

Guía

*sobre la regulación
del empleo para
personas con
discapacidad en la
empresa ordinaria*

EDICIÓN

Obra Social "la Caixa"

AUTORÍA

Unidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona

DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN DEL PROYECTO

Oficina Técnica de Apoyo del Programa Incorpora Salud Mental

Pau Gabarrella, coordinador de la Oficina Técnica

Meritxell Martínez, técnica de la Oficina Técnica

DISEÑO GRÁFICO Y MAQUETACIÓN

Neorg.cat

[inicio](#)

[índice principal](#)

AUTORÍA Y COLABORACIONES

La elaboración de este libro ha sido posible gracias al equipo de redacción coordinado por el profesor Ricardo Esteban y compuesto por las siguientes personas:

COORDINADOR DE LA OBRA

Ricardo Esteban Legarreta. Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona.

LISTADO DE AUTORES

Ricardo Esteban Legarreta. Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona.

Carolina Gala Durán. Catedrática acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona.

Guillermo García González. Abogado en ejercicio. Profesor asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona.

David Gutiérrez Colominas. Personal investigador en formación (Programa Formación Profesorado Universitario 2013 del Ministerio de Educación) de la Unidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona.

Albert Pastor Martínez. Profesor agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona.

Jorge Pérez Pérez. Subinspector de Empleo y Seguridad Social. Profesor asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona.

Xavier Solà Monells. Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona.

Helena Ysàs Molinero. Investigadora posdoctoral de la Unidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona.

Han colaborado en la revisión de esta obra:

Faustino Arias Menor. Técnico de Protección Civil y Planes de Autoprotección.

Sara Berbel Sánchez. Doctora en Psicología Social y experta en políticas de igualdad.

Glòria Canals Sans. Licenciada en Psicología Clínica y Pedagogía Terapéutica, directora de Aura Fundación, presidenta de la Associació Catalana de Treball amb Suport (ACTAS), ex presidenta de la Asociación Española de Empleo con Apoyo (AESE) y colaboradora experta de la European Union Supported Employment (EUSE).

Mireia Carreño Bosch. Responsable de recursos humanos con experiencia en empresas de diferentes sectores industriales y, actualmente, responsable del Departamento de Recursos Humanos de Croda Ibérica.

Anna Cohi i Ramon. Directora general de la Fundación DAU.

Maria Josep Delor Bonfill. Licenciada en Derecho y directora técnica de la Fundación Pere Mata.

Glòria Gómez Marcé. Licenciada en Derecho y jefa de sección de Programas de Fomento para la Diversidad del Departamento de Empresa y Empleo de la Generalitat de Catalunya.

Míriam González Folino. Experta en proyectos comunitarios y políticas activas de ocupación desde el Tercer Sector Social y las Administraciones Públicas.

Laura González Marín. Técnica de Inserción Sociolaboral de la Fundación DAU.

Isabel Llorens Lacambra. Directora del Área de Servicios a las Personas de la Fundación DAU.

Núria Martínez i Barderi. Licenciada en Derecho y directora de la Fundación Privada DRISSA.

M^a Tiscar Martínez Martínez. Técnica de Inserción Sociolaboral de la Fundación DAU.

Sara Nieto Gómez. Técnica de Inserción Sociolaboral de la Fundación DAU.

Màrius Puig i Lleixà. Formación en Ciencias Económicas y directivo de la Fundación Privada President Amat Roumens.

David Ruiz Núñez. Técnico superior en prevención de riesgos laborales. Corporación de Empresas de Sant Boi de Llobregat, S.A.M.

Leandro Tacon Garcia. Experto en inclusión laboral y social de personas con necesidades de apoyos especializados. Coordinador de Ammfeina-Salut Mental Catalunya.

índice

68

BLOQUE 4

Aspectos preventivos

09

BLOQUE 1

Concepto de persona con discapacidad, capacidad de obrar y normas reguladoras del contrato de trabajo

77

BLOQUE 5

Obligación de reserva de empleo y responsabilidad social empresarial

28

BLOQUE 2

Acceso al empleo, apoyos, contratación y bonificaciones

87

BLOQUE 6

Extinción del contrato de trabajo por discapacidad, reactivación del vínculo laboral y acceso a la jubilación

56

BLOQUE 3

Condiciones de trabajo y adaptaciones

106

BLOQUE 7

Compatibilidad entre prestaciones de la Seguridad Social y trabajo de personas con discapacidad

Prólogo

La Obra Social “la Caixa”, comprometida con la inclusión social y la mejora de la calidad de vida de las personas con trastorno mental a través del fomento de la igualdad de oportunidades para su inclusión laboral, ha impulsado la implementación del Programa Incorpora Salud Mental en todas las entidades de la Red Incorpora del Estado.

En este marco, la Obra Social “la Caixa”, consciente de la relevancia e incidencia que los aspectos jurídicos tienen en los procesos de inserción laboral, ha desarrollado, con el apoyo de la Unidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, la presente *Guía sobre la regulación del empleo de las personas con discapacidad en la empresa ordinaria*, una recopilación de preguntas y respuestas sobre cuestiones jurídicas que responde a la demanda y la necesidad de muchas entidades de la Red Incorpora.

La *Guía sobre la regulación del empleo de las personas con discapacidad en la empresa ordinaria* persigue un doble propósito: por un lado, actuar como documento de consulta y referencia y, por el otro, contribuir a la formación de los profesionales que intervienen en los procesos de inserción laboral, tanto desde el ámbito de las entidades como desde el de las empresas.

No quisiéramos cerrar esta presentación sin poner en valor el planteamiento colaborativo desde el que se ha abordado la redacción de los contenidos que figuran en esta obra. Un proceso en el que han participado, además de sus promotores y autores, un grupo de expertos y expertas profesionales de distintas disciplinas que han revisado y realizado significativas aportaciones a la misma. A este equipo, agradecerles su colaboración y disponibilidad.

Introducción

La *Guía sobre la regulación del empleo de las personas con discapacidad en la empresa ordinaria* es consecuencia y primer resultado de la relación formalizada entre la Fundación Bancaria “la Caixa” y la Universidad Autónoma de Barcelona. Una colaboración materializada, en este caso concreto, en un convenio específico suscrito con la Unidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la mencionada universidad.

Esta obra pretende dar respuesta a las dudas jurídicas que surgen en torno al empleo de las personas con discapacidad, y que afectan, entre otros, a profesionales de la inserción laboral y otro personal al servicio de entidades, empresas y responsables de servicios de recursos humanos.

Más allá de su papel de documento de consulta, la presente guía pretende contribuir a la formación de los profesionales que intervienen de un modo u otro en el proceso de inserción. De ahí que el texto contemple algunos contenidos de alcance más general, como son, entre otros, los referidos al concepto de persona con discapacidad, al derecho al trabajo y deber de rendimiento o, en fin, a los instrumentos de regulación de la relación de trabajo como la ley, el convenio colectivo o el contrato de trabajo.

La obra combina adecuadamente un profundo conocimiento de la materia con el planteamiento práctico de la misma. En este sentido, el grupo de profesores y profesoras que ha intervenido en la elaboración de la obra ha participado en diversos proyectos de investigación sobre la regulación del empleo de personas con discapacidad, por lo que, siendo la Unidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UAB un grupo de referencia en el mapa universitario español,

esta guía puede ser entendida como una valiosa aportación al proyecto de investigación *Análisis jurídico-laboral de la estrategia global de empleo de las personas con discapacidad 2008-2012* (DER 2010-15855), promovido por el Ministerio de Ciencia e Innovación para el periodo 2011-2014.

Asimismo, en el proceso de elaboración de la guía ha jugado un papel relevante el panel de profesionales que ha intervenido como revisor desde la Oficina Técnica del Programa Incorpora Salud Mental de la Fundación Bancaria “la Caixa”, a fin de verificar si sus contenidos, enfoque y lenguaje eran los adecuados. A este respecto, todas las preguntas con respuesta han sido objeto de una exhaustiva relectura externa.

La guía está integrada por un total de treinta y cuatro preguntas con respuesta, en las que se concentra una selección de temáticas clave. En su elección se ha seguido también una estrecha colaboración entre el personal académico de la UAB y el ya mencionado panel de profesionales externos. El orden y la ubicación de las preguntas en siete bloques temáticos pretenden facilitar la localización de los contenidos así como ofrecer una visión coherente de los mismos. Respecto a ello, los bloques de preguntas son los que se reseñan a continuación. De una parte, el bloque I está integrado por seis preguntas dedicadas a aspectos básicos –concepto de persona con discapacidad, capacidad de obrar, instrumentos de regulación del contrato de trabajo, derecho del trabajo y rendimiento–, a partir del cual se pasa al bloque II, centrado en el acceso al empleo, apoyos, tipologías contractuales y medidas de fomento. Se trata de un bloque imprescindible, integrado por un total de ocho preguntas y que se detiene de modo particular en las modalidades de contratación utilizables con carácter más específico pero también con alcance más general. El

bloque III incluye un total de cuatro preguntas con una aproximación a los deberes de adaptación empresarial, así como al régimen jurídico de condiciones de trabajo especialmente sensibles como son el salario o las funciones de la prestación laboral. A continuación, el bloque IV agrupa en un total de tres preguntas con respuesta a las cuestiones clave en materia de prevención de riesgos laborales de las personas con discapacidad. El bloque V condensa en dos preguntas una visión general de la obligación de reserva de empleo y del régimen jurídico de las medidas alternativas, a las que se añade una tercera pregunta referida a la responsabilidad social de las empresas y al empleo de las personas con discapacidad. El bloque VI se dedica al análisis de seis cuestiones relacionadas con la extinción del contrato de trabajo por causa de discapacidad, preferencias y retornos al empleo, así como a varias cuestiones relacionadas con la jubilación y la discapacidad. La guía se cierra con el bloque VII, integrado por un total de cuatro preguntas relacionadas con la compatibilidad entre el trabajo y prestaciones de la Seguridad Social. En concreto, el texto se detiene en la incapacidad permanente en los grados de total, absoluta y gran invalidez, la invalidez no contributiva, las prestaciones por hijo a cargo con discapacidad y la pensión de orfandad.

Por lo demás, cabe señalar que en la elaboración de la presente guía se ha optado por la forma de pregunta con respuesta, para subrayar la pretensión fundamental de la obra: aportar solución a las dudas más frecuentes en torno al empleo de las personas con discapacidad. Eso sí, como es lógico, la respuesta a las preguntas no es telegráfica sino que sigue el formato de breve artículo en el que se exponen los aspectos más destacados de cada cuestión. El contenido de las respuestas se basa fundamentalmente en las normas apli-

cables, aunque en algunas ocasiones se citan sentencias, por lo general de salas de lo social del Tribunal Supremo o de los Tribunales Superiores de Justicia de las comunidades autónomas, cuando son imprescindibles para clarificar el alcance de la normativa aplicable.

En fin, solo queda concluir la presentación de la guía esperando que sea útil a sus destinatarios y destinatarias y les permita desempeñar su actividad en el ámbito de la inserción de personas con discapacidad con mayor seguridad en la toma de decisiones.

Ricardo Esteban Legarreta

*Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona
Bellaterra (Cerdanyola del Vallès), 3 de noviembre de 2014*

BLOQUE 1

CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD, CAPACIDAD DE OBRAR Y NORMAS REGULADORAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

- 1** ¿Cuál es el concepto de persona con discapacidad a los efectos del empleo? ¿Cómo puede acreditarse?
- 2** ¿Todas las personas tienen derecho al trabajo o hay algunas personas con discapacidad que tienen limitado su derecho al trabajo a causa de la discapacidad? ¿Cuál es el deber de rendimiento de las personas con discapacidad?
- 3** ¿La persona incapacitada tiene capacidad de obrar para firmar un contrato?
- 4** ¿Tiene derecho a voto en las elecciones sindicales un trabajador/a con discapacidad, incapacitado o incapacitable? ¿Tiene derecho a ser representante de los trabajadores?
- 5** ¿Cuál es el régimen jurídico aplicable a una persona con discapacidad que trabaja en una empresa ordinaria? ¿Es el aplicable al conjunto de los trabajadores o existe alguna adaptación o especialidad?
- 6** ¿Cuáles son los instrumentos de regulación del contrato de trabajo?



1.

¿Cuál es el concepto de persona con discapacidad a los efectos del empleo? ¿Cómo puede acreditarse?

Jorge Pérez

BLOQUE 1

CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD, CAPACIDAD DE OBRAR Y NORMAS REGULADORAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

La definición de un concepto de discapacidad en relación con el empleo ha sido una tarea compleja a escala internacional, y en la normativa interna de la mayoría de los países se ha tratado de diferentes maneras y con alcances distintos. Es innegable que los aspectos conceptuales adquieren especial relevancia, puesto que se trata de definir un ámbito de especial protección desde el punto de vista del derecho del trabajo y, por tanto, la definición conceptual determina el alcance auténtico de esa protección. Además, el derecho de la discapacidad tiene íntima relación con los derechos fundamentales y, muy especialmente, con la efectiva aplicación del principio de igualdad y con el diseño de políticas antidiscriminatorias eficaces.

Por otra parte, el tratamiento legislativo de esta materia en los distintos periodos históricos permite determinar las motivaciones particulares que han guiado la actuación legislativa en cada momento y, en última instancia, pone de manifiesto un gradual aumento de la sensibilidad en la producción de las normas hacia la realidad de las personas con discapacidad.

El concepto de discapacidad en la normativa anterior a la LGDPD. La LISMI introdujo una definición de discapacidad claramente insuficiente para una norma que pretendía erigirse, de facto, en un tratado normativo sobre discapacidad. Así, en su artículo 7 establecía que son personas con discapacidad aquellas «cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales». Es incuestionable la aproximación de la LISMI a los modelos sociales de discapacidad, así como la asunción de un concepto basado en los principios de la Clasificación Internacional de Deficien-

cias, Discapacidades y Minusvalías del 1980 y de la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud, que definían la minusvalía como la existencia de una barrera provocada por una deficiencia o una discapacidad, que limita o imposibilita el desarrollo normal de un individuo.

Desde un punto de vista laboral, el primer gran problema que planteaba la definición del artículo 7 de la LISMI era la omisión de toda referencia al grado exigible para entender producida la circunstancia que merita protección específica, a diferencia de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad (LIONDAU), que estableció un grado mínimo del 33% y que, además, consideraba afectados por tal grado de discapacidad a las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Estas diferencias conceptuales provocaron una anómala situación en la práctica, puesto que un individuo podía tener el reconocimiento de persona con discapacidad en ciertos ámbitos y no en otros, tal como se recoge en sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo (RJ 2007/4999), así como en las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2007 (RJ 2007/4627 y RJ 2007/6109), 29 de marzo de 2007 (RJ 2007/6110), 29 de mayo de 2007 (RJ 2007/7394) y 22 de julio de 2008 (RJ 2008/7638).

Especial relevancia tenía el hecho de que, a efectos de la acreditación de la cuota de reserva del 2% por parte de las empresas obligadas (art 38.1 de la antigua LISMI; artículo 42 de la LGDPD), únicamente computaban los trabajadores y trabajadoras

1. ¿Cuál es el concepto de persona con discapacidad a los efectos del empleo? ¿Cómo puede acreditarse?

que tuvieran reconocida una discapacidad por el organismo competente para ello, y no aquellos y aquellas que tenían reconocida una pensión de incapacidad permanente.

El concepto de discapacidad en la normativa vigente.

La entrada en vigor de la LGDPD el 4 de diciembre de 2013 ha venido a resolver los dos problemas señalados en relación con la LISMI, hoy derogada. Así, el artículo 4.1 de la nueva ley establece que «son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes, que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás». Pero ahora se añade en el apartado 2 de ese mismo artículo 4 que, a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33% y que se considerará que presentan una discapacidad en ese grado 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.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que en materia de empleo de personas con discapacidad es cada vez más frecuente la precisión conceptual del colectivo de personas con especial dificultad para el acceso al empleo. Así, por ejemplo, la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, que regula el derecho a las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social en la contratación de personas con discapacidad, prevé condiciones especiales cuando la persona contratada esté afectada por parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%, o una persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%. Idéntico concepto aparece en el Real Decreto 290/2005, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.

Aspectos formales. Certificación de la discapacidad.

