo 1904 CC, el cual queda intacto contra aquellos trabajadores con discapacidad que causen un daño a terceros por acción u omisión, interviniendo culpa o negligencia, salvo en el caso que el trabajador disponga de curatela con facultad de representación plena, como medida de apoyo judicialmente establecida, y que conviva con dicho curador representativo.

Surge entonces un dilema: ¿podrá la persona titular de la empresa, que ha sido poco diligente en la prevención del daño, repercutir el importe de la indemnización pagada al tercero, aplicando el artículo 1904 CC frente al curador representativo conviviente con el trabajador con discapacidad, o podrá ejercer directamente este derecho de repetición frente a la persona trabajadora productora del daño, probada su culpa o negligencia?

El dilema no es sencillo de solucionar si observamos conjuntamente lo previsto en los párrafos cuarto y quinto del artículo 1903 CC, en el caso concreto que proponemos de un trabajador con discapacidad que produce un daño a un tercero en el ejercicio de sus obligaciones laborales, interviniendo su propia culpa o negligencia.

## **LA “DESPROTECCIÓN” DEL TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD**

Hay opiniones que sugieren implantar “en la empresa ordinaria, como parte de la prevención de riesgos laborales y la adaptación del puesto a la persona, los apoyos que ahora mismo se prestan en los centros especiales de empleo. Éstos son, en muchos casos, verdaderas empresas accesibles e inclusivas para el colectivo y deben trasladarse sus mejores prácticas al mundo laboral ordinario”<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> De Fuentes García-Romero de Tejada, C., y Valmorisco Pizarro, S., “La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con las personas con discapacidad”, *Rev esp de discapacidad*, [online] 9 (2), p. 18.

El reto está en conseguir para la «empresa ordinaria» el ambiente y las competencias de empleabilidad<sup>5</sup> que proporcionan calidad de vida a las personas trabajadoras, que se ha logrado en «centros especiales de empleo».

Es indudable que la reforma operada por la Ley 8/2021, de 3 de junio ha creado luces y sombras al “desproteger” en cierta medida a la persona con discapacidad, dotándola de plena capacidad jurídica, en nuestra opinión. Así, en el trabajo, la persona con discapacidad “disfruta” del pleno ejercicio de su capacidad jurídica, con los apoyos que sea necesario, en el caso de que los necesite; pero esto implica que será plenamente responsable de sus actos<sup>6</sup>.

Igualmente, la persona titular de la empresa, de su dirección o su propiedad, será responsable no solo por culpa in eligendo, ex art. 1903 CC –puesto que es quien ha elegido a su trabajador (en este caso, con discapacidad), bien por sus cualidades personales o más frecuentemente para abaratar costes de producción, al beneficiarse de las correspondientes subvenciones y exenciones fiscales y laborales)–; sino también porque en las empresas públicas y privadas de más de cincuenta trabajadores, existe una reserva legal del 2% de puestos de trabajo para personas con discapacidad<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Laborda Molla, C., Jariot, M., y González Fernández, H., “Calidad de vida y competencias de empleabilidad en personas trabajadoras en centros especiales de empleo”, *Educacion XXI*, 24, núm. 1 (enero 2021), p. 117-139. DOI 10.5944/educxx1.26570 <https://ddd.uab.cat/record/234302>.

<sup>6</sup> Vid. Fernández González, M. B., 2021, *op. cit.*, p. 101. Afirma la autora que todas las personas, incluidas aquellas con discapacidad, “deben caer tendencialmente en el régimen general de responsabilidad del art. 1902 CC, pues tratarles como iguales supone no solo un ejercicio de normalización y de igualdad efectiva, sino que responde a la realidad de las cosas: no son distintos y tienen plena su capacidad de entender y querer. La conclusión que se alcanza es que, en aplicación del propio principio del art. 12.2 de la Convención, todas las personas con discapacidad deben responder plenamente por sus actos u omisiones que causen daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, pues al ser plenos en su capacidad, nada debe impedir que también se sometan al art. 1902 en igualdad junto con el resto de ciudadanos”.

<sup>7</sup> La cuota de reserva de puestos de trabajo se define en el artículo 42 del *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*. (BOE núm. 289, de 03 de diciembre), «cualquiera que sea el número de centros de trabajo» o «la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa» y, aunque excepcionalmente puedan estar exentas de esta obligación, el número 2 de dicho artículo obliga también a una reserva de “un cupo para ser cubierto por personas con discapacidad” para en el empleo público.



## **EL DERECHO DE REPETICIÓN**

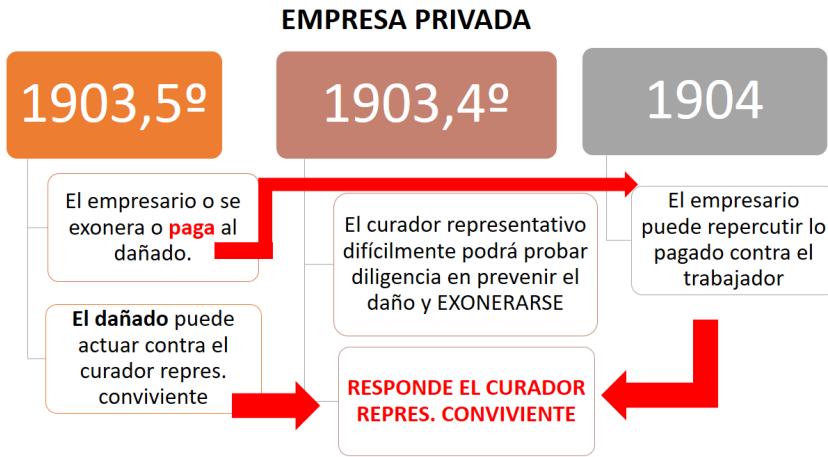
Resulta relevante, en relación al tema abordado, lo previsto en el artículo 1904 del Código Civil sobre el «derecho de repetición» de la indemnización pagada a un tercero por la persona titular de la empresa que tiene frente al trabajador productor de un daño a dicho tercero con ocasión del desempeño de sus funciones laborales.

Sin embargo, no parece desprenderse lo mismo, en relación con un supuesto «derecho de repetición de la persona que ostente una curatela representativa plena» frente al propio trabajador con discapacidad productor del daño (y no cualquier curador, sino expresamente del curador “que conviva con ella” con funciones de representación, al que hace referencia el apartado cuarto del artículo 1903 CC).

Más bien, tal «derecho de repetición» se reserva únicamente al «que paga el daño causado por sus dependientes» que hace frente a la indemnización de un daño producido a un tercero *ex* artículo 1903, párrafo quinto.

## **RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA TRABAJADORA CON DISCAPACIDAD. REFERENCIA A LA CURATELA REPRESENTATIVA**

El problema es claro cuando estamos ante un trabajador con discapacidad y productor de daño a tercero en el ejercicio de sus funciones laborales. La cuestión no es baladí, puesto que al dañado le asiste el principio de indemnidad que le ofrece el artículo 1903 CC; pero la construcción jurídica de la relación procesal que articule su pretensión indemnizatoria puede ser clave en este caso: una acción frente al curador representante conviviente con el trabajador prosperará seguramente; pues al curador representativo le será imposible probar diligencia alguna para prevenir el daño provocado por la persona trabajadora con discapacidad, dotada de tal medida de apoyo. Mientras que la legitimación pasiva de la persona titular de la empresa, en principio con responsabilidad clara, no lo será tanto en cuanto pruebe que adoptó las medidas adecuadas para prevenir el daño efectivamente causado por su empleado con discapacidad. Cosa que, difícilmente, podrá probar, en su caso, el curador con facultades de representación plena, conviviente con el trabajador con discapacidad dotado de tal medida de apoyo.



Nota.—Responsabilidad por hecho ajeno en empresa privada, en caso de trabajador con curatela con funciones de representación plena como medida de apoyo judicial. (Elaboración propia).

Como se muestra en la Figura 1, en estos casos, el dañado que activamente reclame frente al curador representativo los daños causados por la persona trabajadora con discapacidad conviviente con este, por mor del artículo 1903.4 CC, tendrá mayor éxito en esta acción indemnizatoria. De la misma manera, el derecho de repetición del que carece el curador representativo (pues, en nuestra opinión ya expresada, no está contemplado en el supuesto de hecho del artículo 1904 CC), dejará a quien ostenta facultades de representación plena, que derivan de esta medida de apoyo, en una posición desventajosa, ya que tendrá que hacer frente a la indemnización personalmente, pues “los curadores con facultades de representación plena lo son de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella”; a tenor de dicho artículo 1903.4 CC.

Fuera de estos casos, habrá que tener claro la responsabilidad personal plena de la persona con discapacidad, a tenor de la nueva redacción del artículo 299 CC, que afirma textualmente: “La persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con el Capítulo II del Título XVI del Libro Cuarto, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables.”<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Fernández González, M. B., *Sistema de apoyos para personas con discapacidad: medidas jurídico-civiles y sociales*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 99 y ss.

## EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA PERSONA QUE OSTENTE LA CURATELA REPRESENTATIVA

De lo anterior se colige que en el caso de la adopción judicial de una medida de apoyo de curatela con funciones de representación plena debería ir aparejada con la obligatoriedad de contratar un seguro de responsabilidad civil, siempre que la persona curadora, con facultades de representación plena conviva con el trabajador con discapacidad que necesite dicha medida de apoyo; todo ello ante la situación potencial en la que este, eventualmente, tenga acceso a un puesto de trabajo, so pena de quedar plenamente responsable de los daños provocados por la persona trabajadora con discapacidad, producidos como consecuencia del desempeño de sus funciones laborales; a quien presta apoyo y con quien convive.

A su vez, la existencia de este seguro de responsabilidad civil, abre una tercera vía indemnizatoria para el perjudicado por el daño producido por el empleado con discapacidad: la «acción directa» del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro<sup>9</sup>, frente a la aseguradora de la persona que ostente la curatela representativa conviviente con la persona trabajadora con discapacidad. Es interesante comentar que, pese a que la acción directa tiene un fundamento extracontractual, “será entablada por efecto de la ley contra el deudor del deudor” y requiere la existencia de una “relación entre tres sujetos que justifique la intervención legal asignando una nueva relación obligatoria. La existencia de un doble vínculo obligatorio, que una respectivamente a acreedor directo con deudor intermedio y a este último con el tercer deudor, se convierte en presupuesto primario de la acción”<sup>10</sup>. Así, el perjudicado reclama al seguro de responsabilidad civil directamente, por un daño del que debe responder la persona curadora con facultades de representación plena, sin que exista vínculo contractual alguno entre la aseguradora y la víctima, por lo que estamos en un ámbito extracontractual civil, pero con cinco años de plazo de prescripción.

---

<sup>9</sup> Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. (BOE núm. 250, de 17 de octubre).

<sup>10</sup> Cfr., Hernández Arranz, M., *La acción directa como instrumento de garantía*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, Zaragoza, 2005, pp. 151 y ss.

## LA RESPONSABILIDAD POR HECHOS DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD EN LA EMPRESA PÚBLICA

Por otra parte, y respecto de las empresas públicas y la Administración, en relación a la reserva de puestos, el acceso de las personas con discapacidad al empleo público posibilita que la persona trabajadora con discapacidad que cause un daño a un particular con ocasión del ejercicio de sus labores en la administración, abre también la posibilidad de solicitar una indemnización en sede civil, a tenor de “lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley de 5 de abril de 1904 y 10 de su Reglamento”<sup>11</sup>, vigentes a día de hoy, que atribuían a la jurisdicción civil “el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad extracontractual contra las actuaciones y funcionarios públicos por los daños causados a los particulares en el ejercicio de sus cargos”. Además de tales normas<sup>12</sup>, Pantaleón, mencionaba el antiguo Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (Decreto 315/1964, de 7 de febrero<sup>13</sup>) todavía vigente hoy también; con cita de diversa jurisprudencia que aclara la necesidad de que “las pretensiones indemnizatorias contra funcionarios públicos [...] por daños causados a los particulares en el ejercicio de sus funciones están condicionadas a la resolución de una cuestión previa (declaración de la existencia de infracción legal), competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa”; aunque comparte una reflexión de Guaita<sup>14</sup>, quien señalaba –con toda razón– lo inútil de ese procedimiento especial, habida cuenta de la posibilidad de solicitar la indemnización correspondiente en sede del propio procedimiento contencioso administrativo, sin necesidad de entablar el posterior proceso civil especial regulado en dicha ley de 1904<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> Pantaleón Prieto, F., *La responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 97-99.

<sup>12</sup> *Ley sancionada por S. M. relativa á la responsabilidad de los funcionarios públicos*. (Gaceta de Madrid núm. 97, de 6 de abril) y el *Real decreto aprobatorio del reglamento para la ejecución de la ley de 5 de Abril de 1904, sobre responsabilidad de los funcionarios del orden gubernativo ó administrativo*. (Gaceta de Madrid núm. 269, de 27 de septiembre), respectivamente.

<sup>13</sup> Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado. BOE núm. 40, de 15 de febrero.

<sup>14</sup> *Cf.*: Guaita Martorell, A., “El proceso de responsabilidad civil de funcionarios públicos”, *ADC*, 1953, 6 (1), pp. 94 ss.

<sup>15</sup> Disposición normativa no derogada expresamente, aunque algunos autores así lo consideraron (*Cf.*: Martín Rebollo, I., “Ayer y hoy de la responsabilidad patri-

Actualmente, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, dedica el Capítulo IV, de su Título Preliminar, a la responsabilidad patrimonial de la Administración, y en su artículo 32.1, establece que “(l)os particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. “El daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”<sup>16</sup>, a tenor del número 2 del mismo artículo; lo que refuerza la necesidad de su valoración. La sección segunda de este capítulo, denominada “Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, zanja en su artículo 36.1, la discusión acerca de la jurisdicción para exigir “la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”; pues determina que “los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.”<sup>17</sup>.

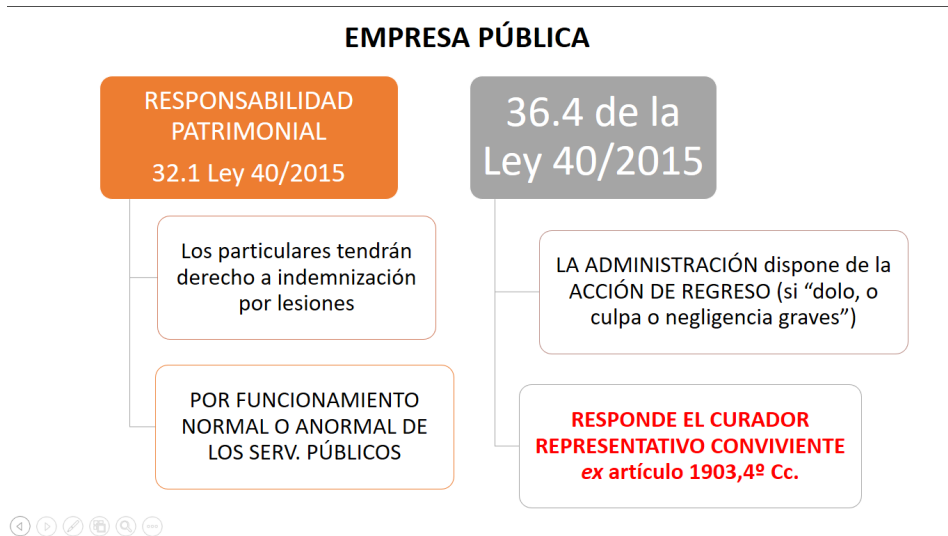
---

monial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, *AFDUAM*, 4, 2000, p. 301); seguramente, pensando en la derogación tácita contenida en la disposición derogatoria de la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. (BOE núm. 285 de 25 de noviembre); a su vez derogada en la actualidad.

<sup>16</sup> *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público* (BOE núm. 236, de 2 de octubre).

<sup>17</sup> *Cfr.*, Bello Janeiro, D., *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*, Reus, Madrid, 2009, pp. 250-268. El autor defendía tiempo atrás la «unificación de la jurisdicción» ante la responsabilidad de la Administración.

Figura 2



Nota.—Responsabilidad (por ejercicio de la «acción de regreso» de la Administración) del curador con funciones de representación plena de empleado con discapacidad con quien conviva. (Elaboración propia).

Si hubiera existido “dolo, o culpa o negligencia graves”, podrá la Administración correspondiente, una vez indemnizado a los lesionados, actuar en «vía de regreso» y exigir “de oficio en vía administrativa” la responsabilidad en que hubieran incurrido sus autoridades y demás personal a su servicio, como se muestra en la Figura 2; ponderando para su cuantificación, “entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso”<sup>18</sup>.

De nuevo, esta «acción de regreso» podría tornarse frente al curador representativo conviviente con la persona trabajadora con discapacidad, *ex* artículo 1903.4 CC; por lo que nuevamente, el amparo de un «seguro de responsabilidad civil» para el curador representativo sería más que recomendable.

<sup>18</sup> Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 2 de octubre). Artículo 36.

Conviene recordar acerca del “trabajo” en las Administraciones Públicas, siguiendo a León Acosta, que la responsabilidad patrimonial del empleado público tiene origen y se inspira en unos principios cercanos a “la responsabilidad extracontractual o aquiliana del Derecho Civil”. Así, “esta responsabilidad, de naturaleza civil, consiste en la obligación del empleado público de indemnizar los daños que haya causado en el patrimonio de la Administración en la que se integra”. Los daños pueden tener dos fuentes: “una lesión directa en los bienes o derechos de la Administración donde desempeña el empleado sus funciones. Y, por otro lado, el daño también puede traer causa de la indemnización a la que la Administración ha tenido que hacer frente por la lesión en los bienes o derechos de un administrado, por culpa del empleado público”, en ambos casos, recuerda: “esta adaptación de la responsabilidad civil a las exigencias del Derecho Administrativo es la sustanciación de la responsabilidad del empleado público a través de un procedimiento administrativo” que resuelve “la propia Administración lesionada”<sup>19</sup> (a tenor del art. 36.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, que prevé también la «acción de regreso» de la Administración frente al empleado público, en nuestro caso, sujeto con discapacidad productor del daño, que ostente la cualidad de “autoridades y demás personal a su servicio” en el tenor literal de la Ley); quien, en el caso de ser un sujeto dotado con medida de apoyo de curatela representativa, el curador conviviente ostentaría la legitimación pasiva de esta acción de repetición, como hemos señalado, a tenor del nuevo artículo 1903, párrafo cuarto, introducido por la reforma operada por la Ley 8/2021.

Por lo tanto, la persona trabajadora con discapacidad responde por sus actos como todas las personas. Sin embargo, en el caso de contar con una medida de apoyo de curatela representativa, será el curador representativo quien responda por él, cuando conviviera con el trabajador a quien presta su apoyo. Por tanto, sería recomendable la contratación de un seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de la curatela representativa, so pena de perjudicar directamente el patrimonio de quien ejerza la curatela en caso de provocar la persona con discapacidad un daño indemnizable a un tercero con ocasión del ejercicio de sus funciones laborales.

---

<sup>19</sup> León Acosta, M., “La responsabilidad del empleado público en España”, *Rev. CES Derecho*, 10 (2), julio-diciembre, 2019, p. 629.

## CONCLUSIONES

I. El trabajador con discapacidad responde por sus actos como todos (299 CC).

II. Sin embargo, en el caso de contar con una medida de apoyo de curatela representativa, será el curador quien responda por él, si conviviera con el trabajador:

- a) Empresa privada: tanto por «hecho ajeno» del curador (*ex* art. 1903 CC, párr. 4º) o «derecho de repetición» del empresario (art. 1904 CC), como por hecho propio del trabajador con discapacidad (art. 1902 CC).
- b) Empresa pública: por la «acción de regreso», si dolo, culpa, negligencia grave del empleado, (art. 36.4 de la Ley 40/2015).

III. Es recomendable un «seguro de responsabilidad civil» para el ejercicio de la curatela representativa, so pena de perjudicar directamente el patrimonio del curador, bien directamente, o bien en «vía de regreso» o por el «derecho de repetición», abriendo la vía de la «acción directa», del art. 76 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro (LCS)<sup>20</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bello Janeiro, D., *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*, Reus, Madrid, 2009.
- De Fuentes García-Romero de Tejada, C., y Valmorisco Pizarro, S., “La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con las personas con discapacidad”, *Rev esp de discapacidad*, [online] 9 (2), pp. 7–22. <https://doi.org/10.5569/2340-5104.09.02.01.v>
- Fernández González, M. B., *Sistema de apoyos para personas con discapacidad: medidas jurídico-civiles y sociales*, Dykinson, Madrid, 2021.
- Guaita Martorell, A., “El proceso de responsabilidad civil de funcionarios públicos”, *ADC*, 1953, 6 (1), pp. 94-132.
- Hernández Arranz, M., *La acción directa como instrumento de garantía*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, Zaragoza, 2005.
- Laborda Molla, C., Jariot, M. y González Fernández, H., “Calidad de vida y competencias de empleabilidad en personas trabajadoras en centros especiales de empleo”,

---

<sup>20</sup> Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. (BOE núm. 250, de 17 de octubre).



*Educacion XXI*, 24, núm. 1 (enero 2021), p. 117-139. DOI 10.5944/educxx1.26570  
<https://ddd.uab.cat/record/234302>.

León Acosta, M., “La responsabilidad del empleado público en España”, *Rev CES Derecho*, 10 (2), julio-diciembre, 2019, 605-640.

Mendoza-Alonzo, P., y Parra-Sepúlveda, D., “El principio de no presunción de la solidaridad de deudores: del Code Napoleón a los principios del soft law”, *Rev Jurídicas*, 12 (2), pp. 103-116. <https://doi.org/10.17151/jurid.2015.12.2.8>.

Pantaleón Prieto, F., *La responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid, 1985.



12.

***Curso de extensión “asistente jurídico”.  
Claves de la formación cualificada para  
facilitar el desarrollo personal y profesional  
de las personas con discapacidad  
intelectual y/o del desarrollo***

**M.<sup>a</sup> ISABEL LÓPEZ GARCÍA**

*Codirectora del Título Asistente jurídico para personas con  
discapacidad intelectual y/o del desarrollo. Fundación Esfera.  
mlopez@fundacionesfera.com*

**ESTHER RICOTE SALGUERO**

*Coordinadora del Título Asistente jurídico para personas con  
discapacidad intelectual y/o del desarrollo. Fundación Esfera.*

**MARTA ALBERT MÁRQUEZ**

*Profesora titular de Filosofía del Derecho. Codirectora del Título Asistente jurídico para  
personas con discapacidad intelectual y/o del desarrollo. Universidad Rey Juan Carlos.*

**DELIA MANZANERO FERNÁNDEZ**

*Profesora titular de Filosofía. Secretaria Académica del Título Asistente jurídico para  
personas con discapacidad intelectual y/o del desarrollo. Universidad Rey Juan Carlos.*

*Centro de trabajo: Fundación Esfera y Universidad Rey Juan Carlos  
Ciudad: Madrid*

El tema de esta investigación es el impacto de formaciones cualificadas, como la que ofrece el Título de Asistente jurídico<sup>1</sup>, en el desarrollo personal, y profesional de las personas con discapacidad intelectual y/o del desarrollo.

La metodología empleada es doble, se ha realizado una revisión bibliográfica sobre el tema de estudio, y se ha procedido de acuerdo a una metodología cualitativa, que integra una búsqueda de la oferta formativa cualificada dirigida a personas con discapacidad y de la oferta laboral disponible para este colectivo. En segundo lugar, se ha realizado un trabajo de campo, orientado por una parte a conocer mejor las expectativas y reflexiones de los despachos de abogados que reciben alumnos del título en prácticas, o los que los emplean, y, por otra parte, a conocer las expectativas y proyectos de vida de los estudiantes que están recibiendo esta formación cualificada.

### **Contenido**

Desempeñar un trabajo cualificado, supone un cambio significativo en las vidas de las personas con DID, ya que supone la conquista de espacios de plena ciudadanía y contribuye al Paradigma de ciudadanía compartida.

Los espacios de plena ciudadanía, son los espacios comunitarios sobre los que se construye el tejido social que compartimos, espacios como entornos formativos, que no dan respuesta a las necesidades del perfil que presenta la persona con discapacidad intelectual límite (CIL), por lo que es necesario ampliar la oferta formativa hacia formaciones más cualificadas que permitan el desempeño de roles valorados en la sociedad.

### **Aportación personal o conclusiones**

La existencia de una oferta formativa cualificada dirigida a las personas con DID, permite el acceso de este colectivo a trabajos hasta ahora limitados para ellos que posibilitan su desarrollo profesional y personal.

