

VISTO BUENO DEL O DE LA TUTOR/A DEL TRABAJO FIN DE MÁSTER

La Profesora Dulce M^a Cairós Barreto, como Tutora del Trabajo Fin de Máster titulado “**La inserción socio-laboral del colectivo trans y de las personas trabajadoras con diversidad funcional**”, realizado por María Arrocha Castillo, informa favorablemente el mismo, dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa.

En cumplimiento de lo previsto en la Guía docente de la asignatura, se propone la calificación de **Sobresaliente (9)**, en atención a la profundidad del tema tratado, sistemática utilizada y consultas jurisprudenciales y bibliográficas realizadas.

En La Laguna, a 30 de enero 2021

Fdo.: Dulce Cairós

C/ Padre Herrera s/n
38207 La Laguna
Santa Cruz de Tenerife. España

T: 900 43 25 26

ull.es

Este documento incorpora firma electrónica, y es copia auténtica de un documento electrónico archivado por la ULL según la Ley 39/2015.

La autenticidad de este documento puede ser comprobada en la dirección: <https://sede.ull.es/validacion/>

Identificador del documento: 3185184 Código de verificación: nWlJCsMk

Firmado por: Dulce María Cairós Barreto
UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

Fecha: 31/01/2021 11:38:32

Máster Universitario en Abogacía

Escuela de Doctorado y Estudios de Posgrado

Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife

Curso 2020/2021

Convocatoria: ENERO

La inserción sociolaboral del colectivo trans y de las personas trabajadoras con diversidad funcional

Realizado por la alumna **Dña. MARÍA ARROCHA CASTILLO**

Tutorizado por la Profesora Dra. **DULCE MARÍA CAIRÓS BARRETO**

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de conocimiento: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Índice

INTRODUCCIÓN

BLOQUE I. MARCO JURÍDICO APLICABLE A COLECTIVOS EN RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL

- 1.1. Las políticas de empleo comunitarias en colectivos en riesgo de exclusión social
- 1.2. Derecho al trabajo y libertad de empresa (no discriminación versus libertad de colocación)
 - 1.2.1. Límites a la autonomía contractual laboral del empresario
 - 1.2.2. La problemática de los estadios previos a la contratación
- 1.3. Las empresas de promoción e inserción laboral
 - 1.3.1. Régimen Jurídico
 - 1.3.2. La relación laboral de las personas trabajadoras en situación de exclusión social
- 1.4. La Ley de Empleo
 - 1.4.1. Destinatarios de la Política de Empleo: colectivos preferentes
 - 1.4.2. Análisis del concepto de “exclusión social”

BLOQUE II. INSERCIÓN LABORAL DEL COLECTIVO TRANS

- 2.1. Cuestiones previas
- 2.2. Reconocimiento del colectivo trans: derechos e inclusión social
 - 2.2.1. En la jurisprudencia
 - 2.2.2. En la legislación
 - 2.2.3. En la normativa europea
- 2.3. Delimitación conceptual entre discriminación por “orientación sexual” y discriminación por razón de “identidad de género”
- 2.4. Posibles técnicas y estrategias para la intervención

BLOQUE III. INSERCIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS CON DIVERSIDAD FUNCIONAL

- 3.1. Concepto y terminología
- 3.2. Derechos e inclusión social de las personas trabajadoras con diversidad funcional
- 3.3. Discriminación por razón de discapacidad
- 3.4. Marco jurídico del empleo de las personas trabajadoras con diversidad funcional
- 3.5. Las mujeres trabajadoras con diversidad funcional: un colectivo doblemente castigado
- 3.6. Una especial referencia a la discapacidad sobrevenida
 - 3.6.1. El proceso de readaptación profesional en los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales
- 3.7. Una especial referencia a la situación laboral de las personas con infección por el VIH

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

En este trabajo abordaremos la problemática de la inserción laboral de dos colectivos especialmente vulnerables y en riesgo de exclusión social: las identidades trans y las personas trabajadoras con diversidad funcional, ya sea esta última originaria, como sobreenvenida.

Antes de ofrecer una respuesta a esta cuestión, deberemos de entender la necesaria vinculación que presenta este tema con los estigmas y patologización de la población general al respecto, pues precisamente, la causa principal por la cual estos colectivos quedan habitualmente desplazados del mercado de trabajo, no es otra que la discriminación por razón de género y de discapacidad que ha quedado perfectamente constatada por la jurisprudencia y que, de alguna manera, la normativa europea ha tratado de paliar desde un principio, haciéndose eco de ello también la legislación nacional.

Sin embargo, como veremos, por la complejidad que le supone al legislador limitar la autonomía contractual del empresario, y ante la falta de un estatuto del candidato al empleo que pueda garantizar que las entrevistas de trabajo se desarrollen en un ambiente plenamente objetivo dónde el empleador atienda exclusivamente a la formación, capacidades y aptitudes profesionales de los postulantes al puesto de trabajo, la alternativa que planteamos es la implantación de políticas de empleo a favor de estos colectivos, de manera que, las medidas de acción no queden concentradas en los proyectos privados que puedan promover las fundaciones de la ONCE, el IMSERSO o los incentivados por las asociaciones LGTBI, debiendo expandirse necesariamente hasta tal punto en que las empresas empiecen a contemplar en sus procesos de selección a estas personas. En su defecto, también podrá darse una respuesta al problema por medio de la Ley del Empleo, las empresas especializadas en promoción e inserción laboral o los centros especiales de empleo.

BLOQUE I. MARCO JURÍDICO APLICABLE A COLECTIVOS EN RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL

1.1.Las políticas de empleo comunitarias en colectivos en riesgo de exclusión social

La acción normativa de la Organización Internacional del Trabajo en políticas de empleo a favor de colectivos con especiales dificultades para la inserción laboral, comenzó originariamente con una orientación negativa, y ello por cuanto, en su lucha contra el desempleo, pretendía garantizar la existencia de servicios públicos y gratuitos de colocación¹, apareciendo por primera vez, el principio de no discriminación en los Convenios núm. 88 relativo a la organización del servicio de empleo de 1948 y el núm. 96² sobre las agencias retributivas de colocación de 1949). En una segunda etapa, y más concretamente con el Convenio número 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación de 1958, la OIT se plantea la implantación de unas medidas de acción positiva para aquellos colectivos en riesgo de exclusión social, entre las que cabe destacar las mencionadas en el artículo tercero y a las que los Estados Miembros firmantes quedan obligados en todo caso, a su cumplimiento: *“tratar de obtener la cooperación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y de otros organismos en la tarea de fomentar la aceptación y cumplimiento de esa política; promulgar leyes y promover programas educativos que por su índole puedan garantizar la aceptación y cumplimiento de esa política; derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política; llevar cabo dicha política en lo que concierne a los empleos sometidos al control directo de una autoridad nacional; asegurar la aplicación de esta política en las actividades de orientación profesional, de formación profesional y de colocación que dependan de una autoridad nacional; indicar en su memoria anual sobre la aplicación de este Convenio las medidas adoptadas para llevar a cabo esa política y los resultados obtenidos”*.

Esta política de empleo dirigida a la no discriminación de determinados colectivos es consolidada posteriormente, por el Convenio de la OIT núm. 122 sobre la política del

¹ ALZAGA VILLAAMIL, O. y OLARTE ENCABO, S.: *Políticas de Empleo y Colectivos con Especiales Dificultades. La <<Subjetivación>> de las Políticas Activas de Empleo*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, págs. 25-26.

² Hoy sustituido por el Convenio núm. 181 sobre Agencias de Empleo Privadas de 1997.

empleo de 1964 que, precisamente establece un mandato a los poderes públicos para que garanticen el pleno empleo y reconocimiento del derecho al trabajo de todos³.

Posteriormente, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, reevaluando la eficacia de las políticas de empleo en los colectivos marginados, bajo el título *Perspectivas de empleo* en su Edición de 2006⁴, insiste en que, hay que superar las barreras que impiden a los grupos sociales subrepresentados participar en la población activa⁵. En la Edición de 2008⁶, ya se habla de posibles vías para promover la igualdad de oportunidades en el mercado laboral, entre las que se encuentran, las inversiones a largo plazo en educación y en capacitación, así como la urgente demanda de intervenciones legislativas de fomento de acceso a empleos productivos y remuneradores, incluso la necesidad de una legislación que prohíba la discriminación, que se recojan políticas con las que se pueda combatir la discriminación de manera eficaz, que los empresarios promuevan códigos de conducta con los que se eviten estas prácticas discriminatorias o quizá, que se creen programas de incentivos por las que se premien aquellas conductas no discriminatorias e incentivos fiscales para determinadas actividades positivas. La última mención más reciente la encontraremos en la Edición de 2017⁷, dónde se reincide de nuevo en la necesidad de expansión del funcionamiento del mercado laboral a los grupos potencialmente desfavorecidos.

³ ALZAGA VILLAAMIL, O. y OLARTE ENCABO, S.: *Políticas de Empleo y Colectivos con Especiales Dificultades. La <<Subjetivación>> de las Políticas Activas de Empleo*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 27.

⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. *Perspectivas de empleo*, Edición 2006, 2006. [en línea]. [Consulta: 17-12-2020]. Disponible en: https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/empl_outlook-2006-sum-es.pdf?expires=1611225076&id=id&accname=guest&checksum=E47B129586EADD29015EEB149DB975E9

⁵ ALZAGA VILLAAMIL, O. y OLARTE ENCABO, S.: *Políticas de Empleo y Colectivos con Especiales Dificultades. La <<Subjetivación>> de las Políticas Activas de Empleo*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, págs. 32-34.

⁶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. *Perspectivas de empleo*, Edición 2008, 2008. [en línea]. [Consulta: 17-12-2020]. Disponible en: <http://www.oecd.org/employment/empl/40970397.pdf>

⁷ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. *Perspectivas de empleo*, Edición 2017, 2017. [en línea]. [Consulta: 17-12-2020]. Disponible en: <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/c5c1846a-es/index.html?itemId=/content/component/c5c1846a-es>

Luego, en el ámbito comunitario-europeo, nos encontraremos con el Tratado de Ámsterdam de 1997⁸ que introduce en su artículo 117 lo siguiente: “*La Comunidad y los Estados Miembros (...) tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y trabajo (...) el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones...*”. Para la consecución de los objetivos que hemos señalado, el artículo 118 señala que, “*La Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros*” en los siguientes ámbitos: la integración de las personas excluidas del mercado laboral, la igualdad entre hombres y mujeres, y la lucha contra la exclusión social, entre otros. Es más, en el apartado segundo de este mismo artículo se prevé la posibilidad de que el Consejo adopte medidas destinadas a prevenir la exclusión social consistentes en la cooperación entre los Estados miembros dirigidas a “*mejorar el conocimiento, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, y promover fórmulas innovadoras y experiencias de evaluación*”⁹.

El Consejo Europeo extraordinario de Lisboa (2000) fija como uno de sus objetivos, la promoción de la integración social y para ello considera que lo más apropiado es un método abierto de coordinación que combine los planes de acción nacionales y una iniciativa de la Comisión para la cooperación. En especial, le propone al Consejo y a la Comisión el diálogo continuado y el intercambio de información y el planteamiento de acciones prioritarias dirigidas a grupos específicos¹⁰. Sobre lo mismo inciden el Consejo Europeo de Estocolmo (2001) que aboga por la igualdad de oportunidades para las personas que presenten algún tipo de discapacidad y entre sexos y, la Constitución Europea de 2004 en su artículo III-209, al señalar como objetivo de la Unión y de los Estados miembros, la lucha contra las exclusiones en el ámbito laboral, entiende que para alcanzar este propósito deben de seguirse los siguientes pasos: en primer lugar, integrar

⁸ El Tratado de Ámsterdam fue firmado el 2 de octubre de 1997, pero su entrada en vigor no fue hasta el 1 de mayo de este mismo año.

⁹ ALZAGA VILLAAMIL, O. y OLARTE ENCABO, S.: *Políticas de Empleo y Colectivos con Especiales Dificultades. La <<Subjetivación>> de las Políticas Activas de Empleo*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, págs. 34-35.

¹⁰ ALZAGA VILLAAMIL, O. y OLARTE ENCABO, S.: *Políticas de Empleo y Colectivos con Especiales Dificultades. La <<Subjetivación>> de las Políticas Activas de Empleo*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 35.

en el mercado laboral a las personas excluidas del mismo; en segundo lugar, la igualdad entre géneros; y, por último, la lucha contra la exclusión social¹¹.

Por otro lado, el Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas “*Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI*” de 2006, se propone por medio de la técnica de la <<flexiseguridad>> generar un mercado de trabajo más equitativo, más preparado a la innovación y más inclusivo. De manera que, las políticas comunitarias deberán impulsar medidas que promuevan precisamente esa inclusión, sobre todo enfocada, a aquéllos con mayores dificultades¹².

1.2.Derecho al trabajo y libertad de empresa (no discriminación versus libertad de colocación)

El artículo 35.1 de nuestra Carta Magna proclama la idea de que “*todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo*”. Si bien, por la ubicación sistemática de este precepto legal (sección 2ª, Capítulo 2º, Título I), el derecho al trabajo no se eleva al nivel de los derechos fundamentales y libertades públicas, que son los recogidos en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I (artículos 15 a 29), sí queda dotado de las garantías propias del artículo 53.1 CE: “*los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)*”.

Pero el derecho al trabajo no se agota con la dimensión individual ex artículo 35.1 CE, sino que debe vincularse a su dimensión colectiva que encontramos en el artículo 40.1 CE que no es otra que, la del mandato a los poderes públicos de una política orientada al

¹¹ ALZAGA VILLAAMIL, O. y OLARTE ENCABO, S.: *Políticas de Empleo y Colectivos con Especiales Dificultades. La <<Subjetivación>> de las Políticas Activas de Empleo*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, págs. 36-38.

¹² ALZAGA VILLAAMIL, O. y OLARTE ENCABO, S.: *Políticas de Empleo y Colectivos con Especiales Dificultades. La <<Subjetivación>> de las Políticas Activas de Empleo*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 43.

pleno empleo, de manera que, quede garantizado el derecho a un sistema de garantías de empleabilidad o un derecho de oportunidad destinado a aquellas personas con mayores dificultades para acceder al mercado de trabajo. En palabras de OLARTE ENCABO¹³, la Política de Empleo tampoco puede subjetivarse ni asistencializarse, de manera que quede limitada exclusivamente a la inserción laboral de los colectivos especialmente vulnerables, por cuanto lo que se pretende es precisamente la intervención ex ante para prevenir estas situaciones desde el origen, además de garantizar la empleabilidad de aquellos otros que no se encuentren en riesgo de exclusión social.

Por otro lado, el derecho a la libertad de empresa que aparece consagrado en el artículo 38 CE y con la misma protección del artículo 53.1 de nuestra Carta Magna, debe conectarse necesariamente con la intervención del Estado en la actividad económica (art. 128 CE) y con el artículo 10 de la CE pues en todo, constituye una garantía de libertad real, por cuanto el empresario actúa libremente sin permitir injerencias estatales, más allá de lo constitucionalmente permitido. En cuanto al poder estatal de limitar la libertad de empresa habrá que analizar hasta qué límite le está permitido llegar en su relación con el derecho al trabajo.

Dentro de la libertad de empresa, uno de los contenidos más importantes viene a ser precisamente, la libertad de colocación en la que si bien, al empresario se le reconoce la libre contratación de los trabajadores, al mismo tiempo el legislador establece un límite constitucional infranqueable: la prohibición de discriminación de los demandantes de empleo y el derecho a que el trabajo se desarrolle en estrictas condiciones de igualdad¹⁴. Algunas de las medidas limitativas impuestas por el Estado o la propia autonomía colectiva (mediante convenio colectivo o acuerdos de empresa) vienen a ser la de imposición al empresario de reservas de puestos de trabajo o, en otras palabras, la contratación obligatoria de determinados colectivos especialmente vulnerables, prevista en el artículo 17.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

¹³ ALZAGA VILLAAMIL, Óscar y OLARTE ENCABO, Sofía. *Políticas de Empleo y Colectivos con Especiales Dificultades. La <<Subjetivación>> de las Políticas Activas de Empleo*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2008, págs. 80-82.

¹⁴ ALZAGA VILLAAMIL, O. y OLARTE ENCABO, S.: *Políticas de Empleo y Colectivos con Especiales Dificultades. La <<Subjetivación>> de las Políticas Activas de Empleo*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, págs. 87-88.

1.2.1. Límites a la autonomía contractual laboral del empresario

La autonomía del empresario en la dirección de su propia empresa encuentra limitaciones en disposiciones expresas de la Constitución, como son las referidas a la iniciativa económica del Estado o las facultades de planificación de la economía general. De acuerdo con PAZ ARES y ALFARO ÁGUILA-REAL¹⁵, “*las justificaciones que puede alegar el Estado para limitar la libertad de empresa son muy amplias*”.

En todo, aun tratando de delimitar el contenido esencial de este derecho constitucional, lo cierto es que, debemos entender y ello, en palabras del Tribunal Constitucional en Sentencia 37/1987, de 26 de marzo de 1987, FJ.5, que “*la libertad de empresa es un derecho de textura abierta, porque debe compaginar la apertura económica con el hecho de que España se constituye en un Estado social, cláusula que respalda la idea de que el contenido de las libertades económicas viene delimitado por la función social de estos derechos, lo que supone límites y deberes de carácter positivo*”.

