

Máster de Abogacía

Escuela de Doctorado y Estudios de Posgrado

Universidad de La Laguna

Curso 2022/2023

Convocatoria de Marzo

La situación de las personas con discapacidad en el ámbito laboral. Una aproximación al Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Mario Jorge Fuentes

Tutorizado por Dulce María Cairós Barreto

Departamento de Derecho Laboral y de la Seguridad Social

Índice

1. Introducción.....	3
2. Marco normativo.....	4
3. Discapacidad e incapacidad.....	6
4. Acceso al empleo de las personas con discapacidad.....	9
4.1 El empleo protegido.	10
4.1.1 Los Centros Especiales de empleo.	10
4.1.2 Centros Especiales de Empleo de iniciativa social.....	12
4.1.3 Sujetos de la relación laboral especial	12
4.1.4 El contrato de trabajo en CEE	13
4.1.5 Casusas de extinción del contrato.....	15
4.1.6 Los enclaves laborales	15
4.2 Empleo ordinario y medidas de inclusión.....	16
4.2.1 Cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad.....	18
4.2.2 Aplicación del 2% sobre la plantilla cuantificada.	22
4.2.3 Exención a la cuota de reserva	23
4.2.4 Garantía de cumplimiento de la cuota de reserva y las medidas alternativas. ...	24
4.3 El empleo autónomo. Breve referencia.....	26
5. La discriminación de las personas con discapacidad en el ámbito laboral.	27
5.1 Concepto y clases de discriminación.	28
5.1.1 Discriminación directa.	28
5.1.2 Discriminación indirecta.....	29
5.1.3 Discriminación por asociación, discriminación por error y discriminación múltiple e interseccional.	30
5.2 Consecuencias jurídicas de la discriminación por razón de discapacidad.....	33

5.3 La consideración de discapacidad como factor de discriminación: análisis de casos	34
5.4. Especial referencia a los ajustes razonables en el ámbito de la empresa.....	41
6. Conclusiones y comentarios.	45
7. Bibliografía	48
8. Legislación y jurisprudencia.....	49

1. Introducción

El ámbito laboral ordinario es un espacio de gran importancia para el desarrollo personal y profesional de las personas con discapacidad. Tal es así, que el objetivo del empleo protegido, a través de los Centros Especiales de Empleo, es la integración de este colectivo en el empleo ordinario.

Sin embargo, es necesario que su inclusión se lleve a cabo bajo el principio de igualdad de trato y no discriminación. Por ello, el Ordenamiento Jurídico regula y desarrolla en su entramado normativo las premisas a tener en cuenta para que esa integración sea plena.

En ese sentido, el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, garantiza el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio de los derechos del colectivo con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de personas. Asimismo, prevé la eliminación de toda forma de discriminación tanto en el acceso al empleo como en cualquier otro ámbito social.

2. Marco normativo

El derecho a la igualdad y a la no discriminación tiene su base en la Constitución Española de 1978, así el artículo 14 establece: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

Este principio básico del Ordenamiento español (artículo 1.1) es obligación para los Poderes Públicos, tal y como se recoge en el artículo 9.2 de la norma suprema, el cual dispone que son éstos los que deben promover las condiciones y remover los obstáculos para que la igualdad sea real y efectiva.

En ese sentido el artículo 49 señala que: *“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”*. Siendo competencia exclusiva del Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos/as en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1ª).

Pues bien, el mencionado artículo 14 que recoge el derecho a la igualdad y a no ser discriminado por, entre otras razones, *“cualquier otra condición o circunstancia personal”* donde tiene cabida la discapacidad, da lugar a la incorporación de este derecho en las diferentes normativas, dado su carácter transversal, así como a su propio desarrollo legal.

Por su parte, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación tiene como objeto garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación (en adelante Ley 15/2022), respetar la dignidad de las personas en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución (art. 1.1). Donde se regula de manera amplia y relacionado con diferentes ámbitos, entre ellos el laboral, el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad.

Y más concretamente, es en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante Real Decreto 1/2013), donde se desarrolla el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad en base a los mencionados artículos 9 a 14 y 49 de la Constitución, en relación también, al ámbito laboral de entre otros.

En el ámbito laboral ordinario, el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante Estatuto de los Trabajadores) regula en su artículo 4.2.c (párrafo segundo), la prohibición de discriminar directa o indirectamente por razón de discapacidad para el empleo, o una vez empleados. Asimismo, el artículo 17 del citado cuerpo legal establece la nulidad de cuanto¹vulnere ese mandato. En ese mismo sentido se pronuncia, por ejemplo, la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, y el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

En lo que respecta al ámbito comunitario, la igualdad de trato y no discriminación es uno de los principios básicos de la Unión Europea, por lo que se ha llevado a cabo su regulación en multitud de normas comunitarias, destacando en este sentido la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Artículo 17.1: *“Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español. Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.*

Finalmente, dentro del plano internacional hay que destacar la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que se ratifica por España el 3 de diciembre de 2007 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008, que repercute decisivamente en la en la normativa estatal sobre discapacidad anteriormente citada².

3. Discapacidad e incapacidad.

El Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, establece en su artículo 2 la discapacidad como *“una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*.

Asimismo, los artículos 4.1 y 4.2 definen a la persona con discapacidad haciendo alusión a aquella que presenta una serie de características personales y de salud de carácter generalmente permanentes, que al unirse con ciertas circunstancias sociales le impide una participación en igualdad de condiciones y de manera plena en la vida diaria.

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

De estos dos artículos, por tanto, se extrae que la discapacidad es una situación donde se presenta algún tipo de deficiencia que reviste el carácter general de permanencia, por

²Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación.

tanto se podría entender como un periodo de tiempo que normalmente será amplio o para toda la vida de la persona.

El citado artículo continua: *Además, (...) y a todos los efectos (...) a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.*”

En este sentido, hay que destacar la Sentencia del Tribunal Supremo 992/2018, de 29 de noviembre³ en lo referido al artículo 4.2 mencionado, donde establece al respecto, que el reconocimiento de una incapacidad permanente ya sea total, absoluta o gran invalidez no supone un reconocimiento automático del 33% de discapacidad y que se incurre en ultra vires a la hora de refundir el texto normativo.

Por lo que, una persona que tenga reconocida una incapacidad permanente deberá ser evaluada y valorada de conformidad al Real Decreto 1971/1999 que establece la regulación del porcentaje de discapacidad, tras la evaluación pertinente se reconoce el grado de que se trate, que puede ser menor del 33%, igual o mayor.

Cabe resaltar las diferencias⁴ entre incapacidad y discapacidad, para entender mejor a lo que alude cada una.

La situación de discapacidad puede afectar de forma física, mental, intelectual o sensorial. Situación previsiblemente permanente, conlleva un reconociendo social y se reconoce por la Comunidad Autónoma competente territorialmente, así se establece en el artículo 4.3 del Real Decreto 1/2013, y más concretamente en el artículo 5 del Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad (RD 888/2022).

³Sentencia del Tribunal Supremo 992/2018, de 29 de noviembre /Sentencia del Tribunal Supremo 156/2020, 19 de Febrero de 2020.

⁴Vicente-Herrero MT, Terradillos García MJ, Aguado Benedí MJ, Capdevila García L, Ramírez Iñiguez de la Torre MV, Aguilar Jiménez E. Incapacidad y Discapacidad. Diferencias conceptuales y legislativas. Disponible en: <http://www.aeemt.com/>- pág. 15.

Se emitiría una resolución donde se expone el grado de discapacidad de forma porcentual, tal y como se establece en el artículo 4 del RD 888/2022. Al reconocerse el grado de discapacidad, para el cual se tienen en cuenta diferentes factores, se está reconociendo una serie de beneficios sociales para hacer valer la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de sus derechos en relación al resto de ciudadanos, premisa de la que parte el Texto Refundido en su artículo 1. Por tanto, beneficios para tratar de solventar las desventajas que determinada situación puede suponer a la persona con discapacidad y que se realizaría bajo el principio de igualdad de oportunidades expuesto como tal en el artículo 5.

Pero para poder acceder a esos beneficios es necesario el reconocimiento de un 33%. Por otro lado, en caso de que se esté en un 65% o más, se tienen acceso también a una pensión no contributiva, que en realidad es una ayuda social para la cual debes cumplir una serie de requisitos, entre ellos, no tener otros ingresos.

Hay que destacar aquí que esta discapacidad no impide desempeñar una actividad laboral, por tanto difiere de la incapacidad, de hecho hay incentivos fiscales para las empresas que contraten a personas con discapacidad. Además, existen Centros Especiales de Empleo destinados a contratar a personas con discapacidad, regulados en el artículo 43 del Real Decreto 1/2013, de lo que se hablará más adelante.

En lo que respecta a la incapacidad permanente, expone el artículo 193 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁵, que se trata de *“la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presente reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”*. Por tanto, se está valorando la capacidad para ejercer una actividad laboral, se trata de una incapacidad dentro del ámbito laboral concretamente.

En lo que respecta a la incapacidad permanente la graduación es diferente, siendo cuatro los grados, tal y como se expone en el artículo 194.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015citado: *a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual; b)*

⁵Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Arts. 193 a 200.

Incapacidad permanente total para la profesión habitual; c) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo; d) Gran invalidez.

De esos cuatro grados corresponde su reconocimiento al Estado a través del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), lo cual da lugar a una pensión vitalicia por la incapacidad laboral o reducción de la capacidad para trabajar. Se trata de una pensión propiamente dicha en función de la cotización, por tanto pensión contributiva.

Por tanto, es independiente de la discapacidad, o de otra forma, no es necesario tener algún grado de discapacidad para obtener esa Incapacidad Permanente, pues son dos escalas diferentes. Destacar también, que no toda incapacidad imposibilita el ejercicio laboral, habría que estar al caso concreto.

En definitiva, *“los conceptos de discapacidad e incapacidad hacen referencia conjuntamente al menoscabo de una persona por lesiones, enfermedades o deficiencias que limitan su actividad en ámbito social, personal o laboral. Pero este nexo común no implica equiparación entre ambos”*⁶.

Si bien es destacable que la situación de incapacidad puede dar lugar al reconocimiento de una discapacidad, pero esto tras ser valorado al efecto y no de manera automática como parece exponer el Real Decreto 1/2013. En otras palabras, una situación de incapacidad *“puede constituir, o constituye, una antesala de la discapacidad”*⁷.