La replicabilidad de este Título en otros ámbitos formativos requiere del diseño de los textos ad hoc pasando después al proceso de adaptación y validación, garantizando así, el acceso a la información.

## **1. INTRODUCCIÓN**

### ***1.A. HIPÓTESIS O PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN***

Valorar si formaciones cualificadas como el Título de Asistente Jurídico dirigido a personas con discapacidad intelectual y/o del desarrollo fomenta el desarrollo personal y profesional y supone una mejora en la calidad de vida de este colectivo.

---

<sup>1</sup> El Título universitario de “Asistente Jurídico para personas con discapacidad intelectual” se oferta de manera pionera desde el año académico 2020-2021 en la Universidad Rey Juan Carlos como un Curso de Extensión Universitaria, con colaboración de la Fundación Esfera.

## **1.B. OBJETIVOS**

**OBJETIVO GENERAL:** Analizar el impacto de la formación jurídica, y su eficacia en el desarrollo profesional y personal de las personas con discapacidad intelectual y/o del desarrollo.

Objetivos específicos:

- Analizar la situación formativa cualificada y la situación sociolaboral de las personas con discapacidad intelectual y/o del desarrollo en España.
- Valorar la adquisición de una formación cualificada como herramienta de mejora en el acceso al mercado laboral.
- Establecer cómo repercute en la persona con DID el acceso a un mercado laboral como el jurídico, vetado hasta ahora a este colectivo.

## **1.C. METODOLOGÍA**

La comunicación ha sido realizada siguiendo una metodología de investigación cualitativa que se ha desarrollado mediante una revisión bibliográfica sobre la situación formativa y sociolaboral de las personas con DID en España, para lo que hemos utilizado dos ecuaciones de búsqueda, la primera con las palabras clave: formación cualificada y discapacidad intelectual; y la segunda ecuación de búsqueda con las palabras clave: empleo y discapacidad intelectual.

El idioma empleado en la búsqueda ha sido el castellano, y la horquilla temporal abarca desde el 2005 hasta el 2022.

Igualmente hemos realizado una búsqueda en diferentes páginas web, los criterios empleados han sido la búsqueda de formación cualificada para personas con DID en entorno universitario y ante la falta de ofertas en este entorno, hemos ampliado la búsqueda a entornos no universitarios, realizando un registro de la oferta formativa dirigida a este colectivo.

El registro de las webs que hemos seleccionado son las siguientes ponderando la formación cualificada en entornos universitarios, pasando después a otros entornos educativos:

- El centro Cisneros, adscrito a la universidad Complutense junto a la fundación Alapar imparte el proyecto Campus, dirigido fundamentalmente a la inserción laboral a través de una formación generalista,

enfocada al ámbito de la hostelería, con formación en economía y comercio.

<https://www.alapar.org/servicios-para-personas-con-di/formacion/campvs/que-es-campvs/>

- La Universidad Autónoma, en colaboración con la Fundación Prodis desarrolla el programa Promentor, que persigue la inserción laboral de jóvenes con discapacidad intelectual entre 18 y 30 años.

<https://www.fundacionprodis.org/programas-servicios/promentor/>)

Es también una formación de carácter generalista, y por ello la capacitación profesional de sus alumnos es muy diversa, ejerciendo funciones de auxiliar administrativo, auxiliar de óptica, auxiliar de clínica dental, auxiliar de centros comerciales, auxiliar de colegios, auxiliar de tiendas de coches, auxiliar de cámara de seguridad y auxiliar de aula de educación medioambiental.

- La Universidad Pontificia de Comillas junto a la Fundación Repsol-Down Madrid, oferta el programa Demos, que da acceso a distintos títulos propios (<https://web.upcomillas.es/centros/fd/demos.aspx>): Educademos: “Técnico auxiliar en entornos educativos” y Tecnodemos: “Técnico auxiliar en entornos tecnológicos”

Los cursos de formación jurídica para personas con discapacidad intelectual que hay ahora mismo disponibles en España son:

- Curso de extensión universitaria “Asistente jurídico”, Universidad Rey Juan Carlos. Es un título que se imparte en la Universidad Rey Juan Carlos Fundación Esfera y Deloitte legal. Abarca dos cursos académicos y tiene 120 créditos en total. Cuenta con 120 horas de prácticas externas en despachos de abogados, centros ocupacionales y en la clínica jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Curso de extensión universitaria de Asistente Jurídico para personas con discapacidad intelectual–Universidad Rey Juan Carlos ([urjc.es](http://urjc.es))

- Formación itinerante en Derechos para personas con discapacidad intelectual o del desarrollo. La duración del curso es de 8 horas en total. El objetivo del curso es formar en derecho a las personas con discapacidad.

CONVOCATORIA-CURSOS-DE-FORMACIÓN-EN-DERECHOS\_.pdf ([plenainclusionmadrid.org](http://plenainclusionmadrid.org))

También hemos realizado una revisión de la oferta laboral dirigida a personas con DID, para lo que hemos consultado diferentes webs como portales de ofertas de empleo dirigidos a la población ordinaria, así como portales de ofertas de empleo dirigidos al colectivo.

Las webs de los portales más visitados son los siguientes:

- InfoJobs–Bolsa de trabajo, ofertas de empleo
- <https://es.indeed.com/Ofertas-de-Discapacidad-intelectual-en-Madrid-provincia>
- **REDempleo\***, red dirigida al promover la inserción laboral de las personas con DID en la empresa ordinaria, aplicando la metodología de empleo con Apoyo.

Liderando el empleo con apoyo. Contrata discapacidad. (plenainclusionmadrid.org)

En segundo lugar, para valorar si la formación cualificada dirigida a personas con DID supone una mejora en el acceso al mercado laboral, se han diseñado unas encuestas en las que se valora por parte de los despachos de abogados la capacidad técnica y adaptativa de los alumnos dentro del período de prácticas curriculares. También hemos recogido diferentes testimonios de despachos de abogados donde actualmente se encuentran trabajando dos de los alumnos del Título.

Los despachos que colaboran en el Título son despachos que pertenecen al grupo de trabajo de Di Capacidad, de la Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa (FIDE). Despachos comprometidos con la inclusión y la justicia social.

En tercer lugar, para conocer la capacidad de autodeterminación y la autopercepción como ciudadanos participantes y contribuyentes de la sociedad, se ha administrado a los estudiantes que están finalizando sus estudios de Asistente jurídico las escalas AUTODDIS, dirigida a identificar las conductas autodeterminadas, así como una recopilación de testimonios y proyecciones vitales de los alumnos.

## ***RESULTADOS ESPERADOS***

Este trabajo pretende afianzar la figura del paralegal como una salida profesional alejada de los estereotipos históricamente vinculados a las personas con DID, así como potenciar la formación cualificada de este colectivo en otros entornos laborales, haciéndolo posible mediante

la implementación y diseño de apoyos personalizados y cumpliendo con los criterios de accesibilidad cognitiva.

## 2. ESTADO DE LA CUESTIÓN

En España el 1% de la población tiene algún tipo de discapacidad intelectual y/o del desarrollo (DID), lo que se traduce en que 256.426 personas tienen una discapacidad intelectual o del desarrollo reconocida según los datos recogidos por el Observatorio sobre discapacidad y Mercado de trabajo en España y la Fundación Once la tasa de desempleo de las personas con DID es del 80 %.

El empleo de los jóvenes con DID se caracteriza por ser de baja calidad, marcado por la temporalidad y la precariedad laboral, esta brecha laboral está relacionada con la limitación de oportunidades en el acceso a formaciones cualificadas dirigidas a las personas con DID que condenan al empobrecimiento de este colectivo y perpetúan su ostracismo en la sociedad (Flores, J, 2010)

El perfil mayoritario al que va dirigida la formación cualificada, es la persona con discapacidad intelectual límite (CIL) "la gran olvidada". Este perfil proviene del fracaso del sistema educativo ordinario y está condenado a un limbo caracterizado por la falta de oportunidades dirigidas a las capacidades y ajustadas a las necesidades de apoyo de este sector de la población (Suriá, et. alt., 2016: 2570).

Las personas con CIL, población diana del Título, presentan un nivel de funcionamiento medio, son personas jóvenes con objetivos vitales ligados a la consecución de ser agentes causales de su propia vida, en otras palabras, a tener una vida plena, inclusiva y autónoma para que sean ciudadanos con igualdad de derechos y no excluidos del lugar que les corresponde en esta sociedad.

La Asociación Americana de discapacidades intelectuales y del desarrollo (AAIDD, Schalock et al; 2010), considera que la capacidad intelectual límite (CIL) es una discapacidad. Bajo esta misma idea, diversos autores indican que la CIL se caracteriza por "una predisposición a tener dificultades en los aprendizajes y en la interacción social, determinada por una causa subyacente que se expresa en una capacidad de inteligencia ligeramente inferior a la media de la población" (Artigas et. alt., 2007).

Este mismo autor afirma que se suele utilizar como un diagnóstico con connotaciones similares a las de DI, pero destacando que las personas con



CIL van a tener unas dificultades escolares, cognitivas, sociales, laborales y de salud mental similares, pero de menor grado.

Con este análisis de la realidad, y bajo la premisa de que el empleo, más que un fin en sí mismo, es un medio para contribuir al desarrollo personal, la inclusión social y la participación ciudadana, surge la inquietud de ofrecer una oferta formativa que apoye al desarrollo de la capacidad de autodeterminación y la exploración vocacional, para que cada persona con DID tenga la oportunidad de decidir qué quiere estudiar, y qué perfil profesional quiere desempeñar. Esto hace que hoy en día, hablar de discapacidad no implique “centrarse en la limitación individual o deficiencia, sino en el desajuste del entorno social hacia la persona y sus necesidades” (Espín, 2019: 42).

Ahora bien, no sólo contemplamos este desarrollo formativo madurativo inicial, que es muy necesario, sino que vamos más allá lanzando la hipótesis de que una oferta formativa innovadora en la que la formación es una formación específica, y cualificada en un entorno hasta ahora impensable para las personas con DID como es el jurídico, fomenta el desarrollo personal y profesional, y supone una mejora en la calidad de vida de este colectivo.

El desarrollo de formaciones cualificadas se encuentra enmarcado bajo el Paradigma de la Ciudadanía Compartida, paradigma que prevé, apoya, y requiere el compromiso y la plena participación de las personas con DID como miembros iguales, respetados, valorados, participantes y contribuyentes en todos los aspectos de la sociedad, (Schalock, 2022), lo que nos lleva a una visión de las personas con discapacidad renovada, como ciudadanas activas, capaces de cumplir con su derecho a participar en la sociedad, en todas sus áreas de ocupación y, con especial atención, en el área de participación social, ocio y tiempo libre, así como en la realización de actividades no dirigidas (elegidas por la propia persona) en las que cristalizar todo lo aprendido.

### 3. DISCUSIÓN

#### *3.1. La formación y el empleo cualificado como puente hacia el paradigma de la ciudadanía compartida*

Desempeñar un trabajo cualificado, supone un cambio significativo en las vidas de las personas con DID, ya que supone la conquista de espacios de plena ciudadanía y contribuye al Paradigma de ciudadanía compartida, paradigma que prevé, apoya, y requiere el compromiso y la plena participación de las personas con DID como miembros iguales, respetados, valorados, participantes y contribuyentes en todos los aspectos de la sociedad, (Schalock, 2022).

Los espacios de plena ciudadanía, son los espacios comunitarios sobre los que se construye el tejido social que compartimos, espacios como entornos formativos, preconcebidos para la oferta de formaciones generalistas necesarias en función de la necesidad de apoyo que presente cada persona, destinadas al desarrollo madurativo y la exploración vocacional de las personas con DID.

No obstante, como respuesta a las necesidades del perfil que presenta la persona con discapacidad intelectual límite (CIL), es necesario ampliar la oferta formativa hacia formaciones más cualificadas que permitan el desempeño de roles significativos en la sociedad. Deben ser tenidas en cuenta para elaborar sus propias mediaciones, como portadoras y generadoras también de valor cultural y simbólico, con agencia individual y colectiva para plantear un horizonte de cambio y de emancipación social (Mera y Espin, 2019: 36).

Los jóvenes entre 16 y 35 años, con discapacidad intelectual y/o del desarrollo proceden del ámbito educativo ordinario, un espacio donde según Mastropieri y Scruggs (2005) podemos identificar las siguientes problemáticas:

- Dificultad para identificar de manera precoz los síntomas de este trastorno, ya que la apariencia física, los hitos del desarrollo y la salud física son aparentemente normativos.
- Descenso del rendimiento escolar en etapas educativas avanzadas, asociados o no con problemas de conducta, deficiencia en lecto-escritura y cálculo, baja autoestima y dificultades para establecer vínculos afectivos.

- Presencia de quejas somáticas inespecíficas e incluso intentos de suicidio.
- Situaciones conflictivas entre la familia y la escuela provocada por la repetición de cursos o problemas en el aprendizaje, así como falta de apoyos y recursos apropiados.
- No finalizan la escolaridad obligatoria y sufren de peregrinajes por distintas instituciones, muchos de ellos son derivados a centros de atención de personas con discapacidades del desarrollo con compañeros con mayores limitaciones y en estos centros tampoco encuentran su sitio.
- En otros casos, no acuden a este tipo de instituciones y terminan engrosando las estadísticas de personas en riesgo de exclusión social (Krihnakumar, Geeta & Palat, 2006).
- Las personas con CIL presentan mayor dificultad para acceder al mundo laboral y, si lo hacen, consiguen empleos de escasa cualificación. Por contra estas personas pueden tener un empleo remunerado en la comunidad con formación adecuada, apoyos en el trabajo y preparación para el desarrollo de la conducta autodeterminada.

Para minimizar las demandas del entorno frente al perfil de la persona, es necesario sensibilizar e involucrar al entorno laboral en el diseño de apoyos y la implementación de metodologías como la Lectura fácil, pues se ha demostrado que el aprendizaje en personas con DID se produce con mayor facilidad “si se apoya en signos, gestos, señales, imágenes, dibujos, gráficos, pictogramas o cualquier otro tipo de clave visual” (Araque, 2017: 89).

### ***3.2. Inclusión de personas con DID como paralegales en los entornos jurídicos.***

La formación cualificada como motor de la activación laboral y tomando como muestra el Título de Asistente jurídico, permite que las personas con DID que han recibido formación en derecho accedan a puestos de trabajo cualificados en el mercado laboral y desarrollen funciones paralegales en despachos de abogados y otros entornos jurídicos, como consultorías.

El Diccionario de Oxford define al paralegal como una persona formada para desarrollar tareas legales, pero no cualificada para ejercer como abogado o procurador.

Aunque se trata de una figura bien asentada en los países del *Common Law*, en nuestro país era prácticamente desconocida hasta hace pocos

años. Dos acontecimientos marcan la incorporación de esta figura en el panorama laboral del mundo jurídico. En primer lugar, el progresivo establecimiento de las grandes firmas anglosajonas en nuestro país, para las que el paralegal es un activo imprescindible. En segundo lugar, la entrada en vigor de la ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales, que progresivamente ha generado un *pool* de egresados en Derecho que, sin embargo, no poseen la cualificación necesaria para ejercer la abogacía (máster de acceso y superación del examen de Estado) (Roman, 2022).

A pesar de ello, la figura permanece sin regulación en nuestro ordenamiento jurídico. Se ha discutido en distintos foros sobre cómo debería regularse, cuáles son las funciones del paralegal, o qué formación sería necesaria para desarrollarlas adecuadamente. Ya en la V edición del “Forum 2010” de Iberian Lawyer se ponía en foco en esto último, argumentándose que no se trataba de una función exclusiva para graduados en Derecho (Gámez, R. Cuñado, F. (2010).

Estos “grandes desconocidos del sector legal en España” (Zarzalejos, 2018) realizan funciones a medio camino entre las estrictamente legales y las administrativas. Como ha explicado Marta del Coro Ibarra, una parte de los servicios que prestan los paralegales son los de consumo masivo o *commodities*. Son servicios que requieren de una menor cualificación técnico-jurídica, menor grado de especialización y, por tanto, menor valor añadido, pero no por todo lo anterior, menos necesarios o valorados (Mutualidad de la Abogacía, 2019).

A pesar de ello, según el informe de 2022 realizado por Signium y IE Law school, la figura del Paralegal mantiene la tendencia de caída [salarial] de años anteriores. Los autores interpretan que esta figura, “a pesar de desempeñar un rol muy valorado por los despachos, sigue sin contar con reconocimiento externo e institucional” (Signium & IE Law School, 2022). Entendemos que ese menor reconocimiento se debe, en parte, a la falta de definición y regulación de la propia figura.

En este escenario donde progresivamente se va perfilando la figura del paralegal en España, el curso de Asistente jurídico de la URJC/Fundación Esfera parte de una premisa innovadora que hasta ahora no se había planteado y que constituye uno de sus objetivos principales a largo plazo: y es que las personas con DID puedan desempeñar, con la formación adecuada, las funciones propias de un paralegal.

No obstante, para la implementación de nuevas figuras se necesita la cooperación de diferentes agentes. La experiencia en el Título que que-

remos compartir en esta comunicación es la predisposición de numerosas empresas del ámbito jurídico implicadas de manera directa, tanto en la formación como en el diseño de las funciones de la figura del paralegal (Asistente jurídico). Una de las demandas más recurrentes de estas empresas es la escasa formación cualificada que presenta el colectivo frente a la posibilidad de contratación. Por tanto, se puede llegar a la conclusión de que los jóvenes con DID no pueden acceder a trabajos cualificados por su escasa formación.

Es interesante enunciar algunas de las funciones para la figura de paralegal diseñadas por los despachos que colaboran en el desarrollo del Título, despachos como Deloitte Legal, Uría Menéndez, Fundación Fernando Pombo y Gómez Acebo&Pombo, Ashurst, Cuatrecasas, Baker&Mackenzie, Auren, Ejaso, Linklaters, Ramón y Cajal, Clifford Chance.

**Departamento administrativo:**

- Soporte administrativo; Plataformas informáticas y Procedimientos

**Departamento de Gestión del conocimiento:**

- Uso de documentación y Asesoramiento en los procedimientos

**Departamento Due Diligence**

- Gestión de documentos

**Gestión de plataformas y procedimientos Departamento GES (Global Employee Services)**

- Facturación; Gestión de archivo externo y Gestión Agencia Tributaria

**Departamento IMLSS. Servicios migratorios**

- Plataformas; Gestión de citas; Facturación y Control de caja

**Departamento Fiscal indirectos-IVA**

- Procedimientos; Proyectos recuperación de IVA de impagados; Montar y actualizar carpetas de modelos

**Departamento Procesal-Civil**

- Gestión de procedimientos

**Departamento Mercantil**

- Gestión de plataformas; Procedimientos; Soporte en secretarías; Clientes recurrentes: Secretarías y societario; Proyectos de coordinación internacional

- Presentaciones y seguimiento del Plan Comercial; Soporte al comité técnico y de gestión del conocimiento y Soporte preparación de propuestas

#### **Departamento laboral**

- Juicios; Jurisprudencia y Preparación de documentación como contratos o convenios laborales

#### **Departamento Cultura de despachos**

- Funcionamiento de un despacho

#### **Departamento de marketing y Departamento de recursos humanos**

### ***3.3. Experiencias en el entorno jurídico***

La recogida de experiencias de los despachos donde personas con DID desempeñan su trabajo refleja el cambio de percepción de ambas partes, donde las aspiraciones, expectativas y creencias de ambos han ido evolucionando hacia el aprendizaje mutuo.

Contamos con los testimonios de los despachos Deloitte Legal, Ashurst y Fundación Fernando Pombo y del alumno del Título Miguel E, Santiuste donde queda patente el cambio de percepción. Véase también en la producción de videos y micro documentales donde los destinatarios de esta acción son los protagonistas, y nos explican cuáles sus derechos (Albert y Manzanero, 2022).

### ***3.4. La accesibilidad cognitiva como herramienta fundamental para el desarrollo de itinerarios formativos cualificados***

La accesibilidad cognitiva es la característica de los entornos, procesos, actividades, bienes, productos, servicios, objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos que permiten la fácil comprensión y la comunicación siendo la Lectura Fácil un método para hacer textos adaptados a las necesidades de las personas que tienen dificultades para entender los textos ya que son un apoyo y garantizan el acceso a la información para todas las personas con dificultades de comprensión lectora que necesitan que el lenguaje que se utiliza no sea confuso, y que el texto este bien estructurado. También incluye imágenes, dibujos o pictogramas, que facilitan la asociación de ideas y la comprensión de los contenidos, “lo que nos lleva a sugerir que artefactos como los dibujos, u otros sistemas de representación

externa, pueden llegar a tener una función epistémica al convertirse en un medio de pensamiento, aprendizaje e incluso cambio cognitivo” (Esteban et. alt., 2017: 3).

Según estimaciones de la UNESCO, cerca del 30% de la población de países desarrollados presenta dificultades lectoras. Es decir, 3 de cada 10 personas tienen dificultades para comprender lo que leen. Como consecuencia, estas personas pueden ver dificultada su inclusión en los ámbitos educativo, laboral o cultural, inundados de información escrita que es imprescindible entender para el logro de una participación social plena.

La lectura fácil es un modelo accesible a cualquier persona que tenga una capacidad mínima de lectura. Es una forma de respetar la diversidad humana y de favorecer la igualdad y la inclusión social (Martínez y Carrión, 2019: 82).

Las fases de adaptación y validación son las siguientes:

1. Adaptación de texto original según pautas de lectura fácil establecidas en Norma UNE 153101 EX. Con la elaboración de la Norma UNE 153101 EX se pretende que los documentos que se elaboren siguiendo estas pautas y recomendaciones tengan la mayor calidad posible, permitiendo que las personas con dificultades de comprensión lectora se conviertan en participantes activos de una sociedad más inclusiva e integradora.
2. Validación de la adaptación a cargo de cuatro personas expertas con dificultades de comprensión lectora, en nuestro caso personas con DID.
3. Comprobación del texto final por parte de un grupo heterogéneo con dificultades cognitivas: dos personas con DID, una persona extranjera o con desconocimiento del idioma y una persona mayor.

Para poder ofertar una formación cualificada es necesario elaborar un temario que permita que las personas con DID puedan acceder a una formación jurídica y puedan desarrollar la figura de paralegal en despachos de abogados y otros entornos jurídicos, con este propósito los textos se han diseñado *ad hoc* pasando después al proceso de adaptación y validación.

Fruto de dichos estos trabajos de lectura fácil, se confeccionaron y publicaron dos Guías: la “Guía de derechos de participación política y social” y la “Guía derechos en el Ámbito Sanitario” (Albert, M., et. alt. 2019) en formato de lectura fácil, sobre los derechos de las personas con DI, donde el arte y la educación artística jugaron un papel esencial para la transformación y acción social en este contexto, porque los participantes pudieron

apreciar y producir arte visual, mediante un programa bien estructurado y apropiado a las necesidades de cada alumno, donde se representaban los derechos fundamentales en lectura fácil con el acompañamiento de imágenes y dibujos para generar espacios de reflexión alrededor del tema de la imagen, con el fin de desarrollar la creatividad y fomentar la capacidad del visual de las personas con DI., contribuyendo así al fortalecimiento de su alfabetidad visual y su conocimiento jurídico (Manzanero, 2022: 180).

#### **4. VALORACIÓN Y PERSPECTIVAS DE FUTURO**

Se ha realizado un modelo de evaluación multifocal que arroja resultados positivos superando las expectativas iniciales en relación al desarrollo personal y académico de los estudiantes, profesorado, así como otros agentes que participan en desarrollo del Título.

Para conocer la satisfacción de los estudiantes en relación al Título se han realizado unas preguntas abiertas sobre las competencias personales, los conocimientos y las habilidades adquiridas, así como de las metodologías docentes empleadas en el aula y la metodología de empleo con apoyo empleada en los periodos prácticos. También, se han realizado unas preguntas de carácter semiestructurado para conocer el impacto del Título en los proyectos de vida de cada alumno y qué metas o perspectivas de futuro se plantean tras la finalización del Título.

En términos generales, el grado de satisfacción de los estudiantes en relación al Título es elevado así como el impacto que ha supuesto en su desarrollo personal, esto se traduce en una mayor autonomía, capacidad que conduce a una mayor comportamiento autodeterminado, entendiendo autodeterminación como la capacidad para tomar decisiones, desarrollar valores personales y nuevas metas, en definitiva una mayor capacidad de autodirección de su propia vida.