A la hora de limitar la autonomía contractual laboral del empresario, en primer lugar, se debe de realizar por el constituyente una ponderación de los bienes constitucionales en conflicto a través de un juicio de proporcionalidad entre el derecho al acceso al empleo sin discriminación y la libertad de empresa. Luego, de acuerdo con lo manifestado por OLARTE ENCABO¹⁶ para que las medidas coercitivas de empleo, colocación y contratación puedan ser calificadas como constitucionales, primeramente, se debe hacer una valoración de la adecuación de esta medida con el fin que se pretende conseguir, por cuanto tampoco puede permitirse que quede limitada la autonomía contractual del empresario para atender un interés público o genérico, esto es, indeterminado y abstracto. Además, las medidas también deben cumplir con los requisitos de necesidad y proporcionalidad: de un lado, la necesidad, en cuanto, no existan otras vías posibles que permiten lograr el fin perseguido, y por otro, la proporcionalidad: la medida será proporcionada cuando la relación entre la restricción de la libertad y la protección del fin perseguido sea en cualquier caso, razonable, valoración que se entenderá hecha por medio

¹⁵ PAZ ARES, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación”, en AA.VV. (MOLINA NAVARRETE, C., Dir.): *Comentario a la constitución socio-económica de España*, 1ª ed., Comares, Granada, 2002, pág. 399.

¹⁶ ALZAGA VILLAAMIL, Óscar y OLARTE ENCABO, Sofía. *Políticas de Empleo y Colectivos con Especiales Dificultades. La <<Subjetivación>> de las Políticas Activas de Empleo*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2008, pág. 84.

de la ponderación de la intensidad de la injerencia en la libertad de la empresa en comparación con el beneficio que se puede obtener con la misma. En la misma línea, ALEXY¹⁷ que entiende que, “*el fin perseguido debe ser digno de limitación del derecho fundamental por tratarse de intereses que tienen el mismo rango abstracto*”.

Con nuestra doctrina constitucional tampoco quedan claramente definidos los límites a la libertad de empresa, pues “*la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano*”¹⁸. Es más, insisten en que “*ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas deban soportar despojos o limitaciones injustificadas en sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional*”¹⁹...

1.2.2. La problemática de los estadios previos a la contratación

Nuestro ordenamiento no cuenta con un <<estatuto del candidato>> como en otras legislaciones, sino que son propiamente los Servicios Públicos de Empleo los encargados de ayudar a los trabajadores en su búsqueda de empleo y seleccionar a las empresas adecuadas de acuerdo con las necesidades de unos y otros.

En el proceso de selección del personal que puede integrar su plantilla, el empresario debe atender a las cuotas de reserva, las prioridades de acceso al empleo que haya podido establecer la negociación colectiva para beneficiar a colectivos con dificultades para acceder al mercado de trabajo, las prohibiciones de contratación y principalmente, la prohibición de excluir del proceso de selección a una persona por causas discriminatorias.

Tampoco las técnicas que emplea la empresa para la selección del personal están provistas de un régimen jurídico que asegure la plena efectividad del conjunto de derechos de los que es titular el candidato. Entre otros, la publicación de carteles y anuncios con ofertas de empleo por cualesquiera medios de comunicación que queda completamente fuera de la órbita de una regulación que garantice los derechos de los posibles aspirantes por

¹⁷ ALEXY, R.: “Teoría de los derechos fundamentales”, *Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 34, 1993, p. 72.

¹⁸ STC 88/1985, FJ 2, párrafo 1º y, entre otras, las SSTC 6/1988, FJ 6, párrafo 1º; 129/1989, FJ 3, párrafo 2º; 106/1996, FJ 5, párrafo 2º; 20/2002, FJ 4, párrafo 2; 196/2004, FJ 3, párrafo 1º.

¹⁹ STC 88/1985, FJ 2, párrafo 1º.

cuanto no sabemos si en el anuncio se está limitando por razón de edad, sexo, identidad de género u otra causa común de discriminación ni si el candidato tiene acceso a una información veraz del eventual puesto de trabajo. También podemos mencionar las pruebas y cuestionarios que se realizan al eventual trabajador y, en todo criticables por cuanto puede quedar desprovisto de sus derechos fundamentales. Evidentemente, ante la falta de regulación de la fase previa a la contratación, quedan en tela de juicio la transparencia y objetividad del proceso selectivo que deben garantizar los Servicios Públicos de Empleo, la protección del derecho a la intimidad de los aspirantes, la igualdad real y efectiva y, sobre todo, el derecho a la empleabilidad²⁰.

Sin embargo, en el panorama europeo, y en aras de prevenir de alguna manera esta situación, la Comisión Europea instada por la Cumbre de Lisboa, publica en 2001 un Libro Verde denominado “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”, en el que pretende exigir responsabilidad social a las empresas cuando eludan en los estadios previos a la contratación, la prohibición de la discriminación de las minorías étnicas, trabajadores de avanzada edad, mujeres, jóvenes, desempleados de larga duración y, en fin, personas desfavorecidas desde el punto de vista del acceso al mercado laboral.

La responsabilidad social corporativa de las empresas, según GARCÍA y DOLAN²¹ se compone fundamentalmente de cuatro dimensiones: en primer lugar, la relativa a la toma de decisiones, la segunda a la implantación de códigos de conducta no fraudulentos, la tercera referida al respeto a los derechos humanos y la cuarta sobre la adopción de criterios de respeto y protección medioambiental que debe seguir el empresario en todas sus actuaciones.

²⁰ ALZAGA VILLAAMIL, O. y OLARTE ENCABO, S.: *Políticas de Empleo y Colectivos con Especiales Dificultades. La <<Subjetivación>> de las Políticas Activas de Empleo*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, págs. 94-99.

²¹ GARCÍA S, SOLER, C. y DOLAN, S. *La dirección por valores (DpV): el cambio más allá de la dirección por objetivos*. 2ª ed., McGraw Hil-ESADE, Madrid, 1997.

1.3.Las empresas de promoción e inserción laboral

1.3.1. Régimen Jurídico

En el contexto de crear un mercado de trabajo inclusivo con las personas con grandes dificultades para la empleabilidad, surgen las empresas de inserción, que se encargarán principalmente de la lucha contra la exclusión social y la inserción sociolaboral de este colectivo²². Para ello, procurarán introducir a las mismas en los hábitos laborales, sociales y personales a los que tiene que enfrentarse cualquier trabajador ordinario al incorporarse al mercado de trabajo.

El régimen jurídico de estas empresas lo encontramos en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción y surge como consecuencia de la falta de regulación de la materia y, además para diferenciarse de las medidas adoptadas desde el ámbito de la Seguridad Social para dar protección a estos colectivos.

Como señala la Exposición de Motivos de este texto legal, las empresas de inserción *“constituyen una tipología especial dentro de las empresas de carácter social y confirman que el empleo es y será para los más desfavorecidos y excluidos uno de los principales vectores de inserción social y una forma de participación en la actividad de la sociedad”*. Para cumplir con estos objetivos, el contenido de esta Ley se extiende a lo señalado en su artículo 1.1: *“a) Establecer una regulación propia para las empresas de inserción, que posibilite su desarrollo y consolidación; b) Determinar para las empresas de inserción los requisitos necesarios y el procedimiento a seguir, a través de los itinerarios de inserción, para la incorporación al mercado ordinario de las personas en situación de exclusión social; y c) Establecer un conjunto de medidas para la promoción de la inserción sociolaboral a través de las empresas de inserción y delimitar las situaciones que, en su caso, puedan determinar la adopción de tales medidas”*.

Antes de adentrarnos en el estudio de esta normativa, cabe aclarar que las empresas de inserción son empresas de *tránsito*, por cuanto la finalidad de las mismas es que la prestación laboral en la empresa de inserción le permita a la persona la transición de situación de exclusión social al empleo ordinario. Por lo tanto, la actuación de estas

²² LÓPEZ-ARANGUREN MARCOS, L. M.^a. *Las empresas de inserción en España. Un marco de aprendizaje para la inserción laboral*, Colección Estudios, Madrid, 2002, pág. 157.

empresas se habrá agotado cuando el trabajador se haya integrado en una empresa ajena, en la propia empresa de inserción o en un proyecto de autoempleo²³.

Ahora bien, los trabajadores por los que las empresas de inserción procurarán su integración en el mercado de trabajo ordinario y para las que se facilitará el acceso a la formación y a la orientación (artículo 1.2), son los enumerados en el artículo segundo de este texto legal. La doctrina ha criticado que la LEI haya optado por un “catálogo cerrado”²⁴. Por ello, se considera que “*es necesario proponer una lectura de tipo corrector, de manera que baste para el acceso de una persona a la empresa de inserción, el correspondiente informe sociolaboral realizado por los servicios públicos*”²⁵. Sin embargo, el legislador en su afán de dar apoyo a esta postura doctrinal termina indicando en su disposición final segunda apartado segundo que, “*el Gobierno, por medio de Real Decreto, podrá modificar los colectivos que se consideran en situación de exclusión social de acuerdo con el artículo 2.1, previo informe emitido por las Comunidades Autónomas y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, incluidas las del sector afectado*”.

Pues bien, en principio los trabajadores en situación de exclusión social que cuentan con la total cobertura de esta normativa para ser contratados por las empresas de inserción serían los siguientes²⁶:

- a) Perceptores de Rentas Mínimas de Inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma, así como los miembros de la unidad de convivencia beneficiarios de ellas.
- b) Personas que no puedan acceder a las prestaciones anteriores por alguna de las siguientes causas:
 - 1.º Falta del período exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la Unidad Perceptora.
 - 2.º Haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecido.

²³ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *El régimen jurídico de las empresas de inserción*, Madrid: Editorial Aranzadi (1 ed.), 2009, pág. 36.

²⁴ VALLECILLO GÁMEZ M.R. y MOLINA NAVARRETE C. *Empresas de inserción y mercados de trabajo inclusivos. Nuevo marco regulador y modelos de gestión*, Ed. Comares, Granada, 2008, pág. 147.

²⁵ VALLECILLO GÁMEZ M.R. y MOLINA NAVARRETE C. *Empresas de inserción y mercados de trabajo inclusivos. Nuevo marco regulador y modelos de gestión*, Ed. Comares, Granada, 2008, pág. 149.

²⁶ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *El régimen jurídico de las empresas de inserción*, Madrid: Editorial Aranzadi (1 ed.), 2009, págs. 37-42.

- c) Jóvenes mayores de dieciocho años y menores de treinta, procedentes de Instituciones de Protección de Menores.
- d) Personas con problemas de drogodependencia u otros trastornos adictivos que se encuentren en proceso de rehabilitación o reinserción social.
- e) Internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo y cuya relación laboral no esté incluida en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial regulada en el artículo 1 del Real Decreto 782/2001, de 6 de julio²⁷, así como liberados condicionales y exreclusos.
- f) Menores internos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuya situación les permita acceder a un empleo y cuya relación laboral no esté incluida en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial a que se refiere el artículo 53.4 del Reglamento de la citada Ley²⁸, así como los que se encuentran en situación de libertad vigilada y los ex internos.
- g) Personas procedentes de centros de alojamiento alternativo autorizados por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla.
- h) Personas procedentes de servicios de prevención e inserción social autorizados por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla.

Si bien, según indica el artículo 2.2 de esta normativa, la situación de exclusión de las personas pertenecientes a los colectivos referidos anteriormente deberá ser acreditada por los Servicios Sociales Públicos correspondientes de cada Comunidad Autónoma.

Una vez se considere que los trabajadores encajan en una de las categorías anteriores, ya sea por la vía del artículo segundo o, en su defecto, por la cláusula abierta de la disposición final segunda, éstos deberán seguir un itinerario de inserción sociolaboral en función de los criterios establecidos por los Servicios Sociales Públicos competentes y los Servicios Públicos de Empleo, de acuerdo con las propias empresas de inserción. Para promover su integración en el mercado laboral ordinario, los trabajadores deberán aceptar dichos itinerarios, que incluirán las medidas de intervención y acompañamiento que sean necesarias que “...consistirán en el conjunto de servicios, prestaciones, las acciones de

²⁷ El artículo primero de este Real Decreto regula la relación laboral de carácter especial existente entre el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u organismo autónomo equivalente y los internos que desarrollen una actividad laboral en talleres productivos de los centros penitenciarios, así como la de quienes cumplen penas de trabajo en beneficio de la comunidad.

²⁸ Este artículo se refiere al trabajo productivo desarrollado por los menores internos en los centros específicos para menores infractores que dirijan las entidades públicas correspondientes.

orientación, tutoría y procesos personalizados y asistidos de trabajo remunerado, formación en el puesto de trabajo, habituación laboral y social encaminados a satisfacer o resolver problemáticas específicas derivadas de la situación de exclusión que dificultan a la persona un normal desarrollo de su itinerario en la empresa de inserción” (apartado segundo del artículo tercero).

La posibilidad de que las empresas de inserción reciban las ayudas financieras previstas en el artículo 16.3 LEI para el desarrollo de su actividad queda supeditada al cumplimiento de diversos requisitos contemplados por la LEI. En primer lugar, lo contenido en el artículo cuarto y es que, es suficiente con que esta empresa realice cualquier actividad económica consistente en la producción de bienes y servicios, siempre que tenga por objeto social la integración y formación sociolaboral de las personas en situación de exclusión social. Además, deberán proporcionar a los trabajadores, como parte de los itinerarios de inserción comentados anteriormente, procesos personalizados y asistidos de trabajo remunerado, formación en el puesto de trabajo, habituación laboral y social. De igual manera, para facilitar la posterior incorporación al mercado de trabajo ordinario, estas empresas deberán contar con servicios de intervención o acompañamiento laboral. Por otro lado, debe reunir los requisitos mínimos contenidos en el artículo quinto, así como que la empresa reciba la calificación de empresa de inserción por el Órgano Administrativo que sea competente en la Comunidad Autónoma (artículo séptimo) y, su posterior inscripción en el Registro que sea igualmente competente por razón de dónde radique su centro de trabajo (artículo noveno).

Es interesante poner en conocimiento de las empresas de inserción que, en el desarrollo de sus actuaciones, podrán recabar la colaboración de los servicios de intervención y acompañamiento social que realicen los Servicios Públicos de Empleo competentes en los extremos indicados por el artículo diez, así como aplicar, los itinerarios y procesos de inserción de los trabajadores proporcionados por los Servicios Públicos de Empleo (artículo diez).

Como adelantábamos, el Gobierno actuará en orden a la promoción de las empresas de inserción que acrediten el cumplimiento de los requisitos que hemos ido enumerando, no solo apoyando su creación sino también su mantenimiento (artículo 16.1). De esta manera, las empresas de inserción podrán beneficiarse una vez, quede acreditado el cumplimiento de los requisitos contemplados por este texto legal, de las ayudas previstas por el artículo 16.2 y 16.3 de la LEI. Por un lado, se contemplan ayudas financieras para

su constitución, puesta en marcha y desarrollo de su actividad, así como en concepto de asistencia técnica, formación y contratación de técnicos para su gestión, y también en concepto de actuaciones de I+D+I (artículo 16.2). Por otro lado, tenemos las siguientes ayudas previstas por el apartado tercero del mismo artículo:

- a) Bonificaciones a las cuotas de la Seguridad Social, en los contratos de trabajo de las personas referidas en el artículo 2, de 70,83 euros/mes (850 euros/año) durante toda la vigencia del contrato, o durante tres años en caso de contratación indefinida²⁹.
- b) Subvenciones para el mantenimiento de los puestos de trabajo para la inserción sociolaboral, en concepto de compensación económica a los sobrecostes laborales derivados de los procesos de inserción.
- c) Ayudas a la inversión fija afecta a la realización de su objeto social.
- d) Ayudas para las empresas de inserción o las entidades promotoras que realicen servicios de acompañamiento para la inserción sociolaboral a los que se refiere el artículo 3 de esta Ley.

Por este precepto también se contemplan ayudas financieras para aquellos casos en los que las empresas de inserción sean promovidas por administraciones o entidades públicas y, en caso de que sea necesario para defender los intereses de las empresas de inserción, así como para organizar servicios de asesoramiento, formación, asistencia jurídica o técnica y cuantos sean convenientes a los intereses de sus socios. Asimismo, cuando las empresas de inserción se organicen en asociaciones o agrupaciones específicas, ya sea a nivel autonómico como estatal, podrán recibir ayudas económicas por parte de las Administraciones Públicas para atender los gastos de promoción y funcionamiento.

Debe tenerse en cuenta que a las ayudas y subvenciones les será de aplicación lo dispuesto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (artículo 17).

Como toda norma, la LEI señala las infracciones en las que pueden incurrir los empresarios titulares de una empresa de inserción, remitiéndose a las disposiciones del Real Decreto Legislativo 5/2002, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido

²⁹ En lo referente a los requisitos que han de cumplir los beneficiarios, las exclusiones en la aplicación de las bonificaciones, cuantía máxima, incompatibilidades o reintegro de beneficios, se aplicará lo establecido en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre.

de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en cuanto a su régimen jurídico.

1.3.2. La relación laboral de las personas trabajadoras en situación de exclusión social

Antes de determinar cuál es el régimen jurídico aplicable a la relación entre el trabajador en situación de exclusión social y la empresa de inserción, debemos analizar la naturaleza de esa relación laboral. De acuerdo con AGUILERA IZQUIERDO³⁰, este contrato tiene una naturaleza mixta por cuanto *“el objeto y la causa de ese contrato no es la prestación laboral y la prestación salarial y su intercambio voluntario, sino que la relación entre un trabajador calificado en situación de exclusión y una empresa de inserción tiene por objeto, la prestación de un trabajo retribuido acompañado de un itinerario de inserción personalizado previamente definido”*. Por otra parte, MONTOYA MELGAR³¹ considera que, el legislador está ampliando el campo de aplicación del Derecho del Trabajo, dando cobertura a relaciones que son más de hecho que de derecho. Otros como VALLECILLO GÁMEZ y MOLINA NAVARRETE³², consideran que *“no hay duda de que la relación entre el trabajador en situación de exclusión social y la empresa de inserción hubiera podido calificarse de relación laboral especial. Además, no hay que olvidar la intensa analogía que existe entre este supuesto y la relación laboral de los trabajadores minusválidos que prestan sus servicios en los centros especiales de empleo”*.