4. Acceso al empleo de las personas con discapacidad.

El capítulo VI del Texto Refundido regula el derecho al trabajo del colectivo con discapacidad, comienza el artículo 35 exponiendo el derecho a trabajar siempre bajo los principios de igualdad de trato y no discriminación. Se define la discriminación en el empleo y las consecuencias de la misma desde el punto de vista jurídico, a esto se dedicará otro epígrafe en el presente trabajo.

⁶Vicente-Herrero MT, Terradillos García MJ, Aguado Benedí MJ, Capdevila García L, Ramírez Iñiguez de la Torre MV, Aguilar Jiménez E. Incapacidad y Discapacidad. Diferencias conceptuales y legislativas. Pág. 16

⁷ Cendrero Uceda Luis Alejandro. La discapacidad como factor de discriminación en el ámbito laboral. Tesis doctoral. Directora: Beatriz Quintanilla Navarro. Madrid, 2017. Pág. 62.

En cuanto al desempeño de una profesión propiamente, el artículo 37.2 del Texto Refundido establece que las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho al trabajo a través del empleo ordinario, el empleo protegido y el empleo autónomo.

4.1 El empleo protegido.

4.1.1 Los Centros Especiales de empleo.

El sistema de empleo protegido constituido por los Centros Especiales de Empleo constituye una de las relaciones laborales especiales recogidas en el artículo 2.g del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Estatuto de los Trabajadores).

Los Centros Especiales de Empleo, definidos en el artículo 43 del Real Decreto 1/2013, tienen como finalidad asegurar un trabajo remunerado para las personas con discapacidad, son el medio de inclusión de mayor número personas de este colectivo al régimen de empleo ordinario.

Por tanto, tal y como destaca el mencionado precepto, se trata de preparar a las personas con discapacidad para su integración al mundo laboral ordinario, realizando una actividad productiva de bienes o servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado.

Por ende, los Centros reúnen ciertas características propias⁸, pues son empresas que actúan en el sistema productivo que por un lado, ofrecen un empleo remunerado a las personas con discapacidad y por otro, asegura unos servicios de ajuste personal y social al trabajador. En este sentido, se entiende por servicio de ajuste personal y social “*los que permitan ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que las personas trabajadoras con discapacidad de los centros especiales de empleo tengan en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo*”(art.43.2 segundo párrafo).⁹Por otra parte, la plantilla de los

⁸Manuel Carlos Palomeque López. Manuel Álvarez de La Rosa. Derecho del Trabajo. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2018.Pág.747.

⁹Real Decreto 469/2006, de 21 de abril, por el que se regulan las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los Centros Especiales de Empleo. Art 1.2” *Se entiende por Unidades de Apoyo a la Actividad Profesional los equipos multiprofesionales enmarcados dentro de los Servicios de Ajuste Personal y Social de los Centros Especiales de Empleo, que*

Centros debe estar constituida mayoritariamente por empleados con discapacidad a excepción del servicio de ajuste personal y social.

Es importante destacar que los Centros deben asemejarse en lo posible a una empresa del mercado laboral ordinario, pues al fin y al cabo se trata de la integración del colectivo al mismo.

Por otro lado, para su creación se exige su calificación e inscripción en un Registro¹⁰ de Centros Especiales de Empleo creado por la Administración Central o autonómica al efecto. Además, podrán ser creados por organismos públicos, privados y por empresas, de conformidad con el artículo 45 del Real Decreto 1/2013.

Así mismo, a los Centros Especiales de Empleo se les atribuye el derecho a acceder a subvenciones, bonificaciones¹¹ y ayudas de protección de empleo de las personas con discapacidad y de fomento de la integración laboral de los mismos. En este sentido hay que destacar lo establecido en el artículo 2.3 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo: *“(...) cuando se trate de trabajadores con discapacidad, que reúnan los requisitos a que se refiere su último párrafo, contratados por un centro especial de empleo, mediante un contrato indefinido o temporal, incluidos los contratos formativos, se aplicarán las bonificaciones del 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta. La misma bonificación se disfrutará por los centros especiales de empleo en el supuesto de transformación en indefinidos de los contratos temporales de fomento de empleo de personas con discapacidad o de transformación en indefinidos de los contratos de duración*

mediante el desarrollo de las funciones y cometidos previstos en el artículo 2 de este real decreto, permiten ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que los trabajadores con discapacidad de dichos Centros tienen en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como la permanencia y progresión en el mismo”.

¹⁰Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido. Art.7

¹¹ Entre otras: Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo; Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos. Art. 7.

determinada o temporales, incluidos los formativos suscritos con trabajadores con discapacidad”.

4.1.2 Centros Especiales de Empleo de iniciativa social.

En el artículo 43.4 del Real Decreto 1/2013 se regulan los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social, cuyo objetivo y finalidad, así como lo referido a la plantilla, es igual que para los Centros regulados en los apartados 1 y 2 del artículo 43.

No obstante, carecen de ánimo de lucro, de tal forma que sus beneficios íntegramente se destinan a la creación de empleos para las personas con discapacidad. Por otro lado, tienen una total utilidad pública e imprescindibilidad. Características estas por las que son destinatarios, a su vez, de compensación económica, tal y como se establece en el artículo 44 del Real Decreto 1/2013.

En ese sentido, se dispone que sean promovidos y participados en más de un 50%, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que carezcan de ese ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos.

4.1.3 Sujetos de la relación laboral especial

Los sujetos únicos de esta relación laboral especial son las personas con discapacidad que, de manera provisional o permanente, no pueden realizar una profesión en las condiciones habituales del mercado laboral ordinario.¹²En este sentido, cabe destacar el artículo 2.1 del Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio¹³, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos¹⁴que trabajen en los Centros Especiales de Empleo, donde se entiende como trabajador, a estos efectos, la persona que tenga como mínimo un 33 por 100 de discapacidad y como consecuencia de ello

¹² Manuel Carlos Palomeque López. Manuel Álvarez de La Rosa. Derecho del Trabajo. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2018. Pág. 746

¹³ Este Real Decreto (entre otros) hace referencia a la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, ya derogada.

¹⁴ Aceptación derogada por su carácter peyorativo.

una disminución de su capacidad¹⁵ de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje. Y que, sigue exponiendo el artículo, preste sus servicios en un Centro Especial de Empleo.

Al otro lado de la relación se encuentra el empleador, regulado en el artículo 2.2 del RD 1368/1985, de 17 de julio, el cual es el titular del Centro y puede ser tanto persona física, jurídica o una comunidad de bienes, que reciben la prestación de servicio del trabajador con discapacidad.

4.1.4 El contrato de trabajo en CEE

Se trata de un contrato de trabajo por cuenta ajena cuyo objeto es la contraprestación entre trabajo y salario, es decir, un trabajo remunerado y productivo, adecuado a las características individuales del trabajador¹⁶, con la finalidad de integración laboral de la persona con discapacidad al empleo ordinario, viene regulado en los artículos 6 y 7 de Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio.

Es importante destacar la labor de los equipos multiprofesionales como encargados de vigilar la adecuación de las condiciones de trabajo a las características del propio trabajador. En este sentido, revisarán esa adecuación con una periodicidad de al menos dos años. Si tras la revisión se considera que el puesto de trabajo de que se trate supone un riesgo para la salud del trabajador, dicho empleado se deberá incorporar a otro puesto, si es posible, en caso de no serlo se extinguiría el contrato¹⁷.

Para poder ser contratado por un Centro Especial de Empleo, la persona con discapacidad debe acudir a la Oficina de Empleo correspondiente e inscribirse, de conformidad con el artículo 4 del Real Decreto. Antes de ser contratado, el equipo

¹⁵Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo. Art. 2.1, segundo párr. “*La disminución de la capacidad de trabajo se apreciará poniéndose ésta en relación con la capacidad normal de trabajo de una persona de similar cualificación profesional*”.

¹⁶ Cendrero Uceda Luis Alejandro. La discapacidad como factor de discriminación en el ámbito laboral. Tesis doctoral. Directora: Beatriz Quintanilla Navarro. Madrid, 2017. Pág. 221

¹⁷Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo. Arts. 6 y 16.2

multiprofesional debe emitir informe a la Oficina de Empleo en cuanto a la adecuación de los trabajadores a los puestos ofertados y su aptitud para desempeñar el trabajo de que se trate.

Por otra parte, en lo que respecta a la forma del contrato, es escrita y es necesario su registro y visado en la Oficina de Empleo correspondiente. Además, se debe enviar copia al equipo multiprofesional.

Esta relación laboral especial se puede ajustar a cualquier modalidad contractual establecida en la LET con carácter general, así lo recoge el artículo 7 del Real Decreto 1368/1985. Por otro lado, el equipo multiprofesional puede determinar la necesidad de un periodo de adaptación, el cual tiene el carácter de periodo de prueba, cuyo máximo es de seis meses¹⁸.

En cuanto a los derechos y deberes básicos del trabajador, establece el artículo 9 del Real Decreto 1368/1985, que son los mismos que se regulan en el Estatuto de los Trabajadores, de la misma forma que la normativa de salud y seguridad y la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, tal y como prevé el artículo 8.3 del Real Decreto.

En lo relativo a la duración del contrato, promoción en el trabajo, salario, sus garantías y tiempo de trabajo, el Real Decreto citado, remite al Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, hay que destacar que estos trabajadores no pueden realizar horas extraordinarias, estando prohibido, salvo por la existencia de daños extraordinarios o para prevenir o reparar siniestros, así se regula en el artículo 13.a del Real Decreto.

En lo que respecta al salario, para poder establecer incentivos por cantidad o calidad de trabajo, además del informe de los representantes de personal del artículo 64 del

¹⁸ Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo. Art. 10.2 *“Con el fin de facilitar la adaptación profesional del trabajador minusválido para el desempeño de las tareas que constituyen el contenido de su puesto de trabajo o, en su caso, completar la formación necesaria para el mismo, podrá establecerse en el contrato un período de adaptación al trabajo que, a su vez, tendrá el carácter de período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos, no pudiendo exceder en ningún caso de seis meses.*

La necesidad de que el trabajador minusválido pase por un período de adaptación al trabajo y las condiciones de éste serán determinadas por el equipo multiprofesional”.

Estatuto de los Trabajadores, es necesario una resolución de los equipos multiprofesionales. Por otro lado, los incentivos que puedan poner en peligro la salud de los trabajadores o su integridad física o moral, a juicio de los equipos multiprofesionales, están prohibidos (art. 12.a del Real Decreto citado).