En relación a la empleabilidad de los alumnos, el grado de satisfacción sobrepasa cualquier expectativa, ya que la inclusión laboral de los alumnos es de un 90% en entornos jurídicos. Esta realidad, influye de manera significativa en el bienestar material y emocional de los alumnos, debido al acceso a un empleo cualificado que le otorga un estatus económico y seguridad, y que le dota de una satisfacción general con su vida, que mejora su autoconcepto y, por ende, su felicidad y bienestar personal. El objetivo final es pues vencer esta situación de impotencia derivado de las barreras ambientales, para que puedan adquirir el control sobre sus propias vidas, algo que afecta a otras facetas importantísimas dentro del proceso educati-



vo como la formación en valores y la autoestima de los estudiantes, que ven reforzado su papel en la sociedad y fortalecida la seguridad en sí mismos gracias a formar parte activa de los programas educativos de los que son destinatarios (Cárdenas et. alt., 2017).

Con la finalidad de conocer la valoración y el grado de satisfacción de las empresas que participan en el Título se ha realizado una entrevista semiestructurada y una recogida de testimonios. Algunos de los testimonios más repetidos es la valoración positiva que hacen sobre los nuevos perfiles profesionales de las personas con discapacidad intelectual y/o del desarrollo, como paralegal, desarrollando tareas y funciones cualificadas y aportando diversidad y valor al equipo de trabajo.

Las perspectivas de futuro son muy esperanzadoras ya que los propios despachos empiezan a ser conscientes del valor que supone tener entre su personal a una persona con DID. La prueba de esto es el crecimiento exponencial de la participación en la formación de los despachos, pasando de uno a once despachos.

## 5. CONCLUSIONES

Como corolario a esta presentación, podemos resumir los siguientes aspectos a modo de resumen :

1. La formación y el empleo cualificado como motor de cambio e impacto social.
2. La oferta de nuevas oportunidades formativas alejadas de los roles históricamente asociados a la condición de discapacidad intelectual y/o del desarrollo contribuye al desarrollo de nuevas figuras profesionales y la inclusión laboral del colectivo.
3. La razón por la cual los jóvenes con DID no pueden acceder al mercado laboral cualificado, es por la falta de una necesaria formación específica en tales profesiones y no por su condición de discapacidad.
4. Al realizar la búsqueda de empleo y discapacidad intelectual, los resultados que arrojan son los siguientes: aparecen fundamentalmente trabajos dirigidos al cuidado de las personas con DID y los pocos trabajos ofertados para el colectivo son trabajos de baja cualificación tales como limpieza.
5. El curso de asistente jurídico para personas con discapacidad intelectual constituye una oferta formativa única en nuestro país, que trata

de contribuir a la eliminación de las barreras cognitivas que impiden el conocimiento del derecho por parte de las personas con discapacidad intelectual.

6. La elaboración de los materiales formativos, su adaptación y validación son determinantes para poder ofrecer una formación cualificada garantizando el derecho a la accesibilidad de todas las personas.
7. La formación inclusiva es la base de una inserción socio-laboral justa (Fajardo, 2019).

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albert, M.; Manzanero, D.; López, M.; Trigo, C.; Ricote, E.; López, M.; López, C., (2019). “Guía de derechos de participación política y social” y “Guía derechos en el Ámbito Sanitario”, Libros editados en el marco del proyecto de transferencia “Discapacidad intelectual: una cuestión de derecho”. Adaptación a lectura fácil por la Fundación Esfera. Logo europeo de lectura fácil (Inclusion Europe), Edita: Universidad Rey Juan Carlos, 2019, 70 págs. y 72 págs. respectivamente. Ambos libros se encuentran disponibles como recurso online en la biblioteca de la URJC: <https://burjcdigital.urjc.es/handle/10115/16573>; <https://eciencia.urjc.es/handle/10115/16572>
- Albert, M., y Manzanero, D. Video-Documental Resumen del Proyecto ApS “Discapacidad, una cuestión de derecho” (2022): <https://www.youtube.com/watch?v=FrPfoJedElw> [Fecha de consulta: 19-02-2023].
- Araque, J. M. (2017). “Alfabetización visual: diseño de una intervención para la educación en valores en población con discapacidad intelectual”, *12 Miradas: perspectivas actuales en educación, arte y sociedad*, S. Carrascal, I. Ceballos (coords.). Madrid: Editorial Universitas.
- Artigas-Pallares, J., Rigau-Ratera, E. y García-Nonell, C. (2007). Relación entre capacidad de inteligencia límite y trastornos del neurodesarrollo. *Revista Neurología* 44(12), 739-744.
- Cárdenas, R.; Barriga, A. P.; Lizama, J. I. (2017). “La expresión artística como estrategia didáctica para el desarrollo de la afectividad y la autoestima en una persona con Discapacidad Intelectual y Síndrome Alcohólico Fetal (SAF)”, *Arte, individuo y sociedad*, Vol. 29, págs. 205-222.
- Del Coto Ibarra, M. (2019). Entrevista en Mutualidad de la Abogacía, La figura del “paralegal” en España.
- Espín, A., y Mera, M. (2019). “La Inclusión desde un enfoque de Derechos Humanos en estudiantes con Necesidades Educativas Especiales Asociadas o no a una Discapacidad”, *Revista Publicando*, 6 (21), págs. 34-47.
- Esteban, M.; Pallisera, M.; Fullana, J.; Gifre, M. (2017). “Más allá de la palabra escrita. La utilización de recursos visuales como estrategia metodológica en ciencias sociales y de la educación”, *Revista Electrónica de Metodología Aplicada*, Vol. 22, N.º. 1, págs. 1-22.

- Fajardo, C.M. (2019). “Educación inclusiva, formación dual universitaria y cláusulas sociales”, en: Juana Morcillo (Dir.), *Discapacidad Intelectual y Capacidad de Obrar. De la sustitución de la voluntad al apoyo en la toma de decisiones*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Flores, J. (2010): “El empleo digno y de calidad como dimensión de la inclusión social de las personas con discapacidad intelectual” en Pérez, Luis Cayo (Dir.) *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión social*. Madrid, Ediciones Cinca, pp. 291-301.
- Gámez, R. Cuñado, F. (2010). La figura del paralegal en los despachos españoles. Disponible en La figura del paralegal en los despachos españoles (traduccionjuridica.es).
- Krishnakumar, P., Geeta, M. G. y Palat, R. (2006). Efectividad del programa de educación individualizado para estudiantes lentos. *Revista india de pediatría*, 73(2), 135–137. <https://doi.org/10.1007/BF02820203>
- Manzanero, D. (2022), “La importancia de la alfabetidad visual en la enseñanza del derecho a personas con discapacidad intelectual: una intervención pedagógica”, *Revista Kepes. Grupo de estudios en Diseño Visual*, n° 25, año 19, pp. 165-190. DOI: 10.17151/kepes.2022.19.25.7
- Martínez, S.; Carrión, E. (2019). “Participatory video and visual literacy: Challenges and opportunities for social and educational change”, *Obra digital: revista de comunicación*, N° 17, págs. 77-91.
- Mastropieri, M. A. y Scruggs, T. E. (2005). Viabilidad y consecuencias de la respuesta a la intervención: examen de los problemas y la evidencia científica como modelo para la identificación de individuos con discapacidades de aprendizaje. *Revista de discapacidades de aprendizaje*, 38(6), 525–531.
- Mera, M.; Espin, A. (2019). “La Inclusión desde un enfoque de Derechos Humanos en estudiantes con Necesidades Educativas Especiales Asociadas o no a una Discapacidad”, *Revista Publicando*, págs. 34-47.
- Román, M. (2022, 26 abril). Paralegal: una nueva profesión con mucho futuro en España. Cinco Noticias. Disponible en: <https://www.cinconoticias.com/paralegal-nueva-profesion-con-mucho-futuro/>
- Schalock, R. L., Borthwick-Duffy, S. A., Bradley, V. J., Buntix, W. H. E., Coulter, D. I., Craig, E. M. et Yeager, M. H. (2010). Intellectual disability, definition, classification and systems of supports (11th ed.). Traducción al castellano, Verdugo, M. A. (2011). *Discapacidad intelectual. Definición, clasificación y sistemas de apoyo (11° ed.)*. Madrid: Alianza Editorial).
- Schalock, R.L. Siglo Cero, S. de R. (2022). Conferencias. Siglo Cero Revista Española Sobre Discapacidad Intelectual, (1), 9–22.
- Signium, IE Law School (2022). Análisis comparativo de las retribuciones en los despachos de abogados de España, 2021. 17ª edición.
- Suriá, R., Rosser, A. (2016) Villegas, E., “Universidad y discapacidad: expectativas laborales y autoimagen entre los universitarios”, *Psicología y educación: presente y futuro*, págs. 2564-2571.
- Zarzalejos, A. (2018). Qué son los 'paralegals' y por qué hay tan pocos en los despachos españoles, Cotizalia.



13.

# *El derecho a los ajustes razonables para las personas con discapacidad: últimas novedades jurisprudenciales*

**MANEL ATSERIAS LUQUE**

*Abogado con discapacidad psicosocial y asesor jurídico externo de la Federación  
Catalana de Entidades de Salud Mental en Primera Persona (“Federación VEUS”)*

*Barcelona, Cataluña, España  
manel.atserias.luque@gmail.com*

**Extracto:**

La presente comunicación analiza la última y más reciente jurisprudencia en el ámbito de los ajustes razonables para las personas con discapacidad. En concreto, se refiere a los últimos pronunciamientos judiciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Caso HR Rail) y del Tribunal Constitucional español (STC 51/2021, de 15 de marzo).

Mientras el Tribunal de Luxemburgo responde a una petición de cuestión prejudicial, relativa a si el cambio de puesto de trabajo dentro de una empresa puede considerarse un medida de ajuste razonable para las personas con discapacidad en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE, el máximo intérprete de la Constitución Española tendrá que dilucidar si la imposición de una sanción disciplinaria a un letrado de la Administración de Justicia con síndrome de Asperger por incumplimiento de sus obligaciones constituye o no una vulneración del derecho a no ser discriminado por motivo de discapacidad (art. 14 CE).

Con el fin de ofrecer la mayor claridad expositiva posible, cada apartado corresponde a uno de los dos casos.

## **1. CASO HR RAIL: ¿EL CAMBIO DE PUESTO DE TRABAJO DENTRO DE UNA EMPRESA PUEDE CONSIDERARSE UNA MEDIDA DE AJUSTE RAZONABLE PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD?**

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 10 de febrero de 2022, HR Rail, Asunto C-485/20, ECLI:EU:C:2022:85 (“Caso HR Rail”) ha supuesto un avance muy significativo para la protección de

los derechos de las personas con discapacidad en toda la Unión Europea. En concreto, este pronunciamiento ha incidido en el ámbito de los ajustes razonables regulado por el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (“Directiva 2000/78/CE”).

### ***1.1. Hechos***

Un trabajador de mantenimiento especializado en vías férreas (Sr. XXXX), en período de prácticas, fue diagnosticado de una patología cardíaca. Como consecuencia de su patología, se le colocó un marcapasos. Unos meses más tarde, el Servicio Público Federal de la Seguridad Social de Bélgica le reconoció la discapacidad.

Según el Centro Regional de Medicina de la Administración belga, la aptitud médica del trabajador era incompatible con la realización de las tareas para las que había sido inicialmente contratado. A pesar de ello, el centro determinó que el trabajador podía ejercer otro tipo de funciones dentro de la empresa siempre que se dieran las siguientes circunstancias: actividad moderada; ausencia de exposición a campos electromagnéticos y de exposición a vibraciones; y prohibición de realizar trabajos en altitud.

Al principio, el trabajador fue destinado a un puesto de operario de almacén. Más tarde, fue despedido bajo el argumento de que, a diferencia de los empleados con discapacidad nombrados con carácter definitivo, los que estaban en prácticas no tenían derecho a un cambio de puesto en la empresa.

Tras la interposición de un recurso de anulación contra la decisión de despido ante el Consejo de Estado belga, este órgano jurisdiccional inter-no planteó la siguiente petición de cuestión prejudicial al TJUE:

“¿Debe interpretarse el artículo 5 de la Directiva 2000/78 en el sentido de que un empresario está obligado, respecto de una persona que, debido a su discapacidad, ya no es capaz de desempeñar las funciones esenciales del puesto de trabajo al que estaba adscrita, a destinarla a otro puesto para el que dispone de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, cuando tal medida no suponga una carga excesiva para el empresario?”

## 1.2. Análisis jurídico

### 1.2.1. Consideraciones previas

El TJUE hizo tres de consideraciones jurídicas previas a los efectos de responder a la cuestión prejudicial formulada:

En primer lugar, el TJUE consideró que el supuesto de hecho entraba dentro del *ámbito de aplicación* de la citada norma comunitaria (letras *a* y *b* del art. 3.1 Directiva 2000/78/CE). Tal como indicó el Tribunal de Luxemburgo, “[L]os términos en que está redactada esta disposición son lo suficientemente amplios como para englobar la situación de un trabajador que realiza un período de prácticas de formación tras su contratación por el empresario” (apartado 30 Caso HR Rail).

En segundo lugar, el TJUE recordó que el concepto *trabajador*, previsto tanto en el artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como en la Directiva 2000/78/CE, incluye también a “las personas que desarrollan una actividad en prácticas de carácter preparatorio o períodos de aprendizaje en una profesión, los cuales pueden ser considerados una preparación práctica relacionada con el propio ejercicio de la profesión de que se trate, dado que tales períodos se efectúan en las condiciones de una actividad retribuida real y efectiva, en favor de un empresario y bajo la dirección de éste” (STJUE de 9 de julio de 2015, Balkaya, Asunto C-229/14, apartado 50, EU:C:2015:455).

En tercer lugar, cabe destacar que los conceptos de *discapacidad* y *ajustes razonables*, en el sentido de la Directiva 2000/78/CE, deben interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (“CDPD”) ya que dicho tratado internacional, además de formar parte del ordenamiento jurídico de la UE (Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009), prevalece sobre la referida norma comunitaria de Derecho derivado<sup>1</sup>.

En este contexto, el TJUE ya manifestó que “en virtud del artículo 216 [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea], apartado 2, cuando la Unión celebra acuerdos internacionales, las instituciones de la Unión están vinculadas por tales acuerdos y, en consecuencia, éstos disfrutan de

---

<sup>1</sup> A mayor abundamiento, cabe poner de relieve que la Directiva 2000/78/CE consta entre los actos de la Unión relacionados con cuestiones regidas por la CDPD (Anexo II de la Decisión 2010/48/CE).

primacía sobre los actos de la Unión” (por todas, STJUE de 21 de diciembre de 2011, Air Transport Association of America and Others / Secretary of State for Energy and Climate Change, Asunto C-366/10, apartado 50, ECLI:EU:C:2011:864)

### **1.2.2. Ajustes razonables para las personas con discapacidad (art. 5 Directiva 2000/78/CE)**

El artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE establece una obligación al empresario de realizar ajustes razonables para las personas con discapacidad con el fin de garantizar el principio de igualdad de trato. En este sentido, cabe recordar que la denegación de ajustes razonables es una forma de discriminación por razón de discapacidad (art. 2 CDPD).

#### **a) Concepto *discapacidad***

Antes de determinar si el cambio de puesto de trabajo dentro de una empresa puede considerarse o no un *ajuste razonable*, el TJUE empezó recordando la definición de la *discapacidad* en el sentido de la Directiva 2000/78/CE, la cual, como ya se ha dicho, debe interpretarse de conformidad con la CDPD.

Por consiguiente, y partiendo de la letra *e* y párrafo segundo del artículo 1 de la CDPD, el Tribunal de Luxemburgo define la *discapacidad*, en el sentido de la mencionada directiva, como aquella “limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores” (STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartado 38; y STJUE de 11 de septiembre de 2019, Nobel Plastiques Ibérica, C-397/18, EU:C:2019:703, apartado 41).

En el presente caso, el TJUE consideró que el Sr. XXXX tenía la condición de *persona con discapacidad* en el sentido de la Directiva 2000/78/CE al tener un problema de salud que le impedía desarrollar las funciones esenciales de su puesto de trabajo.



**b) Conceptos ajustes razonable y carga excesiva**

En relación con los *ajustes razonables* en el ámbito del empleo y la ocupación, e integrando la definición proporcionada por el artículo 2 CDPD, el TJUE los define como aquellas medidas adecuadas (es decir, que sean eficaces y prácticas) adoptadas por el empresario que, en función de las necesidades de cada situación concreta, permiten a las personas con discapacidad (i) acceder al empleo, (ii) tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o (iii) acceder a la formación, salvo que dichas medidas supongan una carga excesiva/desproporcionada o indebida para el empresario (art. 5 Directiva 2000/78/CE).

El considerando 20 de la Directiva 2000/78/CE identifica algunas medidas que sirven para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, como la adaptación de las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre. De todos modos, como ya ha reiterado el TJUE, se trata de una enumeración no exhaustiva de medidas que pueden ser de orden físico, organizativo o educativo (apartado 49 Caso HK Danmark).

Dicho de otro modo y en palabras del TJUE, los ajustes razonables consisten en “la eliminación de las barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas discapacitadas en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores” (apartado 54 Caso HK Danmark).

Por otro lado, en lo que se refiere al concepto *carga excesiva*, el art. 5 *in fine* de la Directiva 2000/78/CE solo establece que “[L]a carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades”.

Sin embargo, en el considerando 21 de dicha norma comunitaria, se reconocen una serie de elementos que permitirían determinar si un determinado ajuste razonable es desproporcionado o indebido para el empresario: (i) los costes financieros, (ii) el tamaño, (iii) los recursos financieros, (iv) el volumen de negocios total de la organización o empresa y (v) la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.

**1.3. Pronunciamiento judicial**

En el presente caso, el Tribunal de Luxemburgo afirmó que “la referencia que se hace, en el considerando 20 de la Directiva 2000/78, al acondicionamiento del «lugar de trabajo» pone de relieve el carácter prioritario

de tal acondicionamiento respecto de otras medidas que permiten adaptar el entorno de trabajo de la persona con discapacidad para que pueda participar de forma plena y efectiva en la vida profesional con arreglo al principio de igualdad con los demás trabajadores. Estas medidas pueden incluir, por tanto, la aplicación por el empresario de medidas que permitan a esa persona conservar su empleo, como el traslado a otro puesto de trabajo” (apartado 41 Caso HR Rail).

Asimismo, precisó que, en cualquier caso, el cambio de puesto de trabajo de una persona con discapacidad solo será posible “si hay por lo menos un puesto vacante que el trabajador en cuestión pueda ocupar” (apartado 48 Caso HR Rail). Por lo tanto, la persona con discapacidad deberá tener las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas para ocupar el nuevo puesto de trabajo dentro de la empresa.

En definitiva, el Tribunal de Luxemburgo consideró que el cambio de puesto de trabajo, atendiendo a todo lo expuesto anteriormente, constituye un ajuste razonable para las personas con discapacidad.

## **2. LA POSICIÓN RECIENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL SOBRE LOS AJUSTES RAZONABLES PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSICOSOCIAL**

La STC 51/2021 de 15 de marzo de 2021 subraya cuestiones de índole sustantiva y procesal muy relevantes sobre los ajustes razonables para las personas con discapacidad psicosocial en el ámbito del empleo y la ocupación.

Antes de proceder a la exposición del caso, así como de su análisis jurídico, cabe destacar que el estigma en salud mental<sup>2</sup> constituye un auténtico obstáculo para que las personas con discapacidad psicosocial puedan ejercer su derecho a los ajustes razonables. Tal como indica el TC, con

---

<sup>2</sup> Según Obertament, el estigma en salud mental se refiere a la “atribución de calidades negativas y despectivas sobre un colectivo de personas, que pasan a ser vistas, pensadas y tratadas a través de un prisma construido sobre prejuicios y falta de información. A las personas con problemas de salud mental se [les] considera imprevisibles, incapaces para trabajar y tomar decisiones, poco inteligentes, débiles y agresivos. Estereotipos todos que no se corresponden con la realidad, pero que influyen en las actitudes y comportamientos que los demás tienen hacia [ellos/as]”.

gran acierto y sensibilidad, “[E]n el caso particular de las personas con discapacidad mental, por causas psíquicas, intelectuales o cognitivas, no se puede ignorar que los prejuicios y la discriminación que han sufrido secularmente quienes la padecen, constituyen importantes barreras a la hora de informar de esta forma de discapacidad en el lugar de trabajo. Barreras a las que, en algunos casos, puede sumarse la autopercepción que de la discapacidad pueda tener la persona afectada. Se trata de formas de discapacidad menos conocidas y comprendidas que las discapacidades físicas, y que todavía siguen rodeadas de mitos, miedos y estereotipos que hacen que quienes las padecen sean especialmente vulnerables a la discriminación (...). Una realidad que puede dificultar el ejercicio del derecho a que se efectúen ajustes razonables en el empleo, esencial para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades de las personas con discapacidad mental”.

### **2.1. Hechos**

El Sr. A.M.Z., letrado de la Administración de Justicia con síndrome de Asperger, fue sancionado por la Secretaría de Estado de Justicia a un año y un día de suspensión de empleo y sueldo por la comisión de una falta muy grave<sup>3</sup>.

Los servicios de inspección del Consejo General del Poder Judicial solicitaron un seguimiento de la actividad del Sr. A.M.Z en su juzgado. En un principio, el secretario de gobierno del TSJ de La Rioja propuso la jubilación por incapacidad permanente ya que los indicios objetivos de incumplimiento de sus funciones se debían a una falta de preparación, actitud y aptitud para ejercer dicha función, y no de disciplina. Sin embargo, tras el informe del equipo de valoración de incapacidades del Instituto Nacional de la Seguridad Social, se concluyó que el Sr. A.M.Z “no está afectado por lesión o proceso patológico, estabilizado e irreversible o de incierta reversibilidad, que le imposibilite totalmente para las funciones que desempeña en su puesto de trabajo”. Posteriormente, se decidió incoar un expediente disciplinario contra él.

---

<sup>3</sup> Según la resolución, la infracción se calificaba por un “incumplimiento reiterado de las funciones inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas” (art. 154.7 Reglamento Orgánico del cuerpo de secretarios judiciales) y “retraso, la desatención o el incumplimiento reiterados de las funciones inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas” (art. 468 bis. 1 h) de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). Los incumplimientos concretos están expuestos en el apartado 2.d de los antecedentes de hecho de la sentencia.

A los efectos de esta comunicación, interesa resaltar que, en la contestación del pliego de cargos, el Sr. A.M.Z. aportó un informe psiquiátrico conforme tenía diagnosticado un síndrome de Asperger; propuso una diligencia de reconocimiento psiquiátrico a la instructora para confirmar su discapacidad que fue denegada; y solicitó la adopción de ajustes razonables –también le fueron denegadas– para seguir desarrollando sus funciones.

Tras haber agotado la vía judicial previa, el Sr. A.M.Z. interpuso un recurso de amparo contra la resolución sancionadora de la Secretaría de Estado de Justicia y la sentencia de la Audiencia Nacional que confirmó la sanción disciplinaria impuesta en base a las vulneraciones de los siguientes derechos fundamentales: (i) derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad (art. 14 CE); (ii) derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE); y (iii) principio de legalidad penal en su vertiente del principio de culpabilidad (art. 25.1 CE).

## ***2.2. Análisis jurídico***

### **2.2.1. Marco normativa y jurisprudencial**

Como cuestión preliminar, debemos tener en cuenta que los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidas por la Constitución Española *se interpretarán de conformidad con* los tratados internacionales de Derechos Humanos sobre las mismas materias ratificados por el Estado español (art. 10.2 CE). Todo ello teniendo en cuenta los mandatos que los artículos 9.2 y 49 del texto constitucional imponen a los poderes públicos.

En este caso, el Tribunal Constitucional (“TC”) utilizó un doble marco normativo y jurisprudencial a la hora de dilucidar si, en el presente caso, se vulneraron los derechos fundamentales del Sr. A.M.Z: por un lado, el de la Unión Europea (artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Directiva 2000/78/CE y jurisprudencia del TJUE); por el otro, el del Consejo de Europa (artículo 14 Convenio Europeo de Derechos Humanos, Carta Social Europea revisada y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Asimismo, El TC tuvo en cuenta el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (“RDL 1/2013”).

### 2.2.2. Las dos nociones de *persona con discapacidad* según el RDL 1/2013

Siguiendo el comentario del profesor ESTEBAN LEGARRETA<sup>4</sup>, el RDL 1/2013 hace una distinción entre la noción social y el concepto médico de *persona con discapacidad*.

Por un lado, la definición del modelo social basado en los derechos humanos (art. 4.1 RDL 1/2013) se refiere a las personas con discapacidad como “aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, *previsiblemente permanentes* que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”<sup>5</sup>. Nótese que el legislador español ha sustituido la expresión “a largo plazo” del artículo 1.2 de la CDPD por la de “previsiblemente permanentes”<sup>6</sup>.

