



DISCAPACIDAD Y TRABAJO. UN BALANCE TRAS EL AÑO EUROPEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

MARÍA D. GARCÍA VALVERDE *

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

ROSA M. GONZÁLEZ DE PATTO **

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

EXTRACTO

Durante el año 2003 y comienzos de 2004 se ha producido una avalancha de actuaciones normativas por parte del legislador español con el objeto de garantizar el principio de igualdad de oportunidades y de los derechos constitucionales de las personas con discapacidad. La secuencia de estas disposiciones ha sido obligada respuesta a la transposición de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, al cumplimiento de los compromisos adquiridos en el último Acuerdo MTAS-CERMI 2002, así como al desarrollo del II Plan de Empleo de las Personas con Discapacidad y el II Plan de Acción para las Personas con Discapacidad 2003/2007. En ese escenario, en este trabajo se aborda un estudio jurídico-crítico de las nuevas medidas funcionalizado al ámbito del trabajo y el empleo, incidiendo en la valoración de su alcance respecto, por un lado, a la plena efectividad del derecho a la igualdad de trato y no discriminación de los discapacitados y, por otro lado, en las políticas de empleo dirigidas a mejorar la integración laboral de este colectivo. En lo que concierne a las técnicas de reforzamiento de la tutela antidiscriminatoria, se aportan argumentos que ponen de manifiesto el carácter relativamente innovador de las reformas operadas, así como la persistencia de obstáculos para la implementación de los «ajustes necesarios» para prevenir y compensar las desventajas que la discapacidad comporta para el acceso al empleo, la formación y promoción profesionales. Por lo que respecta a las medidas adoptadas en materia de política de empleo, sin desdeñar su idoneidad, se subrayan las carencias resultantes del indeseable grado de incumplimiento de las cuotas de reserva en el empleo público y privado, la limitada eficiencia de los Servicios Públicos de Empleo, la insuficiente información acerca de las ayudas públicas para la adaptación del entorno laboral y las disfunciones detectadas en la fórmula de empleo protegido. Finalmente, se postula una mayor e institucionalizada participación de sindicatos y patronal en el establecimiento y desarrollo de las políticas de integración y su proyección en la negociación colectiva

* Epígrafes 1 y 5.

** Epígrafes 2, 3 y 4.

ÍNDICE

1. INTEGRACIÓN LABORAL DE LOS DISCAPACITADOS
2. LAS NUEVAS ESTRATEGIAS FRENTE AL FENÓMENO DE LA DISCAPACIDAD
3. LAS ÚLTIMAS MEDIDAS NORMATIVAS EN APLICACIÓN DEL DERECHO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO LABORAL
4. APUNTES ACERCA DEL REFORZAMIENTO DE LAS TÉCNICAS DE TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA EN EL TRABAJO POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD
5. POLÍTICAS DE EMPLEO: MEDIDAS DE PREFERENCIA, RESERVA E INCENTIVOS AL EMPLEO DE PERSONAS DISCAPACITADAS
 - 5.1. Medidas de fomento del empleo en empresas ordinarias
 - 5.1.1. Cuota de reserva para la contratación de trabajadores minusválidos
 - 5.1.2. Incentivos económicos a la contratación. Análisis de las particularidades en cada modalidad contractual
 - 5.1.3. Incentivos para la adaptación de puestos de trabajo
 - 5.1.4. Incentivos al empleo de los discapacitados en la Economía Social
 - 5.1.5. Otros incentivos para la contratación de trabajadores minusválidos
 - 5.2. Medidas de fomento de empleo protegido
 - 5.3. Programa de empleo autónomo a minusválidos
6. REFLEXIONES FINALES

1. INTEGRACIÓN LABORAL DE LOS DISCAPACITADOS

Celebrado el Año Europeo de la Discapacidad ¹, y tras las sucesivas actuaciones normativas que se han ido produciendo en orden a la plena integración del colectivo de las personas con discapacidad, es oportuno determinar cuál es el estado en el que, a día de hoy, se encuentran los discapacitados, específicamente en el ámbito del empleo. En definitiva, se trata de realizar un balance de la situación a través de un análisis y valoración de las últimas medidas adoptadas por el legislador español con el objetivo, entre otros, de garantizar a las personas con discapacidad la plena efectividad de todos los derechos constitucionales y, en particular del derecho al trabajo reconocido en el art. 35 de nuestra Constitución ².

¹ Decisión 2001/903/CE del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, sobre el Año Europeo de las personas con discapacidad 2003 (Diario Oficial L 335 de 19 de diciembre de 2001). Por Real Decreto 775/2002, de 26 de julio, se crea el Comité Español de Coordinación para el Año Europeo de las personas con discapacidad.

² En este balance se ha tenido presente el Informe del CES 4/2003, de 17 de diciembre, sobre la Situación de las personas con discapacidad en España (Colección Informes, CES, Madrid, 2004). En dicho Informe el CES ha manifestado su preocupación por la trascendencia del problema social derivado de la deficiente integración de las personas con discapacidad, y por la necesidad de progresar en la consecución de un entorno social accesible a todos y en todas sus dimensiones (educativa, laboral, sanitaria...).

En nuestro Ordenamiento Jurídico interno, la Constitución Española de 1978 constituye el principal soporte jurídico de integración laboral de las personas con discapacidad. La Constitución Española, como es también habitual en casi todas las Constituciones democráticas, trata el derecho de los minusválidos, ya de forma directa o indirecta, en varios de sus preceptos. Nuestra Norma Fundamental al analizar la discapacidad, primero, incorpora a su texto el sentido y espíritu de las declaraciones internacionales y, segundo, reconoce explícitamente los derechos al trabajo (art.35.1) y al pleno empleo (art.40), ambos referidos a los diferentes colectivos sociales y, expresamente, a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestará atención especializada (art.49)³. Sin perjuicio de ello, hay que tener presente que el reconocimiento expreso de estos derechos a los discapacitados está recogido dentro de los principios rectores de la política económica y social (art.49), a los que la Constitución destina una protección limitada. Así, su reconocimiento ha de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y su alegación ante los Tribunales ordinarios sólo podrá realizarse de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollan.

Aunque en nuestro país la integración laboral de las personas discapacitadas se lleva a cabo a través de varias vías, no cabe duda de que la promulgación de la Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI)⁴ supuso el principal impulso para dar entrada en nuestro sistema jurídico a las declaraciones internacionales sobre integración laboral y social de las personas discapacitadas⁵, constituyendo, pues, la columna vertebral de las políticas de integración laboral de las personas con discapacidad en España⁶. La aportación principal y más característica de la citada Ley ha sido, por tanto, crear un marco específico de Integración Laboral, articulando grados o niveles en función de las aptitudes y posibilidades reales de realización de actividades productivas por parte de la persona discapacitada

³ Un comentario en MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: «El derecho a la protección de las personas con minusvalías (art.49)». En VV. AA., *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Comares, Granada, 2002, págs. 1755 y ss.

⁴ Ley 32/1982, de 7 abril.

⁵ Se ha de tener presente que la Ley de Integración Social de los Minusválidos ha sido modificada en numerosas ocasiones, pero destaca la modificación introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Da nueva redacción al art.37 e introduce un nuevo art.37 bis en la Ley de Integración, todo ello con el fin de garantizar la plena igualdad en el trabajo.

⁶ Así lo ha puesto de manifiesto el Informe n.5 del Consejo Económico y Social de 1995 «Sobre la situación del empleo de las personas con discapacidad y propuestas para la reactivación».

(integración en el sistema ordinario de trabajo, integración en el régimen especial de trabajo protegido e integración en Centros Ocupacionales)⁷.

La integración laboral de las personas minusválidas se ha configurado en el Ordenamiento Jurídico español, principalmente, a través de dos vías. Primera, integración en el sistema ordinario de trabajo. El trabajador minusválido aparece como sujeto de una relación laboral común, prestando su actividad productiva por cuenta ajena dentro del ámbito de organización y dirección de un empresario. En dicha relación es aplicable el Estatuto de los Trabajadores y demás legislación laboral y de Seguridad Social. La segunda, integración mediante fórmulas de empleo protegido o selectivo, en el que el minusválido o discapacitado es sujeto de una relación laboral de carácter especial, pues presta sus servicios en un Centro Especial de Empleo⁸.

Pero además de estos dos cauces de integración, se ha de tener presente que el teletrabajo en los últimos años se ha convertido en un fenómeno social que está incidiendo de forma significativa en las formas de planificar el desarrollo económico de determinadas regiones, en los sistemas de organización del trabajo, en las relaciones laborales y en los hábitos y comportamientos de vida. La apuesta inequívoca de la Unión Europea a favor de la modernización de las redes de telecomunicación y el apoyo político e institucional a inversiones y programas concretos de teletrabajo están contribuyendo a un progresivo desarrollo de esta nueva forma de trabajar. Así, precisamente, el desarrollo tecnológico ha permitido a las personas con discapacidad el acceso a sectores de conocimiento y actividad que hasta hace poco les estaban vedados. El teletrabajo facilita la ocupación de sectores sociales con especiales dificultades de inserción laboral, si bien, no puede olvidarse que en la actualidad el teletrabajo se desarrolla mayoritariamente en un sector de mercado especializado y por personas con elevada cualificación técnica y profesional de la que carecen, por lo general los discapacitados que adolecen aún hoy de perfiles profesionales medios o bajos.

Por último, una referencia a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, sobre establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁹. Esta Directiva ha sido

⁷ Consúltese SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J. M.: *Los trabajadores discapacitados*. CISS, Valencia, 2000., págs. 46 a 47.

⁸ Véase GARCÍA VALVERDE, M.: «El trabajo y la Protección Social de las personas con discapacidad». *Revista electrónica de Geriátría y Gerontología*, (*geriatrianet.com*), Vol. 5, Núm. 2, Año 2003.

⁹ Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas «Serie L» número 303, de 2 de diciembre de 2000.



transpuesta al Ordenamiento español por, principalmente, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al incorporar un capítulo específico en el que se establecen diversas medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato. Se recoge, entre otros aspectos, el derecho de las personas discapacitadas a no ser discriminadas, directa o indirectamente, para el empleo, o una vez empleados siempre que se encuentren en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

2. LAS NUEVAS ESTRATEGIAS FRENTE AL FENÓMENO DE LA DISCAPACIDAD

Los datos arrojados por la última Encuesta Nacional sobre discapacidades, deficiencias y estado de salud (EDDES) revelan que en España existen en torno a tres millones y medio de personas con algún grado de discapacidad¹⁰, lo que constituye un significativo subsector de población precisado de garantías suplementarias para la plena efectividad de sus derechos y la equiparación con el resto de los ciudadanos. En este sentido de apoyo e impulso institucional en pro de la igualdad de las personas discapacitadas se expresan, como ya se ha apuntado, no sólo instrumentos internacionales como el TCE, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, sino también nuestra Carta Magna (arts. 9.2, 14 y 49). Sin embargo, pese a estas proclamaciones normativas y las políticas desarrolladas hasta ahora al respecto, la realidad sigue poniendo de manifiesto la persistencia de desigualdades y, en consecuencia, la necesidad de nuevos enfoques y estrategias de intervención más eficaces para afrontar el fenómeno de la discapacidad que se vertebran, básicamente, por dos ejes o vectores: la «lucha contra la discriminación» y «la accesibilidad universal».