Por lo que hace referencia a la acreditación de la discapacidad, el artículo 4.3 de la LGDPD establece que el reconocimiento del grado de discapacidad deberá ser efectuado por el órgano competente, acreditándose en los términos establecidos reglamentariamente y con validez en todo el territorio del Estado. La norma que regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad es el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre (RDRCD), que establece que la calificación del grado de discapacidad responde a criterios técnicos unificados, fijados mediante los baremos descritos en el anexo I del propio RDRCD, y serán objeto de valoración tanto las discapacidades que presente la persona como, en su caso, los factores sociales complementarios relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, edu-

cativa y cultural, que dificulten su integración social. El grado de discapacidad se expresará en porcentaje y constará en la correspondiente resolución, a la que se acompañará el dictamen técnico facultativo de la valoración de dicho grado de discapacidad.

Finalmente, respecto a la tipología de la discapacidad, que puede resultar relevante en el ámbito del empleo en relación, por ejemplo, con las bonificaciones que pueden aplicar las empresas por contratación de personas con discapacidad o con la composición de los enclaves laborales, el RDRCD establecía en su disposición adicional primera que debería figurar en los certificados y resoluciones de reconocimiento del grado de discapacidad, expedidos por organismo competente, el tipo de discapacidad en las categorías de psíquica, física o sensorial, según correspondiera.

No obstante, esta disposición ha sido modificada por el Real Decreto 1364/2012, de 27 de septiembre, que elimina esta exigencia y se limita a establecer que únicamente se certificará por el organismo competente el tipo o los tipos de deficiencia o deficiencias que determinan el grado de discapacidad reconocida, conforme a la información que conste en el expediente, a instancia de la persona interesada o de quien ostente su representación, y a los efectos que requiera la acreditación para la que se solicita. El organismo competente emitirá dicho certificado en el plazo máximo de 15 días naturales siguientes al de la presentación de la solicitud. Por tanto, actualmente debe dirigirse la persona interesada al organismo competente en materia de reconocimiento del grado de discapacidad, haciendo referencia a los efectos para los que solicita que se determine la tipología de su discapacidad.

BLOQUE 1

CONCEPTO DE PERSONA CON
DISCAPACIDAD, CAPACIDAD DE
OBRAR Y NORMAS REGULADORAS
DEL CONTRATO DE TRABAJO

1. ¿Cuál es el concepto de persona con discapacidad a los efectos del empleo? ¿Cómo puede acreditarse?

Contra las resoluciones definitivas que sobre reconocimiento de grado de discapacidad se dicten por los organismos competentes, los interesados podrán interponer reclamación previa a la vía jurisdiccional social, de conformidad con lo establecido en los artículos 69 a 73 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, que es la competente en esta materia.

BLOQUE 1

CONCEPTO DE PERSONA CON
DISCAPACIDAD, CAPACIDAD DE
OBRAR Y NORMAS REGULADORAS
DEL CONTRATO DE TRABAJO

2.

¿Todas las personas tienen derecho al trabajo o hay algunas personas con discapacidad que tienen limitado su derecho al trabajo a causa de la discapacidad? ¿Cuál es el deber de rendimiento de las personas con discapacidad?

Ricardo Esteban

BLOQUE 1

CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD, CAPACIDAD DE OBRAR Y NORMAS REGULADORAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

El derecho al trabajo y las políticas dirigidas al pleno empleo. El artículo 35.1 de la Constitución establece que los españoles tienen el derecho al trabajo, una proclamación constitucional que genera numerosos malentendidos en lo concerniente a su significado y alcance, que ha sido interpretada por distintas sentencias del Tribunal Constitucional. De especial significación es la sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de julio, que marcó una doctrina general todavía vigente al respecto. En este sentido, el Tribunal Constitucional remarcó que el derecho al trabajo no es el derecho de todos y todas a un puesto de trabajo. De este modo, no es posible exigir de los poderes públicos un puesto de trabajo, ya que la Constitución proclama la existencia de una economía de mercado (artículo 38 de la CE), lo que implica que los poderes públicos no disponen de un control general de la economía, por lo que no es posible la garantía de puestos de trabajo. Eso sí, de conformidad con lo previsto en el principio recogido en el artículo 40.1 de la Constitución, los poderes públicos, de manera especial, llevarán a cabo una política dirigida al pleno empleo. Ello significa que los poderes públicos deben esforzarse en llevar a cabo políticas para aproximarse al objetivo del pleno empleo. Este principio (artículo 40.1 de la CE) se ve reforzado por el de tutela específica de los derechos de las personas con discapacidad, establecido en el artículo 49 de la CE, según el cual «los poderes públicos promoverán una política de previsión de 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».

El derecho al trabajo en sentido individual. Dicho eso, desde una perspectiva constitucional y de acuerdo con la sen-

tencia del Tribunal Constitucional 11/1981, el derecho al trabajo en sentido individual (artículo 35.1 de la CE) comporta de modo especial la libertad de acceso al mercado de trabajo, de modo que todos tienen la libertad de acceder sin obstáculos a la actividad laboral y ese derecho al trabajo tiene un cierto peso a la hora de efectuar valoraciones en contextos de conflicto de intereses. Podría pensarse que el derecho al trabajo en perspectiva individual no tiene mayor importancia o significación pero ello no es siempre así. Por ejemplo, las personas que no acrediten ciudadanía española o de un país de la Unión Europea como regla general deberán obtener autorización para trabajar ya que, salvo excepciones, no disponen de derecho a trabajar en España. Asimismo, las personas menores de 16 años no son titulares del derecho al trabajo.

Asimismo, el derecho al trabajo en sentido individual comporta el derecho a la estabilidad en el empleo, es decir, el derecho a que el contrato de trabajo se extinga por causa justificada. Desgraciadamente, la tutela de esta vertiente del derecho al trabajo es muy débil teniendo en cuenta que, con carácter general, su protección se vehiculará mediante indemnizaciones agravadas cuando el empresario decida extinguir el contrato de trabajo sin causa o sin causa suficiente.

Derecho al trabajo individual y personas con discapacidad. Como cabe suponer, el derecho al trabajo también protege a las personas con discapacidad. En este sentido, la legislación reconoce el derecho de las personas con discapacidad a inscribirse como demandantes de empleo, en servicios públicos o agencias de colocación (artículo 38 de la LGDPD), sin que ello se condicione a la existencia de una mínima capacidad de trabajo. De hecho, para adecuar la demanda de empleo a las ofertas, la LGDPD (artículo 38.3) prevé la coordinación de los

2. ¿Todas las personas tienen derecho al trabajo o hay algunas personas con discapacidad que tienen limitado su derecho al trabajo a causa de la discapacidad? Cuál es el deber de rendimiento de las personas con discapacidad?

servicios de empleo con los equipos multiprofesionales. Asimismo, ya se ha comentado que el derecho al trabajo comporta el derecho a la estabilidad en el empleo, es decir, al mantenimiento del contrato salvo que aparezcan causas justificadas que permitan extinguir el contrato de trabajo.

Ahora bien, tras señalar este aspecto general, es evidente que una persona con discapacidad puede ser evaluada como «no laboral» o usuaria de centro ocupacional. En este sentido, el artículo 52 de la LGDPD regula los centros ocupacionales como aquellos que tienen por objeto, «en los casos en los que fuera posible, facilitar su capacitación y preparación para el acceso al empleo», ya que en principio las personas usuarias no podrían trabajar ni en la empresa ordinaria ni en centros especiales (artículo 2 del Real Decreto 2274/1985, de 4 de diciembre, de Centros Ocupacionales). Por lo tanto, la ley contempla la posibilidad de que algunas personas tengan una capacidad de trabajo por debajo de los umbrales o estándares laborales, lo que se determinará tras la evaluación de los equipos multiprofesionales (artículo 4 de la LGDPD y 10.c del Real Decreto 2274/1985, de 4 de diciembre, de Centros Ocupacionales). Pero debe entenderse que esta clasificación está pensada más en orden a que estas personas sean beneficiarias de servicios sociales que a impedir su actividad laboral. Por ello, las personas con discapacidad severa pueden ser contratadas labo-

ralmente si en unas determinadas funciones desempeñan su actividad con un rendimiento mínimamente aceptable. En este sentido, entender que las personas usuarias habituales de centro ocupacional no pueden trabajar, particularmente a tiempo parcial o con horario adaptado, y necesitan autorización para ello afectaría a su derecho constitucional al trabajo (artículo 35.1 de la CE). Todo ello, sin perjuicio de la especial atención que deberá tenerse en materia preventiva.

Otro supuesto tradicionalmente problemático ha sido el de las personas declaradas en situación de incapacidad permanente absoluta (IPA), definida legalmente como aquella que impide el desempeño de cualquier profesión. A este respecto, una antigua línea interpretativa del Tribunal Supremo se había opuesto a las altas en la Seguridad Social y en el trabajo en sentido jurídico laboral de las personas beneficiarias de pensiones de incapacidad permanente absoluta. Sin embargo, a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008 (RJ 2008/1984) se admite abiertamente que estas personas puedan desempeñar el contenido de una profesión, puedan asimismo ser retribuidos en sentido laboral y en consecuencia sean dados de alta en la Seguridad Social. Precisamente, uno de los fundamentos de esta jurisprudencia ha sido la defensa y promoción del derecho al trabajo de las personas con discapacidad en el sentido de evitar los obstáculos que impidan, en mayor o en menor medida, su libre retorno al mercado de trabajo.

Determinación del rendimiento de las personas con discapacidad contratadas en la empresa ordinaria. Más allá de la existencia de un derecho al trabajo, el rendimiento debido o exigible en el contexto de un contrato de trabajo concreto es una cuestión de aparente simplicidad, si bien comporta

dificultades de identificación. Para empezar, es lógico pensar que el trabajo debe realizarse con un rendimiento mínimo que deberá estar en consonancia con el valor de las funciones contratadas y el salario previsto en el convenio colectivo de aplicación. El Estatuto de los Trabajadores no identifica concretamente cuál es el rendimiento debido en cada caso, de modo que sería posible su fijación por convenio colectivo –lo que sucede en algunos casos–, mediante instrucciones generales del empresario o incluso a través de pacto individual en contrato de trabajo (artículo 20.2 del TRLET). Identificar el rendimiento debido no es fácil, razón por la que la ley, en la regulación del despido disciplinario (TRLET 54.2.e del TRLET) se refiere a una noción tan intuitiva y genérica como la del rendimiento «normal». Por lo general, sea cual sea su modo de fijación o identificación, el rendimiento exigible es un rendimiento objetivo, por lo que será el que deberán cumplir todos los trabajadores que desempeñen las mismas funciones en una empresa.

Ahora bien, en el caso de las personas con discapacidad, el artículo 20.3 del TRLET subraya que el empleador «deberá tener en cuenta la capacidad de los trabajadores disminuidos en su caso». Ello significa que el rendimiento exigible a una persona con capacidad disminuida será el que se identifique en el caso concreto, de conformidad precisamente con lo previsto en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, de modo que en materia de rendimiento de personas con discapacidad no cabe *a priori* la aplicación de reglas o exigencias generales. Muy al contrario, el empresario deberá pactar con el trabajador/a un determinado rendimiento o bien deberá identificar unilateral y razonadamente el rendimiento que podrá exigir a las personas con discapacidad que decida contratar.

BLOQUE 1

CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD, CAPACIDAD DE OBRAR Y NORMAS REGULADORAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

2. *¿Todas las personas tienen derecho al trabajo o hay algunas personas con discapacidad que tienen limitado su derecho al trabajo a causa de la discapacidad? Cuál es el deber de rendimiento de las personas con discapacidad?*

En fin, todo ello sin olvidar que, cuando el trabajador/a a contratar esté afectado por una escasa discapacidad, probablemente podrá desempeñar las funciones pactadas con plena normalidad. En estos casos, de acuerdo con su capacidad personal (artículo 20.2 del TRLET), sí se le podría exigir a la persona el rendimiento normal o previsto para la sección o grupo que desempeñe sus mismas funciones.

BLOQUE 1

CONCEPTO DE PERSONA CON
DISCAPACIDAD, CAPACIDAD DE
OBRAR Y NORMAS REGULADORAS
DEL CONTRATO DE TRABAJO

3.

¿La persona incapacitada tiene capacidad de obrar para firmar un contrato?

Ricardo Esteban

Perspectiva tradicional a propósito de la capacidad de obrar en derecho español. Tradicionalmente, el derecho interno, es decir, el derecho español ha aceptado la posibilidad de que pueda limitarse la capacidad de obrar de algunas personas por distintas razones como la enfermedad o la discapacidad. Ahora bien, la normativa ha previsto que la discapacidad no es en sí misma una causa automática de incapacitación sino que será necesario que la persona sea examinada por un magistrado o magistrada de familia que, en su caso, podrá limitar la capacidad de la persona mediante resolución motivada. En este sentido, establece el Código Civil (artículo 199) que solo mediante sentencia judicial podrá una persona ser limitada en su capacidad de obrar, «en virtud de las causas establecidas en la ley». Por lo tanto, desde una perspectiva interna, la ley española va a permitir que la autoridad judicial pueda limitar la capacidad contractual de la persona, siempre y cuando de las circunstancias del caso se derive la existencia de *deficiencia* o enfermedad persistente, física o psíquica, que impida a la persona gobernarse por sí misma, tal y como establece el Código Civil en su artículo 200. Al respecto, se apreciará esta falta de capacidad para gobernarse cuando se percibe falta de idoneidad de la persona para administrar sus bienes (STS de 14 de julio de 2004 [RJ 2004/5204]).

Las personas incapacitadas judicialmente vendrán limitadas en su capacidad de actuación, y será la sentencia judicial la que determinará en qué actos puede intervenir y en qué actos no debería intervenir o debería intervenir mediante autorización o complemento de capacidad, en su caso. En derecho interno, las vías típicas de intervención son la tutela y la curatela, reguladas en el Código Civil. La tutela comporta la substitución general de la persona con discapacidad por su tutor/a, mientras que la curatela comportaría una inter-

vención no tan invasiva para la persona con discapacidad, ya que se basaría en una protección fundamentada en el complemento de capacidad por parte de un tercero, el curador/a.

Teóricamente, los mecanismos de limitación de la capacidad de obrar se han fundamentado en la protección de la persona incapacitada en la toma de decisiones que puedan ser perjudiciales a sus intereses. No obstante, esta visión protectora ha sido objeto de críticas crecientes ante la limitación de autonomía que ello comporta, ante una aplicación judicial poco matizada y, sobre todo, tras la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que implica un planteamiento totalmente refractario a aceptar restricciones en la capacidad de obrar.

Capacidad de obrar en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Como se ha señalado, la Convención Internacional cuestiona de modo muy severo los sistemas de incapacitación existentes en los ordenamientos internos de los países que han firmado y ratificado la Convención, lo que exige abordar reformas que hoy por hoy no se han llevado a cabo en derecho español. A este respecto, la Convención parte de un radical reconocimiento de la capacidad de obrar de todas las personas, con o sin discapacidad, de modo que los artículos 12.1 y 12.2 subrayan a las personas con discapacidad como sujetos de derechos y de capacidad de obrar —la Convención utiliza la expresión *capacidad jurídica*— en igualdad de condiciones con las demás. Eso sí, el artículo 12.3 matiza lo anterior apuntando a que deberá proporcionarse a las persona con discapacidad «el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica». De este modo, el abierto planteamiento de la Convención no es incompatible con un apoyo o asistencia que la Convención

BLOQUE 1

CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD, CAPACIDAD DE OBRAR Y NORMAS REGULADORAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

3. ¿La persona incapacitada tiene capacidad de obrar para firmar un contrato?

no define, pero que claramente pretende asistir o acompañar, no substituir. Al respecto, el artículo 12.4 de la Convención Internacional insiste en que los Estados deberán introducir cautelas o salvaguardas dirigidas a garantizar la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad.

El planteamiento tan abierto de la Convención exige reformas internas en el caso de España, ya que a la luz de este texto el sistema español de incapacitaciones es discriminatorio o, como mínimo, puede comportar un trato degradante y vulnerador de la dignidad de la persona. A continuación resaltaremos qué vías existen en España para limitar la capacidad de las personas a la hora de otorgar consentimiento ante un contrato y su mayor o menor encaje en la Convención. A este respecto, cabe subrayar que el legislador suele mostrar una fuerte preocupación a la hora de proteger el patrimonio y las finanzas de las personas con discapacidad y quizás esta preocupación no es tan acusada en otras parcelas, como la de la contratación laboral o la formalización de otros contratos sin tanta incidencia patrimonial.