En cuanto a la jornada se prevé en el artículo 12.c del Real Decreto la posibilidad de trabajo a bajo rendimiento, siempre que el equipo multiprofesional lo autorice, en este sentido se expone que: *“Cuando las circunstancias personales del minusválido lo requieran podrá celebrarse el contrato a bajo rendimiento, entendiendo como tal aquel en que el trabajador minusválido, aun prestando sus servicios durante una jornada de trabajo normal, lo hace con un rendimiento inferior al normal en un 25 por 100, siempre que tal circunstancia la haya constatado el equipo multiprofesional correspondiente. La disminución del salario no podrá exceder del porcentaje citado”*.

En lo que respecta a la movilidad funcional (art 11 RD), con carácter general, se remite al Estatuto de los Trabajadores, con la peculiaridad de la emisión del informe del equipo multiprofesional en caso de ascenso.

4.1.5 Casusas de extinción del contrato

En lo concerniente a la extinción del contrato, el artículo 16 del Real Decreto remite al Estatuto de los Trabajadores. No obstante, en cuanto a las causas objetivas se prevén ciertas variaciones.

En cuanto a la ineptitud conocida o sobrevenida (art. 52.a Estatuto de los Trabajadores) con posterioridad a su contratación en la empresa, deberá ser constatada por el Equipo Multiprofesional. Sin embargo, no podría ser alegada con posterioridad si dicha ineptitud es anterior al cumplimiento del periodo de adaptación.

La falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas del artículo 52.b del Estatuto de los Trabajadores, debe ser constatada por el Equipo Multiprofesional. Y por otro lado, en cuanto al plazo, desde la introducción de la modificación, es de tres meses y no dos.

4.1.6 Los enclaves laborales

El artículo 46 del Real Decreto 1/2013 prevé los enclaves laborales para facilitar el paso de las personas con discapacidad de los Centros Especial de Empleo al mercado laboral

ordinario. Es el Real Decreto 290/2004 de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad, el que desarrolla sus características y condiciones.

En cuanto a las empresas del mercado ordinario de trabajo con las que los Centros Especiales de Empleo celebran un contrato de naturaleza mercantil, para que los usuarios procedentes de estos realicen obras o servicios, se les denomina empresas colaboradoras. Asimismo, cuando se alude a enclave laboral, se hace referencia al contrato que suscribe el Centro Especial de Empleo con la empresa colaboradora¹⁹.

Tal y como se dispone en el precepto 1.2 del Real Decreto 290/2004, se trata de que los trabajadores realicen una actividad que guarde relación con la actividad que efectuaban en el Centro de procedencia.

Por otro lado, si bien se establece que el trabajo en la empresa colaboradora es temporal, el artículo 11 del RD 290/2004, regula la posibilidad de contratación del trabajador por dicha empresa en cualquier momento, dando prioridad al contrato indefinido. Siendo esto así, solo se prevé periodo de prueba en caso de realizar funciones distintas a las que venía realizando el trabajador. Asimismo, respecto del Centro del que procede se encontraría en situación de excedencia voluntaria²⁰.

4.2 Empleo ordinario y medidas de inclusión.

¹⁹ Real Decreto 290/2004 de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad. Art. 1.2

²⁰Ídem, art. 11: “1. La empresa colaboradora podrá contratar a trabajadores del enclave en cualquier momento, preferentemente con carácter indefinido, aunque se podrán concertar contratos de otras modalidades si resultan procedentes.

2. En los supuestos a que se refiere este artículo, no podrá concertarse período de prueba, salvo que el trabajador vaya a realizar funciones completamente distintas de las que realizaba en el enclave.

3. El trabajador, al ingresar en la empresa colaboradora, pasará a la situación de excedencia voluntaria en el centro especial de empleo en las condiciones que establezca el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, el artículo 46.2 y 5 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo”.

En cuanto al sistema laboral ordinario, es el sistema preferente para la integración del colectivo, y de hecho donde más tasa de empleo existe²¹. Por ello, este es el sistema de referencia, mayoritariamente, del presente trabajo.

Tal es la importancia de la incorporación de las personas con discapacidad al empleo y, en concreto, al empleo ordinario para su inclusión, que el legislador prevé una serie de ayudas para facilitar la inserción del colectivo al mundo laboral, como parte de la obligación de los Poderes Públicos de garantizar el ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones, desde el punto de vista de la equidad y la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

Siguiendo con las ayudas o medidas que se establecen, cabe destacar lo dispuesto en el Real Decreto 1/2013, desde la orientación, colocación y registro de trabajadores con discapacidad, regulado en el artículo 38, pasando por la ayuda a la generación de empleo del artículo 39 y aquellas medidas que se prevén dentro de la propia empresa, regulado en el artículo 40, incluso el establecimiento, en el artículo 42, de una cuota de reserva, entre otras.

En consecuencia, cuando una persona con discapacidad se encuentra en búsqueda activa de empleo, los servicios públicos deben orientarles en esa búsqueda y las agencias de colocación²² ubicarles en un puesto de trabajo adecuado a sus características personales. Se crea además, un registro de trabajadores con discapacidad demandantes de empleo.

Por otra parte, se dispone en el artículo 39, mencionado anteriormente, el establecimiento de ayudas que faciliten la inclusión laboral de las personas con discapacidad, bien sean subvenciones, adaptación del puesto de trabajo, la eliminación de las diferentes barreras que puedan existir, entre otras.

Dentro del marco de la empresa²³ se establecen medidas para paliar las desventajas o prevenir las mismas, producidas por la situación de discapacidad del trabajador. Se

²¹ Cendrero Uceda Luis Alejandro. La discapacidad como factor de discriminación en el ámbito laboral. Tesis doctoral. Directora: Beatriz Quintanilla Navarro. Madrid, 2017. Pág. 186

²² Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación. Art. 2

²³ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Art. 40

parte, en este sentido, de la plena igualdad en el trabajo como premisa a partir de la cual se exige al empleador la adaptación del puesto de trabajo y accesibilidad de la empresa, atendiendo a la situación específica del trabajador, para que pueda acceder al empleo y la formación dentro del mismo, desempeñe el ejercicio laboral de que se trate y progrese profesionalmente.

Se trata de una obligación que tiene la limitación de no ser una carga excesiva para el empresario, para ello hay que estar al párrafo segundo del artículo 40.2, que es del tenor que sigue: *“Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa”*.

Así como estas medidas dentro de la empresa, también hay otras de creación de empleo para personas con discapacidad, o dicho de otra forma, reserva de puestos de trabajo a personas con discapacidad dentro de las empresas, para ello es necesario que la empresa reúna ciertas condiciones. Es la denominada cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, que a continuación se desarrolla.

4.2.1 Cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad.

Existe una obligación dirigida hacia el empleador de contratar a trabajadores con discapacidad mediante la llamada cuota de reserva en el empleo, aunque esa obligación se exige sólo a determinadas empresas.

Se trata de reservar un porcentaje de puestos de trabajo para las personas con discapacidad. Esta obligación viene regulada en el artículo 42 del Real Decreto 1/2013. Es decir, se establece la obligación de que ciertas empresas materialicen una cuota de reserva del 2%, que el legislador establece como un mínimo, en puestos de trabajo efectivos.

Asimismo, tal y como expone la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el *Criterio Técnico 98/2016*²⁴ sobre actuaciones de la inspección de

²⁴Criterio Técnico 98/2016²⁴ sobre actuaciones de la inspección de trabajo y seguridad social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad. Pág. 6

trabajo y seguridad social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, las obligaciones principales que se desprenden de la citada regulación son tres: una obligación de contratación directa de trabajadores mediante el establecimiento de una cuota para determinadas empresas; una obligación de medidas alternativas consistente en cantidades económicas con fines de fomento de empleo de las personas con discapacidad cuando se está en la posibilidad de excepción; y una obligación formal de comunicación y documentación vinculada a las anteriores.

Anteriormente se ha expuesto que esta obligación viene atribuida a determinadas empresas, pues bien, se trata tanto de empresas públicas como privadas que empleen al menos a 50 trabajadores. Esta cantidad de trabajadores se computa sobre la plantilla total, sin tener en cuenta ni el número de centros de trabajo ni la forma de contratación. En ese cómputo se incluyen los trabajadores con discapacidad procedentes de empresas de trabajo temporal.

El artículo 42 establece además, que las empresas públicas con esas características también están obligadas, y remite a la normativa específica. Entendiéndose por empresa pública las *entidades públicas empresariales*²⁵. En este sentido, cabe destacar, tal y como establece el artículo 104 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que estas entidades se rigen por el Derecho Privado, salvo lo exceptuado en el mismo, en concreto en materia de personal por el Derecho Laboral. No obstante, la obligación de la cuota reserva del 2 por 100 se aplicaría siempre que el régimen de contratación aplicable a estas empresas sea el laboral ordinario y no las normas de acceso al empleo público²⁶.

En el caso de las Administraciones que se rigen por las normas de acceso al empleo público, les es aplicable el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleo Público sobre reserva de cupo para persona con discapacidad, y el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad. En este caso, dentro la Administración Pública se establece una cuota de reserva del 7%, así se establece en el artículo 59 del Real

²⁵Criterio Técnico 98/2016²⁵sobre actuaciones de la inspección de trabajo y seguridad social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad. Pág. 6

²⁶Ídem, pág. 7

Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público: “1. *En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad (...) siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública.*

2. La reserva del mínimo del siete por ciento se realizará de manera que, al menos, el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad.”

En cuanto al cómputo del 2% se expone en la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad, que es donde se determinan esas medidas, una serie de reglas que permiten apreciar si la empresa ocupa a cincuenta o más trabajadores/as²⁷:

Disposición adicional primera letra a).- *“El período de referencia para dicho cálculo serán los 12 meses inmediatamente anteriores, durante los cuales se obtendrá el promedio de trabajadores empleados, incluidos los contratados a tiempo parcial, en la totalidad de centros de trabajo de la empresa”.*

En primer lugar, se establece un periodo de referencia de 12 meses, por tanto se calcula la cuota sobre la plantilla en el periodo de 12 meses inmediatamente anteriores. Como se recoge en el Criterio Técnico 98/2016, no se establece fecha de comienzo del plazo, pues se habla de “anteriores”, por lo que debe computarse de fecha a fecha, desde que se da el supuesto de hecho regulado.²⁸ Es decir, desde que la empresa tenga una plantilla de cincuenta o más trabajadores/as. Ahora bien, hay que resaltar lo que a su vez se dispone en dicho texto: *“Cuestión diferente es el momento de cómputo en caso de actuación*

²⁷Criterio Técnico 98/2016²⁷sobre actuaciones de la inspección de trabajo y seguridad social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad. pág. 7

²⁸Criterio Técnico 98/2016²⁸sobre actuaciones de la inspección de trabajo y seguridad social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad. Pág. 8

inspectora, que deberá comprobar el cumplimiento al menos en los doce meses anteriores al inicio de la misma”.