El primero de esos vectores se integra con medidas antidiscriminatorias caracterizadas por la finalidad de prevenir o corregir que en una situación análoga una persona con discapacidad sea objeto, directa o indirectamente, de un trato desfavorable respecto de otra que no lo sea, así como con medidas de acción positiva, entendidas como apoyos específicos destinados a compensar las especiales dificultades de las personas discapacitadas en orden a la incorporación y participación en la vida política, económica, cultu-

¹⁰ Fuente: Encuesta Nacional sobre discapacidades, deficiencias y estado de salud (INE,1999).

ral y social y, particularmente, cuando se trate de discapacitados que por razones de género o de severidad del grado de minusvalía padecen una situación de mayor desventaja. En cuanto al segundo vector de las nuevas políticas en materia de discapacidad, la «accesibilidad universal», se sustenta en medidas que procuren y garanticen que los entornos, productos y servicios sean accesibles y utilizables por todos los ciudadanos por igual, ya que de otro modo ello constituirá una forma de discriminación. En definitiva, pues, no discriminación, acción positiva y accesibilidad siendo técnicas diversas, convergen en el objetivo de garantizar el derecho de las personas con discapacidad a la igualdad de oportunidades.

Estas renovadas estrategias se van proyectado, como no podía ser de otro modo, al ámbito del empleo por tratarse de un terreno especialmente propicio a la desigualdad por razón de discapacidad, y en esta línea se inscriben, en el marco comunitario, la Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre¹¹, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, hay que destacar las medidas legislativas y reglamentarias adoptadas sobre la base del Acuerdo MTAS-CERMI suscrito en diciembre de 2002¹², que se han ido desgranando a lo largo de 2003 y primeros meses de 2004, periodo que ha resultado particularmente prolífico en el desarrollo normativo de las políticas antidiscriminatorias y de integración laboral específicas para los discapacitados.

3. LAS ÚLTIMAS MEDIDAS NORMATIVAS EN APLICACIÓN DEL DERECHO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO LABORAL

Siguiendo su secuencia histórica, la primera intervención normativa a destacar se plasmó en la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, que ha mejorado los incentivos a la contratación temporal para el fomento del empleo de las mujeres con discapacidad incrementado el *quantum* de las bonificaciones en las cotizaciones a la Se-

¹¹ La Directiva 2000/78/CE ha sido objeto de transposición al ordenamiento español a través de la Ley 51/ 2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y del Título II, Capítulo III de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

¹² Acuerdo adoptado entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Comité Español de Representantes de Minusválidos el 2 de diciembre de 2002 base del II Plan de Empleo MTAS-CERMI 2002-2004.

guridad Social (DF 4.^a), e introducido la modalidad de pago único de las prestaciones por desempleo del trabajador discapacitado con el objeto de que pueda constituir o incorporarse como socio trabajador en cooperativas o sociedades laborales (DF 3.^o). Por su parte, las aportaciones de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, se concentran en: la inclusión de las personas con discapacidad como grupo beneficiario del programa de renta activa de inserción (DA 1.^a); el establecimiento del coste cero en la cotización empresarial por discapacitados contratados en régimen de interinidad para la sustitución de trabajadores también discapacitados en situación de IT (DA 9.^a); la opción otorgada a las empresas que contraten a discapacitados bajo la modalidad de contrato para la formación de sustitución total o parcial del tiempo de enseñanza teórica por procedimientos de rehabilitación o ajuste personal y social en centros especializados (DA 10.^a) y, en fin, la introducción de incentivos al establecimiento como autónomos de personas con discapacidad a través de bonificación en la cotización social (DA 11.^a).

Ya en el año 2003, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación, y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, aparte de la regulación de medidas contra la discriminación, medidas de acción positiva y de medios de fomento y de defensa específicos para la garantía del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, modifica, por un lado, tanto el Estatuto de los Trabajadores (art. 46.3) así como la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (art. 29.4), para incluir la discapacidad entre las circunstancias concurrentes en los familiares que dan derecho al trabajador asalariado y funcionario a la excedencia para su cuidado (DA 1.^a); y, por otro lado, se suprime la exigencia de la disminución de la capacidad laboral igual al grado de minusvalía a la que se venía supe- ditando la obtención de los incentivos al empleo de discapacitados en el mercado ordinario de trabajo y las peculiaridades para su contratación en prácticas o para la formación (DA 4.^a). Así mismo, procurando la mejora del marco normativo del empleo público, la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados, ha elevado del 3% al 5% la cuota de reserva para discapacitados en las convocatorias de provisión de personal que realicen las Administraciones Públicas con el objetivo medio- to de que de forma progresiva el contingente de empleados con discapacidad represente el 2% de los efectivos totales de la Administración del Estado. El Capítulo III, Título II de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medi- das Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en transposición de la Di- rectiva 2000/78/CE, establece una serie de disposiciones para garantizar el principio de igualdad de trato y no discriminación en el empleo, condicio- nes de trabajo, promoción y formación profesional por razón, entre otras

circunstancias, de discapacidad y en particular introduce modificaciones al tal efecto en los arts. 4.2, 16.2, 17.1 y 54.2 del Estatuto de los Trabajadores (art. 37 Ley 62/2003), en el art. 37 de la LISMI (art. 38), en el art. 3,1 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre Desplazamiento de Trabajadores en el Marco de una Prestación de servicios Transnacional (art. 39) y en la Ley de Procedimiento Laboral, art. 96.

Las reformas han ido referidas igualmente a las medidas de acción positiva reguladas en el RD 1451/1983, de 11 de mayo, sobre empleo selectivo y medidas de fomento del empleo (REDES) cuya modificación por el RD 170/2004, de 30 de enero, está regida por tres objetivos: por un lado, bonificar específicamente la contratación laboral de las mujeres con discapacidad al confluir en este caso la doble dificultad atinente al género y a la propia discapacidad para el acceso al empleo; por otro lado, extender las subvenciones para adaptación de puestos de trabajo y adquisición de equipos de protección personal a los supuestos en que la empresa opte por la contratación temporal de discapacitados y, por último, agilizar la contratación de trabajadores con discapacidad y la obtención de los incentivos a ella vinculados desde el inicio de la actividad empresarial, facilitando los trámites exigidos a las empresas de nueva creación.

El paquete de medidas de inserción laboral se cierra, por el momento, con el RD 290/2004, de 20 de febrero, regulador de los enclaves laborales como técnica con la doble funcionalidad de fomentar el empleo de discapacitados y facilitar su transición desde el empleo protegido al mercado de trabajo ordinario, objetivo éste último tradicional de las políticas de inserción laboral de este colectivo.

4. APUNTES ACERCA DEL REFORZAMIENTO DE LAS TÉCNICAS DE TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA EN EL TRABAJO POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD

Aunque nuestro ordenamiento jurídico ya contaba con bases para la tutela antidiscriminatoria en el ámbito laboral de los discapacitados tanto las generales de orden constitucional (arts.14 y 35 CE), cuanto las más específicas en sede de legalidad ordinaria (art. 38.2 LISMI), la transposición de la Directiva 2000/78/CE ha significado un salto cualitativo en orden al reforzamiento de los medios de tutela jurídica cuando la discriminación traiga causa en la discapacidad del trabajador.

La norma comunitaria tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación (art. 1) y a tal efecto, los ejes del régimen de tutela son: a) acoge un concepto amplio de discriminación omnicompreensivo de la discriminación



directa e indirecta, (art. 2.2) incluyendo la definición del acoso por razón, entre otras, de discapacidad al que se califica de conducta discriminatoria (art. 2.3); b) autoriza expresamente a los Estados Miembros a adoptar medidas de acción positiva, es decir destinadas a prevenir o compensar las desventajas derivadas por cualquiera de aquéllos motivos (art. 7.1); c) impone la flexibilización de las reglas procesales del *onus probando*, imponiendo al demandado la carga de demostrar la ausencia de móvil discriminatorio cuando el demandante aporte meros indicios de discriminación (art. 10.1) y d) garantiza el denominado principio de indemnidad, esto es la protección del sujeto discriminado ante cualquier medida empresarial de represalia ante reclamaciones judiciales o extrajudiciales instadas en defensa del derecho de igualdad y no discriminación (art. 11). En relación con la discriminación por discapacidad, la norma contiene dos previsiones específicas: una, destinada a los empresarios a los que se les impone la realización de «ajustes razonables» que faciliten a los discapacitados el acceso al empleo, la promoción y formación profesionales, salvo que tales ajustes entrañen una carga excesiva (art. 5) y la otra, la inclusión expresa, en el ámbito de las medidas de acción positiva que puedan adoptar los Estados Miembros, de particulares disposiciones en materia de prevención de riesgos laborales y de fomento del empleo e inserción laboral (art. 7).

Pues bien, la transposición de la Directiva en lo referente a discapacidad, tal y como ha sucedido habitualmente en los procedimientos de implementación al ordenamiento interno de este tipo de normas, no constituye un modelo de técnica legislativa¹³. En efecto, en este caso, como en tantos otros precedentes, el legislador ha procedido a una importación en bloque de la norma comunitaria sin despojarla de su formulación de norma estándar traduciéndose en disposiciones en gran medida de carácter «principalista»¹⁴ y, además, se ha llevado a efecto, en un claro ejemplo ahora de asincronía legislativa¹⁵, a través de dos normas diversas: por un lado, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, específica sobre personas con discapacidad y, por otro, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de Acompañamiento de los Presupuestos Generales para 2004 (Título II, Capítulo III). Ambas normas, aun confluyendo en la finalidad de reforzar las garantías del principio de igualdad y no discriminación respecto de las personas discapacitadas, tienen distinto

¹³ Vid. PASCUA MATEO, F.: «Cuestiones de técnica normativa de la incorporación de directivas comunitarias al Derecho español», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 4, 2002, págs. 649-698.