Sin embargo, aunque se discuta por la doctrina la laboralidad de esta relación entre las empresas de inserción y los trabajadores en situación de exclusión social, el legislador opta por considerarla relación laboral común, pues en el artículo 11 de este texto legal remite a lo contenido en la Ley del Estatuto de los Trabajadores y al resto de la legislación laboral, sin perjuicio de que sea de aplicación lo establecido por esta Ley.

A) Modalidades de contratación laboral

El contrato de inserción laboral se puede concertar de dos maneras distintas:

³⁰ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *El régimen jurídico de las empresas de inserción*, Madrid: Editorial Aranzadi (1 ed.), 2009, pág. 67.

³¹ MONTOYA MELGAR, A.: “El ámbito personal del derecho del trabajo: tendencias actuales”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2006, págs. 51-52.

³² VALLECILLO GÁMEZ M.R. y MOLINA NAVARRETE C. *Empresas de inserción y mercados de trabajo inclusivos. Nuevo marco regulador y modelos de gestión*, Ed. Comares, Granada, 2008, pág. 150.

1. Como *contrato de duración determinada*, pudiendo ajustarse a las modalidades de contratación que prevé la legislación laboral. En concreto, las previstas por el artículo 15 LET: contrato para obra o servicio determinado, contrato eventual por circunstancias de la producción y contrato de interinidad, así como los contratos formativos del artículo 11 LET y el contrato a tiempo parcial y el contrato de relevo del artículo 12 LET y, por último el contrato temporal para fomento del empleo de personas con discapacidad, ya que la LEI se remite a cualquiera de las modalidades de contratación de la legislación laboral y no exclusivamente las del Estatuto de Trabajadores.
2. Como *contrato temporal de fomento del empleo* regulado por el artículo quince de esta Ley y que remite en lo no contenido por este artículo, a la Disposición adicional primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

B) Forma del contrato de trabajo

Independientemente de la modalidad escogida, este contrato deberá formalizarse siempre por escrito adecuándose al modelo impuesto por el Servicio Público Estatal y comunicándose siempre a la oficina pública de empleo. De igual manera también deberán comunicársele a ambas instituciones y recogerse por escrito, todas las prórrogas y variaciones que sufran dichos contratos, así como hacerles llegar una copia de los mismos (artículo 12.2 LEI).

De acuerdo con CÁMARA BOTÍA³³, “*el contrato deberá incorporar obligatoriamente en el correspondiente anexo la expresión de las obligaciones que las partes asumen en el desarrollo del itinerario personal de inserción y las medidas concretas a poner en práctica y que, en consecuencia, el incumplimiento del itinerario de inserción, incorporado como anexo al contrato de trabajo, constituirá un incumplimiento contractual sancionable por el empresario incluso con el despido*”.

³³ CÁMARA BOTÍA, A.: “Las empresas de inserción: aspectos laborales”, Civitas. Revista española de derecho del trabajo, núm. 135, 2007, pág. 618.

C) Condiciones del contrato de trabajo

El contrato podrá celebrarse a tiempo completo o parcial, pero en este caso la jornada diaria o semanal deberá ser superior a la mitad de la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo en comparación a lo dispuesto por el artículo 12.1 del Estatuto de los Trabajadores (artículo 13.1 LEI).

Además, se le concederá al trabajador el permiso de ausentarse del trabajo, sin perder por ello su derecho a la remuneración, para asistir a tratamientos de rehabilitación, participar en sesiones de formación y readaptación profesional o llevar a cabo cualquier otra medida de acompañamiento de las previstas en su itinerario de inserción laboral. También podrán considerarse justificadas las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo debidas a la situación física o psicológica derivada de la propia situación de exclusión social y siempre que así se determinen por los Servicios Sociales Públicos competentes, sin perjuicio del deber del trabajador de comunicar dicha circunstancia a la empresa (artículo 13.2 LEI).

Si al finalizar el período para el que se formalizó el contrato de inserción, el trabajador continuase en la empresa, no podrá concertarse un nuevo período de prueba, de manera que, se computará el tiempo de servicios prestados como antigüedad (artículo 13.3 LEI).

Además, al llegar el contrato a su término, el trabajador estará en su derecho de recabar del empresario un certificado en el que conste la duración de los servicios que este mismo haya prestado, el puesto de trabajo desempeñado, principales tareas, así como adaptación a los mismos (artículo 13.4 LEI).

D) Extinción y suspensión del contrato

Para la extinción de este contrato, la LEI se remite a las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores, aunque con las particularidades propias del artículo 14 de la LEI.

En primer lugar, no podrá ser causa de despido disciplinario para los trabajadores con problemas de drogodependencia u otros trastornos adictivos que se encuentren inmersos en procesos de rehabilitación o reinserción social, la “embriaguez habitual o toxicomanía que repercuta negativamente en el trabajo” del artículo 54.2 f) del ET. Sin embargo, si la empresa de inserción conociera que el trabajador incurre en esta causa, deberá ponerlo en conocimiento de los Servicios Públicos competentes a los efectos de que se proponga al trabajador iniciar un proceso de deshabitación o desintoxicación. De manera que, el contrato de trabajo podrá suspenderse si los Servicios Sociales considerasen que fuera

necesario, o bien, verse incumplido si el trabajador no iniciara dicho proceso cuando fuera necesario o, lo abandonara sin causa justificada, procediendo entonces el despido disciplinario que sanciona el artículo 54.2 f) del ET.

En última instancia, se prevé que los Servicios Sociales Públicos competentes emitan informe con carácter previo a que el contrato de trabajo se vea extinguido, cualquiera que fuere su causa. Asimismo, al empresario se le encomienda la tarea de comunicar a dichos Servicios y a los Servicios Públicos de Empleo la extinción del contrato de trabajo de los trabajadores contratados, independientemente de la causa de extinción del mismo (artículo 14.4 LEI).

1.4. La Ley de Empleo

1.4.1. Destinatarios de la Política de Empleo: colectivos preferentes

El Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, entiende que son colectivos prioritarios *“las personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, especialmente jóvenes, con particular atención a aquellos con déficit de formación, mujeres, parados de larga duración, mayores de 45 años, personas con responsabilidades familiares, personas con discapacidad o en situación de exclusión social, e inmigrantes, con respeto a la legislación de extranjería, u otros que se puedan determinar, en el marco del Sistema Nacional de Empleo”* (apartado primero del artículo 30). Para atender a estos colectivos, el Gobierno y las Comunidades Autónomas se encargarán de la adopción de programas específicos dirigidos a fomentar el empleo en los que los Servicios Públicos de Empleo, como promotores de estos, diseñarán itinerarios individuales y personalizados de empleo conforme al perfil profesional de estas personas y sus propias necesidades, que sean capaces a su vez, de combinar las diferentes medidas y políticas. Además, en caso de ser necesario, se podrá recabar la coordinación de los Servicios Sociales para ofrecer una mejor atención³⁴.

Por ello, el legislador en aras de impedir que las dificultades que pueden tener estos colectivos no equivalgan automáticamente a una imposibilidad en el acceso y permanencia en el mercado laboral, introduce dos objetivos generales para la política de

³⁴ Apartado segundo del artículo treinta del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo.

empleo. En primer lugar, pretende “*garantizar la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 9.2 de la Constitución española, en el acceso al empleo y en las acciones orientadas a conseguirlo, así como la libre elección de profesión de oficio sin que pueda prevalecer discriminación alguna, en los términos establecidos en el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores*” (apartado a) del artículo segundo)) y, por otro lado, el reconocimiento explícito de “*asegurar políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a acoger colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral, especialmente jóvenes, mujeres, personas con discapacidad y parados de larga duración, mayores de 45 años*” (apartado d) del artículo segundo)).

Para cumplir con los dos objetivos señalados previamente, se le encomienda en el apartado d) del artículo 7.1 de este texto legal al Sistema Nacional de Empleo el deber de observar que los Servicios Públicos de Empleo (cuando estos mismos actúen en el ámbito de sus competencias) le den el debido cumplimiento a la aplicación de las políticas activas de empleo y de intermediación laboral, y que lo hagan siempre conforme a los principios de igualdad y no discriminación, respetando en todo momento lo contenido en el artículo 9 de nuestra Carta Magna. Sobre lo mismo, se insiste nuevamente en el artículo 13.3 ³⁵.

De nuevo, la prioridad de atención que otorga este texto legal a las personas con mayor dificultad de inserción laboral queda probada en que otro de los fines de esta regulación no es solo el de fomentar el empleo, sino precisamente apoyar la creación de puestos de trabajo para estos colectivos vulnerables (artículo 7.1 a)) por medio de herramientas como la creación de incentivos para los empresarios que contraten a estas personas, ya sea por medio de subvenciones directas, exenciones o bonificaciones fiscales y de Seguridad Social; o, bien, acciones formativas, de orientación y autoempleo³⁶.

En todo caso, las oportunidades laborales de estos colectivos también podrán ser cubiertas por el instrumento de la Estrategia Española de Activación para el Empleo que se contempla en el artículo diez de este Real Decreto Legislativo.

³⁵ “*Los Servicios Públicos de Empleo son los responsables de asumir, en los términos establecidos en esta ley, la ejecución de las políticas activas de empleo, sin perjuicio de que puedan establecerse instrumentos de colaboración con otras entidades, que actuarán bajo su coordinación. Dichas entidades deberán respetar en todo caso los principios de igualdad y no discriminación*”.

³⁶ ALZAGA VILLAAMIL, Óscar y OLARTE ENCABO, Sofía. *Políticas de Empleo y Colectivos con Especiales Dificultades. La <<Subjetivación>> de las Políticas Activas de Empleo*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2008, pág. 142-143.

1.4.2. Análisis del concepto de “exclusión social”

Si bien se confunden frecuentemente los términos de exclusión social y pobreza, lo cierto es que el concepto de “exclusión social” no se agota únicamente en la falta de ingresos económicos de los demandantes de empleo, pues quedan integradas otras situaciones tales como la enfermedad, la falta de relaciones familiares y sociales, de vivienda, formación o inclusión laboral y social³⁷. En la misma línea encontramos a ROOM³⁸, que entiende que este concepto va más allá de la marginación, pues debe de entenderse fundamentalmente referido a la imposibilidad o gran dificultad que se tiene para acceder a los mecanismos de desarrollo personal e inserción socio-comunitaria y a los sistemas de protección social.

Si bien no es fácil otorgar una definición sencilla de la exclusión social, desde la Unión Europea se ha considerado que *“es un proceso que relega a algunas personas al margen de la sociedad y les impide participar plenamente debido a su pobreza, a la falta de competencias básicas y oportunidades de aprendizaje permanente, o por motivos de discriminación. Esto las aleja de las oportunidades de empleo, percepción de ingresos y educación, así como de las redes y actividades de las comunidades. Tienen poco acceso a los organismos de poder y decisión y, por ello se sienten indefensos e incapaces de asumir el control de las decisiones que les afectan en su vida cotidiana”*³⁹.

Es interesante poner de relieve la conexión que existe entre exclusión y desempleo, pues cuanto más inmersa se encuentre la persona en esta situación, mayores dificultades presentará para salir de ella. Es más, veremos como este alejamiento del mercado de trabajo viene inducido no solo por la existencia de obstáculos en los distintos ámbitos de la vida social como la educación, la salud, la vivienda, la cultura y el acceso a derechos o

³⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *El régimen jurídico de las empresas de inserción*, Madrid: Editorial Aranzadi (1 ed.), 2009, pág. 9.

³⁸ ROOM, G. *Beyond the threshold: the measurement and analysis of Social Exclusion*, The Polity Press, Bristol, 1995.

³⁹ Comisión de las Comunidades Europeas. Informe conjunto sobre la inclusión social en el que se resumen los resultados del examen de los planes nacionales de acción a favor de la inclusión social (2003-2005). 2003. [en línea]. [Consulta: 15-01-2021]. Disponible en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2003/ES/1-2003-773-ES-F1-1.Pdf>

a servicios), sino que, además se verá reforzado por las consecuencias de las prácticas discriminatorias de la sociedad⁴⁰.

BLOQUE II. INSERCIÓN LABORAL DEL COLECTIVO TRANS

2.1. Cuestiones previas

Antes de adentrarnos en el estudio de este epígrafe, es importante que abordemos primero cada uno de los conceptos que giran en torno a las identidades trans, pues si bien, aunque de manera habitual, se emplean los términos transexual, transgénero y travesti como sinónimos, cada uno de ellos debe entenderse referido a procesos diferentes:

- A) *Transvestido o travesti* serían aquellas personas que de manera esporádica sienten el deseo de vestirse y actuar con los códigos del género opuesto, aunque en la vida diaria se identifiquen con el género asignado en el nacimiento⁴¹.
- B) *Transexual* hace referencia a las personas que se quieren someter a una operación de reasignación de sexo, ya que el propósito de modificar su cuerpo es precisamente, el de vivir en el género que se siente como propio y que no se corresponde con el asignado al nacer, debiendo entenderse como “*una transición en el sexo biológico*”⁴².
- C) *Transgénero* alude a aquellas personas que, si bien viven en el género opuesto al que fue asignado al nacer, no sienten la necesidad de modificar su cuerpo. Por lo tanto, sería un “*tránsito en el género*”⁴³.

Si bien en este trabajo nos referiremos exclusivamente a las identidades trans, es decir, a las personas transexuales y transgénero dado que, su “*manera de estar en el mundo, expresarse y presentarse hacen que no se auto perciban, ni sean percibidos por otras*

⁴⁰ ALZAGA VILLAAMIL, Óscar y OLARTE ENCABO, Sofía. *Políticas de Empleo y Colectivos con Especiales Dificultades. La <<Subjetivación>> de las Políticas Activas de Empleo*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2008, pág. 101-103.

⁴¹ MISSÉ, M.: *Transexualidades. Otras miradas posibles*. 2ª ed., Egales Editorial, Madrid, 2014, pág. 11.

⁴² MISSÉ, M.: *Transexualidades. Otras miradas posibles*. 2ª ed., Egales Editorial, Madrid, 2014, págs. 11-12.

⁴³ MISSÉ, M.: *Transexualidades. Otras miradas posibles*. 2ª ed., Egales Editorial, Madrid, 2014, pág. 12.

personas, dentro de lo que se espera típicamente del sexo que se le asignó en el nacimiento”⁴⁴.

Veremos como con el término “trans” se acoge a un espectro cada vez más amplio de personas que no actúan conforme a las normas de sexo y género, pues se sitúan en diferentes realidades con respecto a la percepción de su identidad, su cuerpo o su reconocimiento social⁴⁵.

En cuanto al término de “identidad de género”, de acuerdo con LUCAS PLATERO⁴⁶, con ello se hace referencia a si una persona se identifica con el sexo que le asignaron en el nacimiento. Si no lo hace, será una “persona trans”. Ahora bien, de identificarse con el sexo asignado al nacer, esta deberá ser considerada como una “persona cis”.

De esta manera, conviene que profundicemos en el estudio de la situación laboral de este colectivo para así conocer la incidencia de las dificultades asociadas a la transfobia, la visibilidad que tienen cada una de las distintas identidades, así como la respuesta ofrecida tanto por las empresas como por los agentes sociales (patronal y sindicatos) ante las situaciones de conflicto que puedan generarse en el espacio de trabajo.

2.2.Reconocimiento del colectivo trans: derechos e inclusión social

Tomando como referencia encuestas como la del CIS-3.000, de percepción de la discriminación en España del año 2013⁴⁷ y el Eurobarómetro sobre Discriminación en la UE en 2015⁴⁸, se demuestra que la discriminación por identidad de género sigue tan anclada en la mayoría de la población aún hoy día, que se presenta como una desventaja

⁴⁴ PLATERO MÉNDEZ, R. L. *Trans*exualidades. Acompañamiento, factores de salud y recursos educativos*. 2ª ed., Edicions Bellaterra, Barcelona-Madrid, 2014, pág. 44.

⁴⁵ PLATERO MÉNDEZ, R. L. *Trans*exualidades. Acompañamiento, factores de salud y recursos educativos*. 2ª ed., Edicions Bellaterra, Barcelona-Madrid, 2014, pág. 100.

⁴⁶ PLATERO MÉNDEZ, R. L. *Trans*exualidades. Acompañamiento, factores de salud y recursos educativos*. 2ª ed., Edicions Bellaterra, Barcelona-Madrid, 2014, pág. 29.

⁴⁷ CIS. Estudio n.º 3.000. Percepción de la discriminación en España. Septiembre de 2013. Disponible en: http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3000_3019/3000/es3000mar.pdf

⁴⁸ Comisión Europea. Eurobarómetro. Discriminación en la UE en 2015. 2015. [en línea]. [Consulta: 07-01-2021]. Disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d629b6d1-6d05-11e5-9317-01aa75ed71a1>

a la hora de que las trabajadoras y trabajadores trans puedan ser seleccionados para un puesto de trabajo o mantenidos en el mismo una vez hayan accedido al mercado laboral.

A diferencia de otros países europeos donde todavía se sigue cuestionando la igualdad de derechos de las personas transgénero y transexuales, nuestro país en cambio contempla un marco normativo proteccionista de los derechos individuales de las personas transgénero y transexuales en plena igualdad con el de las personas heterosexuales⁴⁹. Así se ha corroborado por el estudio anual elaborado por ILGA (Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales e Intersexuales) en el que se concluye que España es uno de los países más avanzados en cuanto al reconocimiento de derechos y situación social de las identidades trans. Sin embargo, ello no garantiza necesariamente que se aplique la normativa, entre otras cuestiones, porque en muchas ocasiones las víctimas no llegan a denunciar por miedo a las represalias o por pensar que sus denuncias no van a alcanzar gran trascendencia⁵⁰.