En segundo lugar, se establece el cómputo de toda la empresa en su conjunto²⁹ en cuanto al cómputo de la plantilla se tiene en cuenta a las/os trabajadoras/es con contrato laboral por cuenta ajena, tanto indefinidos como temporales. No obstante, para los indefinidos se establece un promedio, mientras que para los temporales se disponen unas reglas concretas. Otro dato importante y que recoge el Criterio Técnico es que la jornada pactada es irrelevante. Y además se expone: *“al no establecer duración del contrato para los indefinidos cada trabajador fijo contratado contará como uno en cada uno de los meses en los que haya estado en situación de alta.”*³⁰

Disposición adicional primera letra b).- *Los trabajadores vinculados por contratos de duración determinada superior a un año se computarán como trabajadores fijos de plantilla.*

El trabajador con contrato de duración determinada superior a un año se equiparará al trabajador indefinido a esos efectos, por tanto, se hallará también un promedio para los trabajadores que se encuentren en la empresa, o no prestando servicios en la misma, lo hayan hecho dentro del periodo de los doce meses de referencia. Por otro lado, hay que destacar que los trabajadores fijos discontinuos también computan como indefinidos ordinarios sin atender a la ocupación real dentro de la empresa en el año³¹.

Disposición adicional primera letra c).- *“Los contratados por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el período de referencia. Cada 200 días trabajados o fracción se computarán como un trabajador más.*

²⁹ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Art. 42.1/Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad. D.A. 1ª

³⁰Criterio Técnico 98/2016³⁰sobre actuaciones de la inspección de trabajo y seguridad social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad. Pág. 9

³¹Criterio Técnico 98/2016³¹sobre actuaciones de la inspección de trabajo y seguridad social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad. Págs. 10 y 11

Cuando el cociente que resulte de dividir por 200 el número de días trabajados en el citado período de referencia sea superior al número de trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores.

A los efectos del cómputo de los 200 días trabajados previsto en los párrafos anteriores, se contabilizarán tanto los días efectivamente trabajados como los de descanso semanal, los días festivos y las vacaciones anuales”.

En esta última regla³² se establece que las personas con contratos por tiempo determinado de hasta un año o inferior dentro del periodo de referencia, y que haya trabajado doscientos días es igual a un trabajador más. Esto se materializa de la siguiente forma: se suma el total de días trabajados de estos empleados dentro de los doce meses, luego se divide entre doscientos y se obtiene el resultado.

El resultado, como se establece en dicha regla, puede ser decimal y por tanto habría que redondear, se deberá redondear al entero por exceso. Ahora bien, el límite está en no sobrepasar el número real de trabajadores de la empresa en esta modalidad contractual. Si se sobrepasa, entonces, se dejaría como resultado máximo el real de trabajadores que efectivamente han trabajado o trabajan en la empresa.

Por último, otro dato expuesto para el cálculo, es que se computa como días efectivos de trabajo a estos efectos, además de los días trabajados, tanto los días de descanso como las vacaciones y días festivos.

4.2.2 Aplicación del 2% sobre la plantilla cuantificada.

Una vez se tiene la plantilla cuantificada, se le aplica el 2%, el resultado puede ser una cifra entera o decimal. Es aquí donde la Dirección General de la Inspección de Trabajo³³, dispone que se debe redondear a la baja, eliminando los decimales.

No obstante, para aplicar el 2% expone, dando una interpretación finalista a la norma, por cuanto el artículo 42 establece que las empresas obligadas son las que tienen 50 o más trabajadores sin más detalle, que: Si la plantillas es de entre 50 y 99 trabajadores

³²Ídem, pág. 10

³³Criterio Técnico 98/2016³³sobre actuaciones de la inspección de trabajo y seguridad social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad. Pág.12

corresponde un trabajador con discapacidad; Si es de entre 100 y 149 dos trabajadores con discapacidad. Y así sucesivamente cada 50 trabajadores.

4.2.3 Exención a la cuota de reserva

El artículo 42.1, en su párrafo segundo, establece la posibilidad de exención total o parcial, aunque establece que lo es de manera excepcional. Dispone que a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial o inferior en su defecto; o bien por opción voluntaria del empresario.³⁴

Sin embargo, la exención no es sin más una opción, cuando se está en ella se debe aplicar medidas alternativas, de hecho se desprende del artículo que estas medidas alternativas son condición sine qua non para esa exención, al señalar: “**y siempre que** en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente”. Además, se expone que la exención es total o parcial, por tanto con medias alternativas en su totalidad o de forma parcial combinando la contratación directa de trabajadores con medidas alternativas.

Es el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad el que determina esas medidas. El mismo desarrolla un procedimiento previo a la aplicación de las medias alternativas, donde es el servicio público de empleo competente el que emite la declaración de la solicitada excepcionalidad, así como de las medidas alternativas.³⁵

El carácter de excepcionalidad, recogido en el precepto 1.2 del mencionado Real Decreto, obedece a que:

- a) El demandante de empleo con discapacidad no se incorpore a la empresa puesto que los servicios públicos de empleo competentes, o las agencias de colocación, no puedan atender la oferta de empleo, porque no existan demandantes de

³⁴Criterio Técnico 98/2016³⁴sobre actuaciones de la inspección de trabajo y seguridad social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad. Pág. 18 (Entendiéndose por “voluntaria” la decisión libre del empresario a acudir al procedimiento establecido para la declaración de excepcionalidad).

³⁵Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad. Art. 1.3



empleo con discapacidad inscritos, o por no estar interesados los mismo en las condiciones de trabajo que se ofrecen.

- b) Existan y se acrediten cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motiven la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la empresa, para ello los servicios públicos de empleo pueden exigir informes o certificaciones de otras entidades de reconocida capacidad.

En lo que respecta a las medidas alternativas, éstas vienen reguladas en el artículo 2 del Real Decreto 364/2005, donde se expone el tenor siguiente:

“a) La celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier otro tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa que opta por esta medida.

b) La celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa.

c) 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 de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo en favor de las personas con discapacidad que permita la creación de puestos de trabajo para aquéllas y, finalmente, su integración en el mercado de trabajo.

d) La constitución de un enclave laboral, previa suscripción del correspondiente contrato con un centro especial de empleo, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.”

4.2.4 Garantía de cumplimiento de la cuota de reserva y las medidas alternativas.

Finalmente, hay que hacer referencia a la obligación formal de comunicación y documentación de lo establecido, en el reiterado artículo 42 del Real Decreto 1/2013, en

cuanto a la cuota de reserva. Se trata, por tanto, de una comunicación de los puestos ocupados por personas con discapacidad.

Aunque, esa obligación de comunicación y documentación no aparezca en el precepto, sí viene recogido en el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, ley ya derogada, pero que se sigue aplicando parcialmente a la normativa actual. En ese sentido, se establece en el artículo 5 que: *“Dentro del primer trimestre de cada año, con conocimiento de los representantes del personal, las Empresas que empleen un número de trabajadores fijos³⁶ que exceda de 50 deberán enviar a la Oficina de Empleo del INEM de la provincia en que tengan su sede social, así como a las de las provincias donde tengan Centros de trabajo, relación detallada de los puestos de trabajo ocupados por trabajadores minusválidos y de aquellos que por sus características queden reservados a los mismos.*

Las Oficinas de Empleo darán traslado de estas relaciones a los equipos multiprofesionales.”

En cuanto a la declaración de excepcionalidad, la misma tendrá validez durante tres años desde su resolución, una vez transcurrido dicho plazo se deberá solicitar nuevamente si persisten las razones³⁷.

Al Servicio Público de Empleo le corresponde el seguimiento del cumplimiento de la adopción de las medidas y de las obligaciones, pues son los competentes, tal y como se establece en el artículo 6 del RD364/2005. Además, existe la posibilidad de que se emita informe por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre la concurrencia de las causas productivas, organizativas, técnicas o económicas de la empresa³⁸.

³⁶Criterio Técnico 98/2016³⁶sobre actuaciones de la inspección de trabajo y seguridad social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad. Pág.11, penúltimo párr.

³⁷ Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad. Art. 1.4

³⁸Orden de 24 de julio de 2000 por la que se regula el procedimiento administrativo referente a las medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2 por 100 en

4.3 El empleo autónomo. Breve referencia.

Las personas con discapacidad pueden desarrollar, al igual que cualquier ciudadano/a, una actividad laboral como autónomo/a por cuenta propia o como trabajador/a autónomo/a económicamente dependiente³⁹. Ya en el artículo 37.2 del Real Decreto 1/2013 se recoge como una de las formas de empleo que las personas con discapacidad pueden ejercer.

Tal y como se prevé en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo⁴⁰, se trata por tanto de que un trabajador con discapacidad ejerza una actividad económica o profesional lucrativa de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia, por tanto, sin ajenidad ni subordinación.

En este sentido, el artículo 4.3.b del Estatuto del trabajo autónomo establece que los trabajadores con discapacidad tienen derecho a realizar su actividad profesional sin discriminación, o lo que es lo mismo, a no ser discriminados por razón de discapacidad en el ejercicio de su actividad profesional.

Sin embargo, debido a la situación de desventaja de la que parte el colectivo con discapacidad, se hace necesario no sólo que los Poderes Públicos remuevan los obstáculos que dificulten su inclusión en el mundo laboral y profesional, sino prestar la ayuda necesaria para el desarrollo de su derecho a ejercer una actividad profesional y económica.