¹⁴ Vid. MERCADER UGUINA, J. R.: «Avalanchas normativas y legislación al por mayor. Algunas reflexiones sobre la Ley de Acompañamiento para el 2004», *RL*, núm. 6, 2004, pág. 101.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 109.

alcance o ámbito de aplicación. Así, mientras la Ley 51/2003, orientada por el principio de transversalidad de las políticas en materia de discapacidad, es de aplicación a una pluralidad de ámbitos (telecomunicaciones y sociedad de la información, espacios públicos e infraestructuras, transporte, bienes y servicios a disposición del público, relaciones con las Administraciones Públicas) y sólo con carácter supletorio al ámbito del empleo y la ocupación (art. 3), las disposiciones de la Ley 62/2003 van dirigidas específicamente al ámbito laboral y, en concreto, a garantizar el acceso al empleo, afiliación y participación en organizaciones sindicales, disfrute de condiciones de trabajo, la promoción profesional y la formación profesional ocupacional y continua (art. 34).

En el apartado de definiciones, las dos disposiciones contienen formulaciones equiparables de las nociones de igualdad de trato, discriminación directa, indirecta y de acoso, pero en éstas últimas se aprecian diferencias de matiz. En lo que se refiere al concepto de discriminación indirecta, el art. 28 de la Ley 62/2003 lo vincula al supuesto en que «una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón... de discapacidad...», en términos hasta aquí idénticos a los utilizados por el art. 6 Ley 51/2003, pero en olvido de una circunstancia que referida a la discapacidad es fuente usual de discriminación también en el ámbito del trabajo: el entorno, que, sin embargo, si se incluye en la noción acuñada por la última norma citada. De este modo, conforme a una interpretación sistemática de ambos preceptos, debe entenderse que existirá discriminación indirecta por motivo de discapacidad cuando un entorno laboral —esto es el puesto de trabajo o la empresa en general— aparentemente neutro ocasione una desventaja para el trabajador discapacitado.

Por lo que respecta al acoso, la transposición ha permitido incorporar la discapacidad como circunstancia concreta determinante de un tipo de violencia ambiental que no por su reciente emergencia en la casuística judicial ha dejado de estar presente tradicionalmente en el contexto laboral. El acoso se define como «toda conducta no deseada relacionada (entre otras) con la discapacidad de una persona que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo» (art. 7.a) Ley 51/2003)¹⁶, quedando integrada, pues,

¹⁶ La definición legal guarda perfecta simetría con la establecida por el art. 2.3 de la Directiva 2000/78/CE, a diferencia de la formulada por el art. 28.1.d) de la Ley 62/2003 en donde se han omitido los términos «hostil» y «degradante», omisión que en cualquier caso carece de mayor relevancia al tratarse de expresiones que abundan en el elemento objetivo del acoso laboral ambiental.

por los dos elementos —subjetivo y objetivo— caracterizadores de otras formas de acoso, como el sexual, que previamente han sido objeto de positivización y tratamiento tutelar en nuestro ordenamiento¹⁷. El acoso, así entendido se califica expresamente como conducta discriminatoria.

Tras la definición de discriminación, las dos normas coinciden al introducir una salvedad excluyente de discriminación: que la diferencia de trato responda a una finalidad legítima y que los medios necesarios para su consecución sean necesarios y adecuados¹⁸, a la que el art. 34.2 Ley 62/2003 añade una segunda excepción, también contemplada en la Directiva 2000/78/CE (art. 4.1), según la cual tampoco se entenderá concurrente discriminación cuando la característica relacionada con (en nuestro caso) la discapacidad determinante de la diferencia de trato, resulte «requisito profesional esencial y determinante» en función de la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o el contexto en que ésta se realice, salvedad que de algún modo ya se contemplaba en nuestra legislación laboral al poner en conexión la discriminación con la aptitud del discapacitado para el desempeño del trabajo o empleo de que se trate en cada caso.

Con el objeto de proyectar estas disposiciones de finalidad antidiscriminatoria de carácter general al ámbito laboral, la Ley 62/2003 introduce las oportunas modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley de Procedimiento Laboral a través, respectivamente, de sus artículos 37 y 40. En lo que se refiere al ET, se lleva a cabo una reformulación de los derechos reconocidos al trabajador en la relación laboral y en concreto del derecho a no ser discriminado en el empleo o en el disfrute de condiciones de trabajo por razón de discapacidad para incluir tanto la discriminación directa como indirecta (art. 4.2.c) ET), así como de los derechos a la intimidad y dignidad en cuyo ámbito de protección se incorpora ahora el acoso por razón de discapacidad (art. 4.2.e) ET) que, de este modo, al actualizarse supondría un atentado simultáneo contra, al menos, estos dos derechos laborales fundamentales. En la misma línea, según la nueva redacción dada al art. 16 ET, se prohíbe expresamente a las agencias privadas de colocación que en el ejercicio de su actividad mediadora establezcan discriminaciones directas o indirectas por razón de discapacidad habida cuenta, eso sí, la capacidad residual del discapacitado que busca empleo.

Por otra parte, la tipificación específica de la discriminación por motivo de discapacidad ha determinado que con la nueva redacción dada al art.

¹⁷ Para una crítica del elemento subjetivo del acoso que, en cuanto que conducta «no deseada», exigiría alguna manifestación expresa de rechazo por parte de la víctima, *vid.* ARCE, J.C.: *El trabajo de las mujeres en el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 109-110.

¹⁸ En aplicación de lo dispuesto en el art. 2.2.b), i) Directiva 2000/78/CE.

17 ET se sancione con la nulidad cualquier disposición normativa, cláusula convencional o contractual y decisiones unilaterales del empresario que resulten discriminatorias por esta circunstancia personal del trabajador, así como que en el plano procesal se aplique el régimen especial de la carga de la prueba que el art. 96 de la LPL reservaba literalmente hasta ahora a los supuestos de invocación de discriminación por razón de sexo¹⁹. Sin embargo, las ventajas aportadas por la reforma de estos dos preceptos no son tan innovadoras como en principio pudiera parecer dado que las técnicas de tutela antidiscriminatoria que regulan ya estaban previstas en el proceso especial de amparo ordinario cuyo ámbito cognitivo abarca, como expresamente establece el art. 181 LPL, a las demandas de tutela de todos los derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de trato discriminatorio.

En efecto, en el marco de garantías de este procedimiento especial figura la modulación de las reglas del *onus probandi* (art. 179.2 LPL)²⁰ en los mismos términos previstos en el art. 96 del mismo cuerpo legal, lo que ha determinado que la doctrina haya venido considerando desde tiempo atrás que éste último precepto de la Ley adjetiva era operativo no sólo en los supuestos de discriminación por razón de sexo —a los que hasta ahora se ceñía—, sino en todos aquéllos en los que se invoque otro tipo de discriminación o la vulneración de cualquier otro derecho fundamental²¹. Desde esta

¹⁹ Conforme a la modificación operada en este precepto por el art. 40 Ley 62/2003 en cumplimiento del art. 10 de la Directiva 2000/78/CE. La reforma de la norma procesal citada por parte de la Ley 62/2003 viene preludiada por la Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad que aunque se abstiene de introducir modificación específica en la legislación procesal laboral, establece con carácter general en su art. 20 que «en aquellos procesos jurisdiccionales en los que las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de graves indicios de discriminación directa o indirecta por razón de discapacidad, el juez, tras la apreciación de los mismos... podrá exigir al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad». De este modo, aunque la Ley 62/2003 no hubiera procedido, como ha hecho, a la reforma del art. 96 LPL, la garantía de la distribución de la carga de la prueba de la discriminación por discapacidad hubiera sido igualmente aplicable dado el carácter supletorio que el legislador atribuye a la Ley 51/2003 en el ámbito del empleo y la ocupación (art. 3, segundo inciso).

²⁰ La doctrina ha puesto de relieve que el régimen jurídico del sistema regulado en el art. 179.2 LPL no opera una auténtica inversión de la carga probatoria, sino un sistema de prueba indiciaria ya que corresponde al actor la obligación de aportar «indicios racionales» de la lesión o de la discriminación alegada —principio de prueba—, de los que pueda deducirse una presunción razonable de la existencia de la misma. *Vid.*, en este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L./ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Comentario al artículo 179», en *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Comares, Granada, 2001, págs. 1101-1103.

²¹ Para una crítica del reduccionismo del tenor literal del art. 96 LPL, *vid.* GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «El despido en la jurisprudencia constitucional», en VV. AA.: *El proce-*

perspectiva, se evidencia una identidad sustancial entre ambos preceptos que ha comportado que doctrinalmente se haya cuestionado incluso la necesidad del art. 96 LPL²², si bien esta dualidad ha sido también valorada como una garantía procesal suplementaria toda vez que aún no habiendo discurrido la demanda por el procedimiento de amparo ordinario por no haberse alegado inicialmente discriminación, la garantía de distribución de la carga de la prueba establecida en el art. 96 LPL será aplicable cuando en el transcurso del juicio se pongan de manifiesto indicios de discriminación (en nuestro caso, por razón de discapacidad)²³. Por otro lado, la nulidad de la disposición, la cláusula o la conducta empresarial discriminatoria ya venía contemplada como efecto de la discriminación al establecer el art. 180 LPL que el órgano jurisdiccional que resuelva el litigio cuyo objeto sea el trato discriminatorio declarará la nulidad de la disposición, cláusula o conducta y adoptará las medidas oportunas para la reparación del perjuicio causado, incluida la indemnización que proceda, pero como se ha explicado respecto de las reglas de la carga de la prueba, la reforma introducida ahora en el art. 17 ET posibilita que la nulidad de la conducta discriminatoria por razón de discapacidad sea un efecto anudado a la discriminación acreditada, independientemente del cauce procesal seguido por el afectado.

Finalmente la tutela judicial frente a la discriminación directa o indirecta por motivo de discapacidad se refuerza específicamente en el plano del resarcimiento de los perjuicios causados por la conducta discriminatoria, al establecerse en el art. 18.2 Ley 51/2003, específica sobre igualdad de trato de las personas con discapacidad, que la indemnización reparadora que pudiera acordarse no podrá estar limitada en ningún caso por un *quantum* máximo preestablecido, debiendo incluir, además, el resarcimiento del daño moral aún no concurriendo en el supuesto perjuicios de carácter patrimonial.

La nueva disposición suscita tres órdenes de consideraciones. La primera, que se trata de una medida con finalidad reparadora y disuasoria que sorprendentemente no está recogida en la Directiva 2000/78/CE, sino en la

so laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, CGPJ, Madrid, 1996, pág. 131, para el que resulta difícil admitir que la voluntad del legislador haya sido reducir el ámbito de la previsión normativa exclusivamente a la discriminación por razón de sexo. En el mismo sentido, GIMENO SENDRA, V.: «El derecho a un proceso laboral con todas las garantías», en *Ibidem*, pág. 343, para el que el art. 96 LPL en su primigenia redacción ya resultaba aplicable a todos los casos en que aparezca discriminación y no sólo cuando el objeto litigioso sea la determinación de la existencia de discriminación por razón de sexo.