Las limitaciones a la capacidad de obrar existentes en derecho español a la luz de la Convención Internacional. La substitución de la persona con discapacidad mediante tutela. Ciertamente, a pesar del rigor con el que la

Convención plantea el derecho a la capacidad jurídica –capacidad de obrar en derecho interno– de las personas con discapacidad (artículo 12), el legislador español no ha llevado a cabo hasta ahora una profunda modificación de la normativa española en materia de incapacidades. Por ello son perfectamente posibles sentencias que en aplicación del artículo 199 y siguientes del Código Civil declaren a la persona como incapacitada y sujeta a tutela y, por ende, a substitución en todos los actos jurídicos que impliquen la aportación de consentimiento. Por ejemplo, ello comporta en la práctica que el contrato de trabajo y los eventuales acuerdos ulteriores que puedan introducirse serán firmados por el tutor o tutora, bajo una lógica de substitución. No en vano, el artículo 7.ª del Estatuto de los Trabajadores establece que podrán contratar la prestación de su trabajo «quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código Civil». Por ello, en sentido inverso, los que no tengan capacidad de obrar deberán ser representados por la persona que ejerza la tutela. Evidentemente, el sistema de incapacitación total no encaja en la filosofía de la Convención Internacional, más arriba señalada. De cualquier modo, en el caso de personas incapacitadas y sin margen para firmar contratos de trabajo, entendemos que la persona con discapacidad debería expresar su consentimiento a la realización del trabajo estampando su firma en el contrato. Ello sería así en aplicación analógica de lo previsto en el artículo 162 del Código civil donde se prevé que en el caso de prestaciones personales de menores, será necesario el previo consentimiento de estos. Ahora bien, dicho consentimiento no serviría para formalizar jurídicamente la relación de trabajo, de modo que además sería imprescindible la firma de la persona que ejerza la tutela.

La segunda hipótesis, defendida por el Tribunal Supremo (sala

de lo civil) en sentencia de 17 de julio de 2012 (RJ 2012/8326) es la posibilidad de fijar mediante sentencia judicial una incapacitación limitada a determinados actos jurídicos. Se trataría de actos en torno a los cuales se detecten claras limitaciones que impidan a la persona gobernarse por sí misma. Aunque el Código Civil no prevé esta posibilidad sí lo hace el artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al establecer que «la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y límites de esta, así como el régimen de tutela al que haya de quedar sometido el incapacitado». En caso de incapacitación limitada, el tutor solo substituirá a la persona en aquellos actos que expresamente se mencionen en la sentencia. De ahí que sea totalmente posible que la firma de contratos quede fuera de la incapacitación y pueda firmarse un contrato de trabajo o establecer pactos posteriores por parte de la persona con discapacidad sin necesidad de la intervención de tutor. Ahora bien, si la sentencia establece que la firma de contratos, pactos, etc., queda sometida a tutela, la persona actuará representada por la persona que ejerza la tutela, sin perjuicio de que consienta expresamente en la realización del trabajo estampando su firma en el contrato (art. 162 Código Civil), lo que dicho sea de paso no encaja en el planteamiento de la Convención Internacional.

Las limitaciones a la capacidad de obrar existentes en derecho español a la luz de la Convención Internacional. El complemento de capacidad en casos concretos mediante la constitución de curatelas. La figura de la curatela se prevé para aquellos supuestos en los que no se aprecie una grave incapacidad de gobernarse, pero en los que concurre la necesidad de acompañamiento en la toma de algunas decisiones, según sea el grado de discernimiento de la persona (artículo 287 del Código Civil). Algo parecido sucede

BLOQUE 1

CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD, CAPACIDAD DE OBRAR Y NORMAS REGULADORAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

3. ¿La persona incapacitada tiene capacidad de obrar para firmar un contrato?

en la contratación laboral de mayores de 16 años y menores de 18, situación en la que será necesaria la autorización o consentimiento de padres o tutores –aunque en este caso se tolera la autorización tácita–, de conformidad con lo previsto en el artículo 7.b del Estatuto de los Trabajadores. Así, cuando se constituya una curatela, la persona puede disponer de capacidad total en algunos ámbitos combinada con una capacidad más limitada en parcelas concretas, que deberán identificarse mediante sentencia. En las parcelas en las que no exista esta capacidad total, las decisiones de la persona con discapacidad deberán tomarse con un complemento de capacidad o asistencia del curador (artículo 289 del Código Civil). Como ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de junio de 2013 (RJ 2013/3948), la curatela se ajusta más a los requerimientos de la Convención Internacional en materia de apoyos, ya que existe un margen de autonomía para la persona sin perjuicio de que en determinados actos será necesaria la intervención o asistencia de la persona que ejerza la curatela. Ahora bien, en situaciones de curatela lo más probable es que la sentencia judicial no prevea ningún tipo de limitación en materia de contratación laboral, de manera que, salvo limitación expresa en contrario, podrá contratarse sin asistencia o autorización del curador/a.

Consecuencias de los actos jurídicos llevados a cabo por personas incapacitadas o sometidas a tutela sin la intervención preceptiva, en su caso, de la persona que ejerza la tutela o la curatela. De conformidad con lo previsto en el Código Civil, los contratos de trabajo y otros pactos laborales efectuados por una persona incapacitada o sometida a curatela serán declarados nulos en aplicación de lo previsto en el artículo 1300 del Código Civil por falta de consentimiento. Esto será así cuando sea preceptiva la intervención de la persona que ejerza la tutela o la curatela y esta no haya asistido al trabajador en el momento de formalizar el contrato o el pacto. La nulidad será declarada por sentencia judicial, y no impedirá en su caso el cobro de los salarios por el trabajo realizado (artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores). Así lo han señalado varias sentencias que han abordado el problema, muy similar al de la curatela –de los menores de edad a partir de 16 años, que firman un contrato sin la autorización de padres o tutores–: se trata de las sentencias del TSJ de Castilla y León (Burgos), de 20 de julio de 2005 (AS 2005/2577), y del TSJ de Murcia de 1 de diciembre de 2008 (AS 2009/92).

Ámbitos sensibles a la capacidad de obrar en la contratación laboral. Desde el punto de vista objetivo, debe tenerse en cuenta que la capacidad contractual limitada puede incidir no solamente en el terreno de la formalización del contrato. Además, sería posible también la limitación de capacidad en otros momentos en los que es necesaria la emisión de consentimiento contractual por parte de la persona ya contratada. Se trata de otros acuerdos a los que pueda llegarse a lo largo de la vigencia del contrato, e incluso a otras decisiones contractuales que pueda tomar el trabajador, como es el caso de un desistimiento o una dimisión unilateral, que, no lo olvidemos, es una causa de extinción del contrato de trabajo

que no dará derecho a indemnización alguna ni permitirá el acceso a prestaciones por desempleo.

BLOQUE 1

CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD, CAPACIDAD DE OBRAR Y NORMAS REGULADORAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

4.

¿Tiene derecho a voto en las elecciones sindicales un trabajador/a con discapacidad, incapacitado o incapacitable? ¿Tiene derecho a ser representante de los trabajadores?

Albert Pastor

BLOQUE 1

CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD, CAPACIDAD DE OBRAR Y NORMAS REGULADORAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

Previo. Elecciones sindicales y representación de los trabajadores en la empresa. Resulta habitual, en el lenguaje popular, que con la expresión *elecciones sindicales* se designe los procedimientos de elección de representantes de los trabajadores que se desarrollan en las empresas. Conviene precisar que, aunque resulta absolutamente frecuente que se presenten candidaturas sindicales, en esas elecciones no se escoge propiamente a los representantes del sindicato en la empresa sino a los representantes de todos los trabajadores/as de la empresa o centro de trabajo. Una representación que, por representar a todos los trabajadores de la empresa, con absoluta independencia de su afiliación, es denominada *representación unitaria*; en concreto, se trata del comité de empresa y de los delegados de personal, siendo estos últimos representantes de centros de trabajo de menos de cincuenta trabajadores/as. Junto a la representación unitaria, regulada en el Estatuto de los Trabajadores, la Ley Orgánica de Libertad Sindical reconoce el derecho a que los sindicatos, de conformidad con lo establecido por sus propios estatutos, puedan crear secciones sindicales en la empresa y que, en determinadas circunstancias, estas puedan designar a un delegado sindical con los derechos y garantías que les atribuye el artículo 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. De esta forma, nuestro sistema de relaciones laborales se caracteriza por tener un doble canal de representación con un régimen jurídico también dual. Un marco jurídico diferenciado que aconseja un tratamiento diferenciado.

La ausencia de referencias específicas a la cuestión como punto de partida. Conviene tener presente que la normativa reguladora, tanto la referida a la representación unitaria (artículos 62 a 76 del TRLET y Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de

Elecciones a Órganos de Representación de los Trabajadores en la Empresa) como a la sindical (Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical), carece de cualquier referencia específica a la incidencia que puede tener la discapacidad como factor de limitación o adaptación en la aplicación de las reglas sobre la participación de las personas integrantes de la plantilla en las elecciones, ya sea como electores o elegibles. Las únicas referencias explícitas se contienen en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y en el Real Decreto 1368/1985, por el que regula la relación laboral de carácter especial de las personas con discapacidad que trabajen en centros especializados de empleo.

Así, por lo que a la Convención se refiere, su artículo 27 compele a los Estados a adoptar medidas, incluida la promulgación de legislación, para «asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con los demás». Mientras que el artículo 20 del Real Decreto se limita a establecer que «el ejercicio de los derechos de representación colectiva y reunión de los trabajadores con discapacidad que presten servicios en los centros especiales de empleo, se ajustará a lo previsto en la normativa laboral común».

La participación en las elecciones a los órganos de representación unitaria en la empresa. La ausencia de previsiones específicas en relación con el ejercicio de los derechos de representación y participación de las personas con discapacidad, ya sea en el ámbito de los centros especiales de empleo o en el trabajo ordinario, determina que debe aplicarse la normativa que con carácter general se establece en el Estatuto de los Trabajadores. Así, el punto de partida tendrá

4. ¿Tiene derecho a voto en las elecciones sindicales un trabajador/a con discapacidad, incapacitado o incapacitable? ¿Tiene derecho a ser representante de los trabajadores?

que ser el artículo 69.2 del TRLET, conforme al que «serán electores todos los trabajadores/as de la empresa o centro de trabajo mayores de 16 años y con una antigüedad en la empresa de, al menos, un mes, y elegibles los miembros de la plantilla que tengan 18 años cumplidos y una antigüedad en la empresa de, al menos, seis meses, salvo en aquellas actividades en que, por movilidad de personal, se pacte en convenio colectivo un plazo inferior, con el límite mínimo de tres meses de antigüedad. Los trabajadores extranjeros podrán ser electores y elegibles cuando reúnan las condiciones a que se refiere el párrafo anterior».

De este modo, se advierte que, cuando menos de forma expresa, la normativa referida a los órganos de representación no efectúa especificación alguna en relación con la discapacidad como elemento modulador de la capacidad representativa activa o pasiva, siendo la vigencia del contrato de trabajo, la edad y una determinada antigüedad en la empresa los únicos elementos condicionantes explícitos del derecho de sufragio activo y pasivo.

El punto de partida en relación con esta cuestión es, por lo tanto, que el trabajador/a con discapacidad no tiene con carácter general y *a priori* restricciones en sus derechos de

sufragio activo y pasivo. No obstante, ello no supone, a nuestro juicio, que determinados grados de discapacidad no puedan, en circunstancias muy excepcionales, condicionar el derecho de sufragio activo y la capacidad de ser representante de los trabajadores. Una limitación que puede inferirse de los preceptos que el TRLET dedica a la regulación de tal cuestión y de la normativa civil reguladora de la capacidad de obrar.

Así, y por lo que respecta a la capacidad para ser elegible, para presentarse como candidato, debe tenerse en consideración que el artículo 69.2 del TRLET hace depender dicha condición, además de la exigencia de una determinada antigüedad en la empresa, de que el trabajador/a tenga la mayoría de edad, añadiendo un plus a la edad de 16 años que se requiere para ser elector/a. Una exigencia que debe ser interpretada, a nuestro juicio, como un requerimiento de que el eventual representante disponga de plena capacidad de obrar.

Ello no significa en modo alguno que las personas con discapacidad no puedan ser representantes de los trabajadores. Del artículo 69.2 del TRLET únicamente podría deducirse una imposibilidad y relativa en relación con aquellos que tengan limitada su capacidad de obrar por sentencia judicial y requieran, por ello, para su válida actuación, de la sustitución de su voluntad por la de la persona que tenga atribuida su tutela. Así, la limitación en la capacidad de ser elegible solo afectaría a aquellos trabajadores y trabajadoras que, en virtud de sentencia judicial, se les hubiese limitado los derechos de sufragio, de conformidad con lo previsto en el artículo 3.1.b de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio. Debe tenerse presente que, de conformidad con la normativa y jurisprudencia civil, solo por sentencia podrá declararse

la incapacidad de obrar de una persona y que esta tendrá que determinar el grado de incapacidad por cuanto, como principio general, la capacidad de obrar se presume plena, siendo necesario que las limitaciones se establezcan de forma expresa por ley o sentencia, estando sujetos los casos dudosos a interpretación restrictiva (STS, sala civil, de 14 de febrero de 2006).

Ahora bien, debe subrayarse que el artículo 29 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –dedicado a la participación en la vida política y en la vida pública, lo que tendría que englobar las actividades sindicales y representativas– establece la obligación de los Estados de garantizar la plena participación y el derecho de las personas con discapacidad a presentarse como candidatos, lo que debería ponerse en relación con los artículos 27.1.c –pleno ejercicio de derechos sindicales– y 12.2 y 3 del mismo texto, que reconocen plena capacidad de obrar y el derecho a apoyos en el ejercicio de su capacidad de obrar. Todo ello debe llevar a nuestros tribunales a ser extraordinariamente restrictivos a la hora de impedir el derecho de sufragio pasivo de las personas con discapacidad. Por lo demás, el artículo 29.a.ii de la Convención Internacional señala que deberá facilitarse el uso de nuevas tecnologías y de tecnologías de apoyo para garantizar el ejercicio de funciones representativas por parte de las personas con discapacidad.

A idéntica conclusión debe llegarse en relación con la capacidad de ser elector/a, al derecho de sufragio activo. El reconocimiento del derecho de voto a los trabajadores y trabajadoras mayores de 16 años no impide que, de acuerdo con la legislación española, pueda excluirse del derecho de sufragio a aquellas personas cuya discapacidad comporte,

BLOQUE 1

CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD, CAPACIDAD DE OBRAR Y NORMAS REGULADORAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

4. ¿Tiene derecho a voto en las elecciones sindicales un trabajador/a con discapacidad, incapacitado o incapacitable? ¿Tiene derecho a ser representante de los trabajadores?

en virtud de sentencia judicial, una limitación expresa de su capacidad de obrar en materia electoral (artículo 3.1.b de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio) y estuviesen en régimen de tutela o de patria potestad prorrogada o rehabilitada equivalente. Ahora bien, en materia de sufragio activo la Convención Internacional es incluso más exigente que en el terreno del sufragio pasivo, ya que se muestra muy beligerante con el «derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad de votar» (artículo 29), derecho que también contaría con el refuerzo del artículo 27.1.c de la Convención, dedicado a la participación sindical. Además, no hay que olvidar que en materia de ejercicio de derechos políticos las personas con discapacidad podrían utilizar los apoyos de familiares, entidades, etc. (artículo 12.2 de la Convención). Por lo tanto, las restricciones en esta materia deberían ser extraordinariamente limitadas.

Téngase en cuenta que la normativa electoral general (Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General) no regula las elecciones de carácter laboral, de modo que puede cuestionarse que los criterios previstos en su articulado afecten a los derechos de sufragio laboral, activo y pasivo. Entre otras cosas porque su artículo 1 no establece su carácter de norma supletoria de la legislación electoral laboral. Por lo

contrario, consideramos que el artículo 29 de la Convención Internacional, de alcance general y potenciado por el artículo 27 del mismo texto, consolidaría los derechos de sufragio laborales de las personas con discapacidad.

La participación en las elecciones a los órganos de representación sindical en la empresa. La participación de los sindicatos en la empresa se canaliza a través de las secciones sindicales y de los delegados sindicales. La sección sindical, de conformidad con el artículo 8 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, no es más que la agrupación de los trabajadores y trabajadoras de una empresa afiliados a un sindicato, que se constituirá formalmente de acuerdo con los estatutos del sindicato. La ley remite la determinación de las reglas que deben regir su constitución y funcionamiento a los estatutos sindicales. No obstante, por imperativo constitucional, la pertenencia de las personas con discapacidad a las secciones sindicales tiene que regirse por idénticas reglas que los demás trabajadores sin que, a priori, la discapacidad justifique excepción alguna. Únicamente aquellas personas que, por la entidad de su discapacidad, tuviesen limitada su capacidad de obrar por sentencia y estuviesen sometidos a tutela podrían ser objeto de hipotéticas restricciones en el acceso a cargos de delegado sindical o podrían padecer restricciones en el ejercicio del derecho a voto dentro de la sección. Ahora bien, ya hemos señalado que la incidencia de las sentencias de incapacitación en los derechos electorales laborales (unitarios o sindicales) de las personas con discapacidad es más que discutible.