Por otro lado, la noción basada en el modelo médico-rehabilitador (art. 4.2 RDL 1/2013) se refiere a las personas con discapacidad como “aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento”.

En este caso, el TC se adhirió a la noción social de *persona con discapacidad* (art. 4.1 RDL 1/2013). En opinión del autor, dicha posición es la más respetuosa con la CDPD ya que el tratado internacional no condiciona dicha noción a un reconocimiento administrativo. Además, si utilizáramos una interpretación literal y sistemática de los apartados 1 y 2 del artículo 4 del RDL 1/2013, podría concluirse fácilmente que el reconocimiento administrativo de la discapacidad (ya sea inferior o superior al 33%) es irrelevante a los efectos del principio de igualdad de trato (art. 14 CE).

---

<sup>4</sup> ESTEBAN LEGARRETA, RICARD. «Discapacidad psíquica “menor”, medidas disciplinarias en el marco de una relación de empleo, discriminación y ajustes. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 2021 (STC 51/2021)». *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, 2021, n.º 2, pp. 316-330, <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2021.i02.11>.

<sup>5</sup> La cursiva y el subrayado son del autor.

<sup>6</sup> En opinión del autor, el juzgador siempre deberá atender a la definición del párrafo segundo del artículo 1 de la CDPD ya que dicho tratado internacional forma parte del ordenamiento jurídico español y prevalece sobre el RDL 1/2013 (art. 31 Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales).

### 2.2.3. Ajustes razonables

a) **¿Qué ocurre si el empresario no cumple con la obligación de adoptar ajustes razonables?**

Si la denegación de ajustes razonables constituye una forma de discriminación por motivos de discapacidad (art. 2 CDPD), se puede inferir que el derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad (art. 14 CE) incluye el derecho a los ajustes razonables, siempre que no imponga una carga desproporcionada o indebida (STC 51/2021, FJ 4). A mayor abundamiento, el artículo 63 RDL 1/2013 reconoce que el incumplimiento de realizar ajustes razonables supone una vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

En este sentido, el TC fue contundente cuando afirmó que “[E]l incumplimiento de la obligación por parte del empleador de adoptar los ajustes razonables priva de legitimidad la adopción de medidas como el despido o la adopción de medidas disciplinarias motivadas en posibles insuficiencias en el desempeño de sus funciones por incurrir en discriminación. Aunque tales medidas puedan estar fundadas, en principio, en razones objetivas y aparentemente neutras relacionadas con dicho desempeño, incurren en discriminación si no se ha garantizado antes la observancia del principio de igualdad de trato de las personas discapacitadas mediante los debidos ajustes” (STC 51/2021; FJ 4).

En el presente caso, la sanción disciplinaria impuesta al Sr. A.M.Z. vulneró el derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad (art. 14 CE) ya que el Ministerio de Justicia no realizó ningún ajuste razonable, aun habiendo aportado el recurrente un panorama indiciario de discriminación por razón de discapacidad.

b) **¿Qué precisiones deben hacerse respecto a la obligación del empresario de realizar ajustes razonables?**

Aunque no dispongamos de una regulación sobre el procedimiento de solicitud o gestión de ajustes razonables en la empresa privada, el TC se pronunció sobre cómo debía llevarse a cabo a grandes rasgos:

“Cuando una persona solicita en su empleo ajustes razonables por razón de su discapacidad su petición debe ser objeto de consideración desde el momento en que se solicite y se acredite –conforme a la normativa

aplicable—el alcance de la discapacidad. La respuesta del empleador debe ser expresa y estar debidamente motivada; en particular cuando deniegue los ajustes solicitados por considerarlos desproporcionados o indebidos, ya que de lo contrario incurrirá en una denegación tácita carente de la debida justificación que vulnera dicho derecho” (STC 51/2021; FJ 4).

El TC ha determinado que la obligación del empresario surge en dos casos: el primero, y más evidente, la persona con discapacidad ha solicitado expresa y formalmente el ajuste razonable; y, el segundo, aun cuando la persona no lo haya solicitado, el empresario tiene conocimiento de la discapacidad de su empleado.

La Observación General núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad añade un tercer caso: “[T]ambién se aplica cuando el posible garante de los derechos debería haberse dado cuenta de que la persona en cuestión tenía una discapacidad que tal vez obligara a realizar ajustes para que esta pudiera superar obstáculos al ejercicio de sus derechos”<sup>7</sup> (CRPD/C/GC/6; pár. 24.b). En este supuesto, sin embargo, el TC reconoció que “el cumplimiento de la obligación de proceder a ajustes razonables puede verse obstaculizado o impedido por la falta de datos relevantes facilitados por el empleado o empleada, en cuyo caso, y hasta que no tenga la información necesaria, tan solo estará en manos del empleador informarle de este derecho. Sin embargo, tan pronto como se constate la discapacidad, el empleador deberá cumplir con su obligación de garantizar la igualdad de trato y la no discriminación de las personas con discapacidad a través de ajustes razonables que sean necesarios y factibles”.

Atendiendo al panorama indiciario de discriminación por razón de discapacidad, el Ministerio de Justicia debería haber sido conocedora de la existencia de una discapacidad del Sr. A.M.Z. desde el momento en que le propusieron una jubilación por incapacidad permanente.

**c) Sobre el impacto de los indicios fundados de discriminación por motivo/razón de discapacidad en un proceso judicial (art. 77 RDL 1/2013)**

El TC consideró que el Sr. A.M.Z. aportó *indicios suficientes de discriminación por motivo de discapacidad* durante la vía judicial interna:

---

<sup>7</sup> La cursiva y el subrayado son del autor.

- El informe de su psiquiatra que acredita que tiene un síndrome de Asperger.
- La denegación por parte de la instructora del procedimiento disciplinario de un reconocimiento psiquiátrico independiente y de la adopción de ajustes razonables para que el Sr. A.M.Z. pudiera desempeñar sus funciones.

En consecuencia, en virtud del artículo 77.1 RDL 1/2013, le correspondía al Ministerio de Justicia (parte demandada) la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la conducta y de las medidas adoptadas (sanción disciplinaria), así como de su proporcionalidad. En el presente caso, no lo hizo.

Aunque el apartado segundo del referido precepto excluye dicha regla de “inversión de la carga de la prueba”<sup>8</sup> a los procesos penales y a los contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones sancionadoras, el TC sostuvo que dicha excepción “no es aplicable en el marco de un procedimiento administrativo disciplinario o sancionador en detrimento de las personas con discapacidad que acrediten la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción de discriminación” (STC 51/2021; FJ 4).

### 3. CONCLUSIONES

De todo lo anterior, podríamos extraer las siguientes conclusiones:

- En el Caso HR Rail, el TJUE determinó que el cambio de puesto de trabajo de una persona con discapacidad en una empresa puede considerarse como un ajuste razonable, en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE, siempre que el/la trabajador/a tenga las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas para ocupar el nuevo puesto de trabajo dentro de la empresa, y no suponga una carga excesiva o indebida para el empresario.
- El derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad (art. 14 CE) incluye el derecho a los ajustes razonables, siempre que no imponga una carga desproporcionada o indebida.

---

<sup>8</sup> No es estrictamente una inversión de la carga de la prueba ya que la parte actora ha tenido que aportar previamente indicios suficientes de discriminación por motivos de discapacidad.



- La jurisprudencia del TJUE y del TC abogan por la noción social de la *persona con discapacidad*. Por lo tanto, la circunstancia de que la persona en cuestión tenga o no un reconocimiento administrativo (art. 4.2 RDL 1/2013) carece de relevancia a los efectos de cumplir con el principio de igualdad de trato y no discriminación.
- El legislador español todavía no ha regulado un procedimiento de solicitud y gestión de ajustes razonables, por lo que el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE y la jurisprudencia del TJUE siguen siendo los únicos parámetros interpretativos en el ámbito del empleo.
- Si el demandante presenta indicios suficientes de discriminación por motivos de discapacidad en un procedimiento judicial, la parte demandada deberá aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la conducta y de las medidas adoptadas, así como de su proporcionalidad, para que su conducta o actuación no sea considerada como discriminatoria (art. 77 RDL 1/2013).



# *La inclusión específica del autismo en la legislación laboral como camino imprescindible para la inclusión laboral de las personas con autismo*

**MARÍA PINDADO GALÁN**

*Delegada de Asuntos Públicos en la Confederación Autismo España  
Cursando programa de doctorado en la Universidad Complutense de Madrid*

En primer lugar, es necesario hacer una introducción sobre la definición y las características del propio concepto de trastorno del espectro del autismo<sup>1</sup> para poder contextualizar la necesidad y la importancia a cerca de la referencia específica del autismo en la normativa laboral ( un hecho perfectamente extensible a muchos otros tipos de normativa, pero que ahora no nos ocupan) como vía fundamental para conseguir que las personas con trastorno del espectro del autismo puedan verse beneficiadas por aquellas políticas públicas destinadas a la inclusión laboral de los colectivos más vulnerables.

En segundo lugar, se abordará brevemente la situación general de las personas con discapacidad en España en relación al empleo, haciendo un breve recorrido por la evolución reciente, así como por las referencias doctrinales más destacadas. Finalmente, se expondrá de forma somera la situación actual de las personas con trastorno del espectro del autismo (TEA) en el mercado laboral español y su especificidad respecto a otras personas con discapacidad, como marco igualmente necesario para poder finalmente desarrollar los fundamentos en los que se sostiene la necesidad legislativa descrita y que igualmente trasciende a la regulación genérica sobre discapacidad.

---

<sup>1</sup> La presentación de los conceptos fundamentales de la definición del trastorno del espectro del autismo está basada en las características específicas que se recogen en la última versión de los sistemas de clasificación internacionales de salud, como el CIE- 11 (Organización Mundial de la Salud, 2018) y de trastornos psiquiátricos como el DSM-5 (American Psychiatric Association, 2013).

## DEFINICIÓN DE AUTISMO

El trastorno del espectro del autismo (TEA) es un trastorno de origen neurobiológico que afecta a la configuración del sistema nervioso (neurodesarrollo) y al funcionamiento cerebral, dando lugar a dificultades en la comunicación y en la interacción social, así como en la flexibilidad del pensamiento y de la conducta de quien lo presenta. En la actualidad, no es posible determinar una causa única que explique la aparición del TEA, pero sí la fuerte implicación genética en su origen. Tomando como base esta definición, hay que tener en cuenta los siguientes aspectos sobre el TEA:

- Tiene características nucleares propias y definitorias, que afectan al desarrollo temprano de las competencias de comunicación social y a la flexibilidad del pensamiento y del comportamiento de la persona. Estas características específicas que definen el TEA se recogen explícitamente en la última versión de los sistemas de clasificación internacionales de salud como la CIE-11 (OMS, 2018) y de trastornos psiquiátricos como el DSM-5, (American Psychiatric Association, 2013). En ambos se ha modificado la denominación de la categoría diagnóstica, sustituyendo el término “trastorno generalizado del desarrollo” (vigente en las ediciones anteriores) por el de “trastorno del espectro del autismo”, enfatizando así también la enorme heterogeneidad que caracteriza este tipo de trastorno.
- Se manifiesta de manera distinta en cada persona. La variabilidad del TEA implica también que los hombres y las mujeres con TEA son diferentes entre sí, aunque compartan los criterios diagnósticos y las áreas nucleares que definen el trastorno (comunicación social y flexibilidad del pensamiento y el comportamiento). Estas variaciones en las manifestaciones nucleares del TEA y en el funcionamiento personal de quien lo presentan se relacionan con otros aspectos, como la posible coexistencia del trastorno con otras condiciones que afectan al desarrollo (como la discapacidad intelectual) o a la salud, con la existencia o no de dificultades significativas en el desarrollo del lenguaje y también con los recursos de apoyo a los que tenga acceso la persona. Concretamente y en relación con el funcionamiento intelectual, se pueden destacar algunos estudios internacionales sobre la variabilidad de la incidencia de la discapacidad intelectual existente en el TEA, Postorino (2016) habla de una incidencia en un 47,6% sobre la población infantil y adolescente. Simonoff (2008 y 2013) sitúa el rango entre un 30% y un 55%. Zablotsky (2015) señala

un 31% de discapacidad intelectual y un 23% de inteligencia límite. Charman (2011) destaca una prevalencia del 55% de discapacidad intelectual<sup>2</sup>.

- La especificidad y la variabilidad del TEA hacen necesario un abordaje integral, orientado a facilitar los apoyos individualizados, especializados y basados en la evidencia científica más adecuados para mejorar la calidad de vida de cada persona. Estos apoyos tendrán que construirse considerando una perspectiva de género, que recoja las diferencias existentes en el caso de las niñas y las mujeres con TEA respecto a los niños y hombres que presentan este trastorno.
- El TEA acompaña a la persona a lo largo de toda su vida, aunque sus manifestaciones y necesidades cambian en función de las distintas etapas del desarrollo y de las experiencias y aprendizajes adquiridos.
- El TEA es una “discapacidad invisible” ya que no lleva asociado ningún rasgo físico diferenciador, manifestándose fundamentalmente a nivel de las competencias cognitivas de la persona (comunicación social y flexibilidad) y en su comportamiento.
- Según estimaciones, la prevalencia de las personas con TEA en Europa (Autismo Europa, 2020) y en España (Morales Hidalgo et al., 2018) es de un 1% de la población, lo que en España correspondería aproximadamente a un total de unas 470.000 personas.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Postorino, V., Fatta, L. M., Sanges, V., Giovagnoli, G., De Peppo, L., Vicari, S. y Mazzone, L. (2016). Intellectual disability in autism spectrum disorder: investigation of prevalence in an Italian sample of children and adolescents. Simonoff, E., Pickles, A., Charman, T., Chandler, S., Loucas, T., y Baird, G. (2008). Psychiatric disorders in children with autism spectrum disorders: prevalence, comorbidity, and associated factors in a population-derived sample. *Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry*, 47(8), 921-929. Simonoff, E., Jones, C. R., Baird, G., Pickles, A., Happé, F. y Charman, T. (2013). The persistence and stability of psychiatric problems in adolescents with autism spectrum disorders. *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 54(2), 186-19. Zablotsky, B., Black, L. I., Maenner, M. J., Schieve, L. A. y Blumberg, S. J. (2015). Estimated prevalence of autism and other developmental disabilities following questionnaire changes in the 2014 National Health Interview Survey. Charman, T., Pickles, A., Simonoff, E., Chandler, S., Loucas, T. y Baird, G. (2011). IQ in children with autism spectrum disorders: Population data from the SNAP Project. *Psychol Med*, 41(3), 619-27.

<sup>3</sup> Autism Europe (2015). Prevalence rate of Autism. Belgium: Autism-Europe. Autism Europe (2014). Autism and work: together we can. Brussels: Autism Europe.

## EL AUTISMO ES UNA ENTIDAD CLÍNICA ESPECÍFICA Y DIFERENCIADA DE LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL

Hemos señalado que el TEA se presenta de manera diferente en cada persona en lo referente a sus manifestaciones clínicas; lo mismo ocurre con el funcionamiento intelectual. Así, algunas personas con autismo pueden presentar discapacidad intelectual asociada, pero esto no puede hacerse extensible a la totalidad del colectivo.

Autismo, por tanto, no equivale a discapacidad intelectual, frente a la idea instalada de que casi todas las personas con autismo tienen además una discapacidad intelectual, las investigaciones recientes ponen en entredicho esta creencia. Esta confusión ha significado también históricamente que el legislador haya visto a las personas con TEA incluidas dentro de este concepto y se haya obviado la importancia de su mención específica en la legislación.

En España no se conoce el porcentaje de personas con TEA con discapacidad intelectual. Respecto a datos internacionales, la mayoría de las revisiones y estudios se han realizado sobre poblaciones por debajo de los 18 años. Postorino (2016) señala una incidencia de la discapacidad intelectual en un 47,6% sobre la población infantil con TEA y desde el Proyecto de Autismo y Necesidades Espaciales (SNAP) de Charman (2011) se señala una prevalencia del 55% en 75 niños/as con TEA.<sup>4</sup>

En la actualidad no existen marcadores biológicos que permitan diagnosticar el trastorno del espectro del autismo. El diagnóstico se realiza atendiendo al desarrollo evolutivo de la persona, a sus competencias personales (en diferentes etapas de su desarrollo) y a su funcionamiento adaptativo.

Es importante reflexionar sobre el vínculo que existe entre las manifestaciones clínicas nucleares del trastorno, especialmente en relación a la co-

---

Morales-Hidalgo, P., Roigé-Castellví, J., Hernández-Martínez, C., Voltas, N. y Canals, J. (2018). Prevalence and characteristics of autism spectrum disorder among Spanish school-age children. *Journal of Autism and Developmental Disorders*, 48(9), 3176-3190.

<sup>4</sup> Postorino, V., Fatta, L. M., Sanges, V., Giovagnoli, G., De Peppo, L., Vicari, S. y Mazzone, L. (2016). Intellectual disability in autism spectrum disorder: investigation of prevalence in an Italian sample of children and adolescents. Charman, T., Pickles, A., Simonoff, E., Chandler, S., Loucas, T. y Baird, G. (2011). IQ in children with autism spectrum disorders: Population data from the SNAP Project. *Psychol Med*, 41(3), 619-27.

municación y la interacción, en un ámbito como el empleo, eminentemente social desde su punto más incipiente de su acceso, donde la elaboración de un perfil profesional o la participación en un proceso de selección sin contar con apoyo y ajustes necesarios puede suponer una barrera insalvable para la mayor parte del colectivo.

## **EL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA**

La inclusión social de todas las personas es hoy día un derecho de ciudadanía reconocido en las sociedades democráticas y avanzadas. En el caso de las personas con discapacidad, garantizar su inclusión en todos los ámbitos sociales, implantando programas y actuaciones que les permitan vivir autónomamente y que eliminen las barreras que restringen su participación, es, además, una cuestión de derechos humanos. Este es el punto de partida de la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y el fundamento normativo de un nuevo paradigma de regulación, intervención y lucha contra la desprotección de estas personas que progresivamente ha ido permeando en nuestro ordenamiento jurídico.

En España, los poderes públicos han respaldado tales principios, plasmándolos en normas y políticas públicas específicas. Así, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, reconoce expresamente que las personas con discapacidad conforman un grupo vulnerable que se ha mantenido habitualmente en condiciones de exclusión social. Por ello, las estrategias de intervención tienen como objetivo prioritario garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, el ejercicio real y efectivo de los derechos por parte de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos, a través de la promoción de la autonomía personal, la accesibilidad universal, el acceso al empleo y la inclusión en la comunidad.

La doctrina ha abordado este tema con una importante proliferación en los últimos 30 años, ya que, anteriormente no cabía una distinción particular de los derechos de las personas con discapacidad ni sus derechos despertaban el interés académico, fruto de la posición de discriminación social en la que se encontraban. Sagrario Anaut Bravo y Javier Arza Porras (Universidad de Navarra) muestran el contraste entre los avances normativos conseguidos en España en el ámbito de la discapacidad, y la situación

efectiva de las personas que la padecen. Los autores constataron en sus estudios de 2017 la persistencia de desigualdades significativas entre la población con y sin discapacidad, y defendieron la necesidad de activar políticas públicas transversales e integrales que garanticen la inclusión plena de esta población. Sus investigaciones pusieron de relieve una evidencia en la que no puede centrarse la presente comunicación pero que tampoco es posible obviar: la falta de certezas sobre el volumen y las características de la población afectada, con las consiguientes dificultades para la planificación y aplicación de políticas sociales ajustadas a esa realidad.

Por otro lado, Vanesa Rodríguez Álvarez (Universidad de Oviedo) presenta una panorámica general de la evolución de la participación laboral y el empleo de las personas con discapacidad en España. La autora analiza las fuentes de datos disponibles, que de manera consistente reflejan la baja participación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo. En sus conclusiones subraya la heterogeneidad de la población con discapacidad desde el punto de vista de su participación laboral, algo que hemos también puesto de manifiesto en esta comunicación insistiendo en la especificidad del autismo. La autora subraya que solo podrán implantarse políticas adecuadas de empleo, si se dispone de datos de calidad sobre la situación y las dificultades a las que se enfrenta esta diversa población.

Por su parte, Belén Alonso-Olea (UNED) enfoca la atención en las políticas de empleo diseñadas para favorecer la participación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo. Desde una perspectiva jurídica, describe la normativa laboral elaborada en cumplimiento de lo prescrito en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de Inclusión Social, con el fin de garantizar la dignidad de estas personas, su no discriminación y, en suma, el principio de igualdad de oportunidades. La autora entiende que, a pesar de estos esfuerzos legislativos, los resultados distan de los esperados, por lo que se declara favorable a una mayor implicación y responsabilidad de los interlocutores sociales y de las instituciones públicas.

Por otro lado, la discriminación salarial que afecta a las personas con discapacidad constituye una evidencia más de las debilidades e insuficiencias de las políticas de empleo llevadas a cabo para garantizar la inserción laboral plena de las personas con discapacidad. Miguel Ángel Malo Ocaña (Universidad de Salamanca) aborda este tema, insistiendo también en la escasez y heterogeneidad de los datos disponibles para analizar la situación



de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo. De acuerdo con los resultados de su investigación, la brecha salarial existente entre las personas con y sin discapacidad no está necesariamente relacionada con la productividad. Sus hallazgos también sugieren que, en el terreno laboral, muchas mujeres con discapacidad añaden a la discriminación por esta causa, la de género, sufriendo así una doble desventaja.

Es preciso igualmente reseñar el trabajo de Isabel Novo-Corti (Universidad de La Coruña) con un artículo en el que destaca la importancia de las actitudes de las personas sin discapacidad hacia las personas con discapacidad en los centros ordinarios de trabajo. Se ha demostrado ampliamente que la pervivencia de prejuicios sociales, actitudes y estereotipos negativos hacia los trabajadores con discapacidad acaban influyendo en su rendimiento laboral y en las retribuciones salariales que perciben, condicionando, además, la autopercepción de sus propias capacidades y, en definitiva, su calidad de vida. La erradicación de tales actitudes discriminatorias exige, según la autora, actuaciones encaminadas al cambio de los valores subyacentes a la estigmatización y el rechazo que han situado históricamente a las personas con discapacidad en una posición de desventaja social. Una posición subrayada también en el siguiente apartado del presente trabajo, donde se ha expuesto la especial vulnerabilidad de las personas con autismo, debido a la ausencia de rasgos físicos diferenciadores y de la falta general de conocimiento en la sociedad a cerca de esta condición<sup>5</sup>.

Con este breve recorrido doctrinal se ha pretendido contribuir a aumentar el contexto sobre el grado de inclusión de las personas con discapacidad en España, necesario para comprender también la situación de las personas con autismo, y también identificar, desde distintas perspectivas, las disonancias que se están produciendo entre lo establecido en la legislación, por una parte, y lo alcanzado en los principales ámbitos en los que se desenvuelve la vida de estos ciudadanos, por otra. El objetivo fundamental es, una vez más, plantear el debate sobre un problema social relevante, exponer algunas de sus principales dimensiones e indicar el sentido de los cambios deseables; en este caso, cambios que podrían mejorar la situación de las personas con autismo y prevenir efectivamente su discriminación, que no por involuntaria, es menos real.

---

<sup>5</sup> Belen Alonso-Olea García. Panorama Social. Num. 26

## EL AUTISMO Y LA DISCRIMINACIÓN LABORAL

Las personas con TEA sufren discriminación fruto de factores y barreras sociales y ambientales. En este punto es significativo el estigma que acompaña a los TEA, que, constituye una causa de discriminación ya que implica que la persona que lo vive tiene que enfrentarse a mayores problemas para desempeñar labores o cualquier interacción social.

Tradicionalmente, la lucha contra la discriminación de las personas con TEA se ha realizado desde el discurso de las personas con discapacidad. Sin embargo, este camino no ha dado sus frutos ya que, en muchas ocasiones, las personas con TEA no se adecúan a los criterios médicos presentes en la regulación de las personas con discapacidad y, también, por la escasa atención que esta regulación concede a los factores sociales, lo que deja a muchas personas con TEA en una situación de desamparo.

Uno de los ámbitos donde las personas con TEA sufren una mayor exclusión es en el mercado laboral, lo que implica no solo una esfera más de restricción social, sino además un grave problema de autonomía, desarrollo personal, independencia, acceso a recursos, y marginalidad.