²² Vid. MONTERO AROCA, J., IGLESIAS CABERO, M., MARÍN CORREA, J.M., SAMPEDRO CORRAL, M.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral I*, Civitas, Madrid, 1983, pág. 659.

²³ En este sentido, vid. ALTÉS TÁRREGA, J. A.: *El acoso sexual en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 89-90.

Directiva 2002/73/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo y por tanto enmarcada en el contexto de lucha contra la discriminación por razón de género en la nueva redacción dada al art. 6 de la Directiva 76/207/CEE, por lo que en este punto el legislador español ha utilizado una técnica de transposición peculiar extrapolando al ámbito de la tutela frente a la discapacidad un medio de protección previsto en el Derecho comunitario para los supuestos de discriminación por razón de sexo. En segundo lugar, debe advertirse que la indemnización resarcitoria de los perjuicios producidos por conductas discriminatorias con cuantía a determinar discrecionalmente por el juzgador conforme a los principios de suficiencia y proporcionalidad, ya estaba contemplada en el art. 180.1 LPL en el marco del proceso especial de tutela de derechos fundamentales, pero ahora, de conformidad con el nuevo precepto de la Ley 51/2003 (art. 18), debe interpretarse que, aunque no sea éste el cauce procesal seleccionado por no haberse alegado en principio la existencia de discriminación, será una medida aplicable cualquiera que sea el procedimiento en cuyo transcurso aparezcan indicios de discriminación laboral directa o indirecta por motivo de discapacidad. Por último, subrayar la especial trascendencia que adquiere la norma en el ámbito laboral en los casos en que la discriminación se materialice en actos, medidas o incumplimientos empresariales que llevan anudadas indemnizaciones tasadas legalmente que, de este modo, tendrían que entenderse compatibles con la reparadora de los perjuicios materiales y/ o morales producidos por la discriminación o el acoso por motivo de discapacidad²⁴.

Con todo, tal y como ha reconocido la doctrina, los factores que siguen provocando la discriminación de los discapacitados en el empleo «son de índole interna, si se quiere estructural, en el seno de las empresas, por cuanto sigue sin ofrecerse en el ámbito empresarial un ajuste razonable de las necesidades y capacidades de las personas con alguna minusvalía»²⁵. Pues bien, la consecución de estos ajustes razonables en aras de la plena efectividad

²⁴ Piénsese v. gr. que la discriminación o el acoso del discapacitado le conduzca a buscar la salida de la empresa haciendo uso de la facultad extintiva que le confiere el art. 50 ET. que contempla una indemnización tasada; en este caso, estimada la demanda extintiva del trabajador por apreciarse la existencia de la discriminación prohibida, la condena al empresario al pago de la indemnización legal exclusivamente iría en contra del mandato contenido en el art. 18 Ley 51/2003, procediendo entonces una indemnización complementaria para la íntegra reparación de los daños materiales y morales producidos al discapacitado. Para el reconocimiento de esta doble indemnización en un supuesto de acoso sexual, *vid.* STSJ Cataluña de 15 de julio de 2002 (AS 2881/2002).

²⁵ *Vid.* GARRIDO PÉREZ, E.: «El tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades», *TL*, núm. 59, 2001, pág. 183.



del principio de igualdad de trato en relación con los trabajadores con discapacidad es uno de los objetivos centrales de la Directiva 2000/78/CE para lo cual su art. 5 establece un mandato dirigido a los empresarios para que éstos adopten «las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación»; es decir, la expresión «ajustes razonables» remite directamente a medidas empresariales de acción positiva que procuren la adaptación de los puestos de trabajo y la accesibilidad de las empresas tendentes a compensar las desventajas que la discapacidad conlleva y que particularmente se dejan sentir en materia de empleo, condiciones de trabajo, promoción y formación profesionales.

En este sentido, La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, integra en bloque en nuestro ordenamiento jurídico el citado art. 5 de la Directiva a través de la incorporación de un nuevo art. 37 bis en la Ley 13/1982 de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, que no obstante, y del mismo modo en que se contempla en la Directiva, supedita la obligatoriedad de instauración de estas medidas de ajuste a que no impliquen «una carga excesiva para el empresario», lo que en concreto implica que su operatividad se condiciona al tamaño, facturación y costes que la adopción de las mismas comporte para la organización productiva y a la existencia de ayudas públicas de carácter económico-financiero paliativas suficientes. Así, los ajustes razonables, que unánimemente son considerados como instrumentos esenciales en la consecución del objetivo de garantizar la igualdad de trato y la integración de los discapacitados en el trabajo, se someten a un criterio puramente economicista que atiende más a los intereses empresariales (principio pro empresa) que al cumplimiento pleno y efectivo del derecho de las personas con minusvalía a la plena integración laboral²⁶.

5. POLÍTICAS DE EMPLEO: MEDIDAS DE PREFERENCIA, RESERVA E INCENTIVOS AL EMPLEO DE PERSONAS DISCAPACITADAS

Estamos en presencia de uno de los colectivos de trabajadores donde el esfuerzo de fomento del empleo se manifiesta con más intensidad²⁷, las especiales dificultades para el empleo de los trabajadores minusválidos jus-

²⁶ Sobre la nueva regulación de las ayudas y subvenciones públicas relativas a adaptación de puestos de trabajo y mejora de la accesibilidad del entorno laboral, *vid.* epígrafe posterior de este trabajo.

²⁷ Se ha de señalar que en los últimos años han confluído diversas iniciativas dirigidas a fomentar la integración laboral y social de aquellos grupos considerados menos favorecidos.

tifican y exigen la intervención de los poderes públicos, para que procuren su efectiva inserción sociolaboral. Si bien, el grado de minusvalía exigido para el acceso a los beneficios de fomento de empleo de trabajadores discapacitados ha de ser igual o superior al 33%²⁸. En esta cuestión, hay que destacar que las características que afectan al grado mínimo de minusvalía en relación con las medidas de fomento del empleo y las modalidades de contratación han sido modificadas por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Con la reforma se clarifica el régimen aplicable, así el grado mínimo de minusvalía necesario sigue siendo el mismo (igual o superior al 33%) pero se suprime el requisito, hasta ahora exigido, sobre la disminución equivalente de la capacidad de trabajo y, además, se puntualiza que el grado mínimo de minusvalía se refiere al acceso al fomento del empleo en el mercado ordinario de trabajo y, por otro lado, a la aplicación de las especialidades previstas para la contratación en prácticas o para la formación, dentro de las posibilidades de la relación laboral común ordinaria²⁹.

Como seguidamente se tendrá ocasión de observar, han sido muy variadas las ayudas e incentivos establecidos en el ordenamiento español para estimular y fomentar la contratación de trabajadores minusválidos. Así, desde la creación de subvenciones de muy distinta naturaleza, hasta la concesión de ayudas a fondo perdido para la adaptación de los puestos de trabajo, eliminación de barreras arquitectónicas, bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social... Medidas que pretenden hacer efectivo el derecho al empleo y al trabajo de las personas con discapacidad.

5.1. Medidas de fomento del empleo en empresas ordinarias

La primera forma de integración del discapacitado en el ámbito laboral es mediante un sistema ordinario, que consistirá en la contratación del mis-

Entre ellas, la Estrategia Europea para el Empleo y la Estrategia Europea para la Inclusión Social, materializadas, en el ámbito nacional, en los Planes Nacionales de Acción para el Empleo y en los Planes de Acción para la Inclusión Social.

²⁸ Consúltese, en general, VILLA GIL, L. E. DE LA y SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: «El derecho al trabajo de los minusválidos». *Revista de Trabajo*, n. 79, 1985. También, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 21 de febrero de 1995 (AS, 1995/630) y la STSJ de Cataluña de 26 de junio de 1998 (AS, 1998/3170).

²⁹ Así se deduce de la disposición adicional 6.ª Ley 24/2001, 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, con las modificaciones introducidas por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.



mo por un empresario «normal» para prestar servicios por cuenta ajena dentro del ámbito de dirección y organización de dicho empresario. Esta relación se ve sometida a la normativa laboral y de Seguridad Social común; todo ello, sin perjuicio de determinadas especialidades fundamentalmente dirigidas a hacer realidad el principio de igualdad real, y fomentar y potenciar el empleo de este colectivo.

El trabajo que prestan los discapacitados se realiza en empresas ordinarias, ya sean de naturaleza pública o privada. Para conseguir esta medida de integración, nuestro Ordenamiento, aunque es un criterio seguido en la mayoría de los países europeos, ha recurrido a la denominada cuota de reserva para trabajadores minusválidos. Pero no se debe olvidar que es muy escasa su eficacia, principalmente, por su sistemático incumplimiento.

Constituyen otros elementos de integración laboral, el estímulo y fomento de la contratación y empleo de personas discapacitadas mediante la concesión de ayudas, subvenciones y desgravaciones, como se verá en apartado posterior, así como la especial actuación de las Administraciones Públicas para garantizar la efectividad y eficacia del régimen jurídico existente comprendiendo medidas de muy diversa naturaleza: desde la creación de un sistema específico de intermediación laboral hasta programación de actividades de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en orden a la fiscalización y vigilancia del cumplimiento de las normas y disposiciones aplicables.

5.1.1. *Cuota de reserva para la contratación de trabajadores minusválidos*

La primera de las medidas para activar el empleo de los minusválidos es una medida de acción positiva. Constituye un procedimiento o sistema de integración de los reconocidos e implantados en la mayoría de los países de la Unión Europea, pero se puede decir que es bastante polémico, y de forma más acusada en el sector privado. Las diferencias entre los distintos países son muy profundas³⁰.

Las empresas obligadas son tanto las públicas como las privadas, siempre que ocupen a 50 o más trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea la modalidad de contratación (indefinida o temporal) y cualquiera que sea la forma jurídica de la empresa. Están obligadas a que, al menos, el 2% sean trabajadores minusválidos³¹. El cómputo del número de trabajadores

³⁰ Véase nota a pie de página número 3 de SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J. M.: *Los trabajadores discapacitados*, op. cit., págs. 71 a 72.

³¹ Ante el incumplimiento de la Ley de la Función Pública en materia de reserva de empleo público para las personas con discapacidad, la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre



no se hace sobre el concepto de centro de trabajo sino sobre la plantilla total de la empresa.

De manera excepcional las empresas podrán quedar exentas de la obligación de contratar minusválidos, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas determinadas reglamentariamente³².