En lo que respecta al ámbito internacional, la identidad de género se está incorporando progresivamente en los discursos de derechos humanos y la Unión Europea, donde algunas de estas declaraciones ya hacen mención expresa a los derechos de las personas trans en la salud. Por una parte, AMET SUESS entiende que estas referencias incluyen el “*derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*”, el derecho a una atención sanitaria sin discriminación por razones de “*identidad de género*” y el derecho de protección contra abusos médicos⁵¹. Además, se recomienda que los Estados miembros garanticen la cobertura pública de la atención médica para las personas trans y eliminen los requisitos como la esterilización o la cirugía genital, así como aquellos otros que contribuyan a la patologización de este colectivo. Por otro lado, el 17 de diciembre de 2013, el Comité de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior emitió una recomendación para adoptar una hoja de ruta contra la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género. En concreto, el informe pedía a la Comisión

⁴⁹ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Gobierno de España. Las personas LGBT en el ámbito del empleo en España: hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género. 2017. [en línea]. [Consulta: 7-01-2021]. Disponible en: <https://www.inmujer.gob.es/actualidad/NovedadesNuevas/docs/2017/2017LGBTAmbitodelEmpleo.pdf>

⁵⁰ ILGA. The International Lesbian, Gay, Bisexual and Trans and Intersex Association. The personal and the political: attitudes to LGBTI people around the world. Encuesta en 65 países de todo el mundo, mediante la tecnología RIWI (on-line). Octubre 2016. [en línea]. [Consulta: 08-01-2021]. Disponible en: https://ilga.org/downloads/07_THE_ILGA_RIWI_2016_GLOBAL_ATTITUDES_SURVEY_ON_LGBTI_PEOPLE.pdf

⁵¹ Consejo de Europa, 2011; Principios de Yogyakarta, 2007.

Europea que elaborara recomendaciones sobre aspectos no discriminatorios del empleo, la educación, la salud y el acceso a bienes y servicios.

2.2.1. En la jurisprudencia

Inicialmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia (Rees c. Reino Unido) de 17 de octubre de 1986, concibe a los transexuales como *“aquellas personas que, aun perteneciendo físicamente a un sexo, poseen el sentimiento de pertenecer al otro; intentan con frecuencia acceder a una identidad más coherente y menos equívoca a través de tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas destinados a adaptar sus características físicas a su psicología”*. Si bien, en palabras de este Tribunal *“los transexuales operados forman, por consiguiente, un grupo bien determinado y definible”*, lo cierto es que recientemente, este Tribunal en Sentencia (Caso Y.T. contra Bulgaria) de 9 de julio del 2020, entendió que *“el derecho a la vida privada incluye la identificación sexual como un aspecto de la identidad personal. Esto se aplica a todas las personas, incluidas las personas transgénero ... con independencia de que deseen o no iniciar un tratamiento de reasignación de género aprobado por el sistema”*.

Sin embargo, este Tribunal consciente casi desde un primer momento de la realidad a la que se enfrentaba a diario este colectivo, en Sentencia (Caso B. contra Francia) de 25 de marzo de 1992, consideró *“innegable que las mentalidades han evolucionado, que la ciencia ha progresado y que se concede una importancia creciente al problema del transexualismo. Hace notar, sin embargo, a la luz de los estudios y trabajos emprendidos por expertos en la materia, que no ha desaparecido toda incertidumbre en cuanto a la naturaleza profunda del transexualismo y que nos interrogamos a veces sobre la licitud de una intervención quirúrgica en tales casos. Las situaciones jurídicas que resultan de ello se revelan además muy complejas: cuestiones de naturaleza anatómica, biológica, psicológica y moral vinculadas a la transexualidad y a su definición; consentimiento y otras exigencias a cumplir antes de toda operación; condiciones en las que puede ser autorizado un cambio de identidad sexual (validez, presupuestos científicos y repercusiones jurídicas del recurso a la cirugía, aptitud para vivir con la nueva identidad sexual); aspectos internacionales (lugar de la intervención); efectos jurídicos, retroactivos o no, de tal cambio (rectificación del registro civil); posibilidad de elegir otro nombre; confidencialidad de los documentos e informaciones que relaten el cambio; incidencias de orden familiar (derecho a casarse, salida de un matrimonio existente,*

filiación), etc. Con respecto a todo esto, todavía no existe en los Estados miembros del Consejo de Europa un consenso...”.

Aunque en jurisprudencia anterior, se llegó a considerar que lo decisivo para el reconocimiento de la identidad sexual de una persona es que se hubiera sometido a los tratamientos hormonales y quirúrgicos necesarios para dotarle de los órganos sexuales correspondientes al sexo que emocionalmente sintieran como propio (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 811/2002, de 6 de septiembre)) y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas (Sala de lo Social) núm. 1561/2003, de 7 de noviembre)). En consonancia con esta línea jurisprudencial, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, (Sala de lo Social, Sección Única) en Sentencia núm. 292/2003 de 31 de enero, que definió la transexualidad como *“una tendencia a la identificación sexual subjetiva de signo opuesto a sus características sexuales morfológicas, es decir, mantienen la convicción fija de que su sexo anatómico es erróneo, pero el error está en la mente del transexual no en su anatomía. Se trata, por tanto, de un trastorno mental en el que no hay ninguna patología anatómica o genética”.*

En cuanto a nuestra jurisprudencia nacional tampoco se le exige a la persona superar todas las fases necesarias para el cambio de sexo y, en concreto, el haberse sometido a la intervención quirúrgica de reasignación sexual para reconocerle la condición de transexual (STC núm. 176/2008, de 22 de diciembre), debiendo considerar por transexual en nuestra sociedad actual a *“la persona que, perteneciendo a un sexo por su configuración cromosómica y morfológica, se siente y actúa como miembro del otro sexo”* (STC núm. 176/2008, de 22 de diciembre). Es más, insiste en que, *“hay que reconocer al individuo que sufre la patología denominada “disforia de género”, la facultad de conformar su identidad sexual de acuerdo con sus sentimientos profundos, con sus convicciones de pertenecer a otro sexo, pues de otro modo ni se protege su integridad, ni se le concede la protección a la salud, ni se trata adecuadamente el derecho a la imagen y a la intimidad familiar. Se trata, en una palabra, de dejar que el libre desarrollo de la personalidad se proyecte en su imagen y se desarrolle dentro de un ámbito de privacidad, sin invasiones ni injerencias”* (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 731/2008, de 18 de julio)).

Por otro lado, el TEDH reconoce que el derecho a la identidad de género es un área en la que los Estados contratantes tienen un margen limitado de apreciación, pese a que corresponde a los mismos determinar los requisitos para el reconocimiento jurídico del

cambio de sexo de una persona (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de abril de 2006 (Caso Sarah Margaret Richards contra Secretary of State for Work and Pensions)). En consecuencia, este Tribunal castiga las tres siguientes conductas que puedan cometer los tribunales internos de cada Estado miembro⁵²:

- La creencia de que la conversión sexual no sea posible cuando la persona presente características fisiológicas opuestas a las del nacimiento.
- La creencia de que la aspiración sociopsicológica de una persona no sea suficiente para admitir una solicitud de conversión sexual.
- Que el derecho interno de cada uno de los Estados contratantes no establezca criterios que permitan la conversión sexual desde un punto de vista jurídico.

Por lo tanto, *“una legislación nacional que, al no reconocer a los transexuales su nueva identidad sexual, impide que un transexual reúna uno de los requisitos necesarios para disfrutar de un derecho protegido por el Derecho comunitario debe considerarse, en principio, incompatible con las exigencias de este Derecho”* (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de abril de 2006 (Caso Sarah Margaret Richards contra Secretary of State for Work and Pensions)).

Se recuerda por el TEDH en sentencia de 11 de septiembre de 2007 (Caso L. contra Lituania) *“la obligación de los Estados de garantizar el respeto a la vida privada, lo que incluye el respeto a la dignidad humana y a la calidad de vida en ciertos aspectos. El Tribunal ha examinado varios casos relacionados con los problemas a los que se enfrentan los transexuales en las condiciones actuales y, ha señalado y aprobado el aumento y desarrollo de las medidas estatales para garantizar su reconocimiento y protección, con arreglo al artículo 8 del Convenio. Aunque concede un pequeño margen de apreciación a los Estados en este campo, sin embargo, el Tribunal considera que, en relación con la obligación que ya tienen de conformidad con el artículo 8, son ellos quienes deben implementar el reconocimiento de cambio de sexo tras la operación de los transexuales a través, inter alia, de la enmienda de los datos de su estado civil, con sus consiguientes consecuencias...”*.

Haciéndose eco de la doctrina demandada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 4ª) núm.

⁵² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª) de 9 de julio del 2020 (Caso Y.T. contra Bulgaria).

369/2003, de 30 de septiembre reconoce que *“la discordancia entre el papel que en vida social adopta un transexual operado y la negativa a reconocer civilmente el cambio de sexo producido genera sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad de evidente trascendencia”*.

Sobre el derecho al matrimonio de este colectivo, se pronuncia el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Pleno) de 7 de enero de 2004 (Caso K.B contra National Health Service Pensions Agency Secretary of State for Health) en cuanto a que *“la imposibilidad de que un transexual contraiga matrimonio con una persona del sexo al que pertenecía antes de la operación de cambio de sexo, y que resulta del hecho de que, desde el punto de vista del estado civil, son del mismo sexo ... constituye una vulneración de su derecho a contraer matrimonio en el sentido del artículo 12 del CEDH”*.

2.2.2. En la legislación

a) Nacional

En nuestra Carta Magna y aunque de manera genérica, este colectivo encuentra un marco proteccionista en el artículo 14 al señalar que, *“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”*.

De manera más específica, nos encontramos con la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que viene a contemplar los requisitos necesarios para aquellas personas que sientan que su inscripción relativa al sexo en el Registro Civil no se corresponde con su verdadera identidad de género. Igualmente, se contempla el cambio del nombre propio cuando se considere que este resulta discordante con el del sexo reclamado.

Recordemos que el Código Penal castiga en el apartado segundo del artículo 510, las conductas que lesionen la dignidad de la personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por razón de orientación sexual, identidad sexual y razones de género, considerándolas como delito de odio y reconociendo finalmente la orientación e identidad de género como agravante en esta figura delictiva.

De este modo y, considerando a las mujeres transgénero y transexuales al mismo nivel proteccionista que las mujeres biológicas, debemos entender igualmente aplicable para las mismas, la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres que debemos entender igualmente aplicable a las mujeres transgénero y transexuales. Este texto legal proclama la promoción de igualdad como principio de la negociación colectiva, permitiéndole a esta última la posibilidad de establecer medidas de acción positiva que permitan construir un mercado de trabajo que favorezca el acceso de las mujeres al empleo y aplique de una manera efectivo el principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones laborales entre hombres y mujeres. En consonancia con ello, el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para el período comprendido entre 2018 y 2020, que aboga por la implantación de medidas integrales que apoyen la igualdad laboral y salarial entre hombres y mujeres.

Por su parte, el Estatuto de los Trabajadores sanciona en la letra c) del artículo 4.2, la discriminación directa o indirecta para el acceso al empleo, o una vez empleados “por razones de sexo” y “orientación sexual”. En la misma línea, nos encontramos con el Estatuto Básico del Empleado Público que hace una mención en su artículo 14.i) considerando que es un derecho individual del empleado o empleada pública la no discriminación por razón de género u orientación sexual.

A pesar de ello, todavía el legislador no ha elaborado una normativa de ámbito nacional que trate íntegramente la igualdad de trato de las identidades trans, lo que se convierte en una de las principales reivindicaciones de las organizaciones LGBTI.

b) Autonómica

Desde 2009, algunas Comunidades Autónomas han ido aprobado textos normativos que reconocen de manera expresa los derechos e inclusión social de este colectivo⁵³. En concreto, las siguientes:

- Andalucía: Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

⁵³ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Gobierno de España. Las personas LGBT en el ámbito del empleo en España: hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género. 2017. [en línea]. [Consulta: 7-01-2021]. Disponible en: <https://www.inmujer.gob.es/actualidad/NovidadesNuevas/docs/2017/2017LGBTAmbitodelEmpleo.pdf>

- Canarias: Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.
- Cataluña: Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gais, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia.
- Extremadura: Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género.
- Galicia: Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gais, transexuales, bisexuales e intersexuales.
- Islas Baleares: Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gais, transexuales, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGBTI fobia.
- Madrid: Ley 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación; y, Ley 3/2016, de 22 de julio, de protección integral contra la LGBTIfobia y la discriminación por razón de orientación e identidad sexual.
- Navarra: Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.
- País Vasco: Ley 148/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.
- Región de Murcia: Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género.

En esencia, aunque cada Comunidad Autónoma le otorgue una denominación distinta a estas leyes, todas tienen en común el establecimiento de un marco normativo que pueda garantizar la autodeterminación de género de aquellas personas que no sientan que el género asignado al nacer se corresponda con su identidad de género, así como procurar la igualdad real y efectiva de las personas transexuales y transgénero. En base a ello, las administraciones públicas deben asegurarles una atención integral en todas las áreas de la

vida social en aras de contribuir a la superación de los estereotipos que todavía afectan a la percepción social de este colectivo por medio de la prevención, corrección y eliminación de toda discriminación en los sectores público y privado, que puedan darse por razones de expresión e identidad de género, siendo el objetivo final de cada una de ellas que estas personas se encuentren en igualdad de condiciones con el resto de la ciudadanía.

2.2.3. En la normativa europea

En un ámbito supranacional podemos encontrar la Directiva UE 2000-78, de 27 de noviembre del 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Lo que pretende dicha normativa entre otros motivos, es luchar contra la discriminación por razón de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación tanto del sector público como del privado, exigiendo a los Estados miembros que apliquen el principio de igualdad de trato, para lo cual deberán procurar la ausencia de toda discriminación, ya sea directa o indirecta que tenga como fundamento la orientación sexual del trabajador. Si bien no se permite en ningún caso la reducción del nivel de protección contra la discriminación, sí que se permite a los Estados contratantes que adopten todo tipo de disposiciones que resulten más favorables al principio de igualdad de trato.

En aras de velar por el cumplimiento de las obligaciones en la presente Directiva, cuando este colectivo se considere perjudicado por la no aplicación de esta normativa, podrá recurrir a los procedimientos judiciales, administrativos o de conciliación previstos por cada Estado miembro y en los que se verá trasladada la carga de la prueba a la parte demandada. Además, se tomarán las precauciones oportunas para proteger a los trabajadores contra el despido o cualquier otra represalia que pueda tomarse como reacción ante las reclamaciones que hayan interpuesto.

De igual manera, los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar que se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrapuestas al principio de igualdad de trato, y aquellas que declaren o puedan declararse nulas e inválidas, así como modificar todas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que puedan contenerse en los contratos o convenios colectivos, en los reglamentos internos de las empresas o en los estatutos de los profesionales independientes y de las organizaciones sindicales y empresariales.

En última instancia, cuando se incumplan por parte de las empresas o del sector público las disposiciones nacionales que hayan sido adoptadas en concordancia con la presente directiva se aplicarán en consecuencia, el régimen de sanciones que haya configurado cada Estado miembro al respecto, entre las que se prevé la indemnización a la víctima.

2.3. Delimitación conceptual entre discriminación por “orientación sexual” y discriminación por razón de “identidad de género

Actualmente, el factor de discriminación por orientación sexual se enfrenta a varios obstáculos que le dificultan obtener la tutela pretendida, siendo el primero de ellos la necesidad de delimitar el concepto de orientación sexual, que el legislador no parece concretar en la producción normativa. También debe tomarse en consideración la innegable vinculación existente entre la orientación sexual del trabajador con su intimidad y su vida privada que, además, se convierte en uno de los elementos diferenciadores de otras causas prototípicas de discriminación.

Como habitualmente se confunden recíprocamente los conceptos de “orientación sexual” e “identidad de género”, conviene prestar atención a las palabras de RIVAS VAÑÓ y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, que sostienen que *“por orientación sexual podemos entender la identidad sexual del individuo o sus preferencias o atracción por personas de su mismo sexo o de sexo contrario”*⁵⁴, mientras que para ALVENTOSA DEL RÍO *“la identidad de género se refiere, por otro lado, al sentimiento psicológico de ser hombre o mujer y con ello la adhesión a ciertas normas culturales relacionadas con el comportamiento femenino o masculino, surgiendo problemas en los supuestos en que el género no concuerda con el sexo biológico, situación a la que se denomina transexualidad, entendida pues como trastorno de identidad sexual”*⁵⁵.

De igual manera tampoco cabe reconducir la discriminación por orientación sexual a la discriminación por razón de sexo por cuanto en la primera lo que se trata es de paliar el

⁵⁴ RIVAS VAÑÓ, A. y RODRÍGUEZ-PIÑERO MOYO, M.C.: “Orientación sexual y no discriminación: El debate en Europa”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 52, 1999, pág. 4.

⁵⁵ ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2008.

trato diferenciado del que es víctima el colectivo homosexual frente al heterosexual. Así lo entendió el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 17 de febrero de 1998 (Asunto Grant contra South-West Trains Ltd., C-249/1996) al considerar que una y otra causa de discriminación demandan necesariamente tratamientos autónomos y diferenciados y que no pueden integrarse las conductas discriminatorias que tienen por causa la orientación sexual dentro del concepto de discriminación por razón de sexo⁵⁶. Así lo refiere en su fundamento n.º 42: “*las discriminaciones basadas en la pertenencia de una persona a un sexo determinado ... se limita al caso del cambio de sexo de un trabajador y, por tanto, no se aplica a las diferencias de trato basadas en la orientación sexual de una persona*”.