En consecuencia, cabe recordar lo dispuesto en el artículo 39 del Real Decreto 1/2013, al exponer que se establecerán ayudas que facilite la inclusión laboral, entre otras en él mencionadas, para la posibilidad de establecerse como trabajadores autónomos, bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social, y termina abriendo múltiples posibilidades al exponer *“cuantas otras se consideren adecuadas”*.

favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores, reguladas por el Real Decreto 27/2000, de 14 de enero. (En vigor en lo que no se oponga al Real Decreto 364/2005)

³⁹Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. Art. 1.2.d

⁴⁰ Ídem, art. 1.1

Pues bien, en esa misma línea el artículo 47 Real Decreto 1/2013 regula el fomento, por parte de los Poderes Públicos, del trabajo autónomo de las personas con discapacidad, exponiendo que esas medidas serán dirigidas a las iniciativas económicas y profesionales por cuenta propia o a través de entidades de economía social⁴¹.

Lo anterior lo reitera el propio Estatuto del Trabajo Autónomo al establecer, en el artículo 27, que se “*prestará especial atención a los colectivos de personas desfavorecidas o no suficientemente representadas, entre los cuales las personas con discapacidad ocupan un lugar preferente*”, refiriéndose a la aplicación de las políticas de fomento en el ámbito del empleo autónomo.

Con carácter general dichas medidas son aquellas que permiten a los desempleados con discapacidad establecerse como autónomos⁴²(capitalización de prestación por desempleo y compatibilización de las prestación por desempleo con el trabajo por cuenta propia), las que favorecen el mantenimiento como autónomos (reducciones y bonificaciones de cuotas del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos). Y otras que permiten fomentar el empleo de autónomos por autónomos y el acogimiento a formulas alternativas a la cuota de reforma, entre otras.

5. La discriminación de las personas con discapacidad en el ámbito laboral.

El ejercicio del derecho al trabajo de las personas con discapacidad debe realizarse en condiciones de igualdad y no discriminación, en este sentido se pronuncian diferentes cuerpos normativos, entre otros y como no podría ser de otra forma: el Estatuto de los Trabajadores en sus artículos 4 y 17, en este último bajo el título “*no discriminación en las relaciones laborales*”; el Estatuto del Trabajo Autónomo en su artículo 4, mencionado con anterioridad; la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, haciendo alusión concretamente a la no discriminación en el ámbito del derecho del trabajo en los artículos 9 y 11; y el Real Decreto 1/2013 que

⁴¹Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social. Art. 5

⁴²Barrios Baudo Guillermo L. . Yolanda Cano Galán. Elena Lasaosa Irigoyen. Diego Megino Fernández . María del Puy Abril Larraínzar. Trabajo autónomo y discapacidad: Estado de la cuestión y propuestas de reforma. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA, septiembre 2018. Págs. 56 a 78

hasta ahora se ha venido desglosando en el presente trabajo. Pues bien, se trata de dotar al colectivo considerado “vulnerable”, como es el de las personas con discapacidad según la ley, de cierta protección en el desenvolvimiento de su vida laboral.

5.1 Concepto y clases de discriminación.

Se hace necesario definir el concepto de discriminación, para determinar cuándo se está ante una situación de esa índole y solventarla, o incluso, para prevenir ese tipo de conducta.

En ese sentido, el artículo 35 del Real Decreto 1/2013, dedicado al derecho del trabajo de las personas con discapacidad, establece dos clases de discriminación, la directa y la indirecta. Asimismo, el artículo 2 de la misma, define tanto la discriminación directa e indirecta como la discriminación por asociación. No obstante, la Ley 15/2022, además de las anteriores añade, en su artículo 6, la discriminación por error y la discriminación múltiple e interseccional.

De todas las formas de discriminación se extrae que se da un trato menos favorable o un trato perjudicial a una persona por sus circunstancias personales (discapacidad, género, raza, religión, etcétera). Y que ese trato puede ser intimidatorio, hostil, degradante, humillante, ofensivo y atentar contra la dignidad de una o varias personas.

Cabe destacar, además, el acoso por razón de discapacidad que recoge el artículo 35.6 del Real Decreto 1/2013, entendiéndose en el artículo 2.f éste como toda conducta no deseada relacionada con la discapacidad de una persona, cuyo objetivo sea atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Asimismo, continúa el precepto 35.7, que también se considera discriminación la orden de discriminar a una persona por razón de su discapacidad. En este sentido, el artículo 6.5 de la Ley 15/2022 añade la inducción, la cual debe ser concreta, directa y eficaz para hacer surgir en otra persona la actuación discriminatoria.

5.1.1 Discriminación directa.

A través de este tipo de discriminación, la persona con discapacidad es tratada de manera menos favorable respecto de otra en una situación análoga, y ese trato menos favorable es por motivo de su discapacidad (arts. 2.c y 35.3 Real Decreto 1/2013) Añade, por otro lado, el artículo 6.1.a en su párrafo segundo, que se considera

discriminación directa⁴³ la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad.

Por tanto, también es discriminación directa el no llevar a cabo las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, para el desarrollo, en este caso, del ejercicio del derecho al trabajo de la persona con discapacidad. En este sentido, tanto el artículo 6 de la Ley y el 2.º del Texto, van más allá al establecer que esos ajustes razonables no solo deben ser respecto del ambiente físico y social sino también del actitudinal.

Ahora bien, sigue exponiendo el citado artículo, siempre que *“no impongan una carga desproporcionada o indebida”*. En ese sentido, hay que recordar el artículo 40 del Real Decreto 1/2013, que establece el límite de la “carga excesiva” a las medidas que debía adoptar el empresario para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa a las necesidades concretas del/la trabajador/a con discapacidad.

De tal forma que si esas medidas suponen una carga excesiva, el no llevarlas a cabo no supondría trato discriminatorio. Para determinar esa carga excesiva el artículo 40 establece que se tiene en cuenta si la medida es paliada suficientemente mediante las ayudas, medidas o subvenciones públicas para las personas con discapacidad, teniendo en cuenta, a su vez, los diferentes costes que implique y el volumen y tamaño de la empresa.

5.1.2 Discriminación indirecta

El artículo 35.4 define la discriminación indirecta haciendo alusión a la desventaja que se pueda ocasionar a las personas con discapacidad respecto de otras personas a causa de una norma, cláusula convencional o contractual, un pacto, una decisión unilateral del

⁴³Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Art. 6.1.a:

“1. a) La discriminación directa es la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2.

Se considerará discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad. A tal efecto, se entiende por ajustes razonables las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos”.

empresario aparentemente neutro. Es decir, que no pareciendo discriminatorio lo es o pueda serlo. El artículo 2 del Real Decreto 1/2013 amplía los medios a través de los cuales puede llevarse a cabo una discriminación indirecta, como mediante una práctica, un criterio, un entorno, un producto o servicio.

El artículo 35.4 sigue añadiendo a lo anterior, *“siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios, o salvo que el empresario venga obligado a adoptar medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta y de acuerdo con el artículo 40, para eliminar las desventajas que supone esa disposición, cláusula, pacto o decisión”*.

Por tanto, lo anterior hace alusión a las denominadas medidas de acción positiva,⁴⁴ mediante las cuales se da una diferencia de trato con el objetivo de paliar o prevenir las desventajas de que se trate, que en este caso derivan de la situación de discapacidad. Pues sería discriminatorio, en este sentido, tratar de manera idéntica a dos personas cuya realidad es distinta. No estaríamos, entonces, ante una auténtica igualdad de trato, entendida como tal la ausencia de toda discriminación, en este caso por motivo o razón de discapacidad, en el empleo, en la formación, la promoción profesionales y en las condiciones de trabajo, así se establece en el artículo 36 del Real Decreto 1/2013.

5.1.3 Discriminación por asociación, discriminación por error y discriminación múltiple e interseccional.

En primer lugar, en cuanto a la discriminación por asociación, recogida tanto en el artículo 2.e del Texto Refundido como en el artículo 6.2.a de la Ley 15/2022, la persona es discriminada por su relación con otra con discapacidad.

En ese sentido, cabe destacar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 2008 (Coleman C-303/06), donde se trata por primera vez la

⁴⁴Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Art. 2.g Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Art. 7

discriminación por asociación, dándose en ese entonces una “*nueva forma de entender la discriminación, extrapolable a cualquier motivo contenido en la norma*”.⁴⁵

El supuesto que trata la citada Sentencia es el de una trabajadora (secretaria jurídica) de un despacho de abogados de Reino Unido, la Sra. Coleman, que se ve obligada a abandonar su puesto de trabajo a causa del hostigamiento recibido por parte de su empresario. Éste le negaba el ejercicio de su derecho a la conciliación laboral y familiar del que la trabajadora necesitaba hacer uso para el cuidado de su hijo con discapacidad. Sin embargo, el empresario sí le concede a otros/as trabajadores/as permisos para la conciliación.

La trabajadora, al reclamar este derecho, recibe un trato vejatorio por su parte, recibiendo amenazas e insultos, dirigidos también a su hijo. Por lo que, se ve obligada a entablar acciones judiciales.

Pues bien, ante esos hechos el Tribunal de Justicia inglés se dirige al TJUE para que, en síntesis, esclarezca si la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, protege al trabajador-víctima de un trato desfavorable por motivos de la discapacidad de su hijo, o si solamente se prohíbe la discriminación directa cuando es el trabajador el que posee la discapacidad.

El TJUE expone, que dado que el objeto de la Directiva, recogido en el artículo 1, es dar un marco general contra la discriminación en el ámbito del empleo y ocupación “*por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual*”, la misma no debe aplicarse de forma restrictiva protegiendo únicamente a las personas con discapacidad sino también a aquellas otras personas vinculadas a las anteriores, como es el caso de la Sra. Coleman. Pues, lo contrario atentaría contra el objeto y “*efecto útil*” que pretende la Directiva en su marco general y se reduciría la pretendida protección garantizada en la norma.

En esa línea, dispone que la Directiva “*no se aplica a una categoría determinada de personas sino en función de los motivos contemplados en el artículo 1*”. Y el hecho de

⁴⁵ Sánchez-Girón Martínez Beatriz. Los elementos delimitadores de la discriminación por asociación. The delimiters of discrimination by association (2021). pág. 116

que la norma regule medidas de acción positivas dirigidas a la igualdad de trato de las personas con discapacidad, no significa que deba interpretarse de manera restrictiva esa igualdad de trato que la regulación contempla.