BLOQUE 1

CONCEPTO DE PERSONA CON
DISCAPACIDAD, CAPACIDAD DE
OBRAR Y NORMAS REGULADORAS
DEL CONTRATO DE TRABAJO

5.

¿Cuál es el régimen jurídico aplicable a una persona con discapacidad que trabaja en una empresa ordinaria? ¿Es el aplicable al conjunto de los trabajadores o existe alguna adaptación o especialidad?

Ricardo Esteban

BLOQUE 1

CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD, CAPACIDAD DE OBRAR Y NORMAS REGULADORAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

Planteamiento. Aplicación del régimen laboral ordinario previsto en el Estatuto de los Trabajadores. Con carácter preliminar debemos destacar que por régimen jurídico aplicable nos estamos refiriendo a la normativa que sería de aplicación al contrato de trabajo, es decir, a la estricta relación jurídica que se establece entre empresario y trabajador cuando ambos acuerdan la prestación de servicios a cambio de salario. Por lo tanto, cuando hablamos de régimen laboral ordinario nos estamos refiriendo a la regulación de cuestiones como, entre otras, el periodo de prueba, el salario, la jornada, el horario, el cambio de funciones, la suspensión o las causas de extinción del contrato de trabajo. Por lo contrario, no incluimos aquí ni la regulación de la reserva de empleo ni los criterios normativos que permiten compatibilizar el trabajo de la persona con discapacidad con la percepción de pensiones contributivas y no contributivas de la Seguridad Social. Como se verá, estas normas no regulan estrictamente las relaciones que se establecen entre empresario y trabajador.

Volviendo al tema central, cabe señalar que pueden plantearse dudas a propósito del régimen jurídico del trabajo de las personas con discapacidad que desempeñan su actividad en la empresa ordinaria. Contribuye a generar estas dudas el hecho de que el trabajo en centros especiales de empleo se encuentre presidido por un régimen contractual especial, que no es otro que la relación laboral especial de las personas con discapacidad que trabajen en centros especiales de empleo, que hoy en día se encuentra regulada en el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, y que es de aplicación a todos los trabajadores con discapacidad –sea cual sea su discapacidad– que desarrollan su actividad en centros especiales.

Por lo contrario, el régimen jurídico-laboral que une a una empresa ordinaria con una persona con discapacidad es el régimen laboral ordinario basado en el Estatuto de los Trabajadores y en la normativa de desarrollo, fundamentalmente, en algunos decretos como son los reguladores del tiempo de trabajo o los de contratación laboral. Se trata de un planteamiento que sigue el principio de diseño universal o diseño para todas las personas de los artículos 2.1 y 3.i de la LGDPD según el cual la concepción de «entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, programas, dispositivos o herramientas» deberían diseñarse de forma que puedan ser utilizados por todas las personas en la mayor extensión posible, sin necesidad de adaptación ni de diseño especializado. Ahora bien, el artículo 2.1 de la LGDPD matiza que el diseño universal o diseño para todas las personas no excluirá «productos de apoyo para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando lo necesiten». A este respecto, como veremos a continuación, en el diseño de esta herramienta que es la relación laboral ordinaria pueden introducirse adaptaciones que faciliten la contratación de personas con discapacidad, lo que puede ser especialmente útil en el caso de las personas afectadas por especiales dificultades.

Especialidades clave en el régimen jurídico laboral de las personas con discapacidad en la empresa ordinaria. Si bien buena parte de las especificaciones o adaptaciones que se van a señalar a continuación son objeto de desarrollo posterior en algunas de las preguntas planteadas, es conveniente subrayarlas para obtener una visión panorámica de las adaptaciones que el legislador ha previsto en la normativa ordinaria a fin de facilitar el empleo de las personas con discapacidad. Debe tenerse en cuenta que buena parte de estas especificaciones

5. ¿Cuál es el régimen jurídico aplicable a una persona con discapacidad que trabaja en una empresa ordinaria? ¿Es el aplicable al conjunto de los trabajadores o existe alguna adaptación o especialidad?

tienen un especial interés a la hora de favorecer el acceso y el mantenimiento del empleo de personas con discapacidad afectadas por dificultades especiales. Por lo contrario, en el caso de personas con discapacidad ligera, las necesidades de adaptación son menores y en algunos casos innecesarias.

Asimismo, debe puntualizarse que no existe «contaminación» o comunicación entre el régimen jurídico laboral especial, recogido en el Real Decreto 1368/1985, y el régimen laboral ordinario del Estatuto de los Trabajadores. Por lo tanto, aunque en algunos casos sería interesante trasvasar algunas soluciones del Decreto 1368/1985, el trabajo de personas con discapacidad en la empresa ordinaria se fundamentará en el Estatuto de los Trabajadores y, en su caso, en el convenio colectivo que sea de aplicación a la empresa. Se señalarán a continuación dos especialidades clave referidas al empleo de las personas con discapacidad: de una parte, el derecho a la no discriminación por discapacidad de los artículos 4.2.c y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores; de otra parte, el deber de especial consideración de la discapacidad recogido en el artículo 20.3 de la misma norma.

La primera de las especialidades es el derecho de la persona trabajadora a la no discriminación en la relación de trabajo

(artículo 4.2.c del TRLET) por razón de discapacidad, «siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o el empleo del que se trate». De este modo, las decisiones unilaterales de la empresa pueden ser una causa de discriminación y, por lo tanto, esta no deberá tomar decisiones perjudiciales para el trabajador basadas únicamente en su discapacidad. A estos efectos, la empresa no deberá tener en cuenta la discapacidad de la persona para fundamentar, por ejemplo, una no contratación o bien una decisión contraria a la promoción profesional de la persona o, en fin, para decidir la extinción del contrato de trabajo.

La segunda especialidad general se encuentra en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, artículo que atribuye a la empresa la capacidad de introducir mecanismos de control a fin de «verificar el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales», si bien en el ejercicio de dicho seguimiento «deberá tener en cuenta la capacidad de los trabajadores “disminuidos” en su caso». La especificación del artículo 20.3 del TRLET es clave porque se expande por todo el Estatuto de los Trabajadores, atendiendo de manera especial a las necesidades de las personas con discapacidad que, en su caso, tengan una capacidad especialmente limitada o menguada. Por ello, a pesar de que algunas normas laborales no señalen nada al respecto, el artículo 20.3 ejerce su influencia y va a exigir del empresario una especial atención y sensibilidad hacia las personas con discapacidad contratadas bajo relación laboral ordinaria a lo largo del desarrollo del contrato. En otros casos, y cuando la ley laboral reconozca expresamente derechos a las personas con discapacidad, el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores va a constituir un refuerzo a dichos derechos.

Especificaciones de detalle previstas en la normativa general a favor del empleo de las personas con discapacidad. A título de ejemplo y sin perjuicio de que estas materias se abordarán con detalle en otras preguntas, debe señalarse que el rendimiento exigible a una persona empleada con capacidad disminuida será el que se identifique caso por caso, de conformidad precisamente con lo previsto en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, de modo que en materia de rendimiento no cabe la aplicación de reglas o exigencias generales. La empresa puede pactar o establecer unilateralmente un rendimiento tomando en consideración las circunstancias específicas de la persona. Además, el artículo 11.2 del Estatuto de los Trabajadores prevé algunas adaptaciones de los contratos para la formación y el aprendizaje, para que puedan ser aprovechados por las personas con discapacidad. Asimismo, la atención hacia la capacidad real de las personas con discapacidad es importante ante modificaciones del contrato de trabajo, especialmente cuando se produzcan cambios de funciones por iniciativa de la empresa, ya que en tal caso no podrá extinguirse el contrato de trabajo por ineptitud sobrevinida de la persona contratada (artículo 39.3 del TRLET). Por su parte, el artículo 40.3 del TRLET prevé un derecho a traslado de centro cuando la persona con discapacidad acredite la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de rehabilitación físico o psicológico relacionado con su discapacidad y la empresa disponga de otro centro más próximo al lugar en el que tiene que recibirse dicho tratamiento. En fin, y sin un afán de exhaustividad, debe tenerse en cuenta que el artículo 51.5 del Estatuto de los Trabajadores habilita a los representantes de los trabajadores y trabajadoras para que, en convenio colectivo o en pacto de periodo de consultas, puedan pactar con la

BLOQUE 1

CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD, CAPACIDAD DE OBRAR Y NORMAS REGULADORAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

5. ¿Cuál es el régimen jurídico aplicable a una persona con discapacidad que trabaja en una empresa ordinaria? ¿Es el aplicable al conjunto de los trabajadores o existe alguna adaptación o especialidad?

empresa la prioridad de permanencia para personas con discapacidad en caso de despidos colectivos.

Debe concluirse subrayando que la referencia a la discapacidad no es sistemática en el Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, no hay normas generales en materia de adaptaciones del salario al rendimiento, si bien, en la pregunta correspondiente, se abordan algunas soluciones dadas para casos concretos por parte de normas reglamentarias. Asimismo, en materia de periodo de prueba, a pesar de que la ley no efectúe especificación alguna ni prevea una duración más prolongada de los periodos, bajo la filosofía del artículo 20.3 del TRLET la empresa debería ser especialmente cuidadosa y prudente a la hora de efectuar el seguimiento de la actividad de la persona contratada con discapacidad durante la puesta en práctica del periodo de prueba.

BLOQUE 1

CONCEPTO DE PERSONA CON
DISCAPACIDAD, CAPACIDAD DE
OBRAR Y NORMAS REGULADORAS
DEL CONTRATO DE TRABAJO

6.

¿Cuáles son los instrumentos de regulación del contrato de trabajo?

Albert Pastor

El contrato de trabajo como contrato normado. A diferencia de lo que ocurre en el ámbito del derecho civil o del derecho mercantil, en el caso del derecho del trabajo la autonomía de la voluntad de las partes se encuentra fuertemente limitada por lo establecido en la ley y en la negociación colectiva. El deseo de evitar que la libertad de las partes juegue a favor exclusivamente de la parte con mayor poder contractual determina que el contenido material del contrato, el conjunto de las condiciones de trabajo más relevantes, venga determinado por la normativa legal y el convenio colectivo.

En este sentido, el contrato de trabajo no podrá establecer en perjuicio de la persona condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos, no pudiendo servir el contrato como mecanismo para que el trabajador/a renuncie a los derechos que la ley o el convenio colectivo le reconocen, salvo que estos derechos hayan sido reconocidos por la propia ley o convenio como disponibles (artículo 3.5 del TRLET).

De esta forma, las partes son libres de establecer los pactos y cláusulas que estimen más convenientes, pero, en todo caso, deberán respetar las normas imperativas establecidas en las normas del ordenamiento jurídico. De conformidad con el artículo 9 del TRLET, el contrato que infringe normas imperativas deviene nulo en la parte ilegal, substituyéndose aquellas partes ilegales por los preceptos legales y/o convencionales de aplicación.

La normativa laboral legal como normativa de mínimos. El objetivo más inmediato de las normas laborales ha sido, desde sus propios orígenes, la tutela del trabajador/a y

la compensación de su menor poder contractual. La tutela, en cuanto a persona que a resultas del trabajo puede correr riesgos para su salud, su integridad física o su dignidad e intimidad. La compensación, en cuanto a contratante «débil», expuesto a que la otra parte del contrato le imponga condiciones abusivas. Con ese horizonte, el derecho del trabajo ha tratado de establecer desde el principio condiciones mínimas de trabajo (jornada máxima, descansos mínimos, vacaciones, salario mínimo, etc.), imperativas u obligatorias para las partes del contrato, susceptibles de mejora pero no de empeoramiento.

En esa tarea de ordenación cumple un papel especialmente relevante la normativa laboral estatal y principalmente la ley. Entre las normas reguladoras de las relaciones de trabajo, destaca de modo muy especial el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET), norma básica que regula los contenidos esenciales referidos a la relación individual de trabajo, la representación de los trabajadores en la empresa y la negociación colectiva.

Una normativa que debe ser complementada con muchísimas otras normas y que, además, ha sido y es objeto de múltiples reformas.

El desarrollo de la ley mediante reglamentos (decretos y órdenes ministeriales). La potestad reglamentaria o de desarrollo de la ley reside en el gobierno que la lleva a cabo mediante decretos y órdenes ministeriales. Mediante los reglamentos no podrá, salvo disposición o habilitación expresa de la ley, establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las leyes a desarrollar (artículo 3.2 del TRLET).

BLOQUE 1

CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD, CAPACIDAD DE OBRAR Y NORMAS REGULADORAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

6. ¿Cuáles son los instrumentos de regulación del contrato de trabajo?

Ello no significa que no exista espacio para la normativa reglamentaria, pero este se ciñe a cuestiones de carácter eminentemente técnico o en las que existe una específica habilitación legal. Un ejemplo relevante de normativa reglamentaria es el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre Jornadas Especiales de Trabajo.

La normativa comunitaria e internacional. También en estos ámbitos supraestatales encontramos abundante normativa laboral que resulta de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, ya sea creando derechos y obligaciones directamente ejercitables por los trabajadores/as y empresas o condicionando la actuación normativa del Estado. Así, la normativa europea desde el ingreso de España en la Unión Europea (1 de enero de 1986) ha constituido un importantísimo factor de evolución de nuestro ordenamiento jurídico. El derecho comunitario procede básicamente de directivas y reglamentos. Una de las directivas europeas más significativas en el ámbito de la discapacidad o de la discriminación es la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que está en el origen del deber empresarial de introducir adaptaciones para favorecer el ingreso de personas con discapacidad en la empresa.

En el plano internacional, nos encontramos con el conjunto de tratados internacionales de carácter bilateral o multilateral suscritos por España o derivados de la acción normativa de las organizaciones e instituciones de carácter internacional de las que España forma parte (Consejo de Europa, Organización Internacional del Trabajo...). Cabe destacar, entre otros, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Protocolo Facultativo, aprobados el 13 de diciembre de 2006 en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York. Ratificados y publicados por España el 13 de diciembre de 2006 (BOE de 21 de abril de 2008) y el Convenio nº 159, de la Organización Internacional del Trabajo sobre la readaptación profesional y el empleo de personas con discapacidad (1983).

La negociación colectiva como instrumento de regulación de las condiciones de trabajo. El convenio colectivo es una norma que tiene su origen en una negociación entre la empresa y la representación de los trabajadores/as, lo que permite una fijación de condiciones básicas de trabajo como son el salario, la jornada u otros, condiciones que serán de aplicación igualmente a las personas con discapacidad contratadas en su ámbito de aplicación. El convenio colectivo tiene algunas características destacables. De un lado, el convenio estatutario se aplica a todos los sujetos, trabajadores/as y empresas, incluidos en su ámbito de aplicación (artículo 82.3 párrafo 1º del TRLET), con independencia de si están afiliados o asociados a los sindicatos y/o patronales que los hubiesen firmado (eficacia personal erga omnes). Además, el convenio se aplica automática e imperativamente sobre el conjunto de relaciones laborales incluidas en su ámbito de aplicación, no pudiendo renunciar los trabajadores/as a los derechos reconocidos en el convenio.

Téngase en cuenta que el convenio colectivo puede contener disposiciones de especial interés para las personas con discapacidad, como es el caso de las cláusulas de recolocación en supuestos de discapacidad sobrevenida, cláusulas estas últimas que pueden contener la regulación de disminuciones salariales por desempleo. Asimismo, son posibles cláusulas de preferencia en el empleo para situaciones de despido colectivo.

El contrato de trabajo como instrumento de regulación de las condiciones de trabajo. El contrato de trabajo constituye un instrumento por el que las partes firmantes pueden establecer derechos y obligaciones, creando, de esta forma, reglas que afecten a la relación individual entre trabajador/a y empresa (artículo 3.1.c del TRLET). De esta forma, mediante el contrato de trabajo o en un pacto posterior las partes podrán establecer derechos y obligaciones que supongan una especificación o concreción de las condiciones de trabajo reguladas por la normativa legal o convencional o regular aspectos no abordados en aquella.

Instrucciones empresariales y reglamentos de empresa. En virtud de sus poderes de dirección y organización, la empresa puede dictar órdenes e instrucciones sobre el trabajo. Ese poder de dirección no es omnímodo al tener que respetar, en todo caso, lo establecido en las normas jurídicas –normas internacionales y derecho comunitario, derechos constitucionales, leyes, convenios colectivos, usos y costumbres– y lo pactado por las partes.