En el caso del colectivo transexual, sucede otro problema y es que no queda claro si la discriminación que sufren estos trabajadores debe considerarse discriminación por razón de sexo o discriminación por razón de orientación sexual. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo tiene claro y así se pronuncia en Sentencia de 30 de abril de 1996 (Asunto P. contra S. y Cornwall County City, C-13/94) y apoyándose en una interpretación del género no solo referida a las condiciones biológicas, sino extensible a las condiciones psicológicas y estereotipos relacionados⁵⁷, viene a identificar estas conductas como constitutivas de discriminación por razón de sexo por cuanto dichas discriminaciones se sustentan precisamente en el cambio de sexo de los trabajadores⁵⁸. A fin de cuentas, la razón principal por la que este Tribunal recurre al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres reconocido en la Directiva 76/207/CEE de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, es porque en nuestra normativa europea, la discriminación por razón de orientación sexual no se reconoce como causa de discriminación autónoma.

⁵⁶ CHACARTEGUI JÁVEGA, C., Discriminación y orientación sexual del trabajador, cit., pág. 51.

⁵⁷ BALLESTER PASTOR, M.A.: “Las directivas sobre aplicación del principio del principio de igualdad de trato de las personas por razón de origen racial o étnico (2000/43) y por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (2000/78)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 21, 2003, pág. 327.

⁵⁸ GARCÍA RUBIO, MA., en AA.VV., Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad, Valencia, 2007, pág. 26.

Sin embargo, en opinión de BALLESTER PASTOR⁵⁹ la protección que puede brindar la discriminación por razón del sexo tampoco puede cubrir todas las particularidades que rodean al colectivo transexual, siendo necesario reconducirse a la Directiva 2000/78 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, para paliar de alguna manera los vacíos normativos que puedan producirse.

A pesar de lo comentado anteriormente, lo cierto es que, trasladándonos ahora al panorama nacional, la opinión del Tribunal Constitucional parece alejarse de la mantenida por el TJUE por cuanto para el Alto Tribunal, la discriminación que sufra una persona transexual debe entenderse incluida en la discriminación por razón de orientación sexual. De hecho, en STC núm. 176/2008 de 22 de diciembre se consideró que la modificación de un régimen de visitas a un padre por el hecho de estarse sometiendo a tratamiento hormonal para la reasignación de sexo debía entenderse como discriminatoria por razón de orientación sexual sin plantearse en algún momento la discriminación por razón de sexo o por identidad de género.

En palabras de este Tribunal, *“no existe ningún motivo que lleve a excluir de la cobertura del principio de no discriminación contenido en el inciso segundo del art. 14 CE a una queja relativa a la negación o recorte indebido de derechos -en este caso familiares- a quien se define como transexual y alega haber sido discriminado, precisamente, a causa de dicha condición y del rechazo e incompreensión que produce en terceros su disforia de género ... Es de destacar que la condición de transexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula <<cualquier otra condición o circunstancia personal o social>> a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la*

⁵⁹ BALLESTER PASTOR, M.A.: “Las directivas sobre aplicación del principio del principio de igualdad de trato de las personas por razón de origen racial o étnico (2000/43) y por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (2000/78)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 21, 2003, pág. 328.

persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas; y, por otro, del examen de la normativa que, ex. Art. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE". Por lo tanto, se termina concluyendo que la restricción del régimen de visitas que se había acordado en primera instancia tenía como único fundamento la transexualidad del recurrente por cuanto no había quedado justificada que esta circunstancia produjera algún riesgo o peligro para el menor.

Sin embargo, el despido de una mujer transexual por su identidad de género fue considerado como discriminatorio por razón de sexo y declarado como nulo por el Juzgado de lo Social núm. 18 de Barcelona en Sentencia núm. 142/2007, de 26 de marzo, en el que una vez invertida la carga de la prueba quedó acreditado que, *"la actora que tiene la condición de transexual, inició la prestación de servicios el 17-1-2007 y se decidió dar por finalizado el mismo por no superación del período de prueba el 26-1-2007, es decir, tan solo nueve días después del comienzo con siete días de trabajo efectivo, durante este tiempo no se le llegó a presentar a la firma el contrato de trabajo, cuando habitualmente el mismo se presentaba a los tres días del inicio de la relación laboral. Sin que, por otra parte, la empresa haya acreditado que la decisión del despido se haya adoptado por motivos estrictamente laborales ... el escaso tiempo transcurrido desde su contratación, espacio de tiempo en que, por su brevedad, resulta difícil que se haya podido valorar a la actora en el desarrollo del puesto de trabajo. Razones que llevan a declarar la nulidad del despido efectuado, al amparo de lo dispuesto en los artículos 55 apartados 5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) , entendiéndose que el mismo está directamente relacionado con la condición de transexual de la trabajadora, por lo que incurre en la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo plasmado en el artículo 14 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) y el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores*". En el mismo sentido, la Sentencia núm. 461/2006 de 19 de enero del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) considera que *"a raíz de la operación de cambio de sexo a que se sometió la demandante, así como de la constancia pública de su condición de transexual, tanto los mandos de Ferrocarrils de la Generalitat, como los de la empresa ISS, habían comentado que esa circunstancia perjudicaba a la imagen de la empresa, añadiendo las presidentas de los comités de empresa de ISS que tenían conocimiento de que se quería despedir a la demandante por tal causa, por lo que es*

innegable la existencia de <<indicios>> en los términos antes señalados”. En este supuesto, como la empresa empleadora no aportó prueba dirigida a demostrar la justificación objetiva del despido acordado, el “móvil aparece vinculado a una discriminación contraria al artículo 14 de la CE”.

De lo comentado anteriormente, debemos tener en cuenta que *“en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad ... basta con la alegación de los hechos de los que se desprenda la discriminación, sin exigir que se prueben, para que se invierta la carga de la prueba”*. De hecho, *“a partir de estadísticas que evidencian la discriminación de los colectivos protegidos por la directiva, existe la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta, cuando quien la alega acredita que pertenece a uno de ellos, entre los que se encuentra el colectivo LGTB”* (Sentencia núm. 568/2014 de 24 de julio del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 3ª)).

2.4. Posibles técnicas y estrategias para la intervención

De la investigación llevada a cabo, se desprende que todavía no se ha alcanzado la total inclusión de las identidades trans en el espacio de trabajo. Para paliar este desequilibrio, se marcan los siguientes objetivos como orientadores y en los que, para asegurar su efectividad, deberán participar los distintos agentes implicados⁶⁰:

A) Proteger

Se debe ampliar y especializar el actual marco normativo para brindarle a este colectivo un mayor reconocimiento de su realidad social en el mercado de trabajo. Por lo tanto, la

⁶⁰ En concreto, el Gobierno, las organizaciones empresariales, los sindicatos y las propias organizaciones LGBTI.

cobertura jurídica de la situación laboral de dichas personas puede depender de factores como los siguientes⁶¹:

- El desarrollo de una ley de ámbito nacional reguladora de la igualdad de trato y no discriminación de las identidades trans.
- Promulgar una ley que reconozca expresamente los derechos a los que los trabajadores y trabajadoras tienen acceso.
- La adopción de protocolos durante el proceso de transición, asegurándose la presencia de dichos protocolos en los planes de igualdad que se elaboren.
- Los convenios sectoriales deben contemplar estas situaciones de discriminación y acoso.

B) Formar y sensibilizar

La formación del personal debe alcanzar a todos los agentes implicados en el ámbito de trabajo, comprendiendo a las direcciones de las empresas, responsables de la gestión de personal, inspectores de trabajo o representantes sindicales.

Por otro lado, con la sensibilización de las empresas se pretende que, siendo éstas conscientes de las situaciones de discriminación a las que se enfrentan a diario las personas transexuales y transgénero, procuren su inclusión en el centro de trabajo, comprendiendo que, si permanecen anclados en una conducta discriminatoria con el colectivo, se pueden estar obviando potenciales talentos. Para lograr la concienciación de las empresas, podrán impartirse cursos de formación y sensibilización en diversidad sexual. Aunque también será importante que el trabajador conozca en todo momento de la existencia de unos protocolos de actuación en caso de acoso y la forma de activarlos⁶².

C) Premiar y castigar las buenas prácticas

Con ello nos referimos a que dentro de la propia empresa se siga como principio rector la “tolerancia 0” contra la LGTfobia, de manera que, cualquier actitud dirigida a

⁶¹ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Gobierno de España. Las personas LGBT en el ámbito del empleo en España: hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género. 2017. [en línea]. [Consulta: 7-01-2021]. Disponible en: <https://www.inmujer.gob.es/actualidad/NovidadesNuevas/docs/2017/2017LGBTAmbitodelEmpleo.pdf>

⁶² Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Gobierno de España. Las personas LGBT en el ámbito del empleo en España: hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género. 2017. [en línea]. [Consulta: 7-01-2021]. Disponible en: <https://www.inmujer.gob.es/actualidad/NovidadesNuevas/docs/2017/2017LGBTAmbitodelEmpleo.pdf>

menospreciar la identidad de género sea sancionada. Para ello, deberá de regularse un procedimiento sancionador por la empresa dónde se contemple la tipificación de las situaciones constitutivas de acoso o transfobas, si bien ponderadas en una escala de gravedad.

Por otra parte, algunas directrices que podrían servir de apoyo a las empresas podrían ser, por un lado, la monitorización de las entrevistas de trabajo para que la selección del personal sea objetiva en todo momento y se tenga en cuenta exclusivamente la formación, capacitación y aptitudes profesionales del potencial trabajador sin dar cabida a conductas discriminatorias por parte del empleador y, por otro lado, el necesario control de la plantilla para evaluar la representación de los diferentes colectivos⁶³.

A modo de ejemplo, las empresas pueden tomar como referencia proyectos como el Proyecto Ámbar dirigido por la Fundación 26 de diciembre y el Proyecto Saucó promovido por la Cruz Roja Española en colaboración con el Cabildo de Tenerife. El objetivo común de ambos es el acompañamiento de la persona trans en su proceso de incorporación al mercado laboral. Además de ofrecerles una formación gratuita que será derivada a las entidades e instituciones colaboradoras, también se trabajará en sus habilidades sociales, aptitudes profesionales y técnicas de búsqueda de empleo.

BLOQUE III. INSERCIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS CON DIVERSIDAD FUNCIONAL

3.1. Concepto y terminología

Antes de adentrarnos en el estudio de este concepto, conviene matizar lo siguiente y es que, se recomienda no referirse a las personas trabajadoras con diversidad funcional como “discapacitados”, mucho menos recomendables los términos “enajenado”, “retrasado”, “incapaz”, “inválido”, “deficiente” y “minusválido”, pues esto hace que el elemento identificativo de la persona sea precisamente su discapacidad⁶⁴. En su lugar, se prefiere

⁶³ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Gobierno de España. Las personas LGBT en el ámbito del empleo en España: hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género. 2017. [en línea]. [Consulta: 7-01-2021]. Disponible en: <https://www.inmujer.gob.es/actualidad/NovidadesNuevas/docs/2017/2017LGBTAmbitodelEmpleo.pdf>

⁶⁴VERDUGO ALONSO, M. A.: *Personas con discapacidad. Perspectivas psicopedagógicas y rehabilitadoras*, 3ª ed., Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2002, pág. 5.

el uso del término “persona con diversidad funcional” o “persona con discapacidad”, pues la discapacidad es una condición que se tiene, pero no se es discapacitado⁶⁵. De esta manera se reducen las connotaciones negativas asociadas a los otros términos y se salvaguarda la sustantividad de la persona y el carácter adjetivo de la discapacidad⁶⁶. Así lo señala el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto el término de “persona discapacitada” podría interpretarse en el sentido de que esa persona ha perdido su capacidad de funcionamiento⁶⁷.

De acuerdo con SEOANE, *“la discapacidad se considera un problema individual o personal, causado por una enfermedad, deficiencia o condición de salud. La realidad biológica es el punto de partida de la deficiencia y la discapacidad, y las limitaciones que éstas provocan en el funcionamiento del individuo se subsanan eliminándolas a través de tratamiento médico curativo y rehabilitador, y mediante políticas de atención a la salud orientadas a la compensación y adaptación de las personas con discapacidad”*⁶⁸.

Para 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, la discapacidad según su artículo segundo *“es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*. Ahora bien, de acuerdo con los apartados 1 y 2 del artículo 4 de esta norma, 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”*. En fin,

⁶⁵ BIEL PORTERO, I.: *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*. 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 36.

⁶⁶ CASADO PÉREZ, D.: *Comunicación social en discapacidad. Cuestiones éticas y de estilo*, 2ª ed., Real Patronato sobre Discapacidad, Polibea, Madrid, 2003, p. 29 y FERNÁNDEZ IGLESIAS, J. L.: *Guía de estilo sobre discapacidad para profesionales de los medios de comunicación*. Real Patronato sobre Discapacidad, Polibea, Madrid, 2006, pp. 37 y ss.

⁶⁷ Observación general número 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativas a personas con discapacidad, de 1994. [en línea]. [Consulta: 16-01-2021]. Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/epcomm5s.htm>

⁶⁸ SEOANE, J.A.: *¿Qué es una persona con discapacidad? Ágora - Papeles de Filosofía*, Vol. 30, núm. 1, 2011, pág. 146.

tendrán la consideración de personas con discapacidad “*aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad*”.

La Organización Mundial de la Salud⁶⁹ habla de tres niveles diferentes. En primer lugar, la deficiencia (*impairment*), referida a toda pérdida o anormalidad, ya sea permanente o transitoria de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica; la discapacidad (*disability*) caracterizada como toda restricción o ausencia -causada por una deficiencia- de la capacidad de realizar una actividad dentro del margen considerado normal para un ser humano; y la minusvalía (hándicap), entendida como una situación desventajosa, como consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que bien limita o impide el desarrollo de un rol adecuado en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales.

En su Informe Mundial de la Discapacidad de 2011, la OMS refiere que “*el término genérico de discapacidad abarca todas las deficiencias, las limitaciones para realizar actividades y las restricciones de participación, y se refiere a los aspectos negativos de la interacción entre una persona (que tiene una condición de salud) y los factores contextuales de esa persona*”⁷⁰.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (2009) es consciente de que la discapacidad se refiere a la situación en que “*un individuo cuyas posibilidades de obtener empleo, reintegrarse al empleo y conservar un empleo adecuado, así como de progresar*

⁶⁹ World Health Organization & Instituto Nacional de Servicios Sociales. Clasificación internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalías: manual de clasificación de las consecuencias de la enfermedad: publicada de acuerdo con la resolución WHA29.35 de la Vigésimonovena Asamblea Mundial de la Salud, Mayo 1976. 1994 [en línea]. [Consulta: 17-01-2021]. Disponible en: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/131983>

⁷⁰ Organización Mundial de la Salud. Informe mundial sobre la discapacidad. 2011 [en línea]. [Consulta: 17-01-2021]. Disponible en: https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/es/

*en el mismo, resulten considerablemente reducidas como consecuencia de una disminución física, sensorial, intelectual o mental debidamente reconocida*⁷¹.

No es posible que hablemos de la discapacidad como una condición homogénea por cuanto la discapacidad corporal distingue a su vez, la discapacidad física y la mental⁷²:

- a) Discapacidad física: Por un lado, la discapacidad neuromotora o motriz, que incluye limitaciones o falta de control del movimiento, de funcionalidad y sensibilidad, que impide realizar una actividad independiente en la vida diaria, puesto que requiere del uso de equipos para recuperar parte de la función perdida o reducida.
- b) Discapacidad mental: las funciones mentales superiores (inteligencia, aprendizaje y lenguaje) y/o las funciones motoras (funciones de la voz y el habla; funciones del sistema cardiovascular, hematológico, inmunológico y respiratorio; funciones sensoriales y del dolor como la vista, función auditiva, gustativa, olfativa propioceptiva, táctiles y dolor; funciones mentales como la conciencia, orientación, atención, memoria, funciones psicosociales, intelectuales, temperamento y personalidad, funciones relacionadas con los impulsos y la energía, funciones del sueño, psicomotoras, emocionales, cognitivas, percepción, pensamiento y lenguaje; funciones relacionadas con el metabolismo y el sistema endocrino; funciones genitourinarias y reproductoras; funciones neuromusculares y relacionadas con el movimiento; funciones de la piel y estructuras relacionadas) se encuentran disminuidas.

3.2. Derechos e inclusión social de las personas trabajadoras con diversidad funcional

Actualmente este colectivo se encuentra tutelado por las disposiciones del Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos y de las libertades fundamentales,

⁷¹ VIDAL ESPINOZA, R., y CORNEJO VALDERRAMA, C.: “Trabajo y discapacidad: una mirada crítica a la inclusión al empleo”, *Papeles de Trabajo*. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Etnolingüística y Antropología Socio-Cultural, núm. 31, 2016, pág. 113.

⁷²RIZO MORALES, P., y MONTEJANO HILTON, M. E.: *Familia y Discapacidad*. 1ª ed., Ciudad de México: Tirant Humanidades, 2016.

la Constitución Española, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad del año 2006.

Originariamente con el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950 no se hacía mención expresa al colectivo de los discapacitados, si bien sí se ampara que *“el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”*. Más adelante en el año 1959, la protección de las personas con discapacidad se convierte en una de las políticas estratégicas del Acuerdo parcial en el ámbito social y de la salud pública de la Comisión Europea.

Por otra parte, nuestra Carta Magna no concibe la discapacidad como un derecho fundamental sino como un mandato al legislador. Así lo refiere en el artículo 49 *“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”* y en el artículo 50 *“los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”*.

En cambio, el Estatuto de los Trabajadores en el artículo 17.1 sobre no discriminación en las relaciones laborales, establece que: *“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... 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”*.

Luego, con el Tratado por el que se establece una Constitución europea, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 que incluye una Carta de Derechos Fundamentales en su capítulo III sobre igualdad, reconoce el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de unas medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad, prohibiendo igualmente toda discriminación por razón de discapacidad.