Teniendo en cuenta lo anterior, el TJUE establece que existe un supuesto de discriminación y que la trabajadora es discriminada por motivos de discapacidad. Por lo que, se extiende la tutela antidiscriminatoria de la Directiva a las personas vinculadas a otras con discapacidad.

En segundo lugar, en cuanto a la discriminación por error, se regula en el artículo 6.2.b de la Ley 15/2022, entendida por tal, la discriminación por una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona discriminada. En este caso, podría darse esta discriminación por creer erróneamente que una persona tiene una discapacidad. En este sentido, cabe destacar el artículo 9.5 de la Ley 15/2002 al disponer que *“el empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto”*.

En relación a lo anterior, es de gran interés la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 13 abril de 2021⁴⁶ donde se declara la nulidad de un despido por discriminatorio por razón de discapacidad, el cual había sido calificado por el Juzgado de lo Social de improcedente. Sin embargo, el TSJ de Galicia determina la nulidad del despido y declara que se trata de una discriminación por apariencia de discapacidad, puesto que el empresario cree que su empleado, tras sufrir un accidente laboral, tardará bastante tiempo en recuperarse, por lo que le despide el mismo día en que ocurre el accidente.

El Tribunal recoge en el fundamento de derecho tercero de su sentencia que *“(…) en el caso de la discriminación por apariencia, el sujeto es discriminado por la discapacidad que, en base a una apariencia, el sujeto discriminador cree que tiene, y ello con independencia de que aquel tenga o no tenga una discapacidad”*.

En tercer lugar, la discriminación múltiple viene regulada (art. 6.3.a Ley 15/2022) como la discriminación simultánea o consecutiva por dos o más causas previstas en la ley,

⁴⁶Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de 13 abril de 2021 (Rec. 160/2020).

como: discapacidad, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra.⁴⁷ A modo de ejemplo, una persona es discriminada por su discapacidad y por ser mujer.

Finalmente, en cuanto a la discriminación interseccional, ésta se produce cuando concurren o interactúan diversas causas, generando una forma específica de discriminación (art. 6.3.b Ley 15/2022). Por tanto, refiere a una situación en la que varios motivos interactúan al mismo tiempo de forma que son inseparables.⁴⁸

5.2 Consecuencias jurídicas de la discriminación por razón de discapacidad

El artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, establece la nulidad y la carencia de efecto de los preceptos reglamentarios, cláusulas de los convenios colectivos, pactos individuales, las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de discapacidad, entre otras. En ese mismo sentido se pronuncia el artículo 35.5 del Real Decreto 1/2013.

El artículo 17.1 sigue señalando la nulidad de las ordenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los/las trabajadores/as como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación. Haciendo alusión lo anterior a las represalias, entendiéndose por tal y a efectos de la Ley 15/2022, salvo que constituya ilícito penal, cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda sufrir una persona por intervenir, participar o colaborar en un procedimiento administrativo o procesos judicial destinado a solventar una situación discriminatoria, o por haber presentado una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo con dicho objeto (art 6.6).

Por otro lado, respecto de los/as trabajadores/as, el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores establece como una causa de despido disciplinario por incumplimiento

⁴⁷Cendrero Uceda Luis Alejandro. La discapacidad como factor de discriminación en el ámbito laboral. Tesis doctoral. Directora: Beatriz Quintanilla Navarro. Madrid, 2017. Pág. 76

⁴⁸Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general núm. 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad.

grave y culpable del trabajador, entre otras, el acoso por razón de discapacidad. Por tanto, está facultado el empresario para despedir a un/a trabajador/a que actúe de forma discriminatoria acosando a un/a compañero/a por razón de discapacidad.

En relación a lo anterior, se prevé la carga de la prueba como una de las garantías, junto con la indemnidad, dentro del ámbito del proceso en que pueda verse inmersa una persona que haya sufrido discriminación. En ese sentido se pronuncia el artículo 96.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social al establecer que corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. O dicho de otra forma, *“faculta a la parte actora o denunciante, que se considere perjudicada, para alegar unos hechos de los que se permita inferir indicios fundados de una vulneración del principio de igualdad y no discriminación, estando obligada la parte demandada a destruir tal presunción demostrando que no ha habido tal vulneración.”*⁴⁹

Por último, sin perjuicio de lo que se prevea en el ámbito penal para los delitos, se establece en el Título III del Real Decreto 1/2013 una serie de sanciones para los actos que constituyan infracción administrativa por razón de discapacidad, graduándose en leves, graves y muy graves.

5.3 La consideración de discapacidad como factor de discriminación: análisis de casos

A lo largo de este trabajo se ha hecho alusión al reconocimiento de cierto grado de discapacidad para la posible percepción de ayudas, subvenciones, bonificaciones, incluso para poder acceder a Centros Especial de Empleo, entre otros beneficios. Es decir, se hablaba de persona con discapacidad siempre ligado a un grado de valoración, e incluso en cuanto a la incapacidad permanente se habla de cuatro grados. Pero como se expone, esa necesaria graduación de la incapacidad o de la discapacidad va relacionada no solo con el tipo de “limitación” de que se trate o de la magnitud de esa “limitación”, sino como requisito de ciertos incentivos, ayudas o pensiones.

⁴⁹Cendrero Uceda Luis Alejandro. La discapacidad como factor de discriminación en el ámbito laboral. Tesis doctoral. Directora: Beatriz Quintanilla Navarro. Madrid, 2017. Pág. 85

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Art. 75

Sin embargo, cuando de discriminación se trata, la discapacidad o incapacidad parece cobrar un significado más amplio y menos estricto, con independencia del grado de valoración. Dicho de otra forma, *“en el ámbito laboral ordinario, pues, al amparo del art 4.1, la consideración de la discapacidad como factor de discriminación no necesitaría su valoración en grados ni clases. Se es o no persona con discapacidad con independencia del grado de valoración.”*⁵⁰

A ese respecto, cabe destacar la derogación⁵¹ del artículo 52.d del Estatuto de los Trabajadores, el cual establecía como extinción del contrato por causas objetivas las faltas de asistencia al trabajo, justificadas pero intermitentes que alcanzaran el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcanzara el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

En ese sentido, hay hacer referencia a la Sentencia⁵² del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 16 de marzo de 2021, por el que se desestimó el recurso de una trabajadora que alegaba la nulidad del despido objetivo del que había sido objeto por ser discriminatorio por razón de discapacidad⁵³.

La trabajadora, diagnosticada de migrañas crónicas, pero que no contaba con resolución de discapacidad alguna, tenía un porcentaje de ausencias del 38,46% por lo que fue despedida. En un primer momento, el Juzgado de lo Social de Barcelona declaró la nulidad del despido por discriminatorio y expuso que las migrañas crónicas eran causa

⁵⁰ Cendrero Uceda Luis Alejandro. La discapacidad como factor de discriminación en el ámbito laboral. Tesis doctoral. Directora: Beatriz Quintanilla Navarro. Madrid, 2017. Pág. 70

⁵¹ Ley 1/2020, de 15 de julio, por la que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Art. Único.

⁵² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de marzo de 2021 (Caso Gloria Raventos Martínez V. Spain).

⁵³ Cairós Barreto Dulce María. La Validez del despido por enfermedad a la vista de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de marzo de 2021 (caso Gloria Raventos Martínez V. Spain). Net21, número2, abril 2021.

de discapacidad, en concordancia con el criterio⁵⁴del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) donde se establecía que *“la discapacidad supone la existencia de una limitación de la capacidad derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona y suponer un obstáculo para la realización de una actividad profesional, y puede venir producida también por una enfermedad, asimilando la migraña de la trabajadora a esta situación de discapacidad”*. Sin embargo, el Juzgado no elevó la cuestión de inconstitucionalidad del precepto hoy derogado.

Posteriormente, la empresa interpuso recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el cual declara el despido objetivo procedente, lo que acoge finalmente el TEDH, éste se basa en que la trabajadora no había solicitado una declaración oficial de discapacidad, ni tampoco era similar su situación a la de una persona con discapacidad reconocida. Asimismo, confirma la aplicación del artículo 52.d por parte del TSJ.

En esa misma línea, hay que destacar algunas sentencias del Tribunal de Justicia de La Unión Europea, que son de gran interés de cara a precisar el concepto de discapacidad a estos efectos.

Por un lado, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 2006. (Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA).

En este asunto, el Juzgado Social de Madrid (nº 33) plantea al TJUE que si la Directiva 2000/78 incluye dentro de su ámbito protector a una trabajadora despedida exclusivamente por encontrarse enferma.

La trabajadora había causado baja laboral por enfermedad, la cual no podría continuar prestando sus servicios en la empresa durante un tiempo, por lo que a los seis meses es despedida.

⁵⁴Sentencia del Tribunal Justica de la Unión Europea de 11 de julio 2006 C-13/05 (Chacón Navas) y Sentencia del Tribunal Justica de la Unión Europea de 11 de abril 2013 C-335/11 (Ring)

El TJUE dando respuesta, expone que en el artículo 1⁵⁵ de la Directiva se recoge el marco general de la prohibición de discriminar en el empleo y la ocupación, y que en esa línea, dado que no se define un concepto de discapacidad en la misma, se debe entender que *“se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”*. Por otro lado, establece que en la Directiva se utiliza el término discapacidad y no el de enfermedad y que este último no es equiparable al anterior. Expone: *“es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos.”*

Y por tanto, establece que para que la limitación de que se trate entre dentro del término discapacidad *“requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración”*. Finalmente, dispone que, a pesar de ser despedida por razón de enfermedad exclusivamente, no está incluida en la protección que da la Directiva a la discapacidad.

No obstante, esta Sentencia fue dictada en 2006, posteriormente se amplía el término discapacidad, puesto que en el año 2010 la Unión Europea ratifica el Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Por su parte España la había ratificado en 2007, entrando en vigor en 2008.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea de 11 de abril 2013 C-335/11 (Ring), con la que se amplía el concepto de discapacidad.

En este supuesto, una trabajadora, la Sra. Ring, causa baja en 2005 en ocasiones reiteradas, pues padecía de dolores en la región lumbar, para lo que no había tratamiento. Por otro lado, otra trabajadora, la Sra. Weger, sufre un accidente de tráfico que le causa un latigazo cervical, el cual le supone ciertas secuelas que le lleva a causar baja en periodos sucesivos. Ambas trabajadoras son despedidas por motivo de salud.