La negociación colectiva en cuanto a la realización de la política de cupos puede cumplir un interesante papel. En primer lugar, haciendo efectiva la posibilidad de determinar vía convenio colectivo los puestos de trabajo reservados a los trabajadores minusválidos. Y en segundo lugar, exonerando, total o parcialmente, a las empresas del cumplimiento de su obligación, a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal o de ámbito inferior.

Sobre la causa de excepcionalidad, decir que concurre la misma (primero) cuando la no incorporación de un trabajador minusválido a la empresa obligada se deba a la imposibilidad de los servicios públicos de empleo competentes o de las agencias de colocación, para atender la oferta de empleo, después de haber efectuado todas las gestiones de intermediación necesarias para dar respuesta a los requerimientos de la misma y concluirla con resultado negativo, debido a la inexistencia de demandantes de empleo discapacitados inscritos en la ocupación indicada o, aun existiendo, cuando acrediten no estar interesados en las condiciones de trabajo ofrecidas en la misma. Segundo, también concurre la nota de excepcionalidad, cuando se acrediten por la empresa obligada cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motiven la especial dificultad para incorporar trabajadores discapacitados a la plantilla de la empresa, siempre y cuando el servicio de empleo público confirme la presencia de las causas

Empleo público de discapacitados, ha venido a incrementar la cuota de reserva en este sector. Así, establece que en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al 5% de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, de modo que, progresivamente se alcance el 2% de los efectivos totales de la Administración del Estado.

³² El Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, sobre Empleo Selectivo y Medidas de Fomento de Empleo de Trabajadores minusválidos, dedica los arts.4 y 5 a reiterar y desarrollar el contenido de la Ley de Integración en este aspecto. Esta norma ha sido ampliamente modificada, principalmente, por la Ley 66/1997, 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y por la Ley 50/1998, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Por tanto, las modificaciones afectan a la Ley de Integración Social de Minusválidos (art. 38) y al RD 1451/1983 (arts.4 y 5).



alegadas³³. La certificación tiene una validez de dos años desde su expedición, incluso se puede extender a tres años en función de las circunstancias tales como la naturaleza de la actividad de la empresa. Transcurrido dichos períodos es preciso solicitar una nueva declaración, si es que persisten la obligación principal y las circunstancias que dieron lugar a la resolución inicial.

En general, las medidas alternativas han sido dos. Primera, realización de contratos de suministros y/ o prestaciones de servicios con Centro Especial de Empleo en equivalencia adecuada en cómputo anual por cada trabajador dejado de contratar. Y segunda, suscripción por el empresario de un convenio específico con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales para la creación de empleo, conforme a los programas especiales para la creación colectiva de puestos de trabajo para personas con discapacidad.

El Consejo de Ministros, el 14 de enero de 2000, aprueba el RD 27/2000, por el que se establecen medidas alternativas al cumplimiento de las cuotas de reserva del 2% a favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores³⁴. También hay que traer a colación 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% a favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores, reguladas por el RD 27/2000, de 14 de enero.

El RD 27/2000 articula tres medidas alternativas³⁵. La primera consiste en la posibilidad de las empresas de realizar un contrato mercantil o civil con un Centro Especial de Empleo o con un trabajador autónomo discapacitado para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier otro tipo de material necesario para la empresa. La segunda, es la realización de un contrato mercantil o civil con un Centro Especial de Empleo o con un trabajador autónomo discapacitado para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empre-

³³ Se ha de tener presente que es, precisamente, el servicio de empleo nacional o de la correspondiente Comunidad Autónoma el competente, también, para emitir certificación sobre la inexistencia de demandantes de empleo.

³⁴ Se debe señalar que el RD 27/2000, de 14 de enero, recoge el Acuerdo firmado el 15 de octubre de 1997 entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Comité Español de Representantes de Minusválidos. MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: «El derecho a la protección de las personas con minusvalías (art.49)», *op. cit.*, págs. 1794 y 1795, principalmente.

³⁵ Consúltese GARCÍA NINET, I.: «Sobre las medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2% a favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores (un comentario de urgencia)». *Tribuna Social*, n. 110, 2000, págs. 5 y ss.

sa³⁶. Y la tercera posibilidad consiste en la realización de donaciones y de acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones sea una Fundación o una Asociación de utilidad pública y su objetivo social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo a favor de minusválidos³⁷.

Tras la promulgación del RD 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, existe una nueva medida alternativa. Así, el citado Real Decreto establece que las empresas que hayan quedado exentas del cumplimiento directo de la obligación de reserva de puestos de trabajo a favor de trabajadores con discapacidad, podrán optar por la aplicación de los enclaves laborales como medida alternativa³⁸.

Constituye infracción grave el incumplimiento de estas obligaciones³⁹. A pesar de todos los intentos cabe concluir que el sistema de reserva de puestos de trabajo se ha caracterizado por la falta de virtualidad y muy reducida eficacia práctica como sistema de creación de empleo dentro del mercado ordinario de trabajo⁴⁰.

5.1.2. *Incentivos económicos a la contratación. Análisis de las particularidades en cada modalidad contractual*

El legislador ha fomentado numerosas de las distintas modalidades contractuales, introduciendo beneficios particulares cuando el trabajador es una persona con discapacidad. Y además, las distintas normas reguladoras han introducido bonificaciones de cotizaciones sociales y subvenciones por contratación. Ambos grupos de cuestiones serán brevemente analizados, se incide únicamente en lo particular de los sujetos discapacitados.

³⁶ Cabe resaltar que en los dos casos analizados el importe de dichos contratos ha de ser, al menos, 3 veces el SMI anual por cada trabajador minusválido dejado de contratar por debajo de la cuota del 2%.

³⁷ El importe de las mismas será, al menos, 1,5 veces el SMI anual por cada trabajador minusválido dejado de contratar por debajo de la cuota de reserva.

³⁸ Consúltense la Disposición Adicional Segunda del RD 290/2004, de 20 de febrero.

³⁹ El art. 15.3 LISOS establece: «el incumplimiento en materia de integración laboral de minusválidos de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para minusválidos, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional».

⁴⁰ La afirmación realizada tiene su apoyo en los datos publicados por los distintos organismos (Consejo Económico y Social, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales...). Pero, además, si se consultan algunos de los últimos Convenios Colectivos negociados, se observa que



**** *Contrato indefinido para trabajadores minusválidos***

Incentivos ⁴¹:

Los incentivos económico-financieros para la contratación indefinida y a jornada completa de trabajadores con discapacidad establecidos en el art. 7 del R.D. 1451/1983, de 7 de abril, sobre empleo selectivo y medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos que ya habían sido objeto de actualización en sus cuantías en virtud del RD. 4/1999 de 8 de enero ⁴², han sido nuevamente objeto de modificación en virtud del reciente RD 170/2004, de 30 de enero ⁴³ con el fin de reforzar el fomento de la contratación de mujeres con discapacidad en las que, como se comentó con anterioridad, concurre una doble circunstancia que acentúa las dificultades de inserción laboral: el género y la discapacidad.

Primero: Subvención de 3.907 euros por cada contrato celebrado a tiempo completo. Cuando el contrato se celebre a tiempo parcial dicho importe se reducirá proporcionalmente a la jornada pactada.

Segundo: Bonificación de las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, y las cuotas de recaudación conjunta durante toda la duración del contrato. La bonificación será del 70 % para los menores de 45 años y del 90 % para los que superan esa edad. De tratarse de la contratación de mujeres discapacitadas la bonificación será del 90% y del 100% según se trate respectivamente de mujeres menores de 45 años o mayores de esa edad.

Tercero: Subvenciones para adaptar los puestos de trabajo o dotación de los medios de protección personal necesarios ⁴⁴.

Cuarto: Subvenciones para la formación profesional de los trabajadores minusválidos.

Quinto: Deducción en el impuesto sobre sociedades, en la cuota íntegra, la cantidad de 4.808,10 euros por cada persona/ año de incremento del

los propios negociadores son conscientes del grado de incumplimiento de la cuota de reserva que legalmente está establecida, por ello tratan de ir consiguiendo unos mínimos y, en su caso, de superarlos.

⁴¹ Hay que recordar que para que se concedan los incentivos es preciso que la contratación sea de trabajadores con un grado mínimo reconocido de minusvalía igual o superior al 33 % y, además, deben estar inscritos en la Oficina de Empleo.

Sobre el requisito del grado de minusvalía se pronuncia la STSJ de Madrid de 26 de junio de 2002 (El Derecho 2002/37457).

⁴² Fruto del Acuerdo MTAS-CERMI 1997.

⁴³ Esta actuación normativa es resultado del posterior Acuerdo MTAS-CERMI 2002 base del II Plan de Empleo MTAS-CERMI 2002-2004.

⁴⁴ El importe máximo a percibir en concepto de subvenciones para los mencionados fines será de 901,52 Euros.

promedio de la plantilla de trabajadores minusválidos contratados por tiempo indefinido, experimentado durante el primer período impositivo iniciado en 1998, respecto a la plantilla media de trabajadores minusválidos del ejercicio inmediatamente anterior con dicho tipo de contrato ⁴⁵.

Con el objeto de facilitar la contratación y agilizar los trámites necesarios para la obtención de los beneficios anteriores, la nueva redacción dada al art. 8 del RD 1451/1983 por el RD 170/2004 establece que la mera presentación por el empresario del contrato junto a la solicitud de alta en la Seguridad Social y el certificado acreditativo del grado de minusvalía, «surtirá los efectos de solicitud de las subvenciones y bonificaciones» antes referidas.

También está subvencionada la transformación, en contratos indefinidos, de los contratos de trabajo temporales con trabajadores minusválidos acogidos a los sucesivos programas estatales de fomento del empleo. Cuando el empresario convierte en indefinidos esos contratos temporales, tiene derecho a varios de los incentivos analizados, concretamente, el primero, el segundo y el último.

Además de todas las medidas clásicas o novedades analizadas hay que referirse a otros cambios particulares que en fomento del empleo de trabajadores discapacitados introduce la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. La Disposición Adicional Quinta apartado 4 de la Ley 45/2002 modifica el cuadro de exclusiones. Ahora, sólo no se aplican las subvenciones y bonificaciones anteriormente analizadas (las fijadas en el capítulo II RD 1451/983): 1) a las contrataciones realizadas con trabajadores que, en los veinticuatro meses anteriores a la fecha de la contratación, hubiesen prestado servicios en la misma empresa o grupo de empresas mediante un contrato por tiempo indefinido, también se incluye los supuestos de sucesión de empresa; y 2) a los trabajadores que hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido en un plazo de tres meses previos a la formalización del contrato.