Con la Convención de la ONU de 13 de diciembre de 2006, se internacionaliza la discapacidad como derecho humano, puesto que se reconoce que todas las personas con discapacidad podrán acceder en igualdad de condiciones a todos los derechos humanos y libertades públicas. De manera que, todos los Estados miembros que la suscriben asumen el compromiso de adoptar políticas legislativas activas capaces de promover y proteger a los mismos, reconociendo que todas las personas son iguales ante la ley y que podrán beneficiarse de la prohibición de toda discriminación por motivos de discapacidad. También se garantiza el derecho de las mismas a trabajar, en igual de condiciones con las demás, pudiendo acceder al mercado de trabajo mediante un trabajo libremente elegido o bien, en entornos laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles con los mismos. Ello ha de entenderse igualmente referido a las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo.

De particular interés es la *Recomendación R (92) 6 sobre la elaboración de una política coherente en materia de personas discapacitadas*, puesto que su contenido diseña una política general de prevención y participación plena, no solo para quienes se encuentran en una situación de discapacidad, sino también para quienes puedan adquirir una discapacidad sobrevenida; y, la *Recomendación (98) 9, del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a la dependencia*, como el detonante de cambios en las políticas públicas y la adopción de otras vías de aseguramiento para los riesgos sociales relacionados con la discapacidad.

También hay que tener presente la Directiva 2000/78 que se marca como objetivo la lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad, entre otras causas discriminatorias. Para ello, promueve como uno de los principios orientadores de sus considerandos, la igualdad de trato como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en la discapacidad de la persona.

3.3. Discriminación por razón de discapacidad

Nuestro Tribunal Constitucional desde la sentencia 264/1994, de 3 de octubre no duda en considerar que *“la discapacidad es una de las causas de discriminación proscritas en el ordenamiento jurídico y, por tanto, incluida dentro de las circunstancias personales o sociales con que termina el artículo 14 de la Constitución cuando fija el derecho fundamental a la igualdad de trato ante la ley y a no ser discriminado por ese tipo de circunstancias”*. De hecho, se consideró por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona en sentencia núm. 472/2016 de 23 de diciembre, que el despido de un trabajador que ha sufrido un accidente laboral e informa a la empresa que su reincorporación al puesto de trabajo no se prevé a corto plazo *“constituye -pues- una discriminación, directa, por razón de discapacidad; o, alternativamente, indirecta, dado que, a la postre y dada la larga duración de su incapacidad, su despido ha supuesto una barrera al impedir su recuperación y, con ella, la participación plena y efectiva del interesado en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”*. El derecho a la protección en caso de despido injustificado proclamado en el artículo 30 CDFUE es relevante por cuanto *“radica en el rechazo del despido sin causa o arbitrario, consagrando la exigencia de causalidad, todo ello en clara congruencia no solo con el referido art. 24 de la Carta Social, sino también con el modelo de relaciones laborales establecido en todos los estados miembros de la Unión Europea, y de la que también es expresión el Convenio 158 OIT (RCL 1985,1548)... en cuyo artículo 4 se dispone que “no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la Empresa, establecimiento o servicio”*.

De esta manera, *“a tenor del artículo 2 de la Convención de la ONU, la discriminación por motivos de discapacidad incluye todas las formas de discriminación, entre ellas la denegación de ajustes razonables”* (Sentencia de 11 de septiembre de 2019 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) Caso DW contra Otros)). Recordemos que, *“en procesos sobre violación de derechos fundamentales, la carga de la prueba se rige por lo establecido en el artículo 96.1 de la LRJS., que establece que: “En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso... corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente*

probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”” (Sentencia núm. 184/2020 de 6 de febrero del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 2ª)).

En cuanto al despido que se adopta por razón de la situación de incapacidad temporal del trabajador con contrato suspendido, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social Sección 1ª) sentencia núm. 2276/2017 de 21 de noviembre, considera que ha de reputarse improcedente y no nulo *“a pesar de que en la redacción originaria del Estatuto de los Trabajadores (RCL 2015, 1654) (Ley 8/1980, de 10 de marzo (RCL 1980, 607)) preveía como nulo el despido ilegal del trabajador con contrato suspendido (artículo 55, número 6) y por tanto, se reputaba como nulo el del trabajador en situación de incapacidad temporal que era despedido de forma ilegal, por ser esa situación determinante de suspensión de contrato (artículo 45, número 1, letra c) lo cierto es que, tras la reforma producida de tal precepto producida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo (RCL 1994, 1422), modificó el mismo (artículo 5, número 13 de la misma) en redacción que se mantiene hasta la fecha y esa redacción es considerada por la jurisprudencia como generadora de que el despido ilegal en estos casos deba ser considerado como improcedente como principio general y solo nulo”*. En cambio, de acuerdo con esta sentencia, podrá considerarse nulo en *“el caso en que la causa del despido haya sido precisamente la condición estigmatizante de la enfermedad que produce la baja laboral”* o bien, cuando *“la empresa, mediante coacción persiga la reincorporación del trabajador, produciéndose a continuación un despido sin causa determinado por la negativa del trabajador”* (Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2007, de 27 de marzo). Ello, no obstante, *“si la causa real del despido es la inevitable repercusión negativa en el rendimiento laboral de las enfermedades o bajas médicas del trabajador, no habrá móvil discriminatorio, aunque sea ilícito”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2011 (RJ 1532/2010)).

Con ello se abre el debate en los tribunales de si se produce una vulneración de derechos fundamentales con el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal. De acuerdo con el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª) en sentencia núm. 592/2019 de 19 de julio, esto se produciría cuando se *“sitúe a sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE”*. Además, hay que tener en cuenta que el TJUE modifica su doctrina anterior y amplía *“el concepto de discapacitado*

defendido hasta ese momento, pasando a incluir las enfermedades de larga duración, curables o incurables pero que generaran limitación del trabajo, dentro de los supuestos de discriminación prohibida por el artículo 2.2 b) Directiva 2000/78/CE” (Sentencia núm. 1189/2019 de 12 de noviembre del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª)).

3.4.Marco jurídico del empleo de las personas trabajadoras con diversidad funcional

En aras de cumplir con el principio de inclusión social que contiene el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, en virtud del cual se promueve que las personas con discapacidad tengan las mismas oportunidades y los recursos necesarios para participar con plenitud en la vida laboral y en una igualdad de condiciones con los demás, se reconoce que, las mismas podrán integrarse en el mercado laboral mediante diversas fórmulas: el empleo ordinario, el empleo especialmente protegido y, por último, el empleo autónomo.

a) Sistema laboral ordinario

Es el sistema preferente para la inserción laboral de estas personas y en el que se aplican las disposiciones contenidas en la LET. En primer lugar, podrá concertarse el contrato de trabajo en prácticas previsto en el artículo 11.1 de esta normativa con la particularidad de que podrá hacerse dentro de los siete años siguientes a la terminación de los correspondientes estudios. También podrá celebrarse el contrato para la formación y el aprendizaje del artículo 11.2, sin ser de aplicación el límite máximo de edad de entre dieciséis y veinticinco años que se establece con carácter ordinario. Hay que tener en cuenta que las empresas que celebren contratos en prácticas con estos trabajadores, tendrán derecho a una reducción, durante la vigencia del contrato, del cincuenta por ciento de la cuota empresarial de la Seguridad Social correspondiente a contingencias comunes, al igual que, si celebran contratos para la formación y el aprendizaje, tendrán derecho a una reducción del cincuenta por ciento en las cuotas empresariales de la Seguridad Social previstas para los contratos para la formación y el aprendizaje.

En los supuestos de movilidad geográfica también se contempla la especialidad de que si el trabajador con discapacidad acredita la necesidad de recibir fuera de su localidad un

tratamiento de habilitación o rehabilitación médico-funcional o atención, tratamiento u orientación psicológica vinculado a su discapacidad, se les reconoce el derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, cuando la empresa lo tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo de la localidad que sea más accesible a dicho tratamiento.

De igual manera, se podrá establecer por medio de convenio colectivo o de acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas, la permanencia de personas con discapacidad en su puesto de trabajo.

b) Sistema laboral especial o protegido

Conforme a la letra g) del artículo segundo de la LET, son relaciones laborales de carácter especial, la de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo. Pues bien, dicha relación laboral especial se encuentra regulada en el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo.

Los sujetos de esta relación laboral especial serán los trabajadores que con una minusvalía reconocida en grado igual o superior al 33 por ciento y, como consecuencia de ello, con una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje, presten sus servicios profesionales por cuenta y dentro de la organización de los Centros Especiales de Empleo. Para ello, las personas con discapacidad deberán de haberse inscrito previamente en las correspondientes Oficinas de Empleo donde serán clasificadas en función del tipo y grado de minusvalía y el grado de capacidad de trabajo que hubieran examinado los Equipos Multiprofesionales. Mientras que, los titulares de los Centros Especiales de Empleo deberán solicitar de estas oficinas los trabajadores con discapacidad que pretendan emplear, describiendo detalladamente los puestos de trabajo que interesen cubrir, las características técnicas y las circunstancias personales y/o profesionales que deban de presentar los demandantes de empleo.

El contrato que, deberá formalizarse por escrito, podrá ajustarse a cualquiera de las modalidades de contrato de trabajo previstas en el Estatuto de los Trabajadores, si bien el contrato de trabajo a domicilio y el contrato para la formación deberán ajustarse a las especialidades contenidas en el artículo 7 de este Real Decreto. Asimismo, podrá celebrarse el contrato a bajo rendimiento cuando las circunstancias personales del

trabajador con discapacidad lo requieran. Su duración podrá ser por tiempo indefinido o por una duración determinada en los supuestos del artículo 15 de la LET.

El trabajo que realice la persona con discapacidad será productivo y remunerado, adecuado a las características individuales del trabajador para favorecer su adaptación personal y social y facilitarle, la posterior integración laboral en el mercado ordinario de trabajo. De esta manera y para valorar el grado de adaptación profesional alcanzado, el trabajo deberá ser revisado con una periodicidad de al menos dos años por los Equipos Multiprofesionales. También podrá el trabajador con discapacidad promocionar en el puesto de trabajo, si bien se requerirá el informe previo de dicho Equipo.

Hay que tener en cuenta que se prohíbe la realización de horas extraordinarias, que los incentivos que se utilicen para estimular el rendimiento en el trabajo no podrán suponer un riesgo para la salud del trabajador o su integridad física o moral y que, además se le permite al trabajador con previo aviso y justificación ausentarse del trabajo para asistir a tratamientos de rehabilitación médico-funcionales.

En cuanto a la modificación de las condiciones de trabajo, siempre será necesario que antes de la aplicación de lo dispuesto por el artículo cuarenta y uno del Estatuto de los Trabajadores, se recabe informe del Equipo Multiprofesional.

Por último, debemos de referirnos a las causas de extinción del contrato específicas de esta relación laboral que deberán ser todas ellas constatadas por el equipo multiprofesional: por ineptitud del trabajador, ya sea originaria o sobrevenida con posterioridad a la colocación en la empresa; por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo; cuando exista la necesidad objetiva de amortizar puestos de trabajo por las causas previstas en el artículo 51.1 de la LET; y, por faltas de asistencia al trabajo aunque justificadas, intermitentes y que no sean debidas a huelga legal, ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidentes de trabajo, maternidad, licencias y vacaciones, ni enfermedad o accidente no laboral.

c) Sistema de trabajo autónomo

Se rige por lo establecido en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, donde se reconoce que las personas con discapacidad ocupan un lugar preferente en la política de fomento del trabajo autónomo (artículo 27.3), siendo de

aplicación las bonificaciones previstas en el artículo 32 para la cotización a la Seguridad Social, y ello siempre que el grado de discapacidad fuera igual o superior al 33 por ciento o bien, les sobrevenga una discapacidad a los trabajadores por cuenta propia y a los dados de alta en el Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrarios.

También se permite bajo la disposición adicional décima de este texto legal que el trabajador autónomo con discapacidad pueda contratar como trabajador por cuenta ajena a los hijos menores de 30 años, aunque convivan con ellos y a los hijos que, siendo mayores de 30 años, presenten especiales dificultades para la inserción laboral.

Sin embargo y a pesar de estas fórmulas, para la OIT, las personas con discapacidad “registran un mayor desempleo y menores ingresos que las personas sin discapacidad. Con frecuencia están relegados a trabajos de bajo nivel y pocos ingresos, con escasa seguridad social y legal”⁷³. Es más, Mercado⁷⁴ refiere que, “a medida que aumenta el grado de discapacidad, se reducen los índices de actividad”.

3.5. Las mujeres trabajadoras con diversidad funcional: un colectivo doblemente castigado

La alusión de las mujeres trabajadoras con diversidad funcional como “colectivo doblemente castigado”, “doble discriminación”⁷⁵ o “discriminación múltiple”⁷⁶ en el ámbito laboral fue introducida por la Exposición de motivos del Real Decreto 170/2004, de 30 de enero, que entendió que son mujeres con discapacidad “*quienes cuentan con una doble dificultad en la vida social y laboral: la que afecta a toda mujer en relación con los hombres y la propia de las personas con discapacidad que se enfrentan con una barrera importante en el acceso al empleo*”. En particular, esta discriminación cualificada

⁷³ Organización Internacional del Trabajo. Datos sobre discapacidad en el mundo del trabajo. 2007 [en línea]. [Consulta: 17-01-2021]. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_087709.pdf

⁷⁴ MERCADO, E. AIZPURÚA, E. Y GARCÍA, L. Avanzando hacia la igualdad de oportunidades en la inclusión socio laboral de las personas con discapacidad. 2013 [en línea]. [Consulta: 17-01-2021]. Disponible en: <http://revista.ucm.es/index.php/CUTS/article/viewFile/39571/40093>

⁷⁵ FERNÁNDEZ SANTIAGO, P. *Compendio sobre violencia de género y factores de discriminación en la mujer con discapacidad*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 78.

⁷⁶ CORDERO GORDILLO, Vanessa. *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, pág. 101.

se entiende por cuanto dichas mujeres van a tener una posición “distinta” tanto respecto de los hombres con discapacidad como de las mujeres sin discapacidad.

Este Real Decreto que viene a modificar el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, introduce una importante novedad en el apartado uno del artículo único para las contrataciones de carácter indefinido suscritas con mujeres con discapacidad y es que, las empresas recibirán unas bonificaciones con porcentajes del 90% cuando la contratación se refiera a una trabajadora menor de 45 años y, del 100% si la misma fuera mayor de 45. De igual manera, esta cuestión quedará recogida en los artículos 2.2.3 y 2.2.4 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

Veremos como este Real Decreto se convierte en prácticamente la única normativa nacional que contenga medidas específicas para el colectivo, ya que, el resto vienen a ser simples referencias como la contenida en el artículo 20 c) de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que refiere que los poderes públicos, en la elaboración de estadísticas e informes, deberán “*diseñar e introducir los indicadores y mecanismos necesarios que permitan el conocimiento de la incidencia de otras variables cuya concurrencia resulta generadora de situaciones de discriminación múltiple en los diferentes ámbitos de intervención*” o la del artículo 14.6 del mismo texto legal que le asigna a los poderes públicos la tarea de adoptar medidas de acción positivas al respecto. En cualquier caso, ante la ausencia de un marco legal proteccionista de las mujeres con discapacidad, podemos reconducirnos a la cláusula genérica de no discriminación prevista en el artículo 14 de nuestra Carta Magna a través de la cual, queda prohibida la discriminación múltiple y ello precisamente, por cuanto la lista de factores prohibidos es *numerus apertus*.

Si bien algunos autores como *Muñoz et al.*⁷⁷ entienden que las altas tasas de desempleo son debidas a su entorno más inmediato, entre las que podemos encontrar como causantes las actitudes colectivas externas como la infravaloración por razón del género y capacidad, los prejuicios y la catalogación que se tiene de este colectivo. Otros autores como *Poblete y Jiménez*⁷⁸ consideran que es más bien la propia esfera interna o

⁷⁷ MUÑOZ-CANTERO, J., NOVO-CORTI, I. y REBOLLO-QUINTELA, N.: “Análisis de las actitudes de los jóvenes trabajadores del sector textil hacia la discapacidad: diferencias por razón de género”. *Revista de Investigación Educativa*, Vol. 31, núm. 1, 2012, págs. 93-115.

⁷⁸ POBLETE TOLOZA, Y. y JIMÉNEZ FIGUEROA, A.E.: “Propuesta de intervención psicosocial en autodeterminación, habilidades sociales y capacidad emprendedora: contribución desde la psicología a la integración de las mujeres microempresarias con discapacidad intelectual”, *Psychologia*, Vol. 7, núm. 2, 2013, págs. 55-67.

psicológica de la mujer con discapacidad la que la conduce a esta situación. En la misma línea, nos encontramos a *Fernández Santiago*⁷⁹ que considera que la autopercepción negativa que tienen de sí mismas las conduce irremediablemente a un completo desconocimiento de su propias capacidades y potencialidades. También entiende que entran en juego otros factores como la sobreprotección familiar de la mujer, su conciliación de la vida familiar y laboral, la baja representatividad en cargos decisorios del movimiento asociativo o bien, la falta de proporcionalidad entre la formación que presenta la trabajadora y la oferta laboral a la que pretende aspirar.

3.6. Una especial referencia a la discapacidad sobrevenida

La discapacidad sobrevenida es definida por los artículos 1 a 3 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, como aquel proceso que pretende que el trabajador que haya sido declarado en situación de incapacidad parcial o en incapacidad permanente y que posteriormente recupere total o parcialmente su capacidad laboral, pueda retornar al centro de trabajo con facilidad.

Según *Wyndaele y Wyndaele*⁸⁰, cuando la discapacidad es sobrevenida “*puede incrementar un mayor nivel de desajuste al comparar la vida antes con la de después de ese suceso traumático, desencadenando cambios en la vida de los afectados, que pasan bruscamente de vivir de forma sana e independiente a depender de los familiares o de cuidadores para llevar a cabo sus actividades de la vida diaria, y, por tanto, necesitar adaptarse a nuevas formas de vida y de relación con el entorno*”

Según el Colectivo IOÉ en 2012⁸¹, entre los motivos o causas desencadenantes de esta discapacidad sobrevenida pueden encontrarse los siguientes: los trastornos perinatales (7% del total, teniendo los congénitos un 5.9% y los relacionados con el parto, un 1.2%); los accidentes (9% que se desglosa en un 2.5% para los laborales, un 1.9% en los domésticos y 1.8% en los de tráfico); y, las enfermedades como causa predominante (que

⁷⁹ FERNÁNDEZ SANTIAGO, P. *Compendio sobre violencia de género y factores de discriminación en la mujer con discapacidad*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 78.