Como se ha mencionado, las personas con TEA conforman uno de los colectivos con mayores dificultades para su inserción laboral en el mercado de trabajo ordinario y con mayor riesgo de exclusión. Autismo Europa señala en su publicación *Autism and work* (2014) que entre el 70 y el 90% de las personas con TEA están desempleadas. Estudios de investigación realizados en Europa y también en España (p.ej. Autismo Europa, 2003; Belinchón, Sotillo y Hernández, 2008; Álvarez, Capelli y Saldaña, 2009) ponen de manifiesto que la mayor parte de las personas adultas con TEA no desarrollan ninguna actividad productiva o laboral y que su integración social y comunitaria es muy limitada. Además, como se pone de manifiesto en los resultados de la Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia<sup>6</sup> estas dificultades son significativamente superiores a las que presentan otros sectores de personas con discapacidad. La tasa de desempleo entre personas con TEA es significativamente mayor que entre personas con discapacidad intelectual u otros trastornos del desarrollo.

No obstante, existen programas especializados desarrollados a nivel internacional y también en España que han demostrado que las personas

---

<sup>6</sup> INE, 2009

con TEA son unos magníficos trabajadores si se encuentran en un entorno laboral favorable que se adapte a sus necesidades de predictibilidad, estructuración y explicitación de objetivos a conseguir. Éstos se han desarrollado especialmente a través de la fórmula de empleo con apoyo. Éste es un modelo capaz de generar inclusión social y laboral, sensibilización social y calidad de vida, autonomía e independencia de la persona con discapacidad, por lo que es una fórmula recomendable de cara a verse potenciada en las políticas activas de empleo.

Tradicionalmente, los recursos de apoyo disponibles para las personas adultas con TEA han presentado una línea bastante asistencial de prestaciones y servicios. En la actualidad existe una creciente necesidad de fomentar alternativas especializadas en la orientación e inserción laboral de las personas con TEA, y también de concienciar sobre las competencias de estos potenciales trabajadores, sobre sus necesidades y sobre los apoyos que pueden facilitar su desempeño laboral.

Entre las barreras que dificultan el acceso de las personas con TEA al empleo destacan<sup>7</sup>:

- Invisibilidad del colectivo para los sistemas de información estadística oficiales. No se dispone de datos sobre su realidad social.
- Baja eficacia del sistema educativo en la capacitación para la vida adulta.
- Alto abandono o elevado coste personal para finalizar los estudios.
- Limitada cualificación y baja autonomía personal.
- Ausencia de programas de orientación vocacional.
- Escaso desarrollo de la formación profesional y poco dirigida a la práctica<sup>8</sup>.
- Sin apoyos en la transición. Las políticas de fomento del empleo no responden a las necesidades del colectivo.

---

<sup>7</sup> La situación laboral de hombres y mujeres con Trastorno del Espectro del Autismo en el contexto español. I Encuentro de Investigación. Asociación Española de Profesionales del Autismo (AETAPI). 2 de febrero 2018. Sevilla. Autoras: Ruth Vidriales Fernández\*, Cristina Hernández Layna\*, Marta Plaza Sanz\*. \*Confederación Autismo España

<sup>8</sup> No es posible aún analizar las consecuencias sociales de la reformulación del sistema de la formación profesional a través de la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional por lo que las afirmaciones corresponden a la situación regulatoria previa de este sistema

- Invisibilidad del TEA en la regulación jurídica, exclusión como beneficiarios y también de alternativas de interés, como el empleo público.
- Diferencias significativas en financiación (Empleo con apoyo: 0,1%; Centros Especiales de Empleo: 94,47% de la dotación pública).
- Dificultades en viabilidad, desarrollo y sostenibilidad de recursos de apoyo.
- Existe gran dispersión territorial.
- Escasa concienciación e implicación del tejido empresarial.
- Prejuicios, desconocimiento, estereotipos y bajas expectativas sobre las competencias de las personas con TEA.
- Incumplimiento de la legislación en materia de reserva de puestos para personas con discapacidad.
- Priorización de medidas alternativas a la contratación (patrocinios, donaciones, convenios...) o apuesta por otras discapacidades. Actitudes (reticencias, bajas expectativas), escasa motivación y miedos (fracaso, vulnerabilidad, etc.) de las propias personas con TEA, sus familias y profesionales de apoyo

## LA REGULACIÓN LABORAL EN ESPAÑA EN RELACIÓN AL AUTISMO

El viejo aforismo *ubi lex non distingue, non distingue debemus*<sup>9</sup> define en gran parte la problemática a la que se enfrenta las personas con autismo en tanto a su reconocimiento legal dentro del concepto de la discapacidad, lo que conlleva a que estas personas, a parte de encontrarse en una situación de vulnerabilidad social y económica, se encuentren en vulnerabilidad jurídica<sup>10</sup>. No vamos a abundar en la problemática visible desde este contexto en los múltiples aspectos en los que se sucede, pues, sin duda, desbordaría el tratamiento de la cuestión que aquí nos ha interesado estudiar; baste con decir que resulta cada vez menos comprensible y defendible que la norma aglutine desde el punto de vista formal y material destinatarios que divergen en la realidad social.

---

<sup>9</sup> “Donde la ley no distingue, no debemos distinguir”

<sup>10</sup> LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS VULNERABLES. Revista de derecho, universidad del norte, 27: 205-229, 2007

En el caso específico de la regulación laboral en España, la regulación que identifica específicamente a colectivos vulnerables dentro de la discapacidad en materia laboral ha utilizado la fórmula “*personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental, personas con discapacidad intelectual o con un grado de discapacidad reconocida igual o superior al 33%*”<sup>11</sup>, entre los cuerpos normativos más destacados que recogen este articulado está la ley 43/2006, 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y el empleo, el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo, quedando las personas con TEA fuera de cualquier reconocimiento de derechos al no encontrarse reconocidos como destinatarios finales.

Otros textos, como el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público lo articulan de la siguiente manera “*en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el apartado 2 del artículo 4 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública.(...) La reserva del mínimo del siete por ciento se realizará de manera que, al menos, el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual o trastorno del espectro del autismo y el resto de las plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad.*”

Podría llegar a pensarse que, al menos, todas las personas dentro del colectivo cuya condición contemple también la discapacidad intelectual con un grado superior al 33% sí serían beneficiarios de dicha regulación, sin embargo, esta afirmación tampoco se corresponde con la realidad debido principalmente a que la dispersión y heterogeneidad respecto al sistema de reconocimiento de la baremación de la discapacidad hace que en muchas ocasiones, personas con una afectación intelectual y cognitiva análoga tengan reconocimientos administrativos diferentes en función del criterio del territorio o del centro de valoración, pudiendo por ejemplo tener un certificado de discapacidad donde sólo se mencione el autismo y no la

discapacidad intelectual, a pesar de corresponderle, quedando igualmente excluido de estas políticas.

Podría asimismo abordarse como raíz de esta circunstancia, la regulación del concepto de discapacidad reconocido en el apartado 2 del artículo 4 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que supone el marco fundamental del que en la mayoría de ocasiones emanan y se apoyan el resto de referencias regulatorias sobre la discapacidad. También, sobre el problema y la falta de homogeneidad, actualización y seguridad jurídica que produce la enorme dispersión citada en relación al reconocimiento de la discapacidad para las personas con TEA, y por supuesto, la inexistencia de políticas públicas específicas y de involucración del sector privado, en todo caso, con total falta de armonización en relación con la definición de persona con discapacidad, su derecho al trabajo y a la participación real y efectiva dada por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y que no podemos olvidar, no solo forma parte del ordenamiento jurídico español desde su ratificación por parte de España en 2008, sino que, en caso de conflicto, prevalece sobre el derecho interno.

Sin embargo, no es posible en este trabajo abordar dichas cuestiones ni tampoco nos ocupa, una conclusión a la que, se entiende que por iguales motivos de dificultad y eficiencia se ha llegado también desde el colectivo del autismo en su labor de incidencia política y así ha sabido recoger el propio legislador.

En este sentido, la normativa laboral ha experimentado en su última etapa legislativa importantes cambios y reconocimientos, que, aunque suponen un importante avance, son aún insuficientes y a su vez, difíciles de evaluar en términos de efectividad social debido a la carencia de datos y evaluación de políticas públicas.

El más destacado, por considerarse la primera mención específica que el legislador hacía hacia el autismo en material laboral, lo encontramos en el Real Decreto que convocaba los programas comunes de activación para el empleo en 2021, y que enunciaba como beneficiarios: *“Personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo: las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental o con discapacidad intelectual, incluidas las personas con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento”*. Esta mención, agríndice, ya que aunque por fin las personas con TEA aparecen reflejadas en un texto en materia laboral, lo hace vinculándolo erróneamente, como

ya se ha expuesto en este texto, a la discapacidad intelectual, y provocando de nuevo la exclusión de gran parte de su colectivo que debería verse incluido y no solo de aquellos que no disponen de certificado de discapacidad, fue enmendado poco después a través del Real Decreto por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024, por el cual se modificaron el Real Decreto 469/2006, de 21 de abril, por el que se regulan las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los Centros Especiales de Empleo, el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo y el Real Decreto que regula los programas comunes de activación para el empleo, recogiendo finalmente de manera correcta el autismo en su articulado de manera diferenciada e independiente a otras discapacidades y de la capacidad intelectual<sup>12</sup>.

Este hito se ha visto también ampliado en la recientemente aprobada nueva ley de empleo: *“Artículo 50. Colectivos de atención prioritaria para la política de empleo. Se considerarán colectivos vulnerables de atención prioritaria, a los efectos de esta ley, (...). Respecto al colectivo de personas con discapacidad, se reconocerá como personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo: las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental, con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento; así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento”*.

## CONCLUSIONES

Por su especificidad clínica, con una clara manifestación de dificultad social, siendo precisamente uno de los factores más importantes para el acceso al mercado de trabajo, es importante impulsar propuestas dirigidas a incluir a las personas con TEA en la regulación laboral de la discapacidad y, sobre todo, en la definición de persona con discapacidad y de colectivos beneficiarios o especialmente vulnerables frente al empleo, una tendencia de reconocimiento jurídico que acabaría con esta desprotección, y que históricamente se ha hecho en circunstancias que podrían considerarse

---

<sup>12</sup> Teniendo en cuenta no obstante los posibles requisitos administrativos requeridos en cada una de ellas en relación al grado de discapacidad.

análogas, como en la legislación referida a las víctimas<sup>13</sup>, atendiendo a las inequidades sobre su origen, características o necesidades, y como también paulatinamente se ha hecho en el ámbito de la discapacidad, atendiendo a la amplia casuística, y típicamente diferenciando discapacidad intelectual de discapacidad física.

Las tasas marginales de ocupación en el colectivo dejan una imagen nítida de todas estas dificultades que acentúan sin duda la dificultad de estas familias para conseguir unos estándares adecuados de desarrollo y participación personal, económico y social.

En este sentido, son muchos los factores y agentes implicados para lograr un cambio en estas estadísticas, quizás el primero de todos, sería tener datos sociodemográficos reales y no estimatorios, sin embargo, incido de nuevo en la eficacia y la relativa facilidad sobre cómo la mención específica del autismo dentro de la normativa supone un cambio muy importante, que amplía las posibilidades de gran parte del colectivo, evita situaciones de inequidades administrativas, y además genera un función de sensibilización y concienciación social fundamental, especialmente relevante para los profesionales que actúan dentro del sistema público de empleo y que, de forma cotidiana aplican esta regulación, abriendo la puerta a que sus procesos burocráticos y técnicos, abandonen la exclusión automática de las personas con autismo.

La necesaria actualización del empleo con apoyo en España, y la inclusión de las personas con autismo en el empleo público suponen tal vez los dos grandes y urgentes retos en materia legislativa de competencia estatal en el campo del empleo, para los que contar con los precedentes expuestos y con la repercusión social de la que, con total seguridad, en breve podrán verse frutos, supone sin duda un importante punto de apoyo para que el legislador comprenda la inexcusable tarea de abordarlo y los beneficios sociales de hacerlo.

---

<sup>13</sup> El ciudadano-víctima. Expansión, apertura y regulación de las leyes sobre vidas vulnerables (España, Siglo XXI). Centro de Estudios sobre la identidad colectiva, Departamento de sociología 2, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea



# *Mujeres con discapacidad y sociedad digital: de la info-exclusión a la Ciudadanía inclusiva*

MARÍA DEL PILAR GOMIZ PASCUAL

*Departamento de Sociología I,  
Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la UNED. Madrid.  
pgomiz@poli.uned.es*

## **Resumen:**

El conocimiento en tecnología digital es un factor clave para la economía y una oportunidad de inserción laboral. Tener habilidades en estas competencias —aunque sean básicas— es un requisito de acceso a muchos servicios. La tecnología se ha convertido en una oportunidad para grupos sociales en riesgo de exclusión, pero también puede ser un factor de discriminación y, por tanto, una barrera más para alejar a estos grupos del sistema. Las mujeres con discapacidad constituyen un grupo especialmente vulnerable por estar expuestas a situaciones de discriminación interseccional (por ser mujeres y por tener una discapacidad). En este trabajo evaluamos desde la observación cómo afrontan estas mujeres el reto de la tecnología y los principales obstáculos que encuentran en el acceso a esta, pero también, cómo comienzan a ver en ella un aliado para reivindicar su papel en la sociedad digital y romper con los estigmas que deforman su identidad, condicionando su posición como ciudadanas de pleno derecho. Partiremos de un breve análisis de situación para completar el estudio con el análisis de los discursos obtenidos mediante la técnica de grupos de discusión. Entre las principales conclusiones, destaca la discriminación que confrontan también en este ámbito; la importancia de la formación; las diferencias entre las propias mujeres derivadas de su posición económica y por la falta de adaptaciones en función del tipo de discapacidad; el valor del empoderamiento para lograr la inclusión; y la necesidad de acabar con los mitos que eclipsan sus capacidades.

**Palabras clave:** Mujeres con discapacidad; sociedad digital; empleo; discriminación interseccional; capacidades; ciudadanía inclusiva.

## **1. INTRODUCCIÓN**

La crisis del COVID-19 supuso un punto de inflexión en la incorporación de la tecnología a nuestro día a día. Aparte del teletrabajo y la *teleformación*, muchos procesos y actos administrativos que hasta ese momento eran presenciales, pasaron a realizarse de manera telemática. Además, la tecnología resultó fundamental para generar espacios de relación social

virtuales en los momentos de confinamiento y aislamiento producidos por la situación sanitaria (Fundación Telefónica 2021). La evolución en el desarrollo del potencial que nos ofrece la tecnología ha sido evidente desde entonces. Si consideramos la dimensión del capital humano que refleja el indicador del Índice de Economía y Sociedad Digital (DESI)<sup>1</sup>, en el año 2020 España se situaba en el puesto 16 del ranking, por debajo de la media europea. Dos años más tarde, pasó a posicionarse en el puesto número 7 de los 27 Estados miembros de la UE, con una puntuación de 60,8 (8,5 puntos por encima del promedio europeo) (DESI, 2022).

El incremento reflejado evidencia una realidad: la presencia de lo digital en nuestras vidas es cada vez mayor y, por tanto, la falta de capacitación digital se convierte en un factor de riesgo para procesos de exclusión social que afecta de forma específica a grupos especialmente vulnerables como es el de las mujeres con discapacidad<sup>2</sup>. Como veremos, el análisis de la situación de estas mujeres nos remite a un modelo pluridimensional vinculado a los procesos de exclusión social que afecta a varios ámbitos de su vida. La tecnología se suma a estos factores, convergiendo con determinadas circunstancias vitales que parten de un tipo de discriminación específica que confrontan desde pequeñas: la discriminación interseccional (Knudsen 2006; Ritzer 1993).

En este trabajo analizamos cómo la capacitación tecnológica—el acceso a dicha capacitación—es un instrumento potencial de inclusión para las mujeres con discapacidad que, sin embargo, puede convertirse en una barrera más para ellas y cómo, cada vez más mujeres con discapacidad, conscientes de la importancia de la tecnología<sup>3</sup> en la conformación de una

---

<sup>1</sup> El Índice de Economía y Sociedad Digital (DESI) resume cinco indicadores del rendimiento digital de Europa, permitiendo un seguimiento de la evolución de los estados miembros de la Unión Europea en la competitividad digital. Estos cinco indicadores son: conectividad, capital humano, uso de internet, integración de la tecnología digital y servicios públicos digitales.

<sup>2</sup> Hablar de mujeres con discapacidad implica entender que, pese a que existen tantos tipos de discapacidad como personas con discapacidad, es necesario establecer diferencias a la hora de abordar las necesidades y las barreras con las que se encuentran las personas según el tipo de discapacidad que tengan, pues no hacerlo implica una forma más de discriminación.

<sup>3</sup> En este trabajo hablamos de tecnología refiriéndonos de forma específica a la asociada a las Tecnologías de la Información y la Comunicación. Sin embargo, somos conscientes de la importancia de atender al peso de la tecnología en, por ejemplo, las ayudas técnicas que, en gran medida, incorporan también tecnología y en muchas ocasiones resultan imprescindibles para lograr derechos básicos de

ciudadanía plena, reivindican la necesidad de romper con los estigmas que deforman su identidad y condicionan su posición, también en la sociedad tecnológica.

## **2. DISCRIMINACIÓN INTERSECCIONAL EN LAS MUJERES CON DISCAPACIDAD Y CIUDADANÍA PLENA**

Como hemos dicho, las mujeres con discapacidad confrontan situaciones de discriminación interseccional desde niñas por el hecho de ser mujeres y por tener una discapacidad. Una discriminación donde se amplifican las variables discriminatorias que rodean a ambas condiciones y que las posiciona en el centro de un sistema patriarcal y un sistema opresor generador de desigualdades (Serrato, Díaz y Corona 2017; Gomiz, 2021; 2018; 2017; CERMI 2010; 2012; Habib 1995). La traducción más inmediata es una situación clara de desventaja que se refleja en los principales indicadores sociodemográficos (Informe Olivenza 2019, ODISMET 2021), encontrándonos ante un grupo con unas condiciones económicas muy precarias, no sólo en nuestro país. Los datos del último informe Olivenza (2022) indican que, en 2021, el 30,6% las mujeres de la Unión Europea de 16 años o más con discapacidad estaba en riesgo de pobreza o exclusión social. Esta situación repercute en otros ámbitos como son la participación política, la presencia en espacios de ocio o la toma de decisiones donde sus condiciones no son tampoco favorables (Huete-García 2013; Gomiz 2017), confluyendo así en ellas múltiples formas de subordinación dentro de la sociedad (McCall 2005) que tienen resultados evidentes y que se traduce en una vulneración de sus derechos de ciudadanía y un incumplimiento de los dictaminado por la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), donde se reconoce estas formas de discriminación que confrontan las mujeres con discapacidad, y se indica que se adoptarán medidas para asegurar la igualdad de condiciones en todos los derechos y libertades fundamentales (Artículo 6, CDPD).

Pese a la que dice la convención, las necesidades y la realidad de estas mujeres no han mejorado. Su exposición pública viene avalada por una imagen deformada, promovida y sostenida en parte por los medios de comunicación

---

las personas con discapacidad como es la autonomía personal. Una vez más, el acceso de las mujeres a estas ayudas es menor que el de los hombres con discapacidad y las consecuencias de no poder acceder a las mismas, son más graves en ellas. Véase por ejemplo el trabajo de Ramos (2009) al respecto.

(Molano 2010), que contribuye a mantener una visión del grupo sesgada, repleta de estigmas y estereotipos. Una imagen distorsionada de vulnerabilidad y dependencia ajena a la realidad de las propias mujeres, con consecuencias fatales en su autoestima (Hanna y Rogovsky 2008) y que repercute negativamente en la evaluación de sus opciones de inclusión real, eclipsando a veces todas sus capacidades.

Si bien, el acceso a la tecnología puede ser relevante para revertir esta posición, dado el papel que se ha demostrado que tiene a la hora de generar un espacio de empoderamiento ciudadano (Jenkins y Boyd 2016; Patten 2013; Scolari 2008), es preciso, para ello, que las mujeres con discapacidad no se queden fuera de la transformación que implica la tecnología digital.

### **3. INFO-EXCLUSIÓN, BRECHA DIGITAL Y DESIGUALDAD**

Como decíamos antes, la digitalización ha ido ganando peso en nuestras vidas, siendo también una oportunidad para el empleo y para el acceso a determinados espacios. La alfabetización digital es una ventaja competitiva y a la vez un requisito para no quedar fuera de, por ejemplo, trámites administrativos o gestiones obligatorias para cualquier ciudadano o ciudadana. La proliferación de las tecnologías y el peso exponencial que estas tienen en nuestro día a día, convierte su conocimiento en un factor de control y poder. La consecuencia más inmediata es que “la capacidad de acceso a la información y su manejo se agrega a las variables tradicionales para catalogar la posición de las personas y los grupos dentro de la jerarquía social” (Ferreira y Díaz 2009). Es decir, se establece una correlación entre información y posición social. No tener información o no poder acceder a ella, es un factor más de discriminación.

La falta de acceso a la tecnología es un motor generador de lo que se denomina info-exclusión. Un término que define los efectos negativos de la brecha digital. Rodríguez-Victoriano (2010) estudia este término y sus consecuencias, estableciendo dos dimensiones en torno al concepto: los derivados de los procesos sociales de desigualdad que impiden el acceso material a las TIC y al conocimiento de ellas (necesario para superar el analfabetismo digital); y los que impiden los procesos de socialización que representa Internet (diversidad de fuentes, relaciones sociales, etc.), así como la participación que conlleva su uso en espacios alternativos. Las mujeres con discapacidad presentan riesgo en ambas dimensiones. La posición económica que hemos dibujado en el apartado anterior conlleva una

consecuencia directa: si el acceso a la educación está restringido y la tasa de empleo es baja, los recursos para adquirir tecnología y/o su conocimiento, también lo serán. Se genera así un círculo –el que acompaña a los procesos de exclusión–difícil de romper.

No hay duda de que la tecnología mejora la calidad de vida global de las personas con discapacidad al facilitar su formación, el acceso al empleo, al ocio o a la comunicación (un 72% de las personas con discapacidad que participaron en el informe de la Fundación Adecco sobre tecnología y discapacidad (2021) aseguraron que las tecnologías les fueron de ayuda para el desempeño de su puesto de trabajo), pero existe un riesgo cierto de que las mujeres con discapacidad queden fuera de esa mejora, pues si ellas no participan de la transformación digital, aparte de desaprovecharse su talento y su capacidad como fuerza de trabajo, se verá incrementada la vulnerabilidad social que las caracteriza como grupo, lo que supone una aceleración y una perpetuación de los procesos de desigualdad e incrementa sus posibilidades de ser abandonadas socialmente (Gomiz 2017).

#### **4. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN**

El principal objetivo de esta investigación es observar la repercusión de la capacitación tecnológica en el contexto de las mujeres con discapacidad como grupo social y el papel que en dicho proceso ellas refieren. A partir de este objetivo principal, son dos nuestros objetivos secundarios: enumerar las barreras, los riesgos y las oportunidades que este grupo social encuentra en la sociedad hiperconectada; y evaluar cómo perciben las propias mujeres la imagen que se ofrece de ellas como grupo dentro de la sociedad, así como el peso que esta tiene en la conformación de su identidad dentro del proceso de transformación tecnológica que se está produciendo.

Para ello hemos realizado una revisión bibliográfica de los escasos informes y estadísticas que incorporan la transversalidad de género en el análisis de las personas con discapacidad y hemos aplicado la técnica cualitativa de los grupos de discusión. En ese sentido, hemos analizado los discursos obtenidos sobre el papel de la tecnología en diferentes ámbitos, en dos grupos de discusión formados por mujeres con distintos tipos de discapacidad, y uno por profesionales que trabajan en organizaciones o entidades de mujeres con discapacidad, y familiares de éstas. La elección del grupo de discusión como técnica viene motivada por la capacidad que los diseños cualitativos presentan a la hora de interpretar y reconstruir la

realidad (Vallés 2014; Barbour 2013), en línea con las nuevas corrientes de estudio de la discapacidad que reclama que se escuche a las personas con discapacidad en primera persona. En la conformación de los grupos hemos tratado de lograr un equilibrio entre la homogeneidad interna que nos permitiera alcanzar consensos necesarios para el cumplimiento de los objetivos de la investigación, y la heterogeneidad entre ellos que nos ayudara a alcanzar la saturación del discurso (diferentes tipos de discapacidad congénitas y/o adquiridas; distintos grados de afección de la discapacidad que presentan; diferentes niveles socioeconómicos y distintos grados de formación y edades), en línea con las indicaciones al respecto de autores como Gutiérrez-Brito (2009). Los anexos 1 y 2 resumen las principales características técnicas de la muestra seleccionada<sup>4</sup>.