*** Por lo que se refiere a los contratos formativos existen importantes peculiaridades que afectan a los trabajadores discapacitados*

En el caso de celebrar un contrato de trabajo en prácticas con un minusválido, el plazo desde la terminación de los estudios para poder concertarlo no es el general de cuatro, sino que se amplía hasta seis años.

⁴⁵ Se ha de tener presente que para el cálculo del incremento del promedio de plantilla se computarán exclusivamente los trabajadores minusválidos/ año con contrato indefinido que desarrollen jornada completa.

Si el contrato celebrado es para la formación concurren varias particularidades. Primera, no es de aplicación el límite máximo de edad para su celebración. Segunda, los trabajadores minusválidos no computan para determinar el número máximo de trabajadores para la formación que las empresas pueden concertar en función de su plantilla. Tercera, la duración máxima del contrato podrá llegar hasta 4 años, o hasta 6 años para trabajadores con discapacidad en los centros especiales de empleo. Y cuarta, si el trabajador contratado es una persona con discapacidad psíquica, la formación teórica podrá sustituirse, total o parcialmente, previo informe de los equipos multiprofesionales de valoración correspondientes, por la realización de procedimientos de rehabilitación o de ajuste personal y social en un centro psicosocial o de rehabilitación sociolaboral ⁴⁶. Sobre los contratos formativos, se ha de tener también presente que existe un contrato especial de formación previsto en el art.34 de la Ley de Integración Social del Minusválido, cuyo contenido básico debería haber sido fijado por las normas de desarrollo de dicha Ley, en relación con lo fijado en el art.11 ET; sin embargo, no se ha producido el desarrollo reglamentario. Laguna que queda cubierta con el contrato de formación ordinario previsto en el Estatuto de los Trabajadores y con el contrato especial de formación previsto en el RD 1368/1985, sobre relación laboral especial de los trabajadores minusválidos en los centros especiales de empleo ⁴⁷.

Según la Disposición Adicional Segunda del ET, las empresas que celebren contratos en prácticas a tiempo completo con trabajadores minusválidos tendrán derecho a una *reducción (bonificación)*, durante la duración del contrato, del 50 % de la cuota empresarial de la Seguridad Social correspondiente a las contingencias comunes. A la misma reducción tendrán derecho las empresas cuando el contrato celebrado sea para la formación.

**** *El contrato temporal de fomento del empleo de trabajadores minusválidos***

Como se recordará, el régimen jurídico aplicable al contrato temporal de fomento al empleo se estableció en el art.44 de la Ley 42/1994, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en un primer momento

⁴⁶ Se trata de otra medida de apoyo al empleo de discapacitados fijada por la Disposición Adicional Décima de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

⁴⁷ ALONSO GARCÍA, B.: «El trabajo de los discapacitados [En torno a los artículos 2.1, g), 45.1, c), 48.2, 49, e) y Disposición Adicional 2.ª]», *op. cit.*, págs. 223 y 224.

con un carácter general, para cualquier trabajador, siempre que reuniera unas características que afectaban a su situación de desempleado. Fue la Ley 64/1997, sobre incentivos a la contratación indefinida, la que deroga el mencionado art.44, con la excepción, precisamente, de la celebración de dicha modalidad contractual con trabajadores discapacitados⁴⁸. Así, desde ese momento, las distintas y sucesivas Leyes de medidas fiscales, administrativas y del orden social han mantenido la vigencia del contrato temporal de fomento al empleo para los trabajadores minusválidos⁴⁹.

Los incentivos que reciben los empresarios consisten en reducciones en las cuotas a la seguridad social por contingencias comunes. En concreto, las empresas que celebren esta modalidad contractual a jornada completa y por una duración entre uno y tres años con trabajadores minusválidos, tendrán derecho a una reducción, en las cuotas a la Seguridad Social por contingencias comunes, del 75%. Ahora bien, este porcentaje se sube al 100% para el primer trabajador contratado por la empresa, siempre que no hayan tenido trabajador alguno a su servicio desde el 1 de enero de 2002.

En el supuesto específico de que se contrate a mujeres minusválidas, las empresas tendrán derecho a una bonificación del 90%, en la cotización empresarial por contingencias comunes, si la mujer contratada tiene una edad igual o superior a 45 años y del 80% si es menor de dicha edad⁵⁰.

Los beneficios anteriores no son aplicables en dos casos. A) Por los trabajadores que hayan estado contratados en las empresas con posterioridad al 1 de enero de 2002. Y B) A las contrataciones que afecten al cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consaguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las empresas, que revistan la forma jurídica de sociedad, y las que se produzcan con éstos últimos.

Si durante la vigencia de las contrataciones realizadas la empresa amortizara puestos de trabajo por despido improcedente, expediente de regulación de empleo o por despido objetivo individual, perderá automáticamente el derecho a la reducción de cuotas derivadas de estas contrataciones. El empresario tiene la obligación de ingresar, a partir del momento en que se haya producido la amortización, las cuotas empresariales establecidas con carácter general.

⁴⁸ STSJ de Cataluña de 13 de marzo de 2003 (El Derecho 2003/18670).

⁴⁹ Precisamente, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, ha prorrogado indefinidamente la vigencia del art.44 de la Ley 42/1994 para los trabajadores minusválidos.

⁵⁰ Incentivo añadido por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Reforma Económica.



**** Otra particularidad afecta a los contratos de interinidad**

Los contratos de interinidad que se celebren con personas minusválidas desempleadas, para sustituir a trabajadores y trabajadoras minusválidos que tengan suspendido su contrato de trabajo por incapacidad temporal, durante el período que persista dicha situación, darán derecho a una bonificación del 100% de las cuotas de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta⁵¹.

5.1.3. Incentivos para la adaptación de puestos de trabajo

Éstos tratan de facilitar al empresario la contratación de minusválidos, aliviándole del indudable gravamen económico que puede conllevar la adaptación del puesto de trabajo o la adopción de medidas de protección adecuadas al grado de minusvalía del trabajador, si no se cuenta con apoyos institucionales que sufraguen los costes derivados de su contratación. A tal efecto, el art. 12 LISMI reconoce el derecho de los empresarios a percibir subvenciones a tanto alzado a cargo del INEM (Servicio Público de Empleo Estatal) compatibles con los restantes incentivos a la contratación mencionados, debiendo acompañarse a la solicitud el informe favorable de la Inspección de Trabajo que es el Servicio que resulta competente para determinar la necesidad de adaptación o de fijar medios especiales de protección personal. Esta ayuda puede ser solicitada por el empresario o, en su defecto, por el propio trabajador interesado⁵².

A este respecto, el anteriormente citado RD 170/2004 modifica el art. 12 del RD 1451/83 para introducir dos interesantes aclaraciones que vienen a flexibilizar y ampliar el ámbito de aplicación de estas ayudas a cuya existencia y suficiencia, como ya se comentó⁵³, el nuevo art. 37 bis LISMI supedita la obligatoriedad de la implantación de ajustes razonables para las personas discapacitadas en las empresas. El primer matiz consiste en aclarar que las subvenciones destinadas a la adaptación de puestos de trabajo y dotación de equipos de protección personal (*epis*) se vinculan no sólo a la

⁵¹ Derecho establecido en la Disposición Adicional Novena de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre.

⁵² Véase el art.12 RD 1451/1983.

⁵³ *Vid. supra* IV, pág. 11 de este trabajo al comentar críticamente las excepciones a la obligatoriedad de los *ajustes razonables* aplicables en las empresas para salvar las desventajas atinentes a los trabajadores discapacitados establecidas en el nuevo art. 37 bis LISMI por la transposición de la Directiva 2000/78/CE.

evitación de la siniestralidad laboral como venía sucediendo hasta ahora, sino también a la mejora de la accesibilidad al empleo de los discapacitados eliminando barreras o obstáculos. En segundo término, la otra modificación de calado va referida a precisar que estas ayudas no se restringen a la contratación indefinida de minusválidos⁵⁴, sino que se extienden también a determinados supuestos de contratación temporal, ya se trate de la modalidad de contrato temporal para el fomento del empleo de discapacitados⁵⁵, ya de contratos en prácticas o para la formación laboral (art. 11 ET) siempre que su duración sea igual o superior a 12 meses⁵⁶.

5.1.4. *Incentivos al empleo de los discapacitados en la economía social*

Consisten en ayudas económicas para la constitución por trabajadores minusválidos de cooperativas y sociedades laborales y para la incorporación como socios trabajadores de desempleados minusválidos a cooperativas o sociedades laborales, fijadas en la Orden de 29 de diciembre de 1998, que establece las bases reguladoras para la concesión de ayudas y subvenciones públicas con cargo al programa «Desarrollo de la Economía Social». El acceso a estos beneficios no resulta incompatible con los incentivos establecidos en el RD 1451/1983 para la contratación⁵⁷.

Las ayudas pueden ser:

- a) Subvenciones de tipos de interés en los préstamos, en el coste de las actividades de formación, de difusión o fomento del cooperativismo y la economía social.
- b) Ayudas de asistencia técnica.
- c) Ayudas para mantenimiento e infraestructuras.
- d) Capitalización de la prestación por desempleo contributiva correspondiente a un discapacitado que se incorpore como socio a una cooperativa o a una sociedad laboral y exención de la misma en el IRPF.

5.1.5. *Otros incentivos para la contratación de trabajadores minusválidos*

Además de los incentivos tradicionales analizados existen otras fórmulas distintas que, directa o indirectamente, facilitan el acceso al empleo de las personas que integran este colectivo.

⁵⁴ La anterior dicción del art. 12 RD 1451/1983 no especificaba a que tipos de contrato de trabajo eran aplicables, pero en la práctica se venían limitando a las contrataciones indefinidas.

⁵⁵ Al amparo del art. 44.dos.1 Ley 42/1994, de 30 de diciembre.

⁵⁶ Nueva DA 2.ª incorporada al RD 1451/1983 por el RD 170/2004, de 30 de enero (art. Único. Cuatro).

⁵⁷ Así lo establece el art.7 RD 1451/1983.



Una de estas fórmulas consiste en recompensar con distinciones a los empresarios o agentes sociales, por su trayectoria y buenas prácticas en la generación de empleo y contratación de trabajadores con discapacidad. Estas distinciones cumplen una doble función, de reconocimiento público a la labor llevada a cabo por determinados agentes y, al mismo tiempo, de fomento a la contratación y al empleo de trabajadores minusválidos «en el mercado abierto y en igualdad de condiciones al resto de los trabajadores».

El reconocimiento legal de esta iniciativa está en la Orden 1310/ 2002, de 20 de mayo, por la que se crean, se establecen las bases y se convocan para el año 2002 las Distinciones del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO) a las mejores iniciativas de inserción laboral de trabajadores con discapacidad ⁵⁸.