Tales órdenes no son normas en sentido formal pero son de obligado cumplimiento, y pueden referirse con carácter general a la organización y ejecución del trabajo en la empresa, en

BLOQUE 1

CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD, CAPACIDAD DE OBRAR Y NORMAS REGULADORAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

6. ¿Cuáles son los instrumentos de regulación del contrato de trabajo?

sus distintos aspectos –sistema de trabajo, horarios de entrada y salida, vestuario, atención al cliente, etc.– o a aspectos individuales. Las generales pueden compilarse en un reglamento o código de régimen interno.

BLOQUE 1

CONCEPTO DE PERSONA CON
DISCAPACIDAD, CAPACIDAD DE
OBRAR Y NORMAS REGULADORAS
DEL CONTRATO DE TRABAJO

[inicio](#)

[índice principal](#)

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO, APOYOS, CONTRATACIÓN Y BONIFICACIONES

7 ¿Es necesaria la inscripción como demandante de empleo para formalizar un contrato de trabajo? ¿Qué derechos acompañan a la persona con discapacidad en el proceso de intermediación?

8 ¿Qué es el empleo con apoyo? ¿Es de aplicación obligatoria? ¿Tienen las empresas el derecho a obtener el empleo con apoyo cuando contratan a personas afectadas por dificultades especiales?

9 ¿Existe un contrato específico para contratar a personas con discapacidad con carácter indefinido?

10 ¿Existe un contrato específico u obligatorio para contratar a personas con discapacidad con carácter temporal?

11 ¿Qué bonificaciones se prevén para la contratación temporal de personas con discapacidad? ¿Y para la contratación indefinida de estas?

12 ¿Qué requisitos debe cumplir la empresa para acceder a la contratación bonificada? ¿Y qué características tiene que cumplir la persona con discapacidad?

13 ¿Es posible contratar a una persona con discapacidad mediante el contrato para la formación? ¿Y mediante el contrato en prácticas? ¿Qué regulación existe? ¿Y qué especificidades hay para las personas con discapacidad?

14 ¿Existen otras vías para contratar temporalmente a personas con discapacidad?



7.

¿Es necesaria la inscripción como demandante de empleo para formalizar un contrato de trabajo? ¿Qué derechos acompañan a la persona con discapacidad en el proceso de intermediación?

Ricardo Esteban

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

Significación general de la inscripción como demandante de empleo. Registro de trabajadores con discapacidad. Jurídicamente, la inscripción como demandante de empleo forma parte del proceso de intermediación, definido en la Ley 56/2003 de Empleo (artículo 20.1) como «el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan un empleo, para su colocación». Con carácter general, la inscripción como demandante de empleo implica una clara voluntad de trabajar por parte del interesado/da, y la potencialidad de que su demanda de empleo sea puesta en contacto con ofertas presentadas por empresas. En sentido estricto no existe hoy en día la obligación de que los trabajadores y trabajadoras se inscriban en el Servicio Público de Empleo, de modo que se permite que las contrataciones laborales puedan llevarse a cabo sin previa tramitación de las demandas y de las ofertas ante servicios de intermediación. Sin embargo, como veremos y para el caso de las personas con discapacidad, la inscripción acostumbra a ser prácticamente obligada si se pretende beneficiarse de medidas de fomento de empleo. Como prevé expresamente la Ley 56/2003 de Empleo (artículo 20), la inscripción se llevará a cabo por parte de personas que se encuentran en situación de desempleo y buscan encontrar un puesto de trabajo. Ahora bien, también es posible la denominada inscripción de mejora de empleo, mediante la cual la persona se inscribe buscando cambiar de empleo cuando encuentre una oferta atractiva. No en vano, la Ley de Empleo (artículo 19 bis) recuerda que los servicios de empleo también prestarán servicios a las personas empleadas.

Para el caso de las personas con discapacidad demandantes de empleo, establece el artículo 38.2 de la LGDPD que se creará por parte del Servicio Público de Empleo (en adelan-

te, SPE) un «registro de trabajadores con discapacidad demandantes de empleo». Se trata de una figura ya prevista en la LISMI que, de acuerdo con el texto de la LGDPD, tiene como finalidad facilitar el cumplimiento de la reserva de empleo e identificar fácilmente demandantes con discapacidad cuando las empresas –obligadas a cumplir con la reserva o no–, requieran personas demandantes con discapacidad a los efectos de proceder a su contratación. El artículo 38.2 de la LGDPD aporta una interesante novedad en relación con el precedente de la LISMI, ya que exige el consentimiento de la persona demandante para ser incluida en el registro de demandantes de empleo con discapacidad. Se trata de una exigencia derivada de la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal, que establece la obligación de consentimiento de la persona para incluir sus datos en listados fundamentados en razones de salud. Por lo tanto, cada persona usuaria de los servicios de empleo deberá valorar si pesa más su intimidad, de modo que puede decidir su no inclusión en el registro especial o si prioriza la posibilidad de mejorar sus opciones de inserción a través de su inclusión en el registro específico mencionado.

Servicios de intermediación posibles para la práctica de la inscripción y carácter gratuito de la misma. Protección de los derechos de las personas con discapacidad. Siguiendo lo señalado por el artículo 21 de la Ley 56/2003 de Empleo y por la LGDPD (artículo 38), la inscripción como demandantes de empleo podrá realizarse ante los SPE, de gestión autonómica, o en agencias de colocación. En ambos casos, la Ley prevé que dicha inscripción es gratuita sin que pueda cobrarse a los trabajadores/as tarifa alguna en concepto de inscripción como demandante de empleo o por mejora de empleo (artículo 22.4 de la Ley de Empleo). Asimismo,

7. ¿Es necesaria la inscripción como demandante de empleo para formalizar un contrato de trabajo? ¿Qué derechos acompañan a la persona con discapacidad en el proceso de intermediación?

la demanda de empleo podrá formularse ante empresas de trabajo temporal cuando hayan solicitado autorización para actuar como agencias de colocación y hayan realizado la oportuna declaración responsable de inicio de actividades ante la Administración (artículo 21 bis 2 de la Ley de Empleo). Tampoco en estos casos cabrá el cobro de tarifa alguna a las personas inscritas como demandantes de empleo.

En lo que concierne a los derechos que la inscripción representa para las personas con discapacidad, cabe resaltar fundamentalmente la importancia de una gestión personalizada de la demanda de empleo, así como la protección del derecho a la igualdad y no discriminación.

Así, de una parte, la Ley de Empleo subraya el derecho a una gestión individual y personalizada de la demanda de empleo (artículos 19 sexies y septies), elemento especialmente relevante en el caso de personas con discapacidad, en atención a las dificultades de empleabilidad que ocasionalmente se detectan, lo que ha llevado a incluirlas entre los colectivos prioritarios (artículo 19 octies). Dicha gestión se planificará a través de la suscripción y firma de un acuerdo personal de empleo (artículo 19 septies) entre servicio y persona con discapacidad.

De otra parte, la Ley de Empleo subraya el derecho a la igualdad y a la no discriminación de las personas demandantes de empleo en el artículo 22 bis. Ello comporta el derecho a que las demandas de empleo de todos los trabajadores sean tramitadas con la misma diligencia y que la gestión de las demandas no sufra dilaciones sin justificación, por ejemplo, porque la persona demandante acredite una discapacidad o porque la discapacidad sea más o menos severa. Lógicamente, a la hora de casar oferta y demanda el servicio de empleo actuante debe ser prudente pero no debe postergar la gestión de las demandas a causa de prejuicios discriminatorios sobre las capacidades de la persona demandante de empleo. En relación con lo anterior, las ofertas de empleo presentadas por las empresas deberán ser lo más neutras posibles para evitar incurrir en discriminación ya que, de lo contrario, los servicios de intermediación llamarán la atención de las empresas (artículo 22 bis 1 de la Ley de Empleo). Más en concreto, se insiste en que cuando las empresas formulen ofertas de empleo dirigidas a su cobertura por personas con discapacidad, dichas ofertas serán controladas por los servicios de empleo a fin de que haya una correcta relación entre «las características de los puestos de trabajo ofertados y el perfil académico y profesional requerido, a fin de no excluir del acceso al empleo a las personas con discapacidad». Se trata de una medida especialmente orientada a evitar que las empresas persigan la no cobertura de las ofertas para eludir el cumplimiento de la reserva de empleo.

Siguiendo con el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el artículo 21 bis 4.f de la Ley de Empleo subraya que las agencias de colocación –y con mucha mayor razón los servicios públicos de empleo– deberán cumplir con las normas de accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Ello exige tener en cuenta lo previsto en el artículo 22 de la LGDPD, en el que se establece un riguroso mandato dirigido a los poderes públicos para que aseguren la accesibilidad de las personas con discapacidad «en los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información (...) y en otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales».

Necesidad de inscripción para acceder a medidas de fomento de empleo. Si bien hemos señalado más arriba que en sentido estricto no es obligatoria hoy en día la inscripción como demandante de empleo, lo cierto es que la inscripción deviene prácticamente obligatoria si se desea acceder a bonificaciones, subvenciones o cualquier otra medida flexibilizadora que facilite la contratación de los trabajadores con discapacidad. Al respecto, y a título de ejemplo, cabe destacar el artículo 1 de la Ley 43/2006, que exige la inscripción para acceder a la bonificación por contratación temporal e indefinida de personas con discapacidad. Asimismo, el artículo 8 del Real Decreto 1451/1983 exige, en materia de subvenciones por contratación indefinida, que las empresas soliciten a los trabajadores con discapacidad a través de la oficina de empleo, lo que evidentemente va a comportar la necesidad de inscripción. Otro tanto cabe señalar respecto a la utilización del contrato temporal de fomento del empleo de las personas con discapacidad recogido en la disposición adicional primera de la Ley 43/2006, o en materia de acceso al empleo con apoyo (RD 870/2007). Es más, en ocasiones la medida de fomento puede exigir una cierta antigüedad como demandante de empleo, lo que sucede por ejemplo en la re-

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

7. ¿Es necesaria la inscripción como demandante de empleo para formalizar un contrato de trabajo? ¿Qué derechos acompañan a la persona con discapacidad en el proceso de intermediación?

gulación del acceso al programa de renta activa de inserción (RAI), para el que la normativa reguladora exige como regla general una antigüedad de un año como inscrito (artículo 2 del RD 1369/2006).

De hecho, la única contratación de personas con discapacidad que quedaría fuera de la exigencia de inscripción como demandante de empleo es la contratación temporal estructural no bonificada, es decir, los supuestos de contratos de obra o contratos eventuales por circunstancias de la producción. Todo ello, salvo que existan subvenciones autonómicas para estos contratos y la normativa autonómica exija la inscripción como demandante de empleo para poder acceder a estos beneficios.

Percepción de prestaciones y subsidios por desempleo e inscripción. Importancia del mantenimiento de la inscripción como demandante de empleo para acceder a pensiones contributivas de la Seguridad Social. Como es sabido, en el caso de perceptores de prestaciones y subsidios por desempleo es obligado el mantenimiento y la renovación de la inscripción como demandante de empleo, ya que se trata de un deber que forma parte del compromiso de actividad firmado entre el beneficiario y el Servicio Público de Empleo Estatal.

Asimismo, por su importancia como requisito para el acceso a pensiones, es importante mantener y renovar la inscripción como demandante de empleo, más allá de la finalización en el disfrute de prestaciones y subsidios por desempleo. Este mantenimiento de la inscripción puede ser clave para acceder a pensiones contributivas de la Seguridad Social: por incapacidad permanente; muerte y supervivencia –viudedad y orfandad, especialmente– y jubilación con anticipación de la edad del Real Decreto 1851/2009. En este sentido, el acceso a pensiones será más simple –o incluso solo posible dependiendo los casos– si la persona que ha perdido su empleo y ha finalizado el cobro de prestaciones y subsidios por desempleo renueva regularmente su inscripción como demandante de empleo ante el SPE. A estos efectos, la normativa de la Seguridad Social (RD 84/1996, regulador de la inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y otros actos de comunicación) considera a las personas inscritas como asimiladas al alta, es decir, como si estuviesen aseguradas para poder acceder con mayor facilidad a la pensión cuando llegue el hecho causante: fallecimiento, agravamiento de la discapacidad o acceso anticipado a la jubilación por causa de discapacidad en el caso del Real Decreto 1851/2009.

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

8.

¿Qué es el empleo con apoyo? ¿Es de aplicación obligatoria? ¿Tienen las empresas el derecho a obtener el empleo con apoyo cuando contratan a personas afectadas por dificultades especiales?

Ricardo Esteban

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

Empleo con apoyo. Rasgos generales. El empleo con apoyo consiste en una metodología dirigida a garantizar el acceso y la consolidación en el empleo ordinario de personas con discapacidad afectadas de dificultades especiales. Asimismo, el empleo con apoyo contribuye a asegurar la continuidad de la persona con discapacidad en su puesto de trabajo. Como indica su nombre, el empleo con apoyo (en adelante, ECA) se fundamenta en la existencia de un apoyo, representado por un técnico/a en inserción laboral o preparador/a laboral que acompaña a la persona con discapacidad en su proceso de incorporación a la empresa. En su configuración normativa actual, a la que después se hará referencia, el empleo con apoyo se basa en la intervención de un preparador/a o técnico/a en inserción laboral que normalmente será externo a la empresa donde se desempeña la actividad. Ahora bien, hay otros planteamientos del empleo con apoyo, que se basan en articular los denominados **apoyos naturales**, que son apoyos prestados por las personas que habitualmente desempeñan actividad en el equipo o sección donde se integra la persona con discapacidad.

Regulación del empleo con apoyo. Articulación entre el decreto estatal y las convocatorias efectuadas por las comunidades autónomas. La regulación y concepto básicos del ECA se encuentra en el artículo 41 de la LGDPD, en el que se establece lo siguiente: «Los servicios de empleo con apoyo son el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades de inclusión laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes.»

A partir de ahí nos encontramos con el desarrollo reglamentario fundamentado en el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio. Se trata de un decreto aprobado en su día por el Gobierno central que fija los contenidos básicos o «comunes» de dichos servicios. En este sentido, el decreto estatal regula aspectos generales como son los de la definición de empleo con apoyo, personas con discapacidad beneficiarias, entidades promotoras del empleo con apoyo, relaciones entre entidades promotoras y empresas donde se desempeña la actividad, el preparador/a laboral y, en fin, las subvenciones y procedimiento de concesión de las mismas.

Más allá de la regulación estatal, las convocatorias de subvenciones son realizadas por las comunidades autónomas mediante decreto u orden de conformidad con lo previsto en las disposiciones adicionales tercera y cuarta del Real Decreto 870/2007. Respecto a las convocatorias autonómicas cabe señalar, en primer lugar, que algunas de ellas prevén cantidades absolutamente insuficientes para atender a las demandas de apoyo laboral, sin olvidar que algunos años no hay convocatoria en algunas comunidades autónomas. Además, de acuerdo con las competencias autonómicas en materia de empleo, las convocatorias de algunas comunidades autónomas no se limitan a convocar ayudas para que sean solicitadas por servicios de ECA sino que matizan la regulación estatal, lo que es coherente con la idea del decreto estatal como regulador del contenido «común», no único. Por lo tanto, los decretos u órdenes autonómicos de convocatoria pueden añadir regulación a la estatal matizando su contenido, por ejemplo en materia de tipos de contratos susceptibles de apoyo, duración máxima de los apoyos, jornada mínima a tiempo parcial u otras. Todo ello es legítimo porque el Estado no transfiere una cantidad concreta a cada

8. ¿Qué es el empleo con apoyo? ¿Es de aplicación obligatoria? ¿Tienen las empresas el derecho a obtener el empleo con apoyo cuando contratan a personas afectadas por dificultades especiales?

comunidad autónoma para que efectúe convocatorias de ECA, lo que en ocasiones lleva a las comunidades autónomas a utilizar fondos propios o de otra procedencia y porque las mismas disponen de amplias competencias estatutarias en materia de fomento de empleo que permiten modificar el marco estatal.

Evidentemente, las carencias en la financiación pública de los servicios de empleo con apoyo han dado lugar a la puesta en marcha de alternativas de financiación, como es el caso del Programa Incorpora.

Aspectos básicos del empleo con apoyo recogidos en el Real Decreto 870/2007. Desde el punto de vista conceptual, el empleo con apoyo es bastante más que el seguimiento de la persona con discapacidad en el puesto de trabajo. Implica también, entre otras funciones, la elaboración de programas de adaptación al puesto; labores de mediación y acercamiento entre empresa, trabajador/a y sus compañeros/as de equipo o sección, así como la formación de la persona en el puesto de trabajo. De alguna manera, el empleo con apoyo vendría a constituir un complejo y completo proceso de intermediación laboral ya que, en la práctica, la entidad promotora acaba poniendo en contacto a personas que buscan empleo o una mejora de empleo y a empresas.