⁸⁰ WYNDAELE, M. y WYNDAELE, J.: “Incidence, prevalence and epidemiology of spinal cord injury: What learns a worldwide literature survey?”, *Spinal Cord*, Vol 44, núm. 9, 2006, págs. 523-529.

⁸¹ PEREDA, C., DE PRADA, M.A., ACTIS, W.: “Discapacidades e inclusión social”, *Colección Estudios Sociales*, núm. 33, 2012, pág. 60.

alcanzan hasta un 60%. En concreto, las comunes con un 57.1% y las profesionales con un 5.1%). El resto es debido a otras causas (16%) o bien, “no constan” (8%). De hecho, según una estadística de este mismo colectivo, se demostró que más de un tercio de las personas en edad laboral con discapacidad tuvo que modificar su relación de trabajo cuando se manifestó o agravó dicha discapacidad. De manera que, según este estudio dichas personas quedarían relegadas inevitablemente a las siguientes situaciones: el abandono del mercado de trabajo, “incapacitado/a para trabajar”, pensionistas de pensión contributiva o no contributiva y “tarear domésticas”⁸².

Si bien en el supuesto de una incapacidad parcial, el artículo 1.1 de este texto legal ofrece una solución sencilla, pues le impone al empresario la obligación de reincorporar al trabajador. En cambio, si el trabajador ha sido declarado en situación de incapacidad permanente, que podrá ser total o parcial, habrá que distinguir dos situaciones distintas:

a) La incapacidad permanente parcial

Si con la incapacidad permanente se ve mermado el puesto de trabajo que desarrollaba con anterioridad a la declaración de su incapacidad, en caso de que esto no haya afectado a su rendimiento, el empleador deberá reincorporarlo en el mismo puesto o, en su defecto, tendrá que mantenerlo en uno del mismo nivel retributivo.

Ahora bien, cuando la incapacidad sí tenga incidencia en el rendimiento normal del trabajador, el empresario podrá ocuparlo en un puesto de trabajo que resulte adecuado a su capacidad residual y, de no haberlo, podrá reducirle el salario sin poder ser dicha disminución salarial superior al 25 por 100 ni tampoco pudiendo ser los ingresos inferiores al salario mínimo interprofesional si realizase una jornada completa, pero ello siempre que se acredite suficientemente la disminución en el rendimiento.

También hay que tener en cuenta que, si el trabajador se encuentra en una situación de incapacidad permanente parcial, pero finalmente recupera totalmente la capacidad laboral para el ejercicio de su profesión habitual, tendrá derecho a reincorporarse en su puesto de trabajo originario. Pero el cambio de puesto de trabajo a otra categoría inferior se verá condicionado a que el trabajador recupere su capacidad total para desempeñar el puesto

⁸² PEREDA, C., DE PRADA, M.A., ACTIS, W.: “Discapacidades e inclusión social”, *Colección Estudios Sociales*, núm. 33, 2012, págs. 110-111.

de trabajo y que se convertirá en un cambio definitivo si transcurren más de tres años y el trabajador aún continúa en dicha situación.

b) La incapacidad permanente total

Aunque el artículo 49.1 e) del Estatuto de los Trabajadores establece como causa de extinción del contrato de trabajo la “*gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador*” lo hace “*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2*” que entiende que el contrato puede quedar suspendido y no extinguido con reserva del puesto de trabajo por un periodo de dos años desde la fecha de la resolución que declare la invalidez permanente, siempre que el órgano de calificación considere que la situación del trabajador pueda remitir y sea posible su reincorporación en el puesto de trabajo. Por lo tanto, en este caso, no se aplicarían las disposiciones del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por cuanto la situación se resuelve con lo dispuesto en la LET.

Ahora bien, cuando el contrato resulte extinguido y el trabajador recupere su capacidad laboral, tendrá preferencia absoluta para ser readmitido en la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo profesional y en la última empresa en la que haya trabajado. Cuando el trabajador no recupere plenamente su capacidad de trabajo, pero pase de una invalidez permanente a una incapacidad permanente parcial, también se les reconocerá esta preferencia, aunque si bien deberá adecuarse a la capacidad laboral que presente el trabajador. Por estas readmisiones, las empresas podrán reducirse el 50 por 100 de la cuota patronal de la Seguridad Social que se corresponda con las contingencias comunes durante un período de dos años.

Si los trabajadores tuvieran derecho a ser readmitidos por los dos supuestos anteriores, deberán comunicárselo a la empresa y a los representantes del personal dentro del plazo de un mes que se contará a partir de la declaración de aptitud del trabajador por el organismo correspondiente. La empresa, por su parte, deberá comunicarle al trabajador, las vacantes de igual o inferior categoría que queden libres. Ahora bien, si la vacante implicara un cambio de residencia porque la empresa tiene varios centros de trabajo, entonces el trabajador podrá elegir entre ocuparla o bien, esperar a que haya una plaza en el centro de trabajo donde tenga establecida su residencia.

Si no se cumplen las condiciones que hemos referido, es decir, si el trabajador no recupera total o parcialmente la capacidad laboral, podemos acudir a figuras residuales como la recolocación prevista por los convenios colectivos o la recolocación con fundamento en

el artículo 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales puesto que, según Iglesias Cabero⁸³, serán beneficiarios de la protección dispensada por este precepto, los trabajadores discapacitados especialmente sensibles que *“será aquel que tenga una discapacidad física, psíquica o sensorial, que sea sobrevenida, congénita o profesional, temporal o permanente, pero que esté debidamente reconocida, entendiéndose por tal, que sea calificada en alguno de los grados de minusvalía”*. Por tanto, *“la extinción del contrato de trabajo por ineptitud del trabajador exige, en general, que el trabajador haya perdido, cualquiera que sea la causa, las condiciones de idoneidad mínimamente exigibles para el adecuado desempeño de las principales tareas de su puesto de trabajo ... tratándose de trabajadores especialmente sensibles, el supuesto de hecho más habitual se produce cuando el trabajador se reincorpora al trabajo tras haber padecido algún tipo de dolencia que le arrastra secuelas que lo convierten en un trabajador especialmente sensible a determinados riesgos, pudiendo existir incluso una declaración del Servicio de Prevención de “no apto” para las labores que venía desempeñando ... en tales ocasiones, debemos exigir la plena demostración por parte de la empresa de la incapacidad para la realización del trabajo, y en su caso la de que ha tratado de adecuar el puesto de trabajo a las limitaciones del trabajador, ya que es cierto que para el correcto ejercicio de la facultad resolutoria empresarial basada en ineptitud sobrevenida, la empresa ha de demostrar, por ser ella sobre la que recae la carga de la prueba, no solo la concurrencia de la ineptitud del trabajador, sino también la imposibilidad de adecuar el puesto de trabajo a las limitaciones del trabajador”*”.

(Sentencia núm. 1433/2020 de 14 de mayo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª)). Hay que tener en cuenta en estos casos, que el despido es siempre la última ratio. Como también insiste la Sentencia núm. 2628/2019 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 17 de diciembre, *“la ineptitud podrá ser originaria o sobrevenida, pero en cualquier caso deberá ser permanente y afectar al conjunto o a las más importantes funciones del trabajador”*.

En palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 11 de abril de 2013, *“el concepto de discapacidad debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas o mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la*

⁸³ IGLESIAS CABERO, M. (coord.), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 140-141.

persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores". En cambio, *“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”*.

No cabe olvidar lo establecido por el artículo 5 de la Directiva 2000/78 para las medidas de adaptación del trabajador que se conceptualiza como *“una obligación dirigida a los empresarios, según la cual deberán realizarse ajustes razonables a fin de cumplir con el principio de igualdad de trato de este colectivo. No obstante, el empresario quedará eximido de su cumplimiento en aquellos supuestos en los que la adopción de las medidas suponga una carga excesiva”* (Sentencia núm. 1601/2020 de 13 de mayo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª).

3.6.1. El proceso de readaptación profesional en los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales

El proceso de readaptación profesional de un trabajador que haya sufrido un accidente de trabajo o una enfermedad profesional con pronóstico de incapacidad permanente total y pretenda reincorporarse al puesto de trabajo se compone de las siguientes fases⁸⁴:

1. El médico rehabilitador hace una valoración de sus capacidades e intereses para saber cuál es el momento oportuno de iniciar la formación profesional.
2. El equipo de readaptación debe asignarle al trabajador tareas propias de la profesión que haya elegido, de manera que, se puedan evaluar los resultados junto con la empresa donde trabajó antes de la incapacidad sobrevenida para que la formación se oriente a ese concreto puesto que vaya a desempeñar.

Los programas de la formación profesional tienen una aplicación directa en la actividad profesional que ejercerá el trabajador una vez quede readaptado para la vida laboral. En ellos, se tienen en cuenta las siguientes variables: capacidad física, trabajo autónomo o por cuenta ajena, nivel académico, nivel intelectual, si su residencia está establecida en ciudad o en zona rural, trabajos de oficina o industriales. También quedará financiado el

⁸⁴ Instituto de Migraciones y Servicios Sociales. *Minusval. Una aproximación al tema de la discapacidad*. 1ª ed., Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales e Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, Madrid, 2000, págs. 145-147.

autoempleo por la Mutua a través del Fondo de Prestaciones Especiales si el trabajador presenta un proyecto viable.

En conclusión, el éxito de la readaptación profesional del trabajador que haya sufrido una enfermedad profesional o un accidente laboral que haya sido clasificado con una incapacidad permanente total depende de dos factores:

- a) Brindarle la oportunidad de formarse en un oficio donde pueda desarrollar sus capacidades físicas.
- b) Autoconvencimiento de asumir la formación profesional y posterior búsqueda de empleo.

3.7. Una especial referencia a la situación laboral de las personas con infección por el VIH

Desde la Sentencia de 10 de marzo 2011 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Kiyutin c. Rusia (f. 57) se catalogó a la infección del VIH como una forma de discapacidad, más aún *“cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para su trabajo”*.

Luego, la Organización Internacional del Trabajo en consonancia con lo predicado por los artículos 3, 8 y 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, y consciente de que la epidemia del VIH se ha convertido en crisis mundial, ha elaborado junto a sus mandantes tripartitos y los interlocutores internacionales, un repertorio de recomendaciones prácticas con las que se pretende gestionar y atenuar los efectos del VIH en el ámbito laboral. Todo ello en aras de paliar la discriminación laboral con la que tienen que luchar habitualmente toda la población afectada por esta enfermedad, de manera que, el objetivo principal de este repertorio se convierte en la promoción de un trabajo digno.

Algunas de las soluciones que se plantea la OIT y sus otros colaboradores en el “Repertorio de recomendaciones prácticas sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo” son las siguientes⁸⁵:

- a) Reconocimiento del VIH como *enfermedad profesional grave*.
- b) El *derecho a la confidencialidad* en el ámbito laboral que supondría que el trabajador no tenga por qué informar al empleador de su enfermedad. De hecho, en palabras de la OIT, el acceso a sus datos personales debería quedar amparado por el Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre protección de los datos personales de los trabajadores de 1997.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos si considera que hay un incumplimiento en materia de confidencialidad, puede entender vulnerado el artículo 8 CEDH. Entre otras, cabe destacar la resolución tomada por el TEDH en Caso I. contra Finlandia, 17 de julio de 2008, Demanda n.º 20511/03⁸⁶.

- c) No puede ser considerada como *causa de despido*. Por un lado, la Organización Internacional del Trabajo, en su Recomendación sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo n.º 200 del año 2010, entiende que “*el estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH no debería ser un motivo para terminar una relación de trabajo*”.

⁸⁵ Organización Internacional del Trabajo. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo de trabajo. 2001. [en línea]. [Consulta: 27-11-2020]. Disponible en: https://www.who.int/occupational_health/activities/oehtcdrom10.pdf; y, GIUZIO, G.: “La recomendación n.º 200 sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo del año”, *Derecho Laboral. Revista de Doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, Vol. 53, núm. 239, 2010, págs. 9-10.

⁸⁶ La demandante trabajaba como enfermera de un hospital público y sus compañeros de trabajo sospechando de su enfermedad, acceden al registro de pacientes. En este caso, en aras de proteger a los ciudadanos de las injerencias de los poderes públicos en su esfera privada y familiar, declara al Estado finlandés como responsable de esta intromisión ilegítima y arbitraria, ya que, se entiende vulnerado el artículo 8 del CEDH al haber quedado omitidas las leyes nacionales en materia de confidencialidad de datos médicos.

En la misma línea se encuentra el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en el *Caso IB. Contra Grecia*, 3 de octubre del 2013⁸⁷, los considera un colectivo vulnerable y ello no por la enfermedad que sufren, sino precisamente por la estigmatización a la que se ven sometidos.

En el panorama nacional, el artículo 55.5 de la Ley de Estatuto de los Trabajadores es tajante al declarar nulo el despido “*que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en las Leyes o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajo*”. Sin embargo, la jurisprudencia considera que, para que el despido sea declarado nulo, “*es necesario que por parte del actor se aporte una <<prueba verosímil>>* [STC [207/2001, de 22 de octubre \(RTC 2001, 207\)](#)] o «*principio de prueba*» revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación (entre otras, SSTC [308/2000, de 18/diciembre \(RTC 2000, 308\)](#) ; [41/2002, de 25 de febrero \(RTC 2002, 41\)](#) ; 17/2003, de 30 de enero; y, 98/2003. Pero, en todo caso, «*el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales*» (SSTC [14/2002, de 28/enero \(RTC 2002, 14\)](#) ; 29/2002, 11/febrero; y, [41/2002, de 25/febrero \(RTC 2002, 41\)](#)).

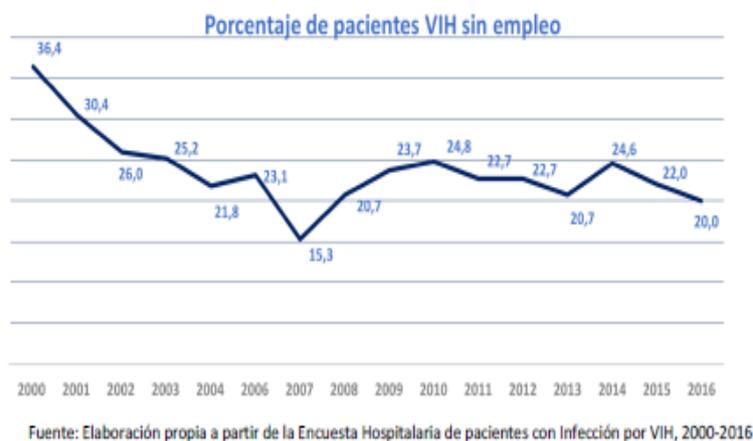
- d) *Diálogo social* entre los empleadores, los trabajadores y sus representantes, así como la de éstos con el gobierno para así fomentar la colaboración y

⁸⁷ Un trabajador de nacionalidad griega recibe una carta de despido tras haber informado a algunos compañeros de trabajo sobre su estado de salud. Este Tribunal falla por unanimidad, con la declaración del despido como nulo y reconociendo que la causa del despido no ha sido otra que la discriminación por su enfermedad, entendiendo que dicha decisión del empleador ha contravenido conjuntamente los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

confianza mutua en el mundo laboral. Entre otras cuestiones, se prevé que las empresas negocien con los representantes de los trabajadores unas condiciones de contratación y de trabajo adecuadas a la propia condición del VIH, así como la implementación de programas en el centro de trabajo dirigidos a informar y educar a la plantilla en materia de prevención, atención y asistencia con el fin de no recurrir a prácticas discriminatorias hacia los trabajadores que sufran esta enfermedad⁸⁸.

Para ilustrarnos de alguna manera sobre la situación laboral de personas con el VIH, aportamos una encuesta de pacientes de un hospital español realizada en el tramo del 2000 al 2016 por el Plan Nacional sobre el Sida.

Figura 1. Evolución del desempleo en pacientes con infección por el VIH, 2000-2016



⁸⁸ GIUZIO, G.: “La recomendación n° 200 sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo del año”, *Derecho Laboral. Revista de Doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, Vol. 53, núm. 239, 2010, pág. 10.

CONCLUSIONES

Los prejuicios y estereotipos contruidos en el imaginario de la población, así como la falta de información y el desconocimiento de la realidad social y de las serias dificultades a las que se enfrentan estos dos colectivos para integrarse en el entorno laboral, desemboca inevitablemente en una injustificada pero frecuente, discriminación por razón de género y por discapacidad. Si bien España es uno de los países que les brinda mayor reconocimiento jurídico, lo cierto es que, nuestro país demanda una normativa más amplia y más específica para que, entre otros motivos, la política de empleo no quede concentrada en los proyectos de empleo financiados por la Administración públicas, las asociaciones LGTBI y los proyectos privados promovidos por fundaciones de apoyo a las personas con diversidad funcional, sino llegar hasta tal punto en que la condición de transexual, transgénero y de persona con diversidad funcional no sea un elemento identificativo de la persona, y que el empresario por fin se concentre en sus capacidades, aptitudes profesionales y formación adquirida de manera objetiva.