5.2. Medidas de fomento de empleo protegido

Se trata de unas medidas dirigidas a aquellos trabajadores que, aún manteniendo una cierta capacidad para trabajar, por razón de la naturaleza de su minusvalía no pueden incorporarse a la empresa ordinaria. En este sentido, hay que referirse a los centros especiales de empleo y a los centros ocupacionales.

Centros especiales de empleo

Dentro de los programas de apoyo a la creación de empresas, se contemplan ayudas y subvenciones públicas destinadas al fomento de la integración laboral de los minusválidos en Centros Especiales de Empleo y trabajo autónomo ⁵⁹. La finalidad del centro especial de empleo es procurar que se desarrolle un trabajo productivo y reenumerado ⁶⁰, y que se consiga la adaptación personal y social del minusválido, a la vez que facilitar su pos-

⁵⁸ Repárese que existen hasta tres categorías diferentes de distinciones:

- a) La distinción especial a la mejor trayectoria empresarial de contratación de trabajadores con discapacidad.
- b) La distinción a la mejor iniciativa de inserción laboral de una pequeña y mediana empresa.
- c) La distinción a la mejor iniciativa de inserción laboral de trabajadores con discapacidad promovida por agentes sociales.

⁵⁹ Un análisis de los Centros Especiales de Empleo en SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J. M.: *Los trabajadores discapacitados*, op. cit., págs. 103 a 133.

⁶⁰ El RD 2273/1985, de 4 de diciembre, aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo, definidos en el artículo 42 de la Ley de Integración Social del Minusválido.

terior integración en el mercado ordinario de trabajo⁶¹. Los centros especiales de empleo aparecen así como «pasarelas desde la incapacidad productiva hacia una actividad productiva ordinaria» que dada su finalidad social se benefician de ayudas y subvenciones públicas para su creación y/ o mantenimiento, para la adaptación de puestos de trabajo y eliminación de barreras arquitectónicas, para equilibrarlos y reestructurarlos financieramente, etc.

Tanto las personas físicas, como jurídicas o comunidades de bienes, pueden constituir un centro especial de empleo, siempre que reciban la prestación de servicios de los trabajadores minusválidos contratados. Pueden tener, según su titularidad, carácter público, privado o mixto y carecer o no de ánimo de lucro, según que la aplicación de sus posibles beneficios 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. Es obligatorio que estos centros se inscriban en un registro especialmente fijado para ellos⁶².

La plantilla de estos centros debe estar constituida por un mínimo del 70% de trabajadores minusválidos en un grado igual o superior al 33%⁶³. Los trabajadores minusválidos en centros especiales de empleo tendrán los derechos y deberes básicos previstos en el ET, pero su relación laboral, dadas sus peculiaridades se rige por una norma especial. Dicha norma es el RD 1368/1985, de 17 de julio, modificado por el RD 427/1999, de 12 de marzo, que trata de conseguir un mayor grado de acercamiento al régimen jurídico fijado para la relación laboral común⁶⁴.

El éxito de esta relación laboral especial depende, en cierto modo, de la promoción o fomento que los centros especiales de empleo reciban y la existencia de equipos multiprofesionales que son, en principio, la cumbre de la relación laboral especial. El desarrollo y actuación de esos equipos serán más eficaces en ámbitos más pequeños, como comunidades autónomas y municipios, que a un nivel estatal⁶⁵.

⁶¹ En este sentido, STSJ de Madrid de 2 de febrero de 2001 (El Derecho 2001/7187).

⁶² En los últimos años se aprecia un considerable incremento del número de centros especiales de empleo y de las plantillas que las forman.

⁶³ Una interpretación en la STSJ de Madrid de 25 de septiembre de 2001 (El Derecho 2001/52103).

⁶⁴ Hay que destacar que una característica del RD 1368/85 regulador es su afán de abarcar todas las materias. Para conseguirlo realiza una constante reiteración y reenvío, en lo no peculiar, a la normativa laboral común.

⁶⁵ Un análisis en ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «La regulación especial del trabajo de los minusválidos». *Relaciones Laborales*, tomo I, 1987, pág. 218. Para unas consideraciones generales acúdase a CARDENAL CARRO, M.: «A los 15 años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta». *Aranzadi Social*, Tomo V, 2000, págs. 143 y ss.

Existen dos tipos de ayudas a los centros especiales de empleo. El primero tiene como fin financiar parcialmente proyectos generadores de empleo, en última instancia colabora en la creación o ampliación de centros especiales de empleo. Y el segundo consiste en colaborar en el mantenimiento de puestos de trabajo.

Las ayudas pertenecientes al primer tipo consisten en:

- a) Subvención para asistencia técnica ⁶⁶.
- b) Subvención financiera de hasta 3 puntos de interés.
- c) Subvención para inversión fija en proyectos de reconocido interés social ⁶⁷.

Las ayudas que tienen como fin el mantenimiento de puestos de trabajo son muy variadas. Así destacan:

- a) Subvención del coste salarial correspondiente al puesto de trabajo ocupado por minusválido que realice una jornada de trabajo normal y que esté en alta en la Seguridad Social, por un importe del 50% del SMI ⁶⁸.
- b) Bonificación del 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social,
- c) Subvenciones para adaptación de puestos de trabajo y eliminación de barreras arquitectónicas ⁶⁹.
- d) Subvención, por una sola vez, para equilibrar y sanear financieramente los Centros, con el fin de lograr una reestructuración para que alcancen niveles de productividad y rentabilidad que garanticen su viabilidad y estabilidad.
- e) Subvención para equilibrar el presupuesto de centros sin ánimo de lucro, declarados de utilidad pública.
- f) Subvención para asistencia técnica destinada al mantenimiento de puestos de trabajo, pudiendo ser concedida a instancia de parte o de oficio cuando el estudio del expediente así lo demande.

⁶⁶ Las ayudas van destinadas a la realización de estudios de viabilidad, organización, comercialización, diagnosis y otros de naturaleza análoga; auditoria e informes económicos; y asesoramiento en las diversas áreas de gestión empresarial.

⁶⁷ La cuantía de las subvenciones será: primero, en su conjunto de 12.020,24 euros por puesto de trabajo creado con carácter estable, si el centro especial de empleo supera el 90% de trabajadores minusválidos respecto del total de su plantilla. O segundo, de 9.015,18 euros si el número de trabajadores minusválidos del centro está comprendido entre el 70 y el 90% del total de la plantilla.

⁶⁸ Se ha de tener presente que si el contrato es a tiempo parcial, la subvención experimentará una reducción proporcional a la jornada laboral realizada.

⁶⁹ Ahora bien, subvención en una cuantía no superior a 1.803,04 euros por puesto de trabajo, sin que en ningún caso rebase el coste real que, al efecto, se justifique por la referida adaptación o eliminación.

Con la finalidad de integración laboral de las personas con discapacidad, el 3 de diciembre de 2002 el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales firmó con el Comité Español de Representantes de Minusválidos (CERMI) un acuerdo sobre medidas para mejorar las oportunidades de empleo de las personas con discapacidad y que constituye el II Plan de Empleo MTAS-CERMI 2002-2004. Este acuerdo recoge entre sus compromisos el de la regulación de los enclaves laborales, como instrumento normativo destinado a actualizar el marco jurídico de integración de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo ordinario y, a su vez, facilitar el cumplimiento de la cuota de reserva por las empresas.

Para dar cumplimiento a los referidos compromisos se promulga el RD 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. Los enclaves laborales son concebidos como una subcontratación de obra o servicio entre un centro especial de empleo y una empresa del mercado ordinario de trabajo (empresa colaboradora), para la realización de una tarea que guarde relación directa con su actividad normal, a cuyos efectos se prevé el desplazamiento de un grupo de trabajadores del centro especial de empleo al centro de trabajo de dicha empresa. Se trata, por tanto de un nuevo mecanismo con el que se busca impulsar el tránsito desde el empleo protegido al empleo ordinario.

Centros ocupacionales

Los centros ocupacionales, a diferencia de los centros especiales de empleo, no pueden considerarse empresas. Su regulación jurídica se encuentra en el RD 2274/1985, de 4 de diciembre.

Los centros ocupacionales prestan un servicio social para el desarrollo personal de los minusválidos y conseguir, dentro de las posibilidades específicas de cada uno de ellos, la superación de los obstáculos que la minusvalía les supone para la integración social y están específicamente dirigidos a minusválidos que por el grado de su minusvalía no pueden incorporarse ni en empresas del mercado ordinario, ni en centros especiales de empleo, aspirando a conseguir de los minusválidos, en primer lugar, su incorporación en centros especiales de empleo y, finalmente, su integración en empresas ordinarias.

La función social de estos centros se realiza a través de la terapia ocupacional y los servicios de ajuste personal y social⁷⁰. La terapia ocupacio-

⁷⁰ Sobre estos centros se pronuncia la STS de 28 de septiembre de 1992 (El Derecho 1992/9344). Además, esta sentencia declara la licitud de la creación de centros ocupacionales de iniciación productiva prevista en convenio colectivo.

nal consiste en actividades o labores no productivas, realizadas por los minusválidos, de acuerdo a sus condiciones individuales, encaminadas a la obtención de objetos, productos o servicios que no sean, regularmente, objeto de operaciones de mercado, contando con la orientación de personal técnico del centro. Por su parte, los servicios de ajuste personal y social procuran a los minusválidos una mayor habilitación personal y una mejor adaptación en sus relaciones sociales.

5.3. Programa de empleo autónomo a minusválidos

Por último, también se establece un programa para fomentar el empleo de autónomos minusválidos. Este programa consiste en articular, principalmente, dos tipos de medidas. Una consiste en la concesión de subvenciones para financiar proyectos empresariales a sujetos minusválidos. Y la otra permite el pago único de la prestación por desempleo.

Con el fin de financiar proyectos empresariales a trabajadores minusválidos desempleados se conceden varias subvenciones. Hay que destacar la subvención parcial de intereses y la subvención para inversión de capital fijo ⁷¹.

Por lo que se refiere a la subvención parcial de intereses, hay que puntualizar que la subvención es de los intereses de los préstamos que obtengan de aquellas entidades de crédito, que tengan suscrito un convenio a tal objeto con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La subvención será como máximo de tres puntos del tipo de interés, y pagadera de una sola vez ⁷².