Ahora bien, en sentido estricto, ni la ley ni el decreto estatales exigen que las entidades promotoras de empleo con apoyo se constituyan como agencias de colocación.

Son personas beneficiarias del empleo con apoyo las que, además de inscritas como demandantes en el Servicio Público de Empleo, acrediten estar entre los grupos de personas afectadas por especiales dificultades, como son: a) las personas con discapacidad intelectual, enfermedad mental o parálisis cerebral con un grado de discapacidad no inferior al 33%, o bien b) las personas con discapacidad física o sensorial con un grado no inferior al 65%. El Decreto 870/2007 también incluye como beneficiarias del empleo con apoyo a las personas sordas y con discapacidad auditiva con un grado de discapacidad no inferior al 33%. A los efectos del mencionado decreto solo podrían ser beneficiarias del empleo con apoyo las personas con contrato de trabajo de duración indeterminada o con contrato temporal no inferior a seis meses. En ambos casos, si la contratación es a tiempo parcial, la jornada no debería estar por debajo del 50% de la jornada ordinaria. Sin embargo, ya se ha señalado que algunas convocatorias autonómicas pueden mostrarse más flexibles.

Lo normal es que el empleo con apoyo sea impulsado y organizado por una agencia especializada y vinculada al tejido asociativo de la discapacidad. Ahora bien, el decreto estatal prevé que también podrán promover empleo con apoyo las empresas ordinarias, mediante personal de plantilla que se encargaría de prestar el apoyo. Asimismo, los centros especiales de empleo son contemplados por el decreto estatal como promotores de ECA con la finalidad de favorecer la transición a la empresa ordinaria de personal propio o de

otros centros. Un elemento clave son los preparadores/as laborales, que desempeñarán efectivamente las funciones de apoyo. El Decreto 870/2007 exige para desarrollar esas funciones una titulación de grado formativo de nivel medio o equivalente y una experiencia previa de al menos un año en tareas de integración laboral de personas con discapacidad.

El planteamiento formal del Decreto 870/2007 es el de funcionar según la base de «proyectos» de ECA. Se trataría de una suerte de expediente en el que la entidad promotora de empleo con apoyo se obliga, durante un plazo de entre seis meses y dos años, a realizar una serie de acciones de ECA que afectarán a determinadas personas y contrataciones. En realidad, se trata de un planteamiento muy difícil de llevar a la práctica ya que exige, en el momento de la solicitud, tener ya definidas cuestiones de diversa índole: especialmente complicado sería la identificación de las personas que se van a contratar y las empresas que los van a emplear, a más de dos años vista desde que se formula la solicitud. Al respecto, la reivindicación del sector en esta materia va en la línea de ir hacia la financiación del «servicio» de ECA, mencionado así en el artículo 41 de la LGDPD, más que a proyectos concretos cuyo diseño es muy complejo.

En lo que concierne a las subvenciones previstas en el decreto estatal, solamente se prevé la subvención por costes laborales y de Seguridad Social por la contratación de preparadores/as laborales, lo que deja de lado la subvención de costes de estructura de los servicios de ECA. No obstante, las convocatorias autonómicas pueden prever la subvención de costes de estructura de los servicios, como sería el alquiler o mantenimiento de locales. Asimismo, como máximo puede subvencionarse el periodo durante el que la persona acom-

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

8. ¿Qué es el empleo con apoyo? ¿Es de aplicación obligatoria? ¿Tienen las empresas el derecho a obtener el empleo con apoyo cuando contratan a personas afectadas por dificultades especiales?

pañada ha sido efectivamente contratada, lo que excluye los periodos de prácticas prelaborales; además, el decreto estatal limita el acompañamiento a un periodo máximo de dos años. Se trata de un elemento en el que las comunidades autónomas suelen mostrar más flexibilidad a través de sus convocatorias porque existe un cierto consenso a propósito de la necesidad de un modesto seguimiento permanente de las personas ya insertadas, que podría intensificarse, por ejemplo, ante un cambio de funciones. Las subvenciones previstas en el Decreto 870/2007 se fundamentan en módulos que parten de la contratación por año/persona a tiempo completo, diferenciando entre:

- a) Personas con discapacidad intelectual, enfermedad mental o parálisis cerebral con un grado de discapacidad no inferior al 65%. El acompañamiento en este caso daría derecho a 6.600 euros anuales.
- b) Personas con discapacidad intelectual, enfermedad mental o parálisis cerebral con un grado de discapacidad de, al menos, el 33%, e inferior al 65%. El acompañamiento en este caso daría derecho a 4.000 euros anuales.
- c) Personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad igual o superior al 65%, a cuyo acompañamiento anual correspondería una cifra de 2.500 euros anuales.

Necesidad del empleo con apoyo y derecho al empleo con apoyo. En la práctica, la integración de una persona con discapacidad afectada por dificultades especiales en la empresa ordinaria exige sin lugar a dudas el apoyo prestado mediante un técnico/a en inserción laboral o preparador/a laboral, o al menos la utilización de otras técnicas de apoyo, como los denominados *apoyos naturales*.

De este modo, el ECA sería en primer lugar un derecho de las personas con discapacidad, teniendo en cuenta que el artículo 27 de la Convención Internacional reconoce a las personas con discapacidad el derecho a «tener la oportunidad de ganarse la vida en un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad». Por lo demás, esta misma libertad de elección de entorno laboral estaría integrada en el derecho al trabajo recogido en el artículo 35.1 de la Constitución. De este modo, debería proveerse de empleo con apoyo a toda persona con discapacidad que tenga la oportunidad de encontrar un empleo en un entorno abierto, inclusivo y accesible, lo que en la actualidad no sucede.

Del mismo modo, el deseo por parte de una empresa ordinaria de contratar a una persona afectada de dificultades especiales no implica la garantía de obtener los apoyos necesarios para que dicha iniciativa sea exitosa. Y debe tenerse en cuenta que con carácter general no es posible imputar a las empresas dichos costes en concepto de deber de adaptaciones.

Como se ha señalado, la escasez de las convocatorias de empleo con apoyo y su insuficiente dotación económica no

garantizan el apoyo ni a los/as aspirantes ni a los empresarios que desean efectuar las contrataciones que lo requerirían. En su conjunto, esta situación implica un incumplimiento de las exigencias de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

9.

¿Existe un contrato específico para contratar a personas con discapacidad con carácter indefinido?

David Gutiérrez Colominas

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

Marco jurídico de la contratación laboral de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo ordinario. El Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, regulador del empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores con discapacidad constituye hoy en día el marco central regulador del contrato indefinido para personas con discapacidad. Todo ello, sin olvidar que en materia de bonificaciones a la contratación indefinida deberemos tener en cuenta lo previsto en la Ley 43/2006, comentado en las preguntas referentes a bonificaciones a la Seguridad Social.

Los requisitos subjetivos de la contratación indefinida de personas con discapacidad. La formalización del contrato indefinido de personas con discapacidad requiere el cumplimiento de una serie de condiciones previstas en la normativa. Para facilitar la identificación de los requisitos, estos se clasificarán en grupos, atendiendo al sujeto al que afecten.

El primer grupo hace referencia a la persona a contratar. Dos son los requisitos que lo componen: a) acreditación de un grado de discapacidad igual o superior al 33% reconocido como tal por el organismo competente, o bien tratarse de pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, o pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, tal y como señala el artículo 4.2 de la LGDPD. Asimismo, b) la persona deberá estar inscrita como demandante en el Servicio Público de Empleo.

Conviene destacar en este punto que, si bien existen cuantías específicas en materia de bonificaciones a la Seguridad

Social si la persona con discapacidad contratada es mujer (artículo 2.2 de la Ley 43/2006), tal y como se explica con más detalle en otras preguntas, no existen especificidades administrativas relativas al sexo del trabajador/a.

El segundo grupo de requisitos están relacionados con la empresa. En cualquier caso, esta deberá solicitar a las personas con discapacidad a la correspondiente oficina de empleo, con descripción detallada de los puestos que deseen cubrirse, sus características técnicas, así como la capacidad que debe tener el trabajador para cubrir dicho puesto, tal y como dispone el artículo 8 del Real Decreto 1451/1983.

Los requisitos formales de la contratación indefinida de personas con discapacidad. La formalización del contrato de trabajo indefinido de personas con discapacidad está sometida a una serie de formalidades previstas en el artículo 8 del Real Decreto 1451/1983. Concretamente, deberá formalizarse en el correspondiente modelo oficial y por ejemplar cuadruplicado, al que deberá acompañarse la solicitud de alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social y el certificado que acredite el grado de discapacidad del trabajador/a contratado/a, de conformidad con lo previsto en el artículo 8 del Real Decreto 1451/1983. La comunicación del contrato de trabajo al Servicio Público de Empleo Estatal deberá ser efectuada por el empresario en el plazo de 10 días hábiles, tal y como establece el artículo 1 del Real Decreto 1424/2002, de 27 de diciembre, por el que se regula la comunicación del contenido de los contratos de trabajo y de sus copias básicas a los Servicios Públicos de Empleo y el uso de medios telemáticos en relación con aquella (en adelante, Real Decreto 1424/2002), ya sea personándose en la oficina del Servicio Público de Empleo Estatal más cercana a su do-

9. ¿Existe un contrato específico para contratar a personas con discapacidad con carácter indefinido?

micilio social o bien mediante el uso de medios telemáticos, al amparo del artículo 6 del RD 1424/2002.

Subvenciones a la contratación indefinida de personas con discapacidad. Sin perjuicio del análisis de las bonificaciones a la Seguridad Social efectuado en otras preguntas, resulta de interés detenerse a analizar las dos subvenciones establecidas en el Real Decreto 1451/1983 y la subvención por la contratación indefinida previstos en el Real Decreto 290/2004.

La primera de ellas es la subvención por contrato realizado a personas con discapacidad, cuya configuración se halla en el artículo 7.1 del Real Decreto 1451/1983. La cuantía prevista legalmente asciende a la suma de 3.907 euros por cada contrato de trabajo celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa. Si la contratación se realizase a tiempo parcial, la citada cantidad se ajustará proporcionalmente a la jornada pactada.

La percepción de esta subvención exigirá a los empresarios que se beneficien de ella el mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad contratadas durante un periodo mínimo de tres años, prohibiéndose de forma expresa despedirlas sin causa justificada. Incumplir dicha prohibición com-

portará la obligación de devolver las cantidades abonadas. No obstante, si el despido es calificado como procedente, la empresa deberá contratar a otra persona con discapacidad, sin que tenga derecho a volver a percibir la subvención, bajo pena de devolver íntegramente los importes percibidos, al amparo del artículo 10 del Real Decreto 1451/1983. Esta obligación también se exige cuando el trabajador con discapacidad decide resolver voluntariamente la relación laboral, tal y como se ha señalado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 de febrero de 1997 (RJCA 1997/349).

La contratación de esta segunda persona deberá mantenerse, como mínimo, hasta el momento en el que se cumplan tres años acumuladas la primera y la segunda contratación. No obstante, la penalización prevista por la legislación podrá ser objeto de modulación por los tribunales atendiendo a la equidad, tal y como ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de febrero de 1997 (RJ 1997/1094). Así, en casos de despido procedente, la imposibilidad de contratar a otra persona con discapacidad llevará a la obligación de devolver, únicamente, la parte proporcional de la subvención no cubierta con una contratación de persona con discapacidad.

Asimismo, conviene destacar que, respecto a esta subvención, se ha previsto un marco de actuación autonómico complementario. En efecto, la legislación ha permitido la adopción de subvenciones en materia de contratación de personas con discapacidad cuya percepción podrá compatibilizarse con la prevista en el artículo 7.1 del Real Decreto 1451/1983. Sin embargo, la acumulación de la subvención estatal y las subvenciones autonómicas por la contratación

de personas con discapacidad está sometida a un límite: las cuantías totales percibidas no podrán superar el 60% del coste salarial anual correspondiente al contrato que genera el derecho, tal y como preceptúa el artículo 7.3 del Real Decreto 1451/1983.

La segunda de las subvenciones, prevista en el artículo 12 del Real Decreto 1451/1983, pretende favorecer la adaptación de puestos de trabajo, la dotación de equipos de protección personal o la eliminación de barreras u obstáculos que impidan o dificulten el trabajo de las personas con discapacidad. Su importe máximo, establecido en el artículo 1.2 de la Orden de 13 de abril de 1994, por la que se regula la concesión de las ayudas y subvenciones sobre fomento del empleo de personas con discapacidad, asciende a 901,52 euros, y deberá justificarse previamente la actuación efectuada mediante la presentación de las correspondientes facturas ante la administración competente. La solicitud de la misma deberá efectuarla la empresa o, en su defecto, la persona trabajadora, posibilidad esta ciertamente atípica máxime cuando la norma prevé el pago de la cuantía una vez que se ha efectuado la actuación objeto de subvención por parte del empresario. El único requisito exigido legalmente es que el empleador/a se halle al corriente de pago de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social, tal y como prevé el artículo 2 de la citada orden. Asimismo, la norma permite compatibilizar el percibo de ambas subvenciones de forma simultánea.

En fin, debe tenerse en cuenta que actualmente no se están concediendo estas ayudas en algunas comunidades autónomas, ya que algunas de ellas aducen insuficiencia de recursos para dotar las subvenciones previstas en la normativa estatal y gestionadas por las comunidades autónomas, como es el

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

9. ¿Existe un contrato específico para contratar a personas con discapacidad con carácter indefinido?

caso de las previstas en el Real Decreto 1451/1983. Al respecto, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones permite el impago total o parcial de subvenciones ante la insuficiencia de recursos para satisfacerlas.

La tercera y última de las subvenciones por la contratación indefinida de personas con discapacidad es la prevista en el artículo 12.1.a del Real Decreto 290/2004, que contempla una subvención de 7.814 euros por cada contratación con carácter indefinido a tiempo completo que formalicen las empresas colaboradoras a un trabajador o trabajadora con discapacidad del enclave que presente especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo. Tal clasificación incluye a personas con discapacidad intelectual, con parálisis cerebral o con enfermedad mental, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33%, o bien las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de minusvalía igual o superior al 65%. Aquellas personas con discapacidad que no cumplan tales características podrán solicitar la subvención por contrato realizado prevista en el artículo 7.1 del Real Decreto 1451/1983. La citada cantidad podrá destinarse total o parcialmente a servicios de apoyo del trabajador, y se reducirá proporcionalmente si el contrato formalizado es a tiempo parcial. Asimismo, la contratación de los trabajadores debe realizarse una vez transcurridos tres

meses desde el inicio del enclave o desde la incorporación del trabajador si esta fuera posterior al inicio del enclave.

Finalmente, el régimen jurídico subsidiario de aplicación en todo aquello no previsto en el artículo 12.1 del Real Decreto 290/2004 será el contemplado en el capítulo II del Real Decreto 1451/1983.

Incentivos fiscales por contratación indefinida. Desde un punto de vista fiscal, especial comentario requiere la deducción por creación de empleo para personas con discapacidad. El artículo 41 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades prevé dos deducciones a la cuota íntegra si se incrementa la plantilla de trabajadores y trabajadoras con discapacidad respecto a la plantilla media de los pertenecientes al mismo colectivo durante el periodo inmediato anterior. En particular, la norma establece una deducción de 9.000 euros por cada persona/año de incremento del promedio de plantilla de personas con discapacidad, siempre y cuando esta ostente un grado de discapacidad reconocido que se sitúa entre el 33% y el 64%. La citada cuantía ascenderá a 12.000 euros si la persona con discapacidad contratada tiene reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 65%.

Contratación indefinida de personas jóvenes con discapacidad por microempresas y empresarios autónomos.

La aprobación de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de Medidas de Apoyo al Emprendedor y de Estímulo del crecimiento y de la Creación de Empleo (en adelante, Ley 11/2013) ha introducido, entre otras, una nueva modalidad de contratación indefinida para personas jóvenes por microempresas y em-

presarios/as autónomos que, en virtud de la disposición adicional novena de la citada norma, habilita su formalización con personas con discapacidad.

Los requisitos que debe cumplir el trabajador/a con discapacidad son: a) ser menor de 35 años de edad; b) ha de tratarse de un trabajador/a desempleado; c) el trabajador/a debe tener reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%. Llama poderosamente la atención en este punto que la citada disposición adicional novena de la Ley 11/2013 únicamente se refiera a aquellas personas con un reconocimiento de discapacidad, sin mencionar a 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. Sin embargo, deben incluirse las citadas situaciones asimiladas, de conformidad con el concepto de persona con discapacidad previsto en el artículo 4 de la LGDPD.