## 5. PRINCIPALES RESULTADOS

### *5.1. La tecnología se entiende como un requisito en la vida diaria, pero continúa existiendo una fuerte brecha digital, en la que el poder adquisitivo y el tipo de discapacidad son fundamentales*

La tecnología y “*estar conectadas*” se ha convertido en algo indispensable, especialmente desde la pandemia. También lo consideran así las mujeres con discapacidad participantes, pese a que algunas de ellas aseguran que hasta el confinamiento no se habían planteado tener un teléfono inteligente o aprender a hacer gestiones a través del ordenador o el móvil. Sin embargo, son varias las que han tenido que implementar por obligación

---

<sup>4</sup> En línea con las recomendaciones de Morgan (1996) buscamos una homogeneización de preguntas y procedimientos, pese a las adaptaciones realizadas por razones de accesibilidad. Los grupos de discusión fueron grabados para su posterior transcripción y análisis. En el grupo 2 se realizaron ajustes razonables para cubrir las necesidades específicas de algunas de las participantes y garantizar su accesibilidad al grupo (uso de un lenguaje asequible y presencia de un intérprete de lenguas de signos. Además, dado que una de las mujeres sordas tiene implante, hubo que promover que las participantes hablasen despacio y con la mayor claridad posible). El análisis de las transcripciones tanto de los grupos como de las entrevistas, han constituido el corpus de datos textuales. A partir de ellos se establecieron los principales ítems y categorías de análisis, siendo las unidades de contenido los fragmentos del discurso donde se expresan ideas o se hacen referencias a temas (Gil, García y Rodríguez 1994).

la tecnología a sus rutinas y también las que han tenido que recurrir a terceros para hacer algún tipo de trámite que hasta el momento habían podido desarrollar por otras vías y ahora sólo pueden hacer de forma digital. Incluso las mujeres sin estudios o aquellas con más problemas para comunicarse sin adaptaciones (mujeres sordas y con discapacidad intelectual o psicosocial) aseguran que se ha producido un cambio, y que el acceso a la tecnología ha pasado a ser algo fundamental, o incluso una necesidad para estar conectado con la sociedad, la administración, o la familia.

Esta inmersión en lo digital que ha supuesto la pandemia ha sido una *ventaja* para alguna de ellas, en cuanto a la aparente facilidad de acceso a determinados espacios y procesos; pero también ha generado *impotencia y frustración* en otras que no han podido hacer tareas que antes estaban integradas en su día a día sin demasiada dificultad, como pedir una cita médica o hacer una gestión con la administración. Algunas advierten que les ha resultado imposible hacerlo bien—o incluso hacerlo—por no tener la tecnología requerida o bien por no saber cómo, dejando de hacer gestiones o de solicitar una cita médica por la imposibilidad de hacer uso del recurso necesario. Los impedimentos que indican son varios: no disponer de internet en casa y no poder salir a “conectarse”, no poder bajarse una aplicación (*app*) en concreto; no saber cómo hacerlo; no saber el funcionamiento; o la falta de aplicaciones realmente accesibles y que den cobertura a las necesidades específicas que requiere su discapacidad.

La falta de ajustes razonables o directamente la no accesibilidad las hace sentirse excluidas y consideran que su vida ahora es más complicada. Esto sobre todo sucede en aquellas de mayor edad, con discapacidades de tipo sensorial o intelectual. Muchas de estas mujeres no habían tenido nunca contacto con la tecnología, por lo que partían de una desventaja respecto a otros/as usuarios que llevan una década con rutinas digitales —aunque fueran básicas—y avanzar para ellas ha sido más complejo.

En el otro lado, nos encontramos mujeres —aquellas con mayor nivel de estudios o puestos de trabajo cualificados—que aseguran que este “*aluvión de tecnología*”, las hace sentir que tienen más libertad que antes pues se reducen problemas relacionados con la falta de accesibilidad física. Sin embargo, es generalizada —en mujeres con discapacidad y también en los profesionales—la preocupación de que la tecnología sustituya el contacto y las relaciones personales por los trámites a realizar a través de internet, pues temen sentirse más aisladas o que se agudice una sensación de soledad que suele estar presente en sus discursos. Consideran que lo ideal sería seguir trabajando en generar espacios accesibles no solo digitales, sino también

físicos y consideran que el aislamiento puede convertirse en un enemigo a la hora de tener presencia y visibilidad en la sociedad.

Otro problema para ellas es el tema económico: aquellas mujeres donde las necesidades básicas no están cubiertas consideran el acceso a internet o a un teléfono móvil, algo casi imposible, e *“ignorar eso, es ignorar su realidad y también ignorarlas a ellas”* (Grupo 3).

Se evidencia que, si de algo ha servido la pandemia, es para poner demostrar que *“queda mucho camino por recorrer”* con respecto a la tecnología, y descubrir que realmente estamos dejando fuera a muchas personas, y entre ellas, a muchas mujeres con discapacidad. En este sentido, califican de *“inmensa”* la brecha digital, notándose claras diferencias en función de los recursos económicos y la situación laboral de las mujeres.

Por otro lado *“entender o asumir el manejo”* de las aplicaciones resulta muy complejo para personas con determinadas discapacidades (mujeres con discapacidad psicosocial, intelectual o mujeres sordas) que quedan fuera por falta de adaptaciones, lo que genera más aislamiento y una aceleración del círculo de exclusión que ha sido especialmente grave en los periodos vividos.

## ***5.2. La tecnología puede mejorar la empleabilidad, pero no siempre y no a todas***

Con respecto al empleo, se observan de nuevo diferencias, según la situación de partida. Las mujeres que consideran que la tecnología las ha ayudado a mejorar su situación laboral, son aquellas que tienen un mayor nivel de estudios y/o las que reconocen tener mejor posición económica bien por su familia, bien por ellas mismas. De hecho, las mujeres con peores condiciones laborales que participaron aseguran que encontrar un empleo resulta tan complicado para ellas, que meter más elementos a la hora de conseguirlo es incrementar la dificultad para acceder.

De esta forma, se corrobora el círculo de exclusión al que hacíamos alusión y que pone de manifiesto la convergencia de factores discriminatorios que se unen y se solapan eclipsando las opciones de salir de él, evidenciando las desigualdades estructurales que existen, y su peso en los discursos vitales, en función de la posición económica y de la posibilidad de disponer o no de recursos y de adaptaciones.

De hecho, aquellas cuya posición es más ventajosa, consideran que la tecnología sí es una clara ventaja por diversos motivos: evitar el desplazamiento al centro de trabajo que en ocasiones se convierte en una carrera



de obstáculos; disponer de aseos adaptados en casa; reducir barreras arquitectónicas; o disponer de espacios realmente accesibles (los conformados en el propio hogar). Creen que el teletrabajo evita enfrentarse a una realidad que se desentiende de la importancia de configurar espacios para todos y todas y es una forma de alejarse de los estereotipos y los prejuicios que las acompañan en su día a día y que confrontan al cruzarse con gente por la calle, enfrentarse a miradas de condescendencia, o pelear por reivindicar sus capacidades de forma constante. Incluso para algunas de ellas, es una posibilidad de *competir* en igualdad de condiciones ante clientes, usuarios, compañeros o incluso superiores del propio entorno. Una lectura que, sin embargo, fue rebatida por otras participantes que aseguran que, bajo ningún concepto, la tecnología puede convertirse en un *“agujero donde esconderse”* pues de esta forma *“gana la intolerancia, el estereotipo. La sociedad debe entender que somos iguales al resto pese a nuestra discapacidad. Si escondernos es la forma de reivindicar nuestro papel, mal vamos”* (Grupo 1).

Sea como fuere, lo cierto es que se reconoce la ventaja que supone situaciones como el teletrabajo, aunque para algunas es más una amenaza y representa otra forma de exclusión relacionada nuevamente con la discriminación interseccional por ser mujeres y tener una discapacidad, con situaciones donde se identifican discriminaciones asociadas a las mujeres, que se reivindican desde hace décadas y que son barreras en la promoción laboral, como el techo de cristal, la presencia en la conformación de las relaciones informales y la conciliación (*“se subestima tu tiempo, y vives esclava del tiempo de otros. Si te vas a trabajar cierras la puerta y hasta la vuelta, si estás en casa, tienes que poner la lavadora y cocinar mientras mandas un email. Si eres hombre, tu trabajo sigue siendo lo primero”* (Grupo 3)), todas ellas con un fuerte sesgo patriarcal.

De esta forma se reivindica la capacidad de poder elegir, y de no forzar a que el teletrabajo sustituya la eliminación de barreras y la mejora en accesibilidad para que las personas con cualquier tipo de discapacidad puedan desarrollar su carrera en igualdad de condiciones, algo que parece imposible para las expertas y los expertos entrevistados y que una vez más, pasa por el desconocimiento que tiene la sociedad de lo que es la discapacidad, de la heterogeneidad que la caracteriza, y de la falta de un análisis de las personas según sus capacidades, y no por llevar la etiqueta de persona con discapacidad. Además, aseguran que la realidad de la mayoría de las mujeres con discapacidad no es la de estar en despachos o en oficinas, sino que mayoritariamente hacen trabajos de manipulación, limpieza o servicios, generalmente muy precarios, para los que el uso de la tecnología es prácticamente innecesario, por lo que reivindican —como ya avanzábamos— que

el foco no se ponga exclusivamente en la accesibilidad digital, olvidando el resto de accesibilidades que están pendientes.

El resultado final, es un fomento de la brecha digital, y a partir de ella, una consolidación de la brecha laboral, que como hemos visto afecta de forma específica a las mujeres con discapacidad.

En esta línea, surge un miedo compartido ante la posibilidad de que las tecnologías mermen las opciones de las mujeres con discapacidad a encontrar un empleo y triunfe el discurso del capacitismo, ejerciendo de motor de expulsión de estas mujeres, al resultar más sencillo invertir en tecnología que en capital humano, más cuando *“ese capital humano está lleno de etiquetas que recuerdan que para muchos tiene menor valor social (Grupo 1)”*. Este testimonio resume la idea expuesta, encontrando razones basadas en el capacitismo y en el patriarcado, propias de la discriminación interseccional ya descrita:

*“Yo limpio... me gano la vida así. Si ponen un robot de esos que limpian solos, a mí me mandan a casa...[...]. ¿Enseñarme a usarlo?. No lo van a hacer, elegirán a otro más listo, a ser posible un hombre. Si yo no sirvo para pasar la fregona, no sirvo para nada para ellos”. (Grupo 2)).*

### ***5.3. Es necesario invertir en formación tecnológica para las mujeres con discapacidad, independientemente de su edad***

La tecnología, en cualquier caso, ha de ser asequible y accesible, y ha de acercarse tanto a las niñas con discapacidad, como a las mujeres que ya son mayores, para no generar bolsas de exclusión perennes. En ambas franjas de edad queda mucho por hacer, pues las mujeres han de perder el miedo a lo digital y para ello hay que empoderarlas; pero también las familias han de invertir en su educación y no siempre se entiende esta necesidad. Una vez más, estamos ante un discurso capacitista: no se *“invierte”* en formar a las mujeres con discapacidad porque no se les atribuye *“valor social”*. Un discurso sin duda perverso, y una fuente de discriminación en sí mismo.

### ***5.4. El gran reto no solo es crear usuarias pasivas, sino apostar por generar usuarias activas***

Cambiar de un rol pasivo a un rol activo, implicaría también una oportunidad laboral para algunas mujeres con discapacidad. Esto pasa por un cambio de mentalidad del entorno y por entender que invertir en una

tecnología accesible, con procesos accesibles y con información accesible, no solo implica una oportunidad para hacer usuarias de aplicaciones y tecnologías hechas, sino una oportunidad laboral en sí misma, no solo por lo que permite saber usar la tecnología, sino desarrollarla. Nuevamente, surgen para ello, barreras visibles e invisibles: la falta de accesibilidad real, un nivel educativo bajo y, sobre todo, la imagen que se proyecta de estas mujeres en la sociedad y que veremos a continuación. En este sentido, el gran logro sería que las mujeres con discapacidad fueran promotoras de contenidos, programadoras de sistemas o trabajadoras del sector: *“No se trata de pensar por nosotras, sino en nosotras, pero sobre todo de dejarnos pensar a nosotras. Ese es el cambio real”* (Grupo 2).

### **5.5. Para avanzar, hay que romper estereotipos y conformar una imagen real de las mujeres con discapacidad**

Actualmente en la sociedad se mantiene una imagen que asocia a las mujeres con discapacidad con seres buenos, dulces, ajenos a la sexualidad, al amor de pareja o a la belleza que rige en la sociedad actual. Sólo aparecen en los medios de comunicación como víctimas o como supermujeres, vinculadas a historias de superación, o de deportistas de alto nivel. Imágenes con las que ellas mismas no se sienten identificadas y que generan frustración, rechazo y baja autoestima; y que, además, merma sus opciones laborales:

*Si somos tan buenas, si somos tan dulces ¿cómo vamos a estar preparadas para liderar un proyecto, por ejemplo? Ellos lo que presuponen es que somos incapaces de desarrollar un trabajo, o que somos discapacitadas, por el hecho de tener una discapacidad.* (Grupo 2).

Una imagen que no ayuda a empoderar a las mujeres con discapacidad, algo que consideran fundamental para poder reivindicar sus derechos y pelear por el sitio que merecen en la sociedad:

*Una mujer que se siente rechazada constantemente por el entorno aprende a caminar con la cabeza agachada, no se enfrenta al mundo y asume que es inferior. Esto es peligroso, porque se culpa así misma de lo que la pasa y entiende que tienen derecho a tratarla mal. Se normaliza la discriminación y muchas veces la violencia del entorno, que hay mucha, y tiene grave consecuencias en la autoestima* (Grupo 3).

Dado que la tecnología, aun con todo, es una oportunidad para las mujeres con discapacidad en prácticamente todos los ámbitos, es necesario reivindicar que se entienda así y no se deje fuera a estas mujeres a la hora

de diseñar los entornos digitales. Para ello es fundamental que haya una transversalidad en las políticas, en las rutinas de uso y en los consumos y que la tecnología se contemple desde la diversidad. De hecho, aquellas que reconocen manejar mejor las tecnologías, creen que estamos ante una fuente de oportunidades, y que ahora es el momento de buscar visibilizar la situación y las necesidades de las mujeres con discapacidad a través de instrumentos como son, por ejemplo, las redes sociales, un lugar de encuentro donde pueden reivindicar un espacio propio que hasta el momento difícilmente podían exigir.

### ***5.6. Las más invisibles son las grandes olvidadas y las que menos mejoran por la tecnología***

Sin embargo, lo cierto es que algunas de estas mujeres reconocen que, si bien el potencial es grande, ellas han notado muy poco los beneficios expuestos antes. De las entrevistadas, quienes indican que menos han *disfrutado* de las ventajas de la tecnología son —como venimos indicando— las mujeres con discapacidad intelectual, psicosocial y las mujeres sordas, que son las que más riesgos presentan a quedar fuera de la digitalización. De hecho, son las que menos participan de los avances tecnológicos en general. Cuanto mayor sean las adaptaciones que se requieren, más opciones hay de que no se realicen y, por tanto, de que queden fuera, lo que provoca aislamiento (más) y, muchas veces, abandono.

### ***5.7. Otros riesgos relacionados con la tecnología***

Ser víctima de fraudes, agresiones verbales o abusos, son algunos de los peligros que se identifican y asocian al uso de la tecnología en nuestra investigación. También aquí las mujeres con discapacidad intelectual, psicosocial y las mujeres sordas, están más indefensas. En parte, porque hablamos de mujeres muy vulnerables, no por la discapacidad o porque sean débiles, sino por el entorno y las circunstancias que las rodean. Si bien se observa que los y las participantes entienden que el mundo digital implica una serie de riesgos difíciles de identificar para un usuario corriente, estas mujeres suelen estar más expuestas a dichos riesgos, porque son expulsadas de la práctica habitual de la tecnología. La formación y dedicar recursos que las permita discriminar son un requisito para que puedan protegerse, pero no sirve de nada, si no hay opciones adaptadas a sus necesidades.

## 6. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

El objetivo principal del análisis que da lugar a este artículo era observar la repercusión de la llamada transformación digital que se está produciendo, en el contexto de las mujeres con discapacidad como grupo social y el papel que ellas reivindican en dicho proceso. En este sentido, podemos afirmar que efectivamente la capacitación digital es una oportunidad para la inclusión de grupos especialmente vulnerables o en riesgo de exclusión, como son las personas con discapacidad, pero también “un proceso de transformación multidimensional que es a la vez incluyente y excluyente en función de los valores e intereses dominantes en cada proceso, en cada país y en cada organización social” (Castells 1998).

Los datos analizados sobre la situación económica de las mujeres con discapacidad corroboran una situación de inferioridad social del grupo, que dificulta su acceso de forma específica a espacios determinados, y que se convierte en una barrera de acceso a la tecnología y sus potenciales ventajas. Estamos ante un grupo con menores tasas de empleo y actividad, mayor precariedad laboral, objeto de una brecha salarial significativa y, en definitiva, con una posición de inferioridad social impuesta por una sociedad capacitista (Caballero 2013, Toboso 2017) que entiende que el funcionamiento y las habilidades consideradas normales definen al ser humano, por lo que las personas con discapacidad no pueden equipararse al resto por no ser personas humanas completas (Otaola-Barranquero y Huete-García 2019). Una construcción social que resulta más lesiva en el grupo que estudiamos, pues “el género (...) es una variable de análisis fundamental a la hora de analizar los procesos de exclusión de las personas con discapacidad” (Jiménez-Lara y Huete-García 2013, p.202) y las mujeres con discapacidad se encuentran ante un círculo complejo difícil de romper: no tener empleo contribuye a tener menos recursos económicos y por tanto un menor acceso a la tecnología, lo que a su vez restringe las oportunidades de tener empleo y limita la tasa de ocupación y, por tanto, de tener recursos que permitan acceder a la tecnología. Lo mismo sucede si hablamos de educación: la igualdad de oportunidades que implica la educación inclusiva pasa en estos momentos también por la tecnología. La falta de acceso a la tecnología restringe las opciones para la educación y la falta de educación implica menor conocimiento en tecnología y menores oportunidades de ingreso en el mercado laboral, lo que implica a su vez menos recursos y, por tanto, menos opciones para acceder a la tecnología.

Las mujeres con discapacidad se convierten así en potenciales analfabetas digitales, con el riesgo que esto supone y confrontan procesos de info-exclusión en las dos dimensiones estudiadas: de un lado, la situación de mayor precariedad y escasez de recursos las impide el uso material de la tecnología y del conocimiento que esta conlleva, perpetuando el rol de analfabetas digitales descrito; y por otro, esa limitación material, las deja fuera de los procesos de conocimiento y de socialización que representa. En el caso del empleo resulta evidente: la tecnología es un instrumento clave para encontrar trabajo, no solo porque su conocimiento y acreditar su manejo es un requisito de acceso a algunos puestos, sino también porque no tenerlo, complica el uso de la tecnología e incluso, el acceso a internet, que se han convertido en una herramienta vital en la búsqueda de empleo (Seguí 2001) junto a las redes sociales.

En definitiva, observamos cómo las mujeres con discapacidad quedan relegadas a espacios singulares que implican un alejamiento de los espacios ocupados por el grupo social mayoritario (Estivill 2003), y excluidas no solo de los procesos relacionados con el acceso a la información y su uso, sino también con el conocimiento generado en torno a la propia tecnología.

La pandemia motivada por el COVID-19 ha obligado a acercarse a estas mujeres —y a la sociedad en general— a la tecnología, y ha evidenciado las desigualdades que existen incluso dentro del mismo grupo social, determinadas por los recursos de los que dispone cada mujer (si la tecnología no es asequible, es difícil para muchas de estas mujeres poder acceder materialmente a ella), y también por el tipo de discapacidad que tenga. Se observa que cuanto mayores sean los ajustes necesarios para conseguir una tecnología accesible, más difícil será disponer de la misma, lo que supone que las mujeres con discapacidad intelectual, psicosocial y las mujeres sordas, por ejemplo, sean grupos especialmente vulnerables en relación al riesgo de quedar fuera del desarrollo tecnológico por la falta no solo de una accesibilidad de entrada, sino porque la información necesaria no es accesible (una vez más estamos ante un proceso de info-exclusión en las dos dimensiones que lleva asociado el fenómeno).

A esto se suma una falta de conocimiento por parte de la sociedad de lo que es la discapacidad, de la heterogeneidad que va implícita en ella y de las necesidades de las personas con discapacidad según el tipo de discapacidad que tengan, pero, sobre todo, un desconocimiento de las capacidades que tienen las personas —en este caso, las mujeres— con discapacidad. Se añaden, además, los estereotipos y estigmas que se asocian

a este grupo y que conforman una imagen irreal que las hacen permanecer ajenas a muchos espacios de la sociedad negándolas, incluso, su identidad como mujeres, lo que también las aleja de un mundo tecnológico diseñado habitualmente por hombres, o pensando en un rol de mujeres que no se corresponde con el que ellas han percibido como propio desde que nacieron.

En definitiva, se observa cómo se impone la necesidad de entender la transformación digital como un derecho para todos y todas, y para conseguirlo se necesita una accesibilidad real y que las mujeres con discapacidad vean en dicha transformación contempladas sus necesidades y también sus preferencias. Además, hay que dotarlas de habilidades y competencias digitales desde pequeñas, pero también hay que atender a la formación continua, dada la velocidad con la que la tecnología avanza y para llegar a aquellas mujeres cuya discapacidad es sobrevenida. Es importante pensar en la transformación tecnológica como una vía para acceder al empleo, no sólo a empleos básicos sino también a aquellos relacionados con la propia tecnología: como sujetos activos y no solo pasivos (como creadoras, como diseñadoras o como programadoras, por ejemplo). Esa es la verdadera accesibilidad y la inclusión plena que ha de implicar la transformación digital en sus vidas, pero entendiendo que no ha de suplir la necesidad de atender al *otro empleo*, el de la mayoría de las mujeres con discapacidad, donde la precariedad sigue siendo una constante, y los procesos tecnológicos no influyen en su bienestar y, si lo hacen, implican más un riesgo de expulsarlas y sustituirlas por máquinas. Por último, es importante resaltar que existe en la digitalización una oportunidad para construir un espacio de generación del discurso público (Aparici y García-Marín 2018) donde muchas de estas mujeres consideran que pueden reivindicar su lugar. En nuestra investigación, se observan voces de mujeres con discapacidad –las de aquellas que tienen una posición más privilegiada –que advierten de la necesidad de empoderar a este grupo social, para que reivindique su espacio en los nuevos entornos digitales, y reclame a los poderes públicos recursos que las permitan acceder a las posibilidades que el desarrollo tecnológico ofrece, conscientes de la importancia que las TIC tienen a la hora de avanzar en su inclusión efectiva en la sociedad. Huir de un discurso del capacitismo y romper con la imagen de vulnerabilidad e inferioridad social que las acompaña, forma parte del camino a recorrer; pues si bien “la irrupción de tecnologías adaptadas, la consolidación del teletrabajo o el potencial de la digitalización para acabar con barreras de discriminación basadas en variables como la fuerza física, la inercia o roles, abren un gran campo de posibilidades para impulsar su empleo” (Fundación Addeco 2021, p.14) es

difícil sentir la repercusión positiva si el grupo es socialmente invisible. Ese es el gran reto.