Con el objetivo de fomentar el empleo por cuenta propia en desempleados minusválidos, se permite el pago único de la prestación por desempleo. Por tanto, los minusválidos que vayan a establecerse como trabajadores autónomos, pueden ser beneficiarios del pago único de la prestación por desempleo, y bonificación total o parcial de las cuotas de la Seguridad Social. Así, las ayudas consisten en la capitalización, es decir, abono en un solo pago del importe de la prestación contributiva por desempleo a que tenga derecho el trabajador, en función de las cotizaciones efectuadas, para realizar una inversión como trabajador autónomo. Y en la bonificación de cuotas de la Seguridad Social del 50 % del importe de la cuota al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos calculada sobre la base mínima de cotización, o el 100% de la aportación del trabajador en las cotizaciones al Régimen General de la Seguridad Social, durante el período de tiempo que hu-

⁷¹ La cuantía de la subvención para inversión de capital fijo es de 3.906,58 euros.

⁷² Esta subvención no podrá ser, por lo general, superior a 4.507,59 euros.

berian percibido la prestación por desempleo, de no haberse percibido en su modalidad de pago único⁷³.

Los discapacitados que opten por el autoempleo además de solicitar la capitalización de las prestaciones de desempleo, en su modalidad de pago único, pueden ser beneficiarios del Programa de Microcréditos del Instituto de Crédito Oficial.

Todas estas medidas de fomento del empleo autónomo de trabajadores discapacitados se completan con las puntualizaciones establecidas en la Ley 45/2002, de 12 de diciembre. Así, en apoyo del desarrollo de iniciativas de empleo por cuenta propia que puedan llevar a cabo los discapacitados se manifiesta la Disposición Adicional Undécima, estableciendo una bonificación en las cotizaciones al Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos⁷⁴. Se pretende incitar a las personas discapacitadas a desarrollar fórmulas de autoempleo. De esta forma se compensará la falta de oportunidades que tienen a la hora de acceder a un empleo por cuenta ajena.

6. REFLEXIONES FINALES

Sin perjuicio de las valoraciones y consideraciones jurídico-críticas que se han ido desgranando a lo largo del trabajo, es oportuno introducir una reflexión final que, a modo de corolario, sirva para efectuar un balance global del conjunto de reformas acometidas en materia de integración laboral de las personas con discapacidad.

En este sentido, cabe afirmar que pese a los importantes avances que se han producido en los últimos años, la situación de los discapacitados en España adolece aún de carencias que exigen la continuidad en el empeño por parte de los poderes públicos, agentes sociales e instituciones representativas específicas de este colectivo en orden a la adopción de nuevas medidas que actualicen y completen las ya adoptadas con el objetivo de garantizar la plena efectividad del principio de igualdad de oportunidades.

En lo que se refiere, en particular, a la integración laboral y el empleo, las estadísticas revelan que nuestro país es en el marco europeo uno en los

⁷³ Consúltese, al respecto, el RD 1044/1985, de 19 de junio, modificado en parte por la Ley 22/1992, de 30 de junio. Y la OM de 13 de abril de 1994.

⁷⁴ Reza la Disposición Adicional Undécima: «Las personas minusválidas que se establezcan como trabajadores por cuenta propia, vinculados a un proyecto de autoempleo aprobado por la Administración competente, se beneficiarán durante los tres años siguientes a dicha aprobación de una bonificación del 50% de la cuota correspondiente a la base de cotización mínima establecida por el Régimen especial de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomo».

que se observa menor proporción de personas con discapacidad que trabajan⁷⁵, destacando la excesiva tasa de temporalidad existente entre el subsector de discapacitados ocupados en relación con la que afecta al resto de los trabajadores⁷⁶ y la relativa eficacia de las medidas de inserción laboral y en concreto de los recursos públicos destinados a formación, fomento y mantenimiento del empleo, teniendo en cuenta que en el año 2002 la tasa de empleo llegaba en torno al 28.5% de los discapacitados, en contraste con el 62% para el resto de la población.

Dichas carencias no son debidas tanto a la insuficiencia de legislación, como a su falta de cumplimiento de lo que constituye un ejemplo paradigmático el relativo a las cuotas de reserva de empleo de discapacitados, no sólo por parte de las empresas privadas, sino, lo que es más grave, por parte de la propia Administración. Así, y aun habiendo existido un mandato legal explícito en la Ley de la Función Pública (DA 19 Ley 30/1984, de 2 de agosto⁷⁷) de reservar un cupo no inferior al 3% de las vacantes para discapacitados —que en virtud de lo dispuesto por la reciente Ley 53/2003, de 10 de diciembre se eleva al 5%—, la realidad pone de manifiesto lo que la Exposición de Motivos de esta última norma no duda en calificar de «panorama desalentador» en el marco del empleo público de las personas con discapacidad, que no llegan a desempeñar más allá del 0,7% de los puestos ofertados en las convocatorias públicas de empleo. De mantenerse esta situación, la consecución del objetivo propuesto de que progresivamente los discapacitados representen el 2% de los efectivos totales de la Administración del Estado seguirá apareciendo como una quimera. Por ello el CES en su último Informe 4/2003 sobre la situación de las personas con discapacidad en España postula, con acierto, el establecimiento de un turno para discapacitados independiente del general en las convocatorias y adaptar las pruebas selectivas a las condiciones específicas de cada aspirante con discapacidad.

En lo que se refiere al cumplimiento de la cuota de reserva aplicable a la empresa privada el escenario no mejora según los datos no oficiales manejados por el CERMI, para el que el resultado depende del rigor con el

⁷⁵ Se parte de los datos arrojados por la Encuesta sobre Discapacidad y Participación Social en Europa (Eurostat, 2001) y el Módulo *ad hoc* sobre personas con discapacidad recogido en la EPA correspondiente al segundo trimestre de 2002, aunque el Informe CES 4/2003 sobre *La situación de las personas con discapacidad en España* advierte que la comparación debe realizarse con cautela dado la diversidad de conceptos y parámetros nacionales de la discapacidad en la UE.

⁷⁶ Según datos manejados por el MTAS y CERMI en el Acuerdo suscrito en diciembre de 2002, el número de contratos de trabajo celebrados con discapacitados en ese año ascendieron a 15.515 frente a los sólo 8.312 de duración indefinida.

⁷⁷ En la redacción dada a la misma por la Ley 23/1988, de 28 de julio.

que las Comunidades Autónomas y la Inspección de Trabajo controlen la observancia empresarial de la reserva de empleo. En cualquier caso debe reconocerse, como subraya el CES en su Informe 4/2003, que la adecuada operatividad de esta medida de fomento exige la mejora de la eficiencia en la respuesta de los Servicios Públicos de Empleo a las solicitudes empresariales de trabajadores con discapacidad, advirtiendo que hasta ahora «no han asumido la especialización necesaria para actuar como auténticos mediadores para el empleo» de este colectivo, tarea que han venido a cubrir las asociaciones del sector prestando servicios especializados de intermediación laboral con escasa coordinación con los SPE.

Por otra parte si, como desde tiempo atrás reconoce la LISMI (art. 37.1) la mejor vía de integración laboral de las personas con discapacidad es la promoción del empleo en el mercado ordinario de trabajo quedando la fórmula de empleo protegido como una vía excepcional de inserción para los supuestos en que la capacidad residual no permita la anterior, los incentivos económico-financieros a la contratación y la adaptación de puestos de trabajo deben: vincularse principalmente al empleo ordinario, indefinido o temporal; actualizarse periódica y automáticamente y facilitar la información acerca de los mismos a las empresas. Todo ello, sin desdeñar el papel que están llamados a desempeñar, en el marco del empleo protegido, los Centros Especiales de Empleo (CEE) como puente de acceso de los trabajadores discapacitados al empleo ordinario, finalidad que, sin embargo, se ve desvirtuada en la práctica por ciertas disfunciones que deben ser corregidas, tales como la tendencia a la integración en sus plantillas de discapacitados con un grado bajo o medio de minusvalía que deberían reconducirse al empleo ordinario y la excesiva temporalidad en la contratación que implica una indeseable rotación de mano de obra que dificulta la formación necesaria para el salto a empresas ordinarias.

Es necesario poner de relieve, así mismo, la necesidad de implicación de todos los actores en el proceso de diálogo social para el establecimiento de las políticas de integración socio-laboral de este colectivo, incluyendo no sólo a las Administraciones Públicas —estatal y autonómicas— y organizaciones representativas específicas, sino también a sindicatos y patronal⁷⁸ cuya corresponsabilidad resulta imprescindible, como reconoce el CES, para la coordinación, cooperación y generación de sinergias que deben presidir

⁷⁸ El CES, en su Informe 4/2003, pone de manifiesto críticamente la exclusión de las organizaciones sindicales y empresariales en varias iniciativas políticas recientes dirigidas a las personas con discapacidad, y en concreto en la adopción del II Plan de Empleo de las Personas con Discapacidad y el II Plan de Acción para las Personas con Discapacidad 2003-2007 con los que se materializa a nivel nacional la Estrategia Europea para el Empleo y la Estrategia Europea para la Inclusión Social.



el diseño y aplicación de tales políticas, sobre todo cuando se trata de que éstas cuenten con una proyección, esencial en esta materia, en la negociación colectiva. En este punto, en concreto, pone especial énfasis la Directiva 2000/78/CE (art. 13) y la Ley 62/2003, de 30 de diciembre (art. 43), por lo que resulta pues criticable que nuestro legislador haya desaprovechado la oportunidad de institucionalizar la participación de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas incluyéndolas en la composición del Consejo Nacional de la Discapacidad, al tiempo de redefinir y potenciar las funciones de este órgano consultivo (art. 15.3 Ley 51/2003).

Otros focos de atención son la protección social, la educación y la política sanitaria. En esta última falta investigación y prevención, además la atención a la salud mental es muy deficitaria. En educación es necesario un reconocimiento precoz de los problemas y destinar más recursos para avanzar en la integración en colegios ordinarios.

Se advierte también, en materia de protección social, la necesidad de que al determinar la prestación que percibe el discapacitado se tenga presente su propia situación económica y no la de sus familias, pues ello facilitarí su independencia⁷⁹, así como que la percepción de las pensiones no contributivas sea compatible las rentas del trabajo lo que promovería el acceso de los discapacitados beneficiarios de las mismas a empleos a tiempo parcial.

Para terminar, subrayar la conveniencia de abundar en las medidas de conciliación de la vida laboral y la atención a las personas con discapacidad, ya que aunque debe valorarse positivamente la inclusión de los discapacitados entre los familiares que dan derecho a disfrutar la excedencia regulada en el art. 46.3 ET⁸⁰, desde aquí se postula la equiparación, *lege ferenda*, del plazo de descanso por maternidad y la cuantía de la prestación por nacimiento o adopción de hijo discapacitado, a la que se percibe en caso de parto múltiple.

⁷⁹ Se ha de tener presente que dos tercios de los 3,5 millones de discapacitados se sostienen con sus familias.

⁸⁰ Tras la modificación introducida por la DA 1.ª Ley 51/2003, de 2 de diciembre.