Paralelamente, a la empresa se le exige: a) plantilla igual o inferior a nueve trabajadores/as en el momento de la celebración del contrato; b) inexistencia de vínculo laboral previo con el trabajador/a contratado; c) no haber realizado despidos calificados como improcedentes desde el 24 de febrero de 2013 para puestos de trabajo que pertenezcan al mismo grupo profesional y para el mismo centro de trabajo; d) no haber celebrado un contrato bajo esta modalidad contractual.

Como se trata de una modalidad contractual que prevé la reducción del cien por cien de la cuota empresarial a la Se-

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

9. ¿Existe un contrato específico para contratar a personas con discapacidad con carácter indefinido?

guridad Social por contingencias comunes correspondiente a la persona contratada durante los primeros 12 meses de contrato, la norma exige al empleador una serie de requisitos añadidos: a) la formalización del contrato se tiene que realizar por escrito; b) deberá mantenerse el empleo contratado durante 18 meses, salvo que la extinción del contrato se deba a causa no imputable a la empresa por resolución durante el periodo de prueba; c) tendrá que mantenerse el nivel de empleo alcanzado con el contrato realizado en la empresa durante un periodo mínimo de 12 meses.

El incumplimiento de tales requisitos conllevará la anulación de las bonificaciones establecidas legalmente y el pago íntegro de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al trabajador/a contratado.

Todo parece indicar que no es posible compatibilizar la citada reducción de la cuota empresarial con la subvención por la contratación de personas con discapacidad prevista en el artículo 7.1 del Real Decreto 1451/1983, ya que para acceder a la subvención del Real Decreto 1451/1983 es necesario utilizar el modelo oficial del contrato previsto en dicho decreto, mientras que el modelo del contrato de la Ley 11/2013 es diferente. En todo caso, esta figura es interesante para in-

centivar una contratación indefinida de personas con discapacidad sin la presión del mantenimiento del empleo de tres años, exigida por el Real Decreto 1451/1983. Además, tras el primer año no parece que haya problema para poder acceder a las bonificaciones previstas en la Ley 43/2006 (véase la pregunta sobre bonificaciones por contratación indefinida).

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

10.

¿Existe un contrato específico u obligatorio para contratar a personas con discapacidad con carácter temporal?

Helena Ysàs

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

Efectivamente, existe un contrato específico para contratar a personas con discapacidad, aunque en ningún caso su utilización será obligatoria: se trata del contrato temporal de fomento del empleo de personas con discapacidad. Cabe destacar que esta modalidad de contrato no se encuentra desarrollada en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET), sino en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la Mejora del Crecimiento y del Empleo, y, en concreto, en su disposición adicional primera. A continuación se exponen los elementos esenciales que caracterizan esta modalidad de contrato en el siguiente orden: acausalidad de la contratación, requisitos de las personas trabajadoras, requisitos de las empresas, régimen jurídico básico del contrato y bonificaciones.

No exigencia de causa que justifique la temporalidad del contrato. El contrato, a pesar de ser de carácter temporal y no indefinido, no exige que se produzca ninguna circunstancia concreta para poder utilizarlo –la mayoría de los contratos temporales solo pueden utilizarse cuando se justifica que la necesidad de mano de obra es temporal–. Por lo tanto, la empresa siempre podrá firmar un contrato temporal de fomento del empleo con una persona con discapacidad, siempre y cuando esta cumpla los requisitos establecidos por la normativa, y que la propia empresa no se encuentre en una situación que le impida el uso de este contrato –situaciones que se exponen más adelante–. En consecuencia, esta tipología de contrato representa una excepción a la norma general que establece la preferencia por la contratación indefinida frente a la contratación temporal, que debe ser causal, es decir, solo utilizable cuando exista alguna razón admitida legalmente como justificativa de la utilización de un contrato temporal. En consecuencia, el contrato temporal de fomento

del empleo de personas con discapacidad entraña un riesgo mucho menor para la empresa que los contratos temporales previstos en el artículo 15 del TRLET en cuanto a que eventualmente pueda considerarse por parte de la Inspección de Trabajo o los tribunales que dicho contrato ha sido utilizado de forma incorrecta –sanciones de la Inspección de Trabajo, demandas judiciales solicitando que el contrato se declare como indefinido...–. En cambio, esta modalidad contractual sí queda incluida en las limitaciones al encadenamiento de contratos, regulado en el artículo 15.5 del TRLET –y que se expone en la pregunta nº 11.

En este caso, la finalidad de la ley es facilitar la inserción laboral de las personas con discapacidad, y con este objetivo admite que sean contratados temporalmente sin que la empresa necesite justificar que tiene una necesidad temporal de mano de obra. Hay que tener en cuenta que la propia Ley 43/2006 eliminó el contrato temporal de inserción (que estaba regulado en el artículo 15.1.d del TRLET), que tampoco exigía causa de temporalidad y destinado a personas desempleadas. Pero el hecho de que la norma permita contratar a personas con discapacidad que cumplan determinados requisitos a través de la modalidad de contrato temporal para el fomento del empleo de las personas con discapacidad no quiere decir que cuando una empresa tenga intención de contratar a una persona con discapacidad deba utilizar necesariamente esta modalidad contractual, ya que es perfectamente posible hacer uso de cualquiera de las otras modalidades de contratación indefinida o temporal –en este último caso, siempre y cuando exista una causa de las admitidas por la ley que justifique la duración temporal del contrato.

Requisitos para la contratación. La disposición adicional primera de la Ley 43/2006 establece determinados requisi-

10. ¿Existe un contrato específico u obligatorio para contratar a personas con discapacidad con carácter temporal?

tos que las personas deberán cumplir para poder firmar un contrato temporal de fomento del empleo de las personas con discapacidad. De entrada, la persona trabajadora deberá encontrarse en una de las tres situaciones siguientes, ahora también previstas en el concepto general de personas con discapacidad a los efectos del empleo previsto en la LGDPD:

- Tener reconocido por el organismo competente un grado de discapacidad igual o superior al 33% y estar como demandante en la oficina de empleo. Respecto a este último requisito, los tribunales han sido bastante flexibles en el sentido de que han aceptado un cumplimiento formalista de la ley: consideran que se cumple el requisito si la persona hubiera estado desempleada de no haberse firmado el contrato, e incluso han afirmado que la no inscripción en la oficina de empleo no invalida el contrato (STS de 1 de febrero de 1996 y STS de 14 de marzo de 1997).
- Ser pensionista de la Seguridad Social que tenga reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez.
- Ser pensionista de clases pasivas que tenga reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Sin embargo, como el contrato temporal de fomento del empleo de las personas con discapacidad queda incluido en el Programa de Fomento del Empleo regulado por la Ley 43/2006 (artículo 1.2) y que da derecho a determinados incentivos –que se exponen en otra pregunta–, quedan excluidas aquellas personas que se encuentren en determinadas situaciones descritas por el artículo 6 de la Ley 43/2006. Se trata de situaciones que impiden la obtención de las bonificaciones reguladas por dicho Programa de Fomento del Empleo, pero que no excluyen la posibilidad de contratar a los trabajadores que se encuentren en ellas mediante esta modalidad contractual.

Requisitos de las empresas. Para que una empresa pueda firmar un contrato temporal de fomento del empleo de personas con discapacidad, esta no puede haber extinguido en los 12 meses anteriores a la celebración del contrato ningún contrato indefinido a través de despido reconocido por la empresa o declarado por el juez como improcedente y tampoco a través de despido colectivo (disposición adicional primera 4). El plazo de 12 meses se computará desde el momento en que se haya reconocido o declarado la improcedencia del despido o desde el momento de las extinciones de contratos derivadas del despido colectivo. En este sentido los tribunales han sido muy flexibles, reafirmando que el cómputo de los 12 meses se inicia en el momento en que el despido se reconoce o se declara judicialmente como improcedente y no desde el momento en que el despido se produce. De esta forma, si el despido se produce el día 20 de abril y la sentencia que lo declara improcedente no se dicta hasta el 10 de noviembre, la empresa podrá celebrar válidamente contratos temporales de fomento del empleo de las personas con discapacidad hasta el día 10 de noviembre. El Tribunal Supremo ha llegado

a afirmar que la prohibición solo operará cuando como consecuencia del despido improcedente se haya amortizado el puesto de trabajo (STS de 23 de abril de 1997). Al margen de esta exclusión, la norma no fija ningún otro requisito para que la empresa pueda firmar un contrato temporal de fomento del empleo de personas con discapacidad, por lo que todas podrán hacerlo.

Régimen jurídico básico del contrato. A continuación se reseñan brevemente los aspectos más relevantes en materia de régimen jurídico del contrato: duración y jornada, indemnización a su finalización y formalización del contrato.

En cuanto a la duración del contrato, esta no podrá ser inferior a los 12 meses ni tampoco superior a los 3 años. Cuando el contrato se firme para un plazo inferior a los 3 años podrá ser prorrogado por periodos no inferiores a 12 meses hasta alcanzar la duración máxima de 3 años. Si el contrato se ha firmado por una duración inferior a la máxima permitida y una vez alcanzada la fecha de extinción acordada en el contrato la persona sigue prestando servicios, el contrato se entenderá prorrogado de forma tácita hasta la duración máxima posible, en este caso, hasta los 3 años.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que cuando el contrato tenga una duración superior a un año la empresa deberá informar a la persona empleada de la finalización del contrato –lo que se conoce como denuncia del contrato– como mínimo 15 días antes de la fecha de finalización del mismo. En caso de no hacerse así y de que se continuara prestando servicios más allá de la fecha de extinción del contrato, o, en todo caso, si alcanzada la duración máxima del contrato el trabajador continuara prestando servicios, el contrato se en-

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

10. ¿Existe un contrato específico u obligatorio para contratar a personas con discapacidad con carácter temporal?

tenderá prorrogado por tiempo indefinido, es decir, el contrato automáticamente se convertirá en indefinido, con la única excepción de que la empresa pruebe la naturaleza temporal de la prestación. Puesto que en la modalidad contractual descrita no será necesariamente de naturaleza temporal, resulta especialmente importante respetar el plazo de preaviso en relación con la extinción y asegurarse de que la persona no continúa prestando servicios más allá de la fecha de extinción que consta en el contrato.

Debe subrayarse que el contrato podrá celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial.

Otro elemento a tener en cuenta es el derecho del trabajador/a a recibir una compensación económica a la finalización del contrato. Dicha compensación consistirá en 12 días de salario por cada año de servicio o la parte proporcional para los periodos inferiores a un año. La persona tendrá derecho a cobrar la cantidad económica resultante (entre 12 y 36 días de salario, en función del tiempo trabajado) para compensarle por la pérdida de su puesto de trabajo, sin que exista un motivo para ello que responda al rendimiento o a la conducta sino simplemente al transcurso del tiempo.

Además, deberá tenerse en cuenta que las empresas solo pueden contratar a través de la oficina de empleo. Finalmen-

te, en cuanto a la formalización del contrato, esta deberá ser por escrito en el modelo oficial facilitado por el Servicio Público de Empleo Estatal. El contrato deberá comunicarse en los 10 días siguientes a su firma al Servicio Público de Empleo. Si se acuerdan prórrogas, estas también deberán ser comunicadas, así como la terminación del contrato.

Bonificaciones. Respecto a las bonificaciones asociadas a esta tipología contractual nos remitimos a la siguiente pregunta, en que son objeto de tratamiento de forma monográfica.

Algunos derechos específicos para las personas contratadas mediante contrato temporal. Debe tenerse en cuenta que el artículo 15.6 del TRLET establece que personas contratadas temporalmente con contratos temporales, como es el caso del contrato temporal de fomento del empleo de personas con discapacidad, tienen los mismos derechos que aquellas con contratos de duración indefinida, siempre respetando las particularidades propias de cada tipo de contrato en materia de extinción del contrato, que ya han sido expuestas. Debe tenerse presente que frecuentemente las leyes y los convenios colectivos reconocen estos derechos de forma proporcional, en función del tiempo trabajado.

Además, la empresa tiene la obligación de informar al personal de la empresa con contratos temporales cuando existan puestos de trabajo vacantes, a fin de que estos tengan la posibilidad de acceder a un puesto de trabajo indefinido. La información se facilitará a través de un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o a través del medio que prevea el convenio colectivo.

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

11.

¿Qué bonificaciones se prevén para la contratación temporal de personas con discapacidad? ¿Y para la contratación indefinida de estas?

Jorge Pérez

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

Bonificaciones por contratación temporal. En la actualidad, existen bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social en la contratación temporal de personas con discapacidad realizada bajo alguna de las siguientes modalidades:

Contrato temporal de fomento del empleo: este contrato de trabajo, regulado en la disposición adicional primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, únicamente puede celebrarse con personas con discapacidad y también por empresas de inserción con personas en situación de exclusión social. Su duración mínima es de 12 meses, y la máxima de 3 años, siendo los importes de las bonificaciones los que se indican en los cuadros 2 y 3.

Contrato de trabajo en prácticas: regulado en el artículo 11.1 del TRLET, supone para la empresa que lo celebra con una persona con discapacidad, además del beneficio que representa que estas personas puedan acceder a esta modalidad contractual en los siete años siguientes a la finalización de los estudios, la posibilidad de aplicar una reducción del 50% en la cuota por contingencias comunes en los términos establecidos en la disposición adicional segunda del propio TRLET. Inicialmente, se exigía que el contrato se hubiera celebrado a jornada completa, requisito que ya no existe tras la modificación introducida por la Ley 43/2006.

Contrato de trabajo para la formación y el aprendizaje: regulado en el artículo 11.2 del TRLET. También en este caso la disposición adicional segunda del TRLET introduce una reducción del 50% en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, que no se limita a las de contingencias comunes. Hay que tener en cuenta, no obstante, puesto que se trata de un incentivo económico notablemente superior,

que el artículo 3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, ha establecido que las empresas que a partir de su entrada en vigor celebren contratos para la formación y el aprendizaje con personas en situación de desempleo inscritas en la oficina de empleo, acrediten o no discapacidad, tendrán derecho durante toda la vigencia del contrato, incluidas las prórrogas, a una reducción de la totalidad de las cuotas empresariales, incluidas las de recaudación conjunta, del 100% si el contrato se realiza por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 personas, o del 75%, en el supuesto de que la empresa contratante tenga una plantilla igual o superior a esa cifra. Además, en estos casos se reducirá el 100% de las cuotas de los trabajadores/as a la Seguridad Social durante toda la vigencia del contrato, incluidas las prórrogas, resultando esta circunstancia extraordinariamente novedosa, puesto que hasta este momento no se habían trasladado a los costes sociales soportados por las personas trabajadoras con discapacidad los incentivos económicos que disfrutaban las empresas que les daban ocupación.

Incentivos específicos en la cotización por desempleo en el caso de contratación temporal. Hay que tener en cuenta, además, que existe actualmente un incentivo común a toda la contratación temporal de personas con discapacidad en relación con las cuotas correspondientes a la contingencia de desempleo. A tenor de lo dispuesto en el artículo 32.2.1 de la Orden ESS/106/2014, de 31 de enero, a los contratos realizados con personas que tengan reconocido un grado de discapacidad no inferior al 33% se les aplicará un tipo de cotización a la contingencia de desempleo del 7,05%, cuyo 5,50% será a cargo de la empresa y el 1,55%, a cargo del trabajador/a. Esto supone que, cuando se celebre con una persona con discapacidad un contrato

11. ¿Qué bonificaciones se prevén para la contratación temporal de personas con discapacidad? ¿Y para la contratación indefinida de estas?

de trabajo de duración determinada, se aplicará un tipo de cotización a esta contingencia inferior al que correspondería si el trabajador/a no perteneciera a este colectivo, y que sería del 8,30%.

Bonificaciones por contratación indefinida. Por lo que hace referencia a las bonificaciones en la contratación indefinida, la Ley 43/2006 mantiene en el nivel más alto de incentivos económicos la contratación de personas con discapacidad, respecto a la del resto de colectivos bonificados. Tanto en la contratación indefinida como en la temporal, la norma exige que la persona con discapacidad contratada esté desempleada y se halle inscrita en una oficina de empleo. La cuantía máxima de las bonificaciones recogidas en la Ley 43/2006 para la contratación indefinida de trabajadores/as con discapacidad, y siempre que los correspondientes contratos se celebren en el modelo oficial que facilite el Servicio Público de Empleo Estatal, son las que aparecen en los cuadros 1 y 3. A título de ejemplo, si la bonificación prevista para la contratación indefinida de una persona con discapacidad no severa es de 4.500 euros/año, ello comportará una bonificación mensual máxima de 375 euros.