## 7. REFERENCIAS

- APARICI, R. Y GARCÍA-MARÍN, D. (2018). Prosumidores y emirecs: Análisis de dos teorías enfrentadas. *Comunicar*, 55, pp. 71-79.
- BARBOUR, R. (2013). *Los grupos de discusión en investigación cualitativa*. Morata.
- CABALLERO, I. (2013). “Interseccionalidad”, en Peláez, A. y Villarino, P. (dir). *La transversalidad de género en las políticas públicas de discapacidad-manual, Volumen II*. Madrid, Ed. Cinca.
- CASTELLS, M. (1998). *La era de la información* (Vol. I). Madrid: Ed. Alianza.
- CERMI (2010). *Contribución del CERMI al estudio analítico sobre la violencia contra las mujeres y las niñas y la discapacidad*.
- CERMI (2012). *Segundo Manifiesto de los derechos de las mujeres y niñas con discapacidad de la Unión Europea*.
- ESTIVILL, J. (2003). *Panorama de la lucha contra la exclusión social, conceptos y estrategias*. Organización Internacional del Trabajo.
- FERREIRA, M. A. Y DÍAZ, E. (2009). Discapacidad, exclusión social y tecnologías de la información. *Política y Sociedad*, 46 (1) y (2), pp. 237-253.
- FUNDACIÓN ADECCO (2021). *Informe Tecnología y Discapacidad*.
- FUNDACIÓN TELEFÓNICA (2021). *Sociedad Digital en España 2020-2021*.
- GIL, J.; GARCÍA, E. Y RODRÍGUEZ, G. (1994). El análisis de los datos obtenidos en la investigación mediante grupos de discusión. *Enseñanza*, 12, pp. 183-199.
- GOMIZ PASCUAL, P. (2021). Ciudadanía inclusiva, redes sociales y mujeres con discapacidad: oportunidades y riesgos”. *Intersticios, Revista Sociología de Pensamiento Crítico*, vol 15 (2).
- GOMIZ PASCUAL, P. (2018) “La invisibilidad de la violencia contra las mujeres con discapacidad: análisis de la situación en España”, en *Nuevos Horizontes en el Derecho de la Discapacidad: Hacia un derecho inclusivo*. Martínez Pujalte, Antonio (Ed). Aranzadi, Madrid. Páginas 397-412.
- GOMIZ PASCUAL, P. (2017a). Vulnerabilidad y exclusión social en las mujeres con discapacidad. *Revista Documentación Social*, nº 184 (2017), Madrid, págs. 153-178.
- GUTIÉRREZ-BRITO (2009). “Técnicas grupales”, en Callejo (coord.) *Introducción a las técnicas de investigación*. Editorial Universitaria Ramón Areces.
- HABIB, L.A. (1995). Women and disability don't mix!: double discrimination and disabled women's rights. *Gender and Development*, 3, (2), pp.49-62.
- HANNA, W. Y ROGOVSKY, B. (2008). “Mujeres con discapacidad. La suma de dos obstáculos”, en Barton, L. (coord.), *Superar las barreras de la discapacidad*. Morata.
- HUETE-GARCÍA, A. (2013). *Pobreza y exclusión social de las mujeres con discapacidad en España*. Madrid, CERMI.



- ONTSI (2021). *Índice de Economía y Sociedad Digital (DESI)*.
- JENKINS, H.; ITO, M. Y BOYD, D. (2016). *Participatory culture in a networked era*. Cambridge, Polity Press
- JIMÉNEZ-LARA, ANTONIO Y HUETE-GARCÍA, AGUSTÍN (2013). Recopilación de datos y estadísticas sobre género y discapacidad, en Pelaez, A. y Villarino P. (dir). *La transversalidad de género en las políticas públicas de discapacidad-manual. Volumen II*. Madrid, Ed. Cinca.
- KNUDSEN, B. S. (2006). "Intersectionality: A Theoretical Inspiration in the Analysis of Minority Cultures and Identities in Textbooks", en Bruillard, E. et. al (eds.). *Caught in the Web or Lost in the Textbook?*. Caen, IARTEM.
- MCCALL, L. (2005). The Complexity of Intersectionality. *Signs*, 30 (3), pp. 1771-1800.
- MOLANO, A. (2010) *La imagen de la mujer con discapacidad a través de los medios de comunicación*. Observatorio Medios de Comunicación y Sociedad. Fundación 1º de mayor ed.
- MORGAN, D. L. (1996). Focus groups. *Annual review of sociology*, 22, pp.129-152.
- OBSERVATORIO DE LA DISCAPACIDAD (2019). *Informe Olivenza 2019, sobre la situación general de la discapacidad en España*.
- OBSERVATORIO DE LA DISCAPACIDAD (2021). *Informe Olivenza 2020/2021, sobre la situación general de la discapacidad en España*.
- ODISMET (2021). *Informe anual del Observatorio de la Discapacidad y Mercado de Trabajo de la Fundación ONCE*.
- OTAOLA-BARRANQUERO, M. Y HUETE-GARCÍA, A. (2019). *Capacitismo: un fenómeno sociodemográfico*. Fundación CASER.
- PATTEN, S. (2013). Assessing the Potential of New Social Media. *Canadian Parliamentary Review*, 36, (2), pp. 21-26.
- RAMOS, E. (2009) Autonomía Personal de las mujeres con discapacidad: el caso de la accesibilidad a las ayudas técnicas y nuevas tecnologías, *Feminismo/s*, 13, pp.171-186.
- RITZER, G. 1993. *Teoría sociológica contemporánea*. Mc Graw Hill.
- RODRÍGUEZ-VICTORIANO, J.M. (2010). "Tecnologías convergentes y democratización del conocimiento científico", en Casado, M. (Coord.) *Bioética y nanotecnología*. Barcelona, Ed. Civitas.
- SCOLARI, C. (2008). *Hipermediaciones*. Gedisa.
- SEGUÍ, B. (2001). La globalización y su repercusión en el empleo. *Proyecto Social: Revista de relaciones laborales*, 9, pp.107-126.
- SERRATO, M; DÍAZ, R.M. Y CORONA, A. (2017). "Violencias contra mujeres con discapacidad: la necesidad del feminismo en Tierra de nadie", en Lima, A.I.; Pastor, E. y Verde, C. (Coords.), *Comunidades sostenibles: Dilemas y retos desde el Trabajo Social*. Madrid. Thomson Reuters Aranzadi.
- ONU (2006). *Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad*.
- TOBOSO, M. (2017). "Capacitismo", en Lucas-Platero, R.; Rosón M. y Ortega, E. (eds.), *Barbarismos queer y otras esdrújulas*. Ed. Bellaterra, Barcelona.
- VALLÉS, M. 2014. *Técnicas cualitativas en investigación social*. Síntesis.

## ANEXO 1: PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DEL GRUPO 1 Y 2

Características	Grupo 1	Grupo 2
Composición	5 mujeres	6 mujeres
Edad	2 de 21 a 35 años; 2 de 36 a 55 años; 1 de más de 55 años	3 de 21 a 35 años; 2 de 36 a 55 años; 1 de más de 55 años.
Acceso/uso a la tecnología	Todas tienen acceso a internet y son usuarias al menos ocasionales.	3 tienen acceso total a internet; 2 acceso limitado y 1 muy limitado (de hecho, dos de ellas para poder participar en el grupo, tuvieron que acudir a los centros de las asociaciones a las que pertenecen, respectivamente).
Nivel educación	Estudios superiores (2) Estudios medios (2) Estudios básicos (1)	Estudios medios (2); Estudios básicos (3); Sin estudios (1)
Tipo de discapacidad*	Todas son mujeres con distintos grados de discapacidad. Los tipos de discapacidad son: neurodegenerativa (2); sensorial/vista (2); física (1)	Todas son mujeres con distintos grados de discapacidad. Los tipos de discapacidad son: discapacidad psicosocial (2); discapacidad cognitiva (1); sensorial/sordera (2);
Duración del grupo	Una hora y 23 minutos.	Una hora y 10 minutos

(\*Varias mujeres presentan más de una discapacidad, lo que es habitual, pero hemos indicado la que prevalece según su consideración).

Fuente: *Elaboración propia.*

## ANEXO 2. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DEL GRUPO 3

<b>Características</b>	<b>Grupo 3</b>
Composición	7 mujeres y 1 hombre
Edad	4 de 21 a 35 años; 3 de 36 a 55 años; 1 de más de 55 años.
Acceso/uso redes sociales	Todas
Relación con mujeres con discapacidad	Profesionales que trabajan con personas con discapacidad cognitiva o psicosocial (2; 1 de ellas también es familiar de mujer con discapacidad). Profesional que trabaja con personas sordas (1). Presidenta de una Asociación de Mujeres con discapacidad y abogada en otra asociación de personas con discapacidad física (1). Familiar de mujer con discapacidad neurológica (1). Trabajadora social que atiende a mujeres con distintos tipos de discapacidad y experta en discapacidad (ámbito universitario) (1). Experta en discapacidad (ámbito universitario) (1) *Casualmente, 2 de los profesionales que participaron tienen una discapacidad reconocida. En ambos casos es física.
Duración	Una hora y 35 minutos

Fuente: *Elaboración propia.*



16.

# *El apoyo contra la exclusión laboral de las personas con discapacidad en contexto COVID-19 en Barcelona*

**SERGI MORERA**

*Cap de Planificació i Avaluació Institut Municipal de Persones amb Discapacitat @sergimorera  
[smorera@bcn.cat](mailto:smorera@bcn.cat);*

**ÀNGELS GARCIA**

*Cap de l'Equip d'Atenció Laboral IMPD  
[agarcia@bcn.cat](mailto:agarcia@bcn.cat)*

**LOLA MONTEJO**

*Coordinadora Xarxa d'Inclusió Barcelona  
[@lolamontejoc](mailto:@lolamontejoc)  
[mmontejoc@ext.bcn.cat](mailto:mmontejoc@ext.bcn.cat)*

**ASSUMPTA SOLER**

*Coordinadora Institut Municipal de Persones amb Discapacitat  
[asolerf@bcn.cat](mailto:asolerf@bcn.cat)*

**LAURA TRUJILLO**

*Tècnica Planificació i Avaluació Institut Municipal de Persones amb Discapacitat  
[@\\_laura\\_trujillo](mailto:@_laura_trujillo)  
[ltruji@bcn.cat](mailto:ltruji@bcn.cat)*

## **Abstract**

La pandemia ha afectado al mercado de trabajo de personas con discapacidad. Ha supuesto una situación de mayor paro, una caída general de la contratación y cambios en la proporción de personas contratadas en mercado laboral protegido y ordinario. La red de apoyo a las personas con discapacidad en Barcelona ha intervenido para contrarrestar tendencias negativas y ofrecer alternativas a la contratación en el mercado ordinario. Es necesario consolidar algunas de las medidas llevadas a cabo para ofrecer alternativas laborales a las personas con discapacidad.

**Contenido**

El apoyo contra la exclusión laboral de las personas con discapacidad en contexto COVID-19. Contratación y mercado de trabajo de las personas con discapacidad. Apoyo a la inclusión laboral en contexto COVID-19. El Equipo de Asesoramiento Laboral del Instituto Municipal de Personas con Discapacidad. La Red para la Inclusión Laboral de Barcelona. El trabajo en red y el intercambio de conocimiento. Conclusiones. Bibliografía

Con la declaración del estado de alarma a causa de la pandemia de COVID-19 y las medidas de confinamiento de la población decretadas por el gobierno en marzo del 2020, la situación de precariedad y de inseguridad económica de muchas personas se vio agravada. No fueron una excepción las personas con discapacidad, la inclusión laboral en el mercado ordinario de las cuales parte de unos fundamentos débiles a causa de la falta de adaptación de los puestos de trabajo y el desconocimiento de las capacidades y las oportunidades por parte de la empresa. Las barreras en el acceso al mercado de trabajo de las personas con discapacidad se traducen en una tasa de actividad del 37,1 %, mientras que la tasa de actividad de la población general es de más del doble y se sitúa, según el Observatorio del Trabajo y Modelo Productivo, en un 79,7 % el año 2021. Es decir, por término medio solo participa en el mercado de trabajo una de cada tres personas con discapacidad en edad laboral, ya que en el caso de las mujeres la tasa es todavía inferior y se sitúa en el 34,7 %.

La crisis económica derivada de la alarma sanitaria ha puesto en riesgo la inserción laboral de las personas con discapacidad. Los últimos en incorporarse al mercado laboral, casi los primeros en ser expulsados de este. Las dificultades para mantener la actividad laboral han actuado de manera incisiva, incrementando la pérdida de trabajo y obstaculizando los itinerarios laborales de las personas con discapacidad. El informe del observatorio sobre discapacidad y mercado de trabajo en España, publicado por Odismet a raíz de la crisis de COVID-19, concluía que el 60 % de las personas con discapacidad que tenían un empleo estaban en riesgo de perder su trabajo a causa de la pandemia. El cierre de puertas a la inclusión laboral significa una amenaza para todo el colectivo. En este contexto, las tareas de asesoramiento legal y de apoyo llevadas a cabo por los servicios de inserción laboral se han tenido que multiplicar.

El empleo de las personas con discapacidad se configura sobre una doble dimensión: la del mercado protegido y la del mercado laboral ordinario. El mercado protegido lo forman los centros especiales de trabajo

(CET)<sup>1</sup>. Estos fueron concebidos como un instrumento de transición al mercado laboral para la inserción laboral de personas con discapacidad intelectual o derivada de un trastorno mental de un grado igual o superior al 33 % o de personas con discapacidad física o sensorial con un grado del 65 % o más. Las ayudas previstas para los CET son diversas y se aplican, entre otros, a la promoción de la contratación de personas con discapacidad (subvención de los costes laborales y de Seguridad Social), a la creación o ampliación de los centros, al mantenimiento de los puestos de trabajo (bonificación de la cuota empresarial en la Seguridad Social, subvención de costes salariales hasta el 50 % del SMI) o a la adaptación del puesto de trabajo<sup>2</sup>. Un 75 % de los contratos específicos para personas con discapacidad se hacen en CET<sup>3</sup>, con un salario que no se suele alejar mucho del salario mínimo interprofesional. Derivada de los CET está la figura del enclave laboral, que es el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, denominada empresa colaboradora, y un centro especial de trabajo (CET), para la realización de obras o servicios que guarden una relación directa con la actividad de la empresa. Se trata de una figura denominada “medida alternativa” a la cual pueden optar las empresas de 50 o más trabajadores que no han contratado directamente el porcentaje de personas con discapacidad previsto en la normativa. En los enclaves, un grupo de trabajadores con discapacidad del CET se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora<sup>4</sup>, aunque la organización del tra-

---

<sup>1</sup> Los CET a menudo han sido identificados como una opción segregadora. En su origen, se argumentaba que las personas con discapacidad eran incapaces de desarrollar un trabajo en el mercado ordinario de trabajo, sobre todo en el caso de la discapacidad intelectual (Parmenter, 2011). Inicialmente, ofrecían trabajo remunerado a personas con discapacidad, de manera que se cubrían gastos residenciales. La regulación de la relación laboral de los trabajadores y de los contratos laborales del CET es relativamente nueva, y los contratos acostumbran a estar remunerados con el salario mínimo interprofesional.

<sup>2</sup> <https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/encontrar-trabajo/empleo-para-personas-con-discapacidad/centros-especiales-empleo.html>.

<sup>3</sup> Los contratos específicos a personas con discapacidad no representan el total de la contratación del colectivo, son entre el 30% y el 40% anual en función del año (Odismet, 2022).

<sup>4</sup> Después de la publicación de la Ley de integración social de los minusválidos, se promovieron los enclaves como medidas alternativas para las empresas que no cumplían con la reserva del 2 % mediante el Real decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad.

bajo corresponde al CET, con quien el trabajador con discapacidad tiene una relación laboral.

En contraposición al trabajo protegido en los CET, está la participación en el mercado ordinario, en el cual las personas con discapacidad tienen un papel activo e igual al del resto de trabajadores. Tanto el mercado protegido como el mercado ordinario se han visto especialmente afectados por la pandemia.

En Cataluña, justo antes de la pandemia, los CET habían afrontado un problema de infrafinanciamiento por culpa de un incremento de la masa salarial del 35 % en tres años. La falta de financiación era consecuencia de las subidas del salario mínimo interprofesional (SMI) entre los años 2017 y 2019. Partiendo de esta situación, el impacto de la pandemia en los centros especiales de trabajo fue muy grande. Entidades como AMMFEINA, que agrupa las entidades de iniciativa social que promueven la inclusión y la no exclusión social laboral de las personas con un problema de salud mental, y Dincat, que representa las entidades del sector de la discapacidad intelectual en Cataluña, han subrayado los problemas que la pandemia causó a los CET<sup>5</sup>. Según una encuesta hecha a sus asociados, el 77,6 % de los CET cerraron el balance económico del 2020 con pérdidas y por debajo de su previsión, y con una caída de la facturación de cerca del 25 %. Son varias las entidades que, por estos motivos, han pedido un plan de choque para el mercado protegido con líneas específicas de gasto público.

La situación para la inclusión en el mercado ordinario no ha sido mejor. La Red para la Inclusión Laboral de Barcelona (XIB, según la sigla en catalán), que con el liderazgo del Instituto Municipal de Personas con Discapacidad (IMPD) agrupa las entidades que trabajan para la inclusión en el mercado ordinario en la ciudad, llevó a cabo el seguimiento de un millar de personas con discapacidad que estaban trabajando durante marzo y abril del 2020. En un primer momento un 90 % de las personas con discapacidad siguieron teniendo vinculación con la empresa, pero el día a día cambiaba. Un 27 % siguieron trabajando en servicios esenciales, un 11,6 % empezaron a teletrabajar y un 24 % pasó a situación de expediente

---

<sup>5</sup> . Según Dincat y AMMFEINA, el año 2018 los 205 CET que había en Cataluña facilitaban empleo a 16.333 personas con discapacidad, de las cuales 9.500 eran personas con un trastorno de salud mental o con discapacidad intelectual, los dos grupos de población que de manera estructural registran tasas más bajas de empleo.



de regulación temporal de empleo (ERTE)<sup>6</sup>. En esta situación de cambio y adaptación, desde los servicios de soporte a la inclusión laboral se ha tenido un papel activo al proporcionar asesoramiento a las empresas en materia legal, y se ha incrementado el seguimiento y el apoyo en remoto a las personas trabajadoras. Se ha apoyado a las personas que prestaban servicios esenciales y a aquellas que han seguido en situación activa, pero que han tenido que adaptar su trabajo al teletrabajo. En los dos casos, la atención y el apoyo profesionales han sido imprescindibles para la adaptación a las restricciones y el cumplimiento de las regulaciones sanitarias, y también para la adaptación al trabajo a distancia de un colectivo en el que destaca la brecha digital<sup>7</sup>.

En otras palabras, la COVID-19 impactó en una realidad complicada, por las tensiones económicas de los CET y por el difícil acceso al mercado laboral abierto. Ante este contexto, el IMPD empezó durante el 2020 una acción de emergencia mediante el Equipo de Asesoramiento Laboral, un servicio propio del IMPD para la inclusión laboral de personas con discapacidad, así como de apoyo a la inserción laboral a través de todos los dispositivos adheridos a la Red para la Inclusión Laboral de Barcelona.

El contraste de datos del mercado de trabajo que se muestra a continuación añade más información sobre dónde nos encontrábamos, qué nos ha pasado y cómo en contexto de pandemia el Instituto Municipal de Personas con Discapacidad ha adaptado las políticas públicas de apoyo a la inserción laboral.

---

<sup>6</sup> . El ERTE es una medida que permite a las empresas suspender los contratos de sus trabajadores o reducir la jornada laboral de los empleados temporalmente por motivos económicos, técnicos, organizativos, productivos o de fuerza mayor. Cuando una empresa se acoge a un ERTE, los empleados afectados pasan a estar en el paro y a cobrar una prestación por el trabajo. Por su parte, la organización mantiene el compromiso de incorporar a los trabajadores a sus puestos de trabajo cuando el ERTE concluya y se pueda beneficiar de exenciones en las cuotas empresariales.

<sup>7</sup> . Consulta “La brecha digital en la ciudad de Barcelona. 2020” en <https://bithabitat.barcelona/bretxadigitalbarcelona/es/>

## CONTRATACIÓN Y MERCADO DE TRABAJO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La pandemia ha llevado el mercado de trabajo de personas con discapacidad a una situación de más paro, una caída general de la contratación y una proporción más alta de contratos en centros especiales de trabajo.

En primer término, los datos de paro y mercado de trabajo del Observatorio del Trabajo y Modelo Productivo, Departamento de Empresa y Trabajo, permiten constatar la situación de paralización y crisis generada por la COVID-19<sup>8</sup>.

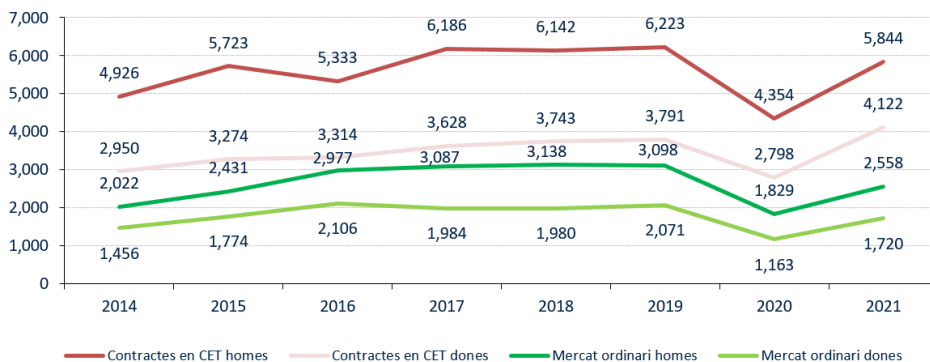
- El paro de las personas con discapacidad en la provincia de Barcelona, en fecha 31 de diciembre del 2021, era de 14.506 personas, el 67 % del paro de las personas con discapacidad en Cataluña. Al acabar el 2021 hay 8.364 personas con discapacidad más en Cataluña registradas en paro (un 136,2 % más).
- El perfil del paro registrado es mayoritariamente femenino, ya que representa un 55 % del total de la media anual a escala metropolitana.
- Los demandantes de empleo con discapacidad en el área metropolitana eran 25.405.

En segundo término, hay que fijarse en la caída general de la contratación. Antes de la pandemia, se produjo un incremento acumulativo de la contratación desde el 2014 hasta el 2019, tanto en los centros especiales como en el mercado ordinario. El aumento de los contratos no estaba equilibrado con respecto a género, ya que había más contratación de hombres que de mujeres. El aumento de los contratos a mujeres fue más lento, especialmente en el mercado ordinario. En contraste, el número de contrataciones durante el 2020 cayó un 33,65 % en Cataluña.

---

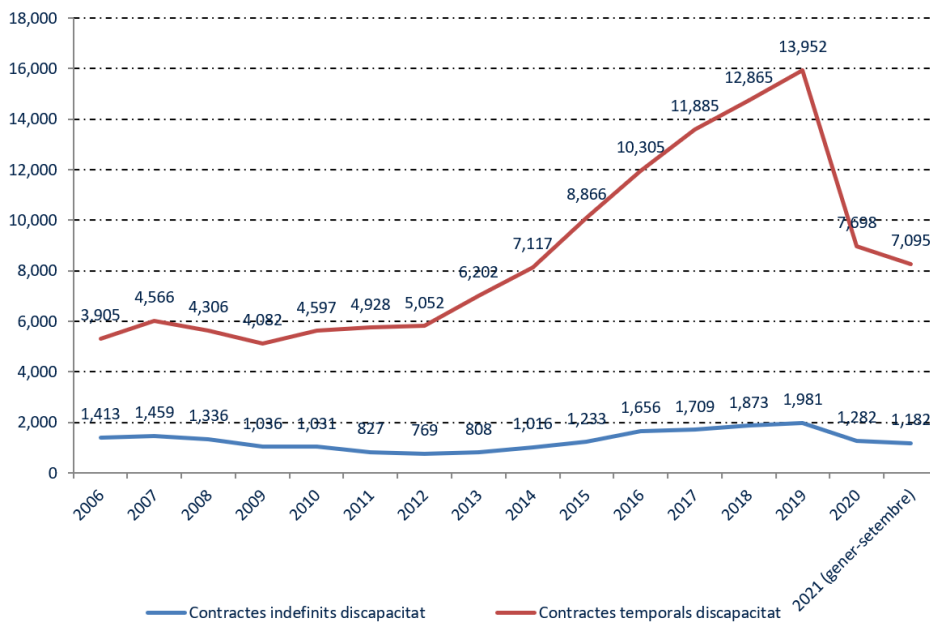
<sup>8</sup> . Datos no disponibles para el territorio de Barcelona ciudad.

**Gráfico 1. Evolución de los contratos a personas con discapacidad en los CET y en el mercado ordinario por sexo en Cataluña, 2014-2021**



Fuente: Observatorio del Trabajo y Modelo Productivo, Departamento de Empresa y Trabajo, 2021

**Gráfico 2. Evolución de los contratos a personas con discapacidad según tipología en Barcelona ciudad, 2006-2021**



Fuente: Observatorio de las Ocupaciones-Servicio Público de Empleo Estatal en Barcelona, 2021

En Barcelona, la contratación de personas con discapacidad representa cerca del 1 % del total de contratos y hay un margen importante para aumentar la actividad contractual<sup>9</sup>. Las cifras de contratación a personas con discapacidad son muy bajas y la intervención pública puede ser significativa.

Es por todo eso que se han mantenido los esfuerzos, tanto del Equipo de Asesoramiento Laboral como de la Red para la Inclusión Laboral de Barcelona, para seguir ofreciendo atenciones y efectuando contratos a personas con discapacidad durante el año 2021, al mismo tiempo que se efectuaba una tarea relevante de apoyo y contención.