El Juzgado danés plantea cuestiones prejudiciales sobre el concepto de discapacidad en relación a la Directiva 2000/78, ya modificada. Por lo que, si una persona no puede

⁵⁵ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Art. 1 *“La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”*.

llevar a cabo su trabajo o puede llevarlo, pero de forma limitada, durante un periodo de tiempo que se prevé largo, o de manera permanente, por dolencias físicas, mentales o psíquicas, dicha situación podría incluirse dentro de la interpretación del mencionado concepto.

El TJUE acumula las cuestiones prejudiciales planteadas, relacionadas a los supuestos de ambas trabajadoras. En primer lugar, expone en el apartado 38 de la sentencia, que el concepto de discapacidad, ampliado tras Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hace alusión a *“una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”*.

Por otro lado, en el apartado 39, refiere que la duración de esas *“deficiencias”*, que recoge la anterior definición, debe ser amplia, *“a largo plazo”*.

Establece, asimismo, que se incluye dentro de la Directiva 2000/78, la discapacidad causada por enfermedad, al exponer (apartado 40): *“no se aprecia que la Directiva 2000/78 sólo pretenda comprender las discapacidades de nacimiento o debidas a accidentes, excluyendo las causadas por una enfermedad”*. Y que, *“si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78”* (apartado 41).

En consecuencia, en palabras de Joan Agustí Maragall, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Barcelona⁵⁶, *“no toda enfermedad será discapacidad,”*

⁵⁶ Agustí Maragall Joan, Magistrado especialista, Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. Miembro de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea. Discriminación por razón de discapacidad: discapacidad y ajustes razonables en el derecho de la UE y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ponencia presentada en el Seminario organizado por la Academia de Derecho Europeo (ERA) en Barcelona los días 24 – 25 de octubre sobre *Applying EU Anti-Discrimination Law*. Pág. 10

atendiendo a lo que expone el TJUE en el apartado 42: “*una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78*”.

Para que una enfermedad (o un accidente) se incluya dentro del concepto de discapacidad debe suponer una limitación, y una limitación entendida como un obstáculo para el desarrollo de la actividad laboral de que se trate, pero no necesariamente una imposibilidad de realizar dicha actividad laboral. Es posible, en ese sentido, que a una persona que desarrolle su profesión de manera limitada se le aplique el concepto de discapacidad (apartados 43 y 44). Entendiendo, que la enfermedad, en el sentido antes expuesto, no es una nueva causa de discapacidad, sino que es una “*asimilación a la discapacidad*”⁵⁷.

Finalmente, la Sentencia del Tribunal Justica de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016. (Daouidi, C-395/15).

Esta Sentencia del TJUE da respuesta a una de las cuestiones (quinta) que le remite el Juzgado de los Social nº 33 de Barcelona, pues el Tribunal se declara incompetente para dar respuesta a las demás.

Se trata de un supuesto en que un trabajador (ayudante de cocina), tras superar el periodo de prueba y ser contratado sufre un accidente laboral, dislocándose el codo izquierdo al resbalar en su puesto de trabajo. Por tanto, causa baja por incapacidad temporal. Posteriormente, pasados dos meses, es despedido disciplinariamente por bajo rendimiento.

El TJUE, asumiendo el criterio del Abogado General, da respuesta a la siguiente pregunta: “*¿Entraría en el concepto de “discriminación directa por discapacidad” — como motivo de discriminación contemplado en los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78— la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptualizado profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal —de duración incierta— por causa de un accidente laboral?*”

En primer lugar, se parte de que el trabajador sufre una limitación que le impide efectuar plena y efectivamente su actividad laboral, al interactuar con otras barreras, en

⁵⁷ Ídem, pág. 12

comparación con el resto de trabajadores. Por tanto, lo anterior, se incluye en el concepto de discapacidad. No obstante, dado que la definición de discapacidad contiene el requisito de “a largo plazo”, el único criterio que faltaría por acreditar a efectos de la “asimilación de discapacidad” es el carácter duradero de dicha limitación, a criterio del Tribunal.

En ese sentido, el Tribunal expone ciertos criterios para establecer el carácter duradero de la limitación, a fin de determinar su consideración de discapacidad o no. Pues se dispone que *“el hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de discapacidad (...)”*.

Se establece como indicios para considerar la limitación de “duradera”, que en la fecha del despido, *“hecho presuntamente discriminatorio”*, no se prevea la finalización de la incapacidad del trabajador a corto plazo, ni de su prolongación *“antes de su restablecimiento”*. Por tanto, *“la incertidumbre en cuanto a su duración o prolongación significativa antes del restablecimiento”⁵⁸*.

Por otro lado, expone que es el Juzgado remitente (Juzgado de lo Social) quien debe observar todos los *“elementos objetivos”* de que disponga, tales como documentos y certificado médicos y científicos actuales, al efecto de comprobar ese carácter duradero.

A consecuencia, el Juzgado de lo Social de Barcelona en Sentencia de 23 de diciembre de 2016 establece que, se acuerda la práctica de más pruebas para comprobar el estado de salud del trabajador en el momento del despido, y su evolución medica tras él. En relación a ello, se aprecia que no se preveía su curación a corto plazo, pues *“presentaba una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo”* Y que

⁵⁸ Agustí Maragall Joan, Magistrado especialista, Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. Miembro de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea. Discriminación por razón de discapacidad: discapacidad y ajustes razonables en el derecho de la UE y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ponencia presentada en el Seminario organizado por la Academia de Derecho Europeo (ERA) en Barcelona los días 24 – 25 de octubre sobre *Applying EU Anti-Discrimination Law*. Pág. 26

además, la baja médica se prolongó diez meses, por tanto se *prolongo significativamente*”.

Concluye, finalmente, que se trata de una limitación duradera y por tanto, de una situación de discapacidad, lo cual lleva a la nulidad del despido por discriminatorio.

Sin embargo, la sentencia anterior se revoca por el TSJ de Cataluña (Sentencia de 12 de junio de 2017), que aplica la doctrina del Supremo⁵⁹, y declara la improcedencia del despido, “*al no apreciar un elemento segregacionista*” en la decisión del empresario al despedir al trabajador, “*sino en la pura e inevitable repercusión negativa que toda enfermedad tiene en el rendimiento laboral*”. Por lo que, el mantenimiento del contrato del trabajador no es rentable para la empresa, lo que considera el Supremo que no es un factor discriminatorio en el sentido estricto del inciso final del artículo 14 de la Constitución.

Asimismo, expone: “*la situación del actor en el momento en que fue despedido, único momento que se puede tener en cuenta, y no el estado que presentaba en el momento en que se celebró el juicio, ni, en el momento anterior a dictarse la sentencia, a la única conclusión a que podemos llegar es que (...) se encontraba en una situación de incapacidad reversible, que no se puede calificar de duradera, pues, entre el accidente de trabajo y el despido, apenas había pasado 1 mes y 23 días, y además, fue dado de alta médica sin secuelas el 20.7.2015*”.

Finalmente, se interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el cual no fue admitido por inexistencia de contradicción.

5.4. Especial referencia a los ajustes razonables en el ámbito de la empresa.

Anteriormente, se ha hecho mención a la necesidad de realizar modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal. En

⁵⁹ Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2008, de 27 enero de 2009 y Sentencia del 12 julio de 2012. Mencionadas en: Agustí Maragall Joan, Magistrado especialista, Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. Miembro de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea. Discriminación por razón de discapacidad: discapacidad y ajustes razonables en el derecho de la UE y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ponencia presentada en el Seminario organizado por la Academia de Derecho Europeo (ERA) en Barcelona los días 24 – 25 de octubre sobre *Applying EU Anti-Discrimination Law*. Pág. 14

definitiva, llevar a cabo los ajustes razonables de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad, participación y garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio de su derecho al trabajo en condiciones de igualdad con las demás personas integrantes de la empresa.

En consecuencia, el artículo 23.2.d del Real Decreto 1/2013 prevé la adopción de normas internas en la empresa o centros que promuevan y estimulen la eliminación de desventajas o situaciones generales de discriminación a las personas con discapacidad, incluidos los ajustes razonables.

En definitiva, se exige dentro del ámbito de la empresa la adopción de medidas de acción positiva⁶⁰ como garantía de la igualdad de trato, tal y como se ha expuesto en el presente trabajo, no es más que la ausencia de toda discriminación en el ámbito de que se trate. En esa línea tiene cabida las diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja.^{61*}

Partiendo de esa premisa se obliga al empresario a prestar atención a las necesidades concretas de cada uno/a de los/as empleados/as con discapacidad de su empresa. Dicha obligación recogida, explícitamente, en el artículo 40 del Real Decreto 1/2013, citado más atrás, y que fundamenta un trato desigual a una situación distinta como es la de la persona con discapacidad, entendiéndose por tal al trato adecuado a las circunstancias personales.

Ahora bien, cabe recordar, la carga excesiva, desproporcionada o indebida como límite a las medidas de acción positiva vinculantes para el empresario, lo que vendría a suponer el ajuste razonable expuesto en la Ley.

Tal importancia tiene la aplicación, por parte del empresario, de los mencionados ajustes razonables, que su no aplicación conlleva a la consideración de que esa omisión es en sí discriminación por razón de discapacidad. Por ello, se establece en el artículo 81.3.b del Real Decreto 1/2013 como infracción grave la negativa a adoptar las medidas de ajuste razonable, así como el incumplimiento de las exigencias de accesibilidad, cuya

⁶⁰ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Art. 66

⁶¹ Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Art. 7

consecuencia es la aplicación de una sanción grave de hasta 90.000 euros, regulada en el artículo 83.

Continuando con el límite que supone la carga excesiva,⁶² tal y como se exponía a la hora de definir la discriminación directa e indirecta, se tiene en cuenta si se puede hacer frente a la medida de que se trate suficientemente, mediante las ayudas, medidas o subvenciones públicas para las personas con discapacidad, los costes financieros y de otro tipo que implique la misma, el tamaño y volumen de negocios total de la organización o empresa. Lo anterior recogido en el artículo 40.2 último párrafo del Real Decreto 1/2013 en concordancia con lo expuesto en el artículo 66.2 que añade a su vez, que se tendrá en cuenta los efectos discriminatorios que suponga para la persona con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona.