En todos los casos de contratación en empresa ordinaria, ya sea temporal o indefinida, las bonificaciones no podrán su-

perar el 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social que hubiera correspondido ingresar. Además, esas bonificaciones tendrán como límite el 60% del coste salarial anual correspondiente al contrato que se bonifica, en concurrencia con otras medidas de apoyo público establecidas para la misma finalidad.

Por otra parte, cuando el contrato de trabajo se haya celebrado a tiempo parcial existe una regla adicional. Así, la bonificación específica resultará de aplicar a las bonificaciones previstas con carácter general un porcentaje igual al de la jornada pactada en el contrato. A esta bonificación se le sumarán 30 puntos porcentuales, sin que en ningún caso pueda superarse una bonificación del 100% de la cuantía prevista.

Ello significará, a título de ejemplo, que en caso de contratación al 50% de jornada de un trabajador/a sin discapacidad severa, a quien corresponda una bonificación a tiempo completo equivalente a 375 euros, le correspondería en principio una bonificación del 50%; es decir, de 187,5 euros. Ahora bien, a esa cuantía de bonificación se le añadirá un 30% más (112,5 euros), lo que va a comportar un beneficio final de 300 euros, cifra muy cercana a la de los 375 euros previstos para una contratación a tiempo completo.

Otras normas con incentivos económicos a la contratación de personas con discapacidad. Además del Programa de Fomento del Empleo contenido en la Ley 43/1006, existen otras normas que contemplan bonificaciones a la contratación laboral de personas con discapacidad. Son las siguientes:

Real Decreto-Ley 18/2011, de 18 de noviembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de trabajo celebrados con personas con discapacidad por la ONCE. Se establece una bonificación del 100% en las cuotas empresariales de la Seguridad Social para los contratos de trabajo celebrados o que se celebren por la ONCE, con personas con discapacidad, en cualquiera de las modalidades de contratación previstas en la legislación laboral y durante toda la vigencia de dichos contratos. La misma bonificación se disfrutará en el supuesto de transformación en indefinidos de los contratos temporales de fomento de empleo de personas con discapacidad o de transformación en indefinidos de los contratos de duración determinada o temporales, incluidos los formativos suscritos con trabajadores/as con discapacidad.

Artículo 12.1 b) del Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad. Esta norma establece que las empresas colaboradoras que contraten con carácter indefinido a un trabajador/a del enclave con discapacidad que presente especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo tendrán derecho a una bonificación del 100% en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, y las cuotas de recaudación conjunta durante toda la vigencia del contrato.

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

11. ¿Qué bonificaciones se prevén para la contratación temporal de personas con discapacidad? ¿Y para la contratación indefinida de estas?

CUADRO 1.

BONIFICACIONES A LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA

COLECTIVOS	DESCRIPCIÓN	CUANTÍA ANUAL (en €)			DURACIÓN
Otros colectivos y situaciones especiales	Exclusión social	600			4 años
	Víctimas de violencia de género	850			
	Víctimas de terrorismo	1.500			
	Personas con discapacidad (<i>artículo 2.2</i>)	Mujeres con discapacidad (<i>artículo 2.2.3</i>)	Personas mayores de 45 años con discapacidad (<i>artículo 2.2.3</i>)		Toda la vigencia del contrato
	En general (<i>artículo 2.2.1</i>)	4.500	5.350	5.700	
En caso de discapacidad severa (<i>artículo 2.2.2</i>)	5.100	5.950	6.300		

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

11. ¿Qué bonificaciones se prevén para la contratación temporal de personas con discapacidad? ¿Y para la contratación indefinida de estas?

CUADRO 2.

BONIFICACIONES A LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

Personas con discapacidad contratadas mediante el contrato temporal de fomento del empleo (artículo 2.2.4)	Varones menores de 45 años	Varones mayores de 45 años	Mujeres menores de 45 años	Mujeres mayores de 45 años	DURACIÓN
En general	3.500	4.100	4.100	4.700	Toda la vigencia del contrato
En caso de discapacidad severa	4.100	4.700	4.700	5.800	

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

12.

¿Qué requisitos debe cumplir la empresa para acceder a la contratación bonificada? ¿Y qué características tiene que cumplir la persona con discapacidad?

Jorge Pérez

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

Requisitos básicos. La Ley 43/2006, en su artículo 5, establece dos requisitos básicos para los beneficiarios de las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social que se regulan en la misma:

«Hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social tanto en la fecha de alta de los trabajadores/as como durante la aplicación de las bonificaciones correspondientes, de modo que si durante el periodo de bonificación existe una falta de ingreso en plazo reglamentario de dichas obligaciones, se producirá la pérdida automática de las bonificaciones respecto de las cuotas correspondientes a periodos no ingresados en dicho plazo.

No haber sido excluidos del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo por la comisión de infracciones muy graves no prescritas. Todo ello, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 del vigente Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.»

No acceso a bonificaciones por incurrir en causas de exclusión del artículo 6 de la Ley 43/2006. Además de la necesidad de cumplir estos dos requisitos, los beneficiarios de las bonificaciones por contratación indefinida de personas con discapacidad previstas en la Ley 43/2006 no deben incurrir en ninguna de las causas de exclusión reguladas en su artículo 6, salvo las previstas en los párrafos a) y b) de su apartado primero, relativas a las relaciones laborales de carácter especial y a la contratación de familiares, que no afectan a este colectivo. No se aplicarán las bonificaciones por contratación de personas con discapacidad en los siguientes supuestos:

Contrataciones realizadas con trabajadores/as que en los 24 meses anteriores a la fecha de la contratación hubiesen prestado servicios en la misma empresa, grupo de empresas o entidad mediante un contrato por tiempo indefinido. A estos efectos también se contemplará el supuesto de vinculación laboral anterior del trabajador/a con empresas a las que el solicitante de los beneficios (empresa contratante) haya sucedido en virtud de lo establecido en el artículo 44 del TRLET (artículo 6.1.c).

Trabajadores/as que hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido en otra empresa en un plazo de tres meses previos a la formalización del contrato. Esta exclusión no se aplicará cuando la finalización del contrato sea por despido reconocido o declarado improcedente, o por despido colectivo (artículo 6.1.d).

Las empresas que hayan extinguido o extingan contratos bonificados por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo quedarán excluidas por un periodo de doce meses de las bonificaciones establecidas en este programa. La citada exclusión afectará a un número de contratos igual al de las extinciones producidas. El periodo de exclusión se contará a partir del reconocimiento o de la declaración de improcedencia del despido o de la extinción derivada del despido colectivo (artículo 6.2).

Excepciones en la aplicación de exclusiones en el acceso a bonificaciones. Sin embargo, y a pesar de la limitación de las causas de exclusión de la contratación bonificada de personas con discapacidad respecto a las que afectan a otros colectivos, lo cierto es que las restricciones a la incorporación o reincorporación de un empleado/a con discapacidad

12. ¿Qué requisitos debe cumplir la empresa para acceder a la contratación bonificada? ¿Y qué características tiene que cumplir la persona con discapacidad?

a una empresa provocan en la práctica numerosas disfunciones, especialmente en los centros especiales de empleo. En estos casos, siendo la inserción de sus trabajadores/as en el régimen de empleo ordinario una de las finalidades que justifican su existencia, tanto dichos centros como las propias personas trabajadoras con discapacidad asumen el riesgo de perder las bonificaciones en el caso de que ese tránsito resulte fallido en un periodo breve de tiempo y el trabajador/a regrese al centro. Con la finalidad de aliviar esa tensión, la Ley 27/2009 modificó el artículo 6.3 de la Ley 43/2006 para limitar la aplicación a la contratación bonificada de personas con discapacidad de la causa de exclusión contenida en el apartado d del artículo 6.1, señalada anteriormente.

Por otra parte, esa exclusión establecida en el artículo 6.1.d no será de aplicación en el supuesto de contratación de trabajadores y trabajadoras con discapacidad procedentes de centros especiales de empleo, tanto en lo que se refiere a su incorporación a una empresa ordinaria como en su posible retorno al centro de procedencia o a otro centro especial de empleo. Tampoco será de aplicación dicha exclusión en el supuesto de incorporación a una empresa ordinaria de personas con discapacidad en el marco del programa de empleo con apoyo.

Finalmente, tanto esta exclusión de la letra c del artículo 6.1 como la de la letra d del mismo artículo no se aplicarán si se trata de trabajadores/as con especiales dificultades para su inserción laboral. A estos efectos, se considerará que existen dichas especiales dificultades cuando estén incluidos en alguno de los siguientes grupos:

Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%.

Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%.

Características del trabajador/a contratado. Por lo que hace referencia al ámbito subjetivo respecto del trabajador/a contratado, el artículo 2.2.5 de la Ley 43/2006 establece que, para tener derecho a los beneficios establecidos en este programa de fomento del empleo, las personas con discapacidad deberán tener un grado de discapacidad igual o superior al 33%, o la específicamente establecida en cada caso. A estos efectos, se considerarán también incluidos los y las pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, así como aquellos pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

En los demás casos de bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social derivadas de la contratación, temporal o indefinida, de personas con discapacidad, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa reguladora en cada caso. No obstante, hay que tener en cuenta que la entrada en vigor

de la LGDPD ha supuesto un notable avance en esta cuestión, desde el punto de vista de la homogeneidad de los ámbitos subjetivos de aplicación de esta normativa. Así, en el artículo 4.2 de la mencionada LGDPD se establece que, a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%.

Por otra parte, y respecto a la asimilación en este ámbito de las personas que tienen reconocida una incapacidad permanente, el mismo artículo 4.2 establece que se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33% los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. No obstante, se dice que las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos. Así pues, cabrá la posibilidad de beneficiarse de las bonificaciones por la contratación de trabajadores/as a quienes se les haya reconocido alguna de estas pensiones, salvo si expresamente se dijera lo contrario en la norma que regula el incentivo al que se pretende tener acceso.

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

13.

¿Es posible contratar a una persona con discapacidad mediante el contrato para la formación? ¿Y mediante el contrato en prácticas? ¿Qué regulación existe? ¿Y qué especificidades hay para las personas con discapacidad?

Ricardo Esteban

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

Cuestión previa: justificación de la contratación temporal formativa, aspectos de alcance general, bonificaciones y regulación. Los contratos formativos son tipologías contractuales que pretenden favorecer la formación del trabajador/a mientras este desempeña su actividad laboral. En este sentido, la normativa prevé dos tipos de contratos formativos: el contrato en prácticas y el contrato para la formación y el aprendizaje. El contrato en prácticas (artículo 11.1 del TRLET) pretendería favorecer la puesta en práctica de los conocimientos teóricos previamente obtenidos por el trabajador/a, de modo que se trata de una modalidad relativamente simple. En concreto, la normativa se está refiriendo a la contratación de personas que hayan obtenido títulos universitarios, de formación profesional de grado medio o superior o certificados de profesionalidad. El contrato para la formación y el aprendizaje (artículo 11.2 del TRLET) buscaría, con carácter general, la cualificación profesional de trabajadores y trabajadoras en régimen de alternancia del trabajo mientras se recibe formación profesional para el empleo –la anteriormente denominada *formación profesional ocupacional*–, o formación profesional del sistema educativo, denominada anteriormente *formación profesional reglada*. Se trata de un contrato más complejo y de mayor dificultad en su puesta en práctica, como tendremos ocasión de señalar.

Estamos ante contratos cuya temporalidad está justificada de acuerdo con su carácter formativo. Ello comporta que dichos contratos puedan utilizarse para cubrir puestos de trabajo de todo tipo, tanto fijos como temporales, sin que pueda apreciarse fraude de ley. De hecho, en esta modalidad contractual el fraude de ley se apreciará cuando de modo rotundo no se den los requisitos suficientes para que

se cumpla la finalidad formativa, aspecto que se tratará en los siguientes apartados. Dado que nos hallamos ante una peculiar contratación temporal, a su finalización la empresa no estará obligada al pago de indemnización alguna, ya que el artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores los excluye de esta obligación. Asimismo, los contratos formativos no se tienen en cuenta como susceptibles de formar parte de encadenamientos fraudulentos definidos en el artículo 15.5 del TRLET (véase pregunta nº 5 sobre contratación temporal específica de personas con discapacidad). Dado el interés por que se cumpla efectivamente la finalidad formativa, se prevé que la incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o la lactancia, maternidad o paternidad interrumpirán el cómputo de la duración de los contratos en prácticas y de formación y aprendizaje. Asimismo, los contratos formativos deberán formalizarse por escrito y utilizando el modelo oficial.

En materia de beneficios de Seguridad Social, los contratos en prácticas formalizados con personas menores de 30 años darán lugar a una reducción del 50% de las cuotas empresariales por contingencias comunes. En lo que concierne a los contratos para la formación y el aprendizaje, el artículo 3 de la Ley 3/2012 establece una interesante regulación de reducciones en la cuota patronal de la Seguridad Social siempre que los trabajadores/as se encuentren inscritos como desempleados en la oficina de empleo. De este modo, la ley reconoce el derecho a una reducción del 100% de las cuotas por contingencias comunes, contingencias profesionales, fondo de garantía salarial, desempleo y formación profesional siempre y cuando la plantilla de la empresa acredite menos de 250 trabajadores. Si la cifra de plantilla alcanza o supera los 250 trabajadores/as, la cuantía

13. ¿Es posible contratar a una persona con discapacidad mediante el contrato para la formación? ¿Y mediante el contrato en prácticas? ¿Qué regulación existe? ¿Y qué especificidades hay para las personas con discapacidad?

de las reducciones de cuota es más modesta, ya que se elevará como máximo al 75% de las cuotas. Los trabajadores y trabajadoras tendrán el beneficio también de una reducción del 100% de sus cuotas, tanto en el contrato inicial como en las prórrogas.

La regulación de estos contratos se fundamenta en lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores (artículo 11) y se desarrolla en dos decretos diferenciados. Así, la regulación del contrato en prácticas se detalla mediante el Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, mientras que el desarrollo reglamentario de la contratación para la formación y el aprendizaje se lleva a cabo a través del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre. Tampoco en este caso será de aplicación a los contratos para la formación y el aprendizaje formalizados en el medio ordinario de trabajo lo previsto en el Real Decreto 1368/1985, para los contratos de este tipo, formalizados en centros especiales de empleo (artículo 7.2). Como se ha señalado, la regulación especial se limita a regular las prestaciones de servicios en entornos protegidos, de modo que la regulación de los contratos para la formación y aprendizaje formalizados en entornos ordinarios se regularán por el Estatuto de los Trabajadores y su desarrollo reglamentario, en el bien entendido, no obstante, que existen algunas reglas adaptadas a las personas con discapacidad.

El contrato en prácticas. Rasgos generales y adaptación a las personas con discapacidad. Como se ha señalado, el contrato en prácticas pretende posibilitar la realización de práctica profesional de personas que han obtenido una determinada titulación dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la formalización del contrato. En concreto, se tratará de títulos universitarios, incluyendo el máster oficial, títulos de formación profesional del sistema educativo de grado medio o superior o certificados de profesionalidad. Además, en el caso de que se contrate a una persona con discapacidad se permite la formalización del contrato de trabajo siempre que no hayan pasado más de siete años desde la obtención del título habilitador, con lo que se facilita su utilización (artículo 11.1 del TRLET).

Un rasgo destacado en el contrato en prácticas radica en que el puesto de trabajo debe permitir que el trabajador/a obtenga práctica profesional adecuada al nivel de estudios alcanzado. De hecho, la clave de este contrato estaría en la obtención de aprendizaje o formación práctica, de modo que si no se cumple con esta obligación –por ejemplo, porque el puesto no tiene ninguna relación con el nivel formativo– cabe concluir que nos encontraremos con un contrato de trabajo formalizado en fraude de ley, de modo que el contrato de trabajo en prácticas debería presumirse como indefinido (artículo 15.3 del TRLET).

Otros rasgos del contrato en prácticas. Duración y prórrogas, periodo de prueba y retribución. De acuerdo con la Ley, el contrato en prácticas tendrá una duración mínima de seis meses y una duración máxima de dos años. Ahora bien, la negociación colectiva de sector puede fijar dentro de estos límites otras duraciones atendiendo a las caracte-

rísticas del sector y de las prácticas a realizar (artículo 11.1.b del TRLET). Por ello podría fijarse en convenio colectivo una duración mínima de, por ejemplo, un año o una duración máxima de, por ejemplo, un año y medio. Siempre que se cuente con margen temporal suficiente dentro de la duración máxima, al contrato inicial pueden añadirse hasta dos prórrogas (artículo 19 del RD 488/1998).

La duración máxima del periodo de prueba se establecerá en convenio colectivo. Ahora bien, si el convenio colectivo nada prevé, el periodo de prueba no podrá ser superior a un mes, si el título del trabajador es de grado medio o se trata de un certificado de profesionalidad de nivel 1