En tercer lugar, hay que hacer mención del aumento de la proporción de la contratación en CET. La contratación de personas con discapacidad en los CET de Barcelona se había situado en cerca del 66 % del total de los contratos hechos a personas con discapacidad en la ciudad el año 2019 (SEPE, 2019). Los contratos en mercado protegido se habían incrementado unos 17 puntos porcentuales en diez años, y entre estos tenía un peso específico importante la contratación temporal<sup>10</sup>.

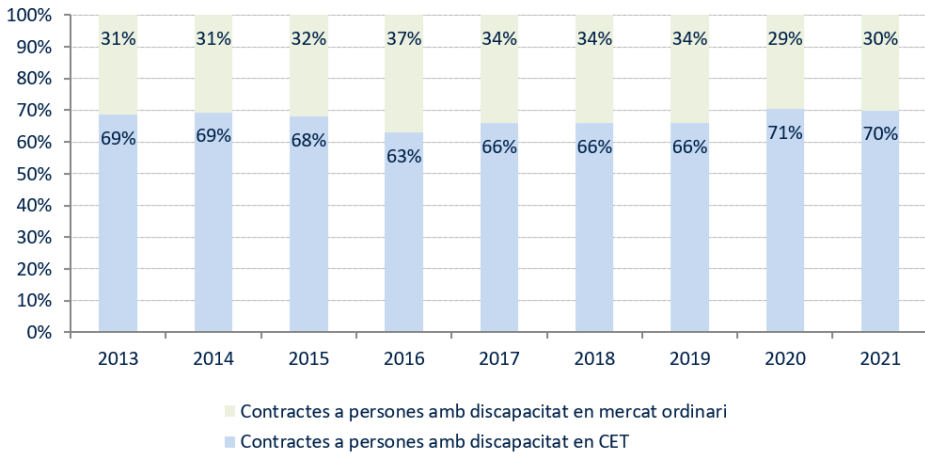
A pesar de este contexto de contratación creciente en los CET, en el quinquenio precedente a la pandemia había habido un ligero decremento en la proporción que estos significaban y se había situado en cerca de este 66 % a causa del incremento de los esfuerzos de inclusión en el mercado ordinario. Esta tendencia se revierte los años de pandemia, ya que el año 2020 los contratos en CET representaron un 70 % en Barcelona. Así, la proporción de contratos en centros especiales de trabajo (CET) ha aumentado su peso a raíz de la pandemia de manera significativa en un contexto en que, como se ha indicado antes, bajaban el número de contratos totales a personas con discapacidad.

---

<sup>9</sup> La estadística de contratos de la ciudad refleja que el año 2021 se hicieron un total de 824.220 contratos.

<sup>10</sup> Un 72 % de los contratos a personas con discapacidad son temporales. La temporalidad es más elevada en los CET (un 88 %) que en el mercado ordinario (un 46 %).

**Gráfico 3. Porcentaje de contratos en CET y mercado ordinario en Cataluña, 2013-2021**



Fuente: Observatorio del Trabajo y Modelo Productivo, Departamento de Empresa y Trabajo, 2021. Apoyo a la inclusión laboral en contexto COVID-19

## EL EQUIPO DE ASESORAMIENTO LABORAL DEL INSTITUTO MUNICIPAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El Equipo de Asesoramiento Laboral (EAL), del Instituto Municipal de Personas con Discapacidad (IMPD) del Ayuntamiento de Barcelona, multiplicó las tareas de apoyo jurídico y acompañamiento durante el periodo de confinamiento.

El EAL trabaja por la inclusión laboral de las personas con discapacidad proveyendo servicios de acogida, formación, itinerarios individuales y asesoramiento jurídico en el ámbito laboral a las personas con discapacidad. Los contenidos del asesoramiento jurídico suelen ser los derechos de las personas con discapacidad, la normativa, las ayudas y, sobre todo, la compatibilidad entre el sistema de pensiones y un puesto de trabajo.

La compatibilidad de las pensiones con el empleo es un tema complejo; además, por una parte, hay un efecto perverso o desincentivador del empleo causado por la alta temporalidad de las ofertas de trabajo, y por otra, por el *tempo* poco ágil del sistema de pensiones a la hora de efectuar altas y bajas en las prestaciones, que a menudo provoca que la persona con discapacidad renuncie a un puesto de trabajo por miedo a perder una pensión durante muchos meses por haber aceptado una oferta de trabajo de pocas semanas. Por una parte, son frecuentes y significativos los casos en

que los beneficiarios de una pensión no contributiva de invalidez renuncian a trabajar porque, si empiezan una actividad laboral, puede ser que el trabajo remunerado no sea compatible con la pensión<sup>11</sup>. De la otra, son habituales los casos en que personas con invalidez total deciden no trabajar por miedo a una revisión de la situación de invalidez y de la pensión correspondiente. Se trata de un efecto no deseado del sistema de pensiones, que desincentiva el empleo y no compensa la situación de agravio económico con la que se encuentran las personas con discapacidad<sup>12</sup>. Este es ciertamente un efecto perverso al incremento de la baja tasa de actividad de las personas con discapacidad.

En otro sentido, el EAL también lleva a cabo un asesoramiento a la empresa, a la administración y a las instituciones que lo solicitan con el objetivo de dar respuesta a las dudas que puedan tener relacionadas con el cumplimiento de la ley.

A partir del 14 de marzo del 2020, cuando el Gobierno español declaró el estado de alarma y el confinamiento de la mayor parte de la población a raíz de la pandemia de COVID-19, la demanda de asesoramiento legal en materia laboral se incrementó ante las dificultades para comprender la situación laboral, personal y familiar, así como para entender e incorporar las medidas del Gobierno.

Durante este tiempo, desde el EAL no se pudieron desarrollar con normalidad las acciones presenciales de asesoramiento legal y se buscaron alternativas no presenciales: llamadas de voz, mensajes en línea y/o videollamadas, que se convirtieron en la manera de establecer un contacto estrecho en los momentos de confinamiento estricto y de limitaciones de la interacción social.

---

<sup>11</sup> Es posible compatibilizar la pensión con el trabajo remunerado durante los cuatro años siguientes al inicio de la actividad, pero depende de si los ingresos del trabajo superan o no la suma del IPREM y la PNC máxima vigente. Para más información sobre límites y condiciones de pensiones no contributivas puede consultarse: [https://dretssocials.gencat.cat/web/.content/03ambits\\_tematicas/11discapacitat/ajuts\\_i\\_prestacions\\_economicques/columna\\_dreta/documents/triptic\\_pensio\\_no\\_contributiva.pdf](https://dretssocials.gencat.cat/web/.content/03ambits_tematicas/11discapacitat/ajuts_i_prestacions_economicques/columna_dreta/documents/triptic_pensio_no_contributiva.pdf)

<sup>12</sup> El estudio “El agravio económico de las personas con discapacidad” cuantifica el sobrecoste económico de la discapacidad y no es tenido en cuenta a la hora de establecer políticas de renta y apoyo a las personas con discapacidad <https://ajuntament.barcelona.cat/dretssocials/sites/default/files/arxiu-documents/greuge-economic-persones-discapacitat-barcelona-es.pdf>.

Un número importante de consultas las hicieron personas afectadas por un ERTE, que manifestaron sentir una gran preocupación e inseguridad al ver peligrar en el ámbito personal y/o familiar su puesto y sus condiciones de trabajo. Muchas personas perdieron sus puestos de trabajo y muchas otras, al formar parte de un ERTE, vieron reducidos sus ingresos familiares. También se observó el caso de personas que partían de una situación de vulnerabilidad previa a la crisis sanitaria, que ante el nuevo contexto del mercado laboral se replantearon su situación y se dirigieron al EAL para valorar la posibilidad de acogerse a prestaciones económicas más estables, como la jubilación anticipada o la invalidez permanente. Así, debían revisar si reunían los requisitos para obtenerlas, ya que la consideraban la única salida para obtener recursos económicos que les permitieran vivir con más tranquilidad.

Ante la situación originada por la pandemia de COVID-19, en todos los servicios del EAL –valoración y/o orientación, formación, empleo, seguimiento y apoyo, asesoramiento legal– se reforzó la detección de situaciones de vulnerabilidad con el fin de aportar acompañamiento y ayuda, además de la atención ordinaria a la persona.

Sin embargo, el aumento de trámites en línea representa una complejidad que hay que tener en cuenta para el colectivo de personas con discapacidad, especialmente afectado por la brecha digital. Por este motivo, se adaptaron los servicios del EAL con la incorporación de este acompañamiento en los trámites y el apoyo a la situación personal, y se fue más allá de lo que sería estrictamente un asesoramiento legal.

Así, la directriz que tenían los profesionales del Equipo de Asesoramiento Laboral era la de actuar de forma proactiva con todos los expedientes que tenían asignados, con el objetivo de atender a todo el mundo con un expediente activo. Para ello, se activó la atención telefónica y también se reforzaron los canales de atención de correo electrónico para atender nuevas demandas.

Como consecuencia, durante el confinamiento severo se recogieron datos sociofamiliares de aproximadamente 250 personas con expediente activo y se hizo seguimiento de los trabajadores y trabajadoras del proyecto de trabajo con apoyo a Parques y Jardines, y de las personas de Diverscoop, el proyecto de recuperación de quioscos en desuso de la ciudad. Algunas de las adaptaciones introducidas en este periodo, como los canales de cita previa o el establecimiento de turnos de cita previa, se han consolidado en el funcionamiento del EAL y siguen presentes dos años después.

**Tabla 1. Tipo de intervención del EAL durante el primer estado de alarma (marzo, abril y mayo del 2020)**

<b>Intervención</b>	<b>Marzo</b>	<b>Abril</b>	<b>Mayo</b>
Emocional	84	182	85
Formación	40	104	38
Laboral	161	371	418
Salud	53	74	63
Sociofamiliar	26	83	72

Los datos anuales de la actividad del EAL del 2020 reflejan estas adaptaciones, el aumento de los asesoramientos legales, el incremento de personas en itinerarios de búsqueda y la caída de las nuevas atenciones en el servicio de acogida y de contratación. Cualitativamente, es procedente hacer referencia a la complejidad de los perfiles atendidos y la exclusión de estos del mercado laboral durante la pandemia. También hay que mencionar las limitaciones que ha impuesto la situación de la pandemia en la organización de la formación grupal presencial para la inserción laboral, ya que el freno en esta actividad ha implicado una dificultad adicional a la inclusión.

**Tabla 2. Actividad del Equipo de Asesoramiento Laboral 2019-2022**

	<b>2019</b>	<b>2020</b>	<b>2021</b>
Personas atendidas en el servicio de acogida	326	191	244
Inscripciones en cursos	245	118	182
Contratos	245	148	153
Personas en itinerarios de búsqueda, formación e inserción	407	481	454
Asesoramientos legales	203	235	171

En un último sentido, hay que tener en cuenta que el Equipo de Atención Laboral ha llevado a cabo dos proyectos específicos que han centrado su actividad durante el último trimestre del 2020 y buena parte del 2021. El año 2020, como plan de choque contra la crisis de COVID-19, se convocó un plan de empleo para contratar un máximo de 50 personas con discapacidad para llevar a cabo tareas de recogida de datos a fin de evaluar la accesibilidad de las áreas de juego infantil. En enero del 2021 ha empezado la contratación de las 48 personas mejor clasificadas, y se han cubierto los



perfiles de técnico/ca auxiliar coordinador, y ayudantes y recolectores/as de datos<sup>13</sup>.

Por otra parte, el EAL ha participado en el diseño, el proceso de selección y la formación de profesionales para hacer posible la primera oferta pública específica para personas con discapacidad intelectual en el Ayuntamiento de Barcelona. Esta oferta tiene un carácter estructurante y pionero para la incorporación de personas con discapacidad intelectual en el sector público. Las funciones desarrolladas han sido la identificación de los puestos de trabajo, el contacto con todos los departamentos municipales interesados en cubrir una plaza de ayudante de servicios auxiliares y sobre todo el acompañamiento a recursos humanos del Ayuntamiento de Barcelona para la determinación de funciones para los 27 puestos que se han convocado el año 2021.

## **LA RED PARA LA INCLUSIÓN LABORAL DE BARCELONA**

La Red para la Inclusión Laboral de Barcelona (XIB) se creó en el 2014 con el objetivo de promover la inclusión laboral de personas con discapacidad y/o con trastorno de salud mental en el mercado laboral ordinario. Es una estrategia impulsada por el IMPD en colaboración con diez entidades especializadas en empleo y discapacidad de la ciudad<sup>14</sup>. Atiende a personas con diferentes situaciones de diversidad funcional y/o trastorno de salud mental que buscan trabajo, y ofrece acompañamiento y apoyo a las empresas de la ciudad a través del servicio Incluye Futuro.

Los objetivos y las líneas de actuación de la XIB giran en torno a un eje vertebrador fundamental: crear un modelo de gestión compartida entre el

---

<sup>13</sup> . Como resultado, la ciudad dispone de un análisis de la accesibilidad de 891 áreas de juego, un análisis de 60 itinerarios de accesibilidad comunicativa de los itinerarios, espacios públicos y equipamientos municipales y un inventario del estado de funcionamiento de los semáforos acústicos en Barcelona.

<sup>14</sup> . Las entidades que la forman son: Asociación Catalana para la Promoción de las Personas Sordas (ACAPPS ), Asociación Catalana de Integración y Desarrollo Humano (AcidH ), Asociación para la Rehabilitación de las Personas con Problemas de Salud Mental (AREP ), Asociación Centro de Higiene Mental Les Corts, AURA Fundación, Fundación Catalana Síndrome de Down, Fundación ECOM, Fundación Els Tres Turons, Fundación Esclerosis Múltiple (FEM), Fundación Joia, Equipo de Asesoramiento Laboral del Instituto Municipal de Personas con Discapacidad.

Ayuntamiento de Barcelona (IMPD) y las entidades sociales, implicadas y especializadas en la inclusión laboral.

La metodología de trabajo parte de la participación activa de los profesionales de las entidades que trabajan en la inclusión de las personas con todas las discapacidades; así cada profesional y servicio puede aportar y compartir los procesos de inclusión, límites, roles, responsabilidades y oportunidades para las personas con discapacidad en el mercado laboral, alimentando un corpus de conocimiento o conocimiento colectivo. El trabajo colaborativo hecho permite construir un espacio relacional donde se generan sinergias de trabajo y se construyen vínculos de respeto, confianza y reconocimiento mutuos. Se abren caminos, se rompen tensiones y se diseñan itinerarios que facilitan mejorar los procesos de intervención y dar sentido a las aportaciones de todo el mundo<sup>15</sup>. En este aspecto, hay que destacar que el sostén de la red y el intercambio de información sobre asesoramientos en contexto COVID-19 fue un elemento muy positivo para dar apoyo a la actividad de todos los servicios.

El rol de las empresas en este proceso es clave, en calidad de agente activo en el proceso de inclusión. Son necesarias nuevas formas de cooperación entre la empresa y el sector social, público y privado. Esta colaboración es fundamental a fin de que la corresponsabilización y la cocreación de los nuevos escenarios de la responsabilidad social empresarial sean totalmente efectivos para todas las partes.

Los datos mostrados anteriormente sobre el comportamiento del mercado laboral en los últimos años y las consecuencias ya mencionadas de la COVID-19 llevan a pensar en la necesidad de una política activa e impulsora de la inclusión en el mercado ordinario de trabajo. Las actuaciones que tengan lugar tienen que hacer partícipe al sector empresarial, comprometándolo en la inclusión laboral, entendida como un proceso en que están implicados, en la mayoría de los casos, tres agentes: por una parte, la empresa con necesidad de cubrir puestos de trabajo que den valor a su tarea empresarial; la persona con diversidad funcional o con enfermedad mental en búsqueda de trabajo y, finalmente, los servicios de apoyo y acompañamiento a la inclusión laboral. En este proceso de apoyo y acompañamiento en la empresa es esencial disponer de un equipo especializado, con experiencia y referente en el sector de la inclusión en el mercado abierto de trabajo, que sepa dar respuesta a las necesidades de las empresas.

---

<sup>15</sup> *Gobernanza colaborativa para la inclusión social*. Ed Catarata, 2019.

Sobre la metodología consensuada por la XIB, es conveniente hacer una aclaración. Esta incluye siempre el “seguimiento y apoyo en el puesto de trabajo”, dirigido a la persona trabajadora y a la empresa, teniendo en cuenta las necesidades de ambas. A veces, este seguimiento implica ajustarse a la metodología de trabajo con apoyo, que tiene unas características específicas, dirigidas a unas necesidades específicas y para un contexto determinado. Algunas veces se requieren otras clases de intervenciones, de acuerdo con las necesidades de las personas atendidas por la XIB y el contexto del mercado de trabajo.

Así, el consenso alcanzado sobre la metodología de la XIB se dirige a garantizar un acompañamiento efectivo durante el proceso de inclusión, por eso es más adecuado decir que la metodología de la red incluye “el seguimiento y apoyo al proceso de inclusión, antes, durante y después de la contratación”. No se trata de una metodología rígida, sino que este “acompañamiento en el proceso de inclusión” tiene que ser permeable a la situación concreta, y tiene que estar en revisión permanente, siempre al servicio de las necesidades de la persona y de la empresa, y adecuado al contexto laboral en el que se produzca.

## **EL TRABAJO EN RED Y EL INTERCAMBIO DE CONOCIMIENTO**

Los datos de actividad global de las entidades participantes en la XIB se presentan en el cuadro siguiente, en el que hay que destacar la incorporación de tres servicios el año 2020. Sin embargo, la bajada de intervenciones durante el 2020 significó que las personas atendidas disminuyeron un 11 %; los contratos de trabajo, un 40 %, y las personas contratadas, un 34 %. Para el conjunto de los 11 servicios, los datos muestran cómo ha habido un incremento de las atenciones y un fuerte decremento de las personas contratadas.

**Tabla 3. Evolución de los indicadores de actividad de la XIB**

	<b>2019</b>	<b>2020</b>	<b>2021</b>
Personas atendidas	1.903	2.261	2.286
Personas contratadas	815	650	804

## CONCLUSIONES

La COVID-19 ha añadido inestabilidad y precariedad al empleo de las personas con discapacidad, en el que tradicionalmente las dificultades de acceso se han contrarrestado con medidas de protección del empleo.

Con el fin de mejorar el horizonte de futuro, se propone desplegar un decálogo de políticas de apoyo a la inclusión laboral de personas con discapacidad, aplicable tanto a las administraciones públicas como a los servicios de inclusión laboral y las empresas.

1. Promover una regulación que permita compatibilizar mejor las pensiones con la inclusión laboral, sea mediante políticas de renta básica universal o de compensación del agravio económico de las personas con discapacidad.
2. Hacer efectiva la reserva de contratación directa a personas con discapacidad en la administración pública.
3. Desplegar programas de oferta pública específica para personas con discapacidad intelectual.
4. Promover planes de empleo específicos para personas con discapacidad en las diferentes administraciones.
5. Incluir cláusulas sociales en la contratación pública para la inserción laboral de las personas con discapacidad en las empresas que contratan con la administración y, en paralelo, garantizar que las empresas que contratan con la administración cumplan la cuota del 2 % de personas con discapacidad en plantilla, haciendo que su no cumplimiento sea motivo de exclusión.
6. Fomentar los servicios de inserción laboral a personas con discapacidad en el mercado ordinario mediante la actividad subvencional.
7. Consolidar la red de servicios de inclusión en el mercado ordinario para intercambiar conocimientos, mejorar el intercambio de información en torno al empleo de las personas con discapacidad y proveer un apoyo mejor. Trabajar juntos para mejorar la calidad de los datos de empleo y discapacidad que permitan identificar situaciones específicas y políticas de empleo adaptadas a las necesidades de cada clase de discapacidad.
8. Actuar contra la brecha digital de las personas con discapacidad y proveer formación en competencia tecnológica como competencia básica para el desarrollo de los itinerarios laborales.

9. Desarrollar políticas específicas para incorporar a la mujer con discapacidad en el mercado de trabajo.
10. Trabajar para romper inercias del mercado protegido y el mercado ordinario, reduciendo la temporalidad y la precariedad y poniendo en el centro el itinerario laboral de la persona con discapacidad, su mejora competencial y desarrollo profesional.

En definitiva, hay que compensar el efecto de la COVID-19 con políticas orientadas al cumplimiento de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad sobre trabajo y empleo<sup>16</sup>, y garantizar una vida autónoma de las personas con discapacidad mediante su inclusión en el mercado laboral.

## BIBLIOGRAFÍA

- FERRAN ZUBILLAGA, A.; GUINOT VIZANO, C.; BERASATAGUI OTEGUI, A.; ARRIETA FRUTOS, F.; LARRION KORTABARRIA, B.; ZURUTUZA MUJICA, S. *Gobernanza colaborativa para la inclusión social. Una experiencia de investigación y acción participativa*. Ed. Catarata, 2019.
- FUNDACIÓN ONCE. *Informe 6 del Observatorio sobre Discapacidad y Mercado de Trabajo*, 2022.
- IMPD. *El agravio comparativo económico de las personas con discapacidad de la ciudad de Barcelona*, 2019.
- NACIONES UNIDAS. Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2006.
- OBSERVATORIO DEL MERCADO DE TRABAJO Y MODELO PRODUCTIVO. Población con discapacidad  
[https://observatoritrebball.gencat.cat/ca/ambits\\_tematicos/col\\_lectius\\_socials/discapacitats\\_i\\_mercattreball/](https://observatoritrebball.gencat.cat/ca/ambits_tematicos/col_lectius_socials/discapacitats_i_mercattreball/)
- OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES-SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL EN BARCELONA. [www.sepe.es](http://www.sepe.es)
- ROSSELL MORALES, I.; BELZUNEGUI ERASO, Á. *Les polítiques d'inserció sociolaboral. Espanya-Dinamarca-Països Baixos-Suècia-Gran Bretanya-Alemanya-França-Canadà*. Publicacions URV, 2020.

---

<sup>16</sup> Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas: [https://dretssocials.gencat.cat/web/.content/03ambits\\_tematicos/11discapacitat/2012\\_04\\_11\\_convencio\\_drets\\_persones\\_discapacitat\\_catala.pdf](https://dretssocials.gencat.cat/web/.content/03ambits_tematicos/11discapacitat/2012_04_11_convencio_drets_persones_discapacitat_catala.pdf).



# Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.\*




## [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)


Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- \* Biblioteca Virtual
- \* Herramientas Salariales
- \* Calculadoras de tasas y pensiones
- \* Tirant TV
- \* Personalización
- \* Foros y Consultoría
- \* Revistas Jurídicas
- \* Gestión de despachos
- \* Biblioteca GPS
- \* Ayudas y subvenciones
- \* Novedades

\* Según ranking del CSJC

 96 369 17 28

 [atencionalcliente@tirantonline.com](mailto:atencionalcliente@tirantonline.com)

 96 369 41 51

 [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)

El Derecho de la Discapacidad conforma hoy ya una disciplina jurídica propia; se trata de «un área específica del conocimiento del Derecho para su estudio y divulgación y un ámbito de aplicación práctica y material de ese bloque normativo que debe proveernos de nuevas ópticas, metodologías, herramientas y enfoques para conseguir el objetivo perseguido que no es otro que mejorar cuantitativa y cualitativamente los niveles de protección jurídica, real y efectiva de las personas con discapacidad”.

Desde 2017, la Fundación Derecho y Discapacidad (FDyD) y el Comité de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) organizan un congreso bienal dedicado monográficamente al Derecho de la Discapacidad. El que se celebró en Barcelona el pasado febrero de 2023, organizado en colaboración con la Asociación Española del Derecho del Trabajo y Seguridad Social (AEDTSS) y el Ayuntamiento de Barcelona, estuvo dedicado a “la activación laboral y la protección social de las personas con discapacidad”.

Esta obra recoge dieciséis ponencias de personas expertas tanto de procedencia académica, de la Administración, de profesiones jurídicas y del activismo social de la discapacidad, así como las comunicaciones admitidas y presentadas durante el congreso, material valioso que proporciona una panorámica precisa y actual de las relaciones entre derecho del trabajo y de la seguridad social y personas con discapacidad, y que sobre todo aspira a abrir vías de reflexión, propuesta y acción para que el bien básico del empleo decente y una protección social suficiente alcancen de lleno a esta parte de la ciudadanía.

+Lectura  
**GRATIS**  
en la nube

FUNDACIÓN  
GARRIGUES

SERVICIO PÚBLICO  
DE EMPLEO ESTATAL | SEPE



Abogacía  
Española  
CONSEJO GENERAL



Fundación  
ONCE



CONSEJO GENERAL  
DE COLEGIOS DE  
GESTORES  
ADMINISTRATIVOS  
DE ESPAÑA



Barcelona  
Activa



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA



tirant  
lo blanch

MONOGRAFÍAS  
MAIOR