A este respecto cabe traer a colación la Sentencia del TJUE, de 10 de febrero de 2022 asunto C-485/20 (HR Rail) donde se declara la nulidad de un despido discriminatorio por razón de discapacidad. Es el supuesto de un trabajador en prácticas de vías férreas, el cual ya no puede asumir sus funciones, pues es diagnosticado de una patología cardíaca con implantación de un marcapasos, lo cual es incompatible con el puesto que venía desempeñando, posteriormente se le reconocer una discapacidad.

El trabajador es despedido por la empresa la cual alega que un empleado en prácticas con discapacidad no tiene derecho a que se le reubique en la empresa, ya que este derecho lo tendría siendo un trabajador indefinido.

En TJUE se pronuncia al respecto, estableciendo que *“el concepto de trabajador (a efectos de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2020) comprende también a las personas que desarrollan una actividad en prácticas de carácter preparatorio o períodos de aprendizaje en una profesión, los cuales pueden ser considerados una preparación práctica relacionada con el propio ejercicio de la profesión de que se trate, dado que tales períodos se efectúan en las condiciones de una actividad retribuida real y efectiva, en favor de un empresario y bajo la dirección de este(...).”*

Por otro lado, en lo que se refiere a los ajustes razonables, declara el Tribunal que *“cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a*

⁶²Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2020. Art. 5



la aparición de una discapacidad, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada como ajuste razonable (...)". Y recuerda que la carga excesiva se determina en función de los costes financieros que impliquen los ajustes razonables, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa, el tamaño de la empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda para personas con discapacidad.

6. Conclusiones y comentarios.

El derecho a la igualdad de trato y no discriminación de las personas con discapacidad consagrado en la Constitución es un derecho de carácter transversal de manera que es de aplicación en todas las esferas de la vida.

El ámbito laboral, constituye una esfera de gran importancia en la integración de las personas con discapacidad, no sólo por los beneficios económicos que el ejercicio de una actividad laboral supone, sino porque constituye un espacio para el desarrollo personal e independiente de las personas con discapacidad, que les permite interactuar con la sociedad y sentirse integradas en la misma. En ese sentido, se prevé en el artículo 37.2 del Real Decreto 1/2013 que las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho al trabajo a través del empleo ordinario, el empleo protegido y el empleo autónomo.

Sin embargo, el ejercicio de una profesión debe desarrollarse en condiciones de igualdad de trato, entendida como la ausencia total de discriminación, junto con el desarrollo de medidas de acción positiva que sirvan para erradicar las desventajas en las que se pueda encontrar este colectivo.

En el Estatuto de los Trabajadores se regula la no discriminación de los/as trabajadores/as con discapacidad, dejando sin efecto por nulo todo cuanto vulnere esa premisa (arts. 4 y 17). Parece que existe una mayor protección en el trabajo por cuenta ajena, puede que sea porque se presta a una mayor vulneración de los derechos de este colectivo. Sin embargo, dentro del empleo por cuenta propia y a pesar de propugnar el respecto de los derechos de las personas con discapacidad (artículo 4 del Estatuto del Empleo Autónomo), el/la trabajador/a se ve menos protegido/a, por ejemplo al llevar a cabo su profesión de cara a clientes y terceros con los que se relaciona en el ejercicio de su actividad laboral.

Además, existen numerosas barreras dentro del ámbito laboral y fuera de él que impiden al colectivo con discapacidad desenvolverse con tranquilidad y en plena igualdad. Desde barreras físicas y arquitectónicas, pasando por la ausencia del lenguaje inclusivo, la comunicación, los prejuicios, hasta la sobreprotección de las personas con discapacidad que vulnera el derecho a una vida autónoma e independiente, entre otras.

El Real Decreto Legislativo 1/2013, se ha modificado varias veces, la última recientemente (2022) y aun así no se prevé una regulación apropiada del lenguaje inclusivo en el ámbito de las personas con discapacidad. Si bien se ha suprimido la palabra “minusvalía” o “minusválido” para incorporar el de “persona con discapacidad”, no así con palabras como inutilidad, incapacidad, invalidez, deficiencia, discapacitado. Pero, es que existen multitud de reales decretos que siguen sin actualizarse, donde sí se utiliza la palabra “minusvalía” o “minusválido” entre otras.

Es de gran entidad que se le dé a las palabras la importancia que tienen, pues es una de las barreras a las que se tiene que enfrentar el colectivo con discapacidad. No sólo por el perjuicio que supone para la persona con discapacidad y la repercusión negativa en su autoestima, sino por como repercute en la visión de los demás sobre las personas con discapacidad. Además, es necesario quitarle la connotación negativa a la palabra “discapacidad”. Quizás sería más apropiado hablar de diversidad funcional o diversidad intelectual, asumiendo que todas las personas tienen habilidades diferentes y no centrando la atención en la “limitación” concreta de una capacidad, pues *“si juzgas a un pez por su habilidad para trepar árboles, pensará toda la vida que es un inútil.”*⁶³

En esa misma línea, y aunque escapa del objeto de este trabajo, hay que destacar por imprescindible, la influencia de la comunicación para la plena integración de las personas con discapacidad dentro de ámbito laboral (como en otros). Es necesario que haya una formación en cuanto a las lenguas de signos españolas, no se puede pretender la plena inclusión sin atender a esta premisa, pues si bien suele ser un requisito el dominar un idioma extranjero como el inglés para ocupar un puesto de trabajo ¿Cómo es posible que personas del mismo idioma dentro de su propio país no se sepan comunicar entre ellas? en ese sentido y a modo de ejemplo ¿Cómo, el propio empresario o los trabajadores sin discapacidad, pueden interactuar con otro/a trabajador/a con discapacidad auditiva? Está claro que todo parte de la educación en sus inicios y que esto es hoy en día, cuanto menos, una quimera.

Por otro lado, se establece como principios la autonomía individual, la libertad de tomar decisiones y la vida independiente de las personas con discapacidad (arts. 2. h, 3 y 6 Real Decreto 1/2013) lo cual no impide la protección del colectivo mediante medidas de acción positiva, precisamente para el desarrollo de esa vida independiente y libertad que

⁶³Frase atribuida a Albert Einstein.

se propugna. No obstante, hay que diferenciar la protección de la sobreprotección, con esta última se tiende a la victimización o “infantilización” del colectivo.

Para finalizar, y en relación a lo anterior, en el propio Real Decreto 1/2013 se reconoce al colectivo como vulnerable, de hecho así comienza el Preámbulo: “*Las personas con discapacidad conforman un grupo vulnerable (...)*”. Está claro que viven una realidad propia que les pone en “desventaja” en relación a las personas sin discapacidad, y que están expuestos a la discriminación en sus múltiples formas. Pero esa vulnerabilidad ¿obedece a sus circunstancias personales o más bien son los prejuicios y estigmas sociales los que las hace vulnerables? Por ello, es importante su empoderamiento y participación plena en la sociedad en sus diferentes ámbitos para su integración. Donde juega un papel fundamental el ámbito laboral, como se ha puesto de manifiesto en el presente trabajo.

7. Bibliografía

Agustí Maragall Joan, Magistrado especialista, Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. Miembro de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea. Discriminación por razón de discapacidad: discapacidad y ajustes razonables en el derecho de la UE y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ponencia presentada en el Seminario organizado por la Academia de Derecho Europeo (ERA) en Barcelona los días 24 – 25 de octubre sobre *Applying EU Anti-Discrimination Law*.

Barrios Baudo Guillermo L. . Yolanda Cano Galán. Elena Lasaosa Irigoyen. Diego Megino Fernández . María del Puy Abril Larraínzar. Trabajo autónomo y discapacidad: Estado de la cuestión y propuestas de reforma. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA, septiembre 2018

Cairós Barreto Dulce María. La Validez del despido por enfermedad a la vista de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de marzo de 2021 (caso Gloria Raventos Martínez V. Spain. Net21, número2, abril 2021.

Cendrero Uceda Luis Alejandro. La discapacidad como factor de discriminación en el ámbito laboral. Tesis doctoral. Directora: Beatriz Quintanilla Navarro. Madrid, 2017

López Terrada Eva. Los Incentivos a la Creación de Empleo y Autoempleo. Tirant Lo Blanch 1ª edición 2017

Palomeque López Manuel Carlos. Álvarez de La Rosa Manuel. Derecho del Trabajo. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2018.

Vicente-Herrero MT, Terradillos García MJ, Aguado Benedí MJ, Capdevila García L, Ramírez Iñiguez de la Torre MV, Aguilar Jiménez E. Incapacidad y Discapacidad. Diferencias conceptuales y legislativas. Disponible en: <http://www.aemt.com>

Sánchez-Girón Martínez Beatriz. Los elementos delimitadores de la discriminación por asociación. The delimiters of discrimination by association (2021).

Criterio Técnico 98/2016 sobre actuaciones de la inspección de trabajo y seguridad social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general núm. 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad.

8. Legislación y jurisprudencia

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación.

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

Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo.

Real Decreto 2274/1985, de 4 de diciembre, por el que se regulan los Centros Ocupacionales para minusválidos.

Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación.

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

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad.

Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los Minusválidos que trabajen en centros especiales de empleo.

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

Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido.

Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.

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

Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social.

Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo.

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

Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido.

Real Decreto 290/2004 de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.

Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación.

Ley 1/2020, de 15 de julio, por la que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Orden de 24 de julio de 2000 por la que se regula el procedimiento administrativo referente a las medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2 por 100 en favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores, reguladas por el Real Decreto 27/2000, de 14 de enero.

Decreto 86/2015, de 2 de junio, sobre la aplicación de la cuota de reserva del 2% a favor de personas con discapacidad en empresas de 50 o más personas trabajadoras y de las medidas alternativas de carácter excepcional a su cumplimiento.

Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social.

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia nº 1601/2020, de 13 mayo 2020.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia nº 1433/2020, de 14 de mayo.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de 13 abril de 2021 (Rec. 160/2020)

Sentencia del Tribunal Supremo 992/2018, de 29 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 156/2020, 19 de Febrero de 2020.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de marzo de 2021 (Caso Gloria Raventos Martínez V. Spain)



Sentencia del Tribunal Justica de la Unión Europea de 11 de julio 2006 C-13/05 (Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA)

Sentencia del Tribunal Justica de la Unión Europea de 11 de abril 2013 C-335/11 (Ring)

Sentencia del Tribunal Justica de la Unión Europea, de 10 de febrero de 2022 asunto C-485/20 (HR Rail)

Sentencia del Tribunal Justica de la Unión Europea de 1.12.16. Daouidi, C-395/15