Aunque el empleador pueda desconocerlo, también hay que tener en cuenta que la propia persona trans contribuye involuntariamente en su exclusión del mercado laboral, pues a parte de perseguir un empleo acorde con lo que demanda, tiene que hacer frente a otros obstáculos propios de su esfera personal como la propia aceptación de su identidad de género, el rechazo familiar al que pueden verse sometidos o la falta de formación debida, casi siempre por el proceso de transición que está experimentando. Por ello es importante que previamente a su acceso al mercado laboral, se le acompañe en su proceso de aceptación personal. Por lo tanto, y en aras de evitar que este colectivo permanezca anclado en las altas tasas de desempleo que lo caracterizan, así como su permanencia en empleos marginales que mayoritariamente se reconducen a la prostitución, debe de plantearse la creación de programas específicos de inserción laboral dirigidos a integrar a la población trans, dónde se incluya formación, capacitación y bolsa de empleo, sin olvidarnos de la implementación de acciones formativas enfocadas en la sensibilización de la plantilla de cada centro de trabajo, de manera que, aquellos trabajadores que presenten conductas discriminatorias con sus compañeros trans puedan ser sancionados duramente por la empresa.

Si bien las personas con una discapacidad originaria no tienen por qué atravesar un proceso de aceptación de su condición, no podemos decir lo mismo de aquellos

trabajadores que adquieran una discapacidad de manera sobrevenida, quienes tienen que desarrollar un proceso de readaptación profesional si su intención es reincorporarse en el puesto de trabajo que venían desempeñando. Considero que es igualmente necesario en este caso, que la plantilla esté concienciada con estos trabajadores, de manera que, las conductas contrarias a su inclusión en el centro de trabajo puedan ser igualmente castigadas por el empresario.

Por otro lado, tengo que poner de relieve que, a pesar de que, las tasas de desempleo de son igualmente preocupantes para las personas trabajadoras con diversidad funcional, he podido advertir que en general, se trata de un colectivo con mayor respaldo social y normativo que el de las identidades trans y sin poder encontrar una explicación en que la discapacidad como tal siempre haya existido en nuestra sociedad por cuanto los procesos de transición no son de una aparición más reciente, sino que al nunca haber tenido este colectivo un apoyo suficiente por parte de nuestra sociedad, ha incrementado notablemente en las últimas décadas, la reafirmación de la identidad de género. Sin embargo, tampoco puede proclamarse que se haya logrado el objetivo europeo de que los trabajadores con diversidad funcional se encuentren en una igualdad de condiciones con respecto al resto de población que no tiene una discapacidad y ello se comprueba en que el legislador ha tenido que idear mecanismos de inserción laboral a través de políticas de empleo públicas y de subvenciones al empresario para animarlo de alguna manera a que este contemple otro espectro cuando demande plantilla para su centro de trabajo, ya que en muchas ocasiones el trabajador queda reconducido a proyectos privados como la ONCE o el IMSERSO.

De igual manera, nos llama la atención como nuevamente el género femenino es castigado cuando la mujer sea transexual o sea una persona con diversidad funcional por cuanto deberá hacer frente a una doble discriminación. Las consecuencias de ello pueden comprobarse en que las tasas de desempleo son más altas que en la de los hombres trans o hombres con discapacidad, así como la diferencia en la calidad de los puestos de trabajo a los que estas pueden incorporarse.

A fin de cuentas, si se insertan definitivamente a estos dos colectivos en las mismas condiciones de igualdad que el resto de las personas CIS y las personas sin diversidad funcional, quizá este panorama de inclusión sociolaboral se pueda trasladar a la población en general y que, por fin, no solo se pierdan los estigmas sociales y discriminatorios, sino

que, los futuros trabajadores y trabajadoras puedan integrarse en un entorno de plena socialización e independencia económica por medio de un empleo digno, de manera que, pueda decirse que hay una igualdad de oportunidades para todos los demandantes de empleo de nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

AGUILERA IZQUIERDO, R.: *El régimen jurídico de las empresas de inserción*. 1ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2009.

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2008.

ALZAGA VILLAAMIL, O. y OLARTE ENCABO, S.: *Políticas de Empleo y Colectivos con Especiales Dificultades. La <<Subjetivación>> de las Políticas Activas de Empleo*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008.

BIEL PORTERO, I.: *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*. 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

CASADO PÉREZ, D.: *Comunicación social en discapacidad. Cuestiones éticas y de estilo*, 2ª ed., Real Patronato sobre Discapacidad, Polibea, Madrid, 2003.

CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: *Discriminación y orientación sexual del trabajador*. Lex Nova Editorial, Valladolid, 2002.

CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

FERNÁNDEZ IGLESIAS, J. L.: *Guía de estilo sobre discapacidad para profesionales de los medios de comunicación*. Real Patronato sobre Discapacidad, Polibea, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ SANTIAGO, P.: *Compendio sobre violencia de género y factores de discriminación en la mujer con discapacidad*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

GARCÍA S, SOLER, C. y DOLAN, S. *La dirección por valores (DpV): el cambio más allá de la dirección por objetivos*. 2ª ed., McGraw Hil-ESADE, Madrid, 1997.

IGLESIAS CABERO, M (coord.). *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Civitas, Madrid, 1997.

Instituto de Migraciones y Servicios Sociales. *Minusval. Una aproximación al tema de la discapacidad*. 1ª ed., Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales e Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, Madrid, 2000.

LÓPEZ-ARANGUREN MARCOS, L. Mª. *Las empresas de inserción en España. Un marco de aprendizaje para la inserción laboral*, Colección Estudios, Madrid, 2002.

MISSÉ, M.: *Transexualidades. Otras miradas posibles*. 2ª ed., Egales Editorial, Madrid, 2014.

PAZ ARES, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación”, en AA.VV. (MOLINA NAVARRETE, C., Dir.): *Comentario a la constitución socio-económica de España*, 1ª ed., Comares, Granada, 2002.

PLATERO MÉNDEZ, R. L. *Trans*exualidades. Acompañamiento, factores de salud y recursos educativos*. 2ª ed., Edicions Bellaterra, Barcelona-Madrid, 2014.

RIZO MORALES, P., y MONTEJANO HILTON, M. E.: *Familia y Discapacidad*. 1ª ed., Ciudad de México: Tirant Humanidades, 2016.

ROOM, G.: *Beyond the threshold: the measurement and analysis of Social Exclusion*, The Polity Press, Bristol, 1995.

VALLECILLO GÁMEZ, M.R. y MOLINA NAVARRETE, C. *Empresas de inserción y mercados de trabajo inclusivos. Nuevo marco regulador y modelos de gestión*. Ed. Comares, Granada, 2008.

VERDUGO ALONSO, M. A.: *Personas con discapacidad. Perspectivas psicopedagógicas y rehabilitadoras*, 3ª ed., Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2002.

Artículos de revista:

ALEXY, R.: “Teoría de los derechos fundamentales”, *Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 34, 1993.

BALLESTER PASTOR, M.A.: “Las directivas sobre aplicación del principio del principio de igualdad de trato de las personas por razón de origen racial o étnico (2000/43)

y por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (2000/78)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 21, 2003.

CÁMARA BOTÍA, A.: “Las empresas de inserción: aspectos laborales”, Civitas. Revista española de derecho del trabajo, núm. 135, 2007.

GIUZIO, G.: “La recomendación nº 200 sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo del año”, *Derecho Laboral. Revista de Doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, Vol. 53, núm. 239, 2010.

MONTOYA MELGAR, A.: “El ámbito personal del derecho del trabajo: tendencias actuales”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2006.

MUÑOZ-CANTERO, J., NOVO-CORTI, I. y REBOLLO-QUINTELA, N.: “Análisis de las actitudes de los jóvenes trabajadores del sector textil hacia la discapacidad: diferencias por razón de género”. *Revista de Investigación Educativa*, Vol. 31, núm. 1, 2012.

PEREDA, C., DE PRADA, M.A., ACTIS, W.: “Discapacidades e inclusión social”, *Colección Estudios Sociales*, núm. 33, 2012.

POBLETE TOLOZA, Y. y JIMÉNEZ FIGUEROA, A.E.: “Propuesta de intervención psicosocial en autodeterminación, habilidades sociales y capacidad emprendedora: contribución desde la psicología a la integración de las mujeres microempresarias con discapacidad intelectual”, *Psychologia*, Vol. 7, núm. 2, 2013.

RIVAS VAÑÓ, A. y RODRÍGUEZ-PIÑERO MOYO, M.C.: “Orientación sexual y no discriminación: El debate en Europa”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 52, 1999.

SEOANE, J.A.: ¿Qué es una persona con discapacidad? *Ágora - Papeles de Filosofía*, Vol. 30, núm. 1, 2011.

VIDAL ESPINOZA, R., y CORNEJO VALDERRAMA, C.: “Trabajo y discapacidad: una mirada crítica a la inclusión al empleo”, *Papeles de Trabajo*. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Etnolingüística y Antropología Socio-Cultural, núm. 31, 2016.

WYNDAELE, M. y WYNDAELE, J.: “Incidence, prevalence and epidemiology of spinal cord injury: What learns a worldwide literature survey?”, *Spinal Cord*, Vol 44, núm. 9, 2006.

Recursos electrónicos:

CIS. Estudio n. ° 3.000. Percepción de la discriminación en España. Septiembre de 2013. [en línea]. [Consulta: 08-01-2021]. Disponible en: http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3000_3019/3000/es3000mar.pdf

Comisión de las Comunidades Europeas. Informe conjunto sobre la inclusión social en el que se resumen los resultados del examen de los planes nacionales de acción a favor de la inclusión social (2003-2005). 2003. [en línea]. [Consulta: 15-01-2021]. Disponible en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2003/ES/1-2003-773-ES-F1-1.Pdf>

Comisión Europea. Eurobarómetro. Discriminación en la UE en 2015. 2015. [en línea]. [Consulta: 07-01-2021]. Disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d629b6d1-6d05-11e5-9317-01aa75ed71a1>

ILGA. The International Lesbian, Gay, Bisexual and Trans and Intersex Association. The personal and the political: attitudes to LGBTI people around the world. Encuesta en 65 países de todo el mundo, mediante la tecnología RIWI (on-line). Octubre 2016. [en línea]. [Consulta: 08-01-2021]. Disponible en: https://ilga.org/downloads/07_THE_ILGA_RIWI_2016_GLOBAL_ATTITUDES_SURVEY_ON_LGBTI_PEOPLE.pdf

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Gobierno de España. Las personas LGBT en el ámbito del empleo en España: hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género. 2017. [en línea]. [Consulta: 7-01-2021]. Disponible en: <https://www.inmujer.gob.es/actualidad/NovedadesNuevas/docs/2017/2017LGBTAmbitodelEmpleo.pdf>

Observación general número 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativas a personas con discapacidad, de 1994. [en línea]. [Consulta: 16-01-2021]. Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/epcomm5s.htm>

Organización Internacional del Trabajo. Datos sobre discapacidad en el mundo del trabajo. 2007 [en línea]. [Consulta: 17-01-2021]. Disponible en:

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_087709.pdf

Organización Internacional del Trabajo. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo de trabajo. 2001. [en línea]. [Consulta: 27-11-2020]. Disponible en: https://www.who.int/occupational_health/activities/oehcdrom10.pdf

Organización Mundial de la Salud. Informe mundial sobre la discapacidad. 2011 [en línea]. [Consulta: 17-01-2021]. Disponible en: https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/es/

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Perspectivas de empleo, Edición 2006, 2006. [en línea]. [Consulta: 17-12-2020]. Disponible en: https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/empl_outlook-2006-sum-es.pdf?expires=1611225076&id=id&accname=guest&checksum=E47B129586EADD29015EEB149DB975E9

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Perspectivas de empleo, Edición 2008, 2008. [en línea]. [Consulta: 17-12-2020]. Disponible en: <http://www.oecd.org/employment/emp/40970397.pdf>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Perspectivas de empleo, Edición 2017, 2017. [en línea]. [Consulta: 17-12-2020]. Disponible en: <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/c5c1846a-es/index.html?itemId=/content/component/c5c1846a-es>

World Health Organization & Instituto Nacional de Servicios Sociales. Clasificación internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalías: manual de clasificación de las consecuencias de la enfermedad: publicada de acuerdo con la resolución WHA29.35 de la Vigésimonovena Asamblea Mundial de la Salud, Mayo 1976. 1994 [en línea]. [Consulta: 17-01-2021]. Disponible en: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/131983>

Normativa

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Consejo Europeo de Estocolmo del 23 y 24 de marzo de 2001.

Consejo Europeo extraordinario de Lisboa del 23 y 24 de marzo de 2000.

Constitución Española de 1978.

Convención de la ONU sobre los derechos de la personas con discapacidad del 13 de diciembre de 2006.

Convención Europea de Derechos Humanos de 1950.

Convenio número 88 de la OIT relativo a la organización del servicio de empleo de 1948.

Convenio número 96 de la OIT relativo a las agencias retributivas de colocación de 1949.

Convenio número 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación de 1958.

Convenio número 122 de la OIT sobre la política del empleo de 1964.

Convenio número 181 de la OIT sobre Agencias de Empleo Privadas de 1997.

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

Directiva 76/207/CEE de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gais, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia.

Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género.

Ley 148/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gais, transexuales, bisexuales e intersexuales.

Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

Ley 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación.

Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Ley 3/2016, de 22 de julio, de protección integral contra la LGBTIfobia y la discriminación por razón de orientación e identidad sexual.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales.

Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

Ley 46/2003, de 29 de diciembre, para la mejora de crecimiento y del empleo.

Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gais, transexuales, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGBTI fobia.

Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género.

Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas “*Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*” de 2001.

Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas “*Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI*” de 2006.

Principios de Yogyakarta de marzo de 2007, sobre la aplicación de legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

Propuesta de resolución del Parlamento Europeo, de 7 de enero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior.

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.

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

Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad.

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.

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 Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo.

Real Decreto Legislativo 5/2002, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

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.

Recomendación N° (92) 6, del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a una política coherente para las personas con discapacidad.

Recomendación N° (98) 9, del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a la dependencia.

Resolución de 17 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva.

Tratado de Ámsterdam del 2 de octubre de 1997, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos.

Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 2004.

Jurisprudencia

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno), Caso P. c. S. y Cornwall County City, de 30 de abril de 1996 (TJCE 1996\77).

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno), Caso Lisa Jacqueline Grant c. South-West Trains Ltd., de 17 de febrero de 1998 (TJCE 1998\28).

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Pleno), Caso K.B c. National Health Service Pensions Agency Secretary of State for Health, de 7 de enero de 2004 (TJCE 2004\5).

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera), Caso Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions, de 27 de abril de 2006 (TJCE 2006\119).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), Caso. HK Danmark y otros, de 11 de abril de 2013 (TJCE 2013\122).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), Caso. DW c. Otros, de 11 de septiembre de 2019 (TJCE 2019\184).

- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Rees c. Reino Unido, de 17 de octubre de 1986 (TEDH 1986\11).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso B. c. Francia, de 25 de marzo de 1992 (TEDH 1992\43).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª), Caso L. c. Lituania, 11 de septiembre de 2007 (TEDH 2007\56).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª), Caso I. contra Finlandia, 17 de julio de 2008 (JUR 2008\232658).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), Caso Kiyutin c. Rusia, de 10 de marzo de 2011 (JUR 2011\67593).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), Caso IB. contra Grecia, 3 de octubre del 2013 (JUR 2013\308479).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), Caso Y.T. c. Bulgaria, de 9 de julio de 2020 (TEDH 2020\106).

- **Tribunal Supremo**

Sentencia del Tribunal Supremo 811/2002, de 6 de septiembre (RJ 2002\7180).

Sentencia del Tribunal Supremo 731/2008, de 18 de julio (RJ 2008\4484).

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2011 (RJ 2011/922).

- **Tribunal Constitucional**

Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1985, de 19 de julio (RTC 1985\88).

Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo (RTC 1987\37).

Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1988, de 21 de enero (RTC 1988\6).

Sentencia del Tribunal Constitucional 129/1989, de 17 julio (RTC 1989\129).

Sentencia del Tribunal Constitucional 264/1994, de 3 de octubre (RTC 1994\264).

Sentencia del Tribunal Constitucional 106/1996, de 12 de junio (RTC 1996\106).

Sentencia del Tribunal Constitucional 308/2000, de 18 de diciembre (RTC 2000\308).

Sentencia del Tribunal Constitucional 207/2001, de 22 de octubre (RTC 2001\207).

Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2002, de 28 de enero (RTC 2002\14).

Sentencia del Tribunal Constitucional 20/2002, de 28 de enero (RTC 2002\20).

Sentencia del Tribunal Constitucional 29/2002, de 11 de febrero (RTC 2002\29).

Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2002, de 25 de febrero (RTC 2002\41).

Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2003, de 30 de enero (RTC 2003\17).

Sentencia del Tribunal Constitucional 98/2003, de 2 de junio (RTC 2003\98).

Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004\196).

Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2007, de 27 de marzo (RTC 2007\62).

Sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008\176).

- **Tribunales Superiores de Justicia**

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección Única) núm. 292/2003, de 31 de enero (AS 2003\1718).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas (Sala de lo Social) núm. 1561/2003 de 7 de noviembre (AS 2003\3635).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 461/2006, de 19 de enero (JUR 2006\84419).

Sentencia Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 2276/2017, de 21 de noviembre (JUR 2018\32349).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 3ª) núm. 568/2018, de 24 de julio (AS 2019\132).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª) núm. 592/2019, de 19 de julio (AS 2019\1954).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 1189/2019, de 12 de noviembre (AS 2020\1694).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 2628/2019, de 17 de diciembre (AS 2020\991).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 2ª) núm. 184/2020, de 6 de febrero (AS 2020\1649).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 1601/2020, de 13 de mayo (AS 2020\2146).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 1433/2020, de 14 de mayo (AS 2020\2148).

- **Audiencia Provincial**

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 369/2003 (Sección 4ª), de 30 de septiembre (AC 2003\1630).

- **Juzgados de Primera Instancia**

Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 18 de Barcelona 142/2007, de 26 de marzo (AS 2007\1392).

Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona 472/2016, de 23 de diciembre (AS 2016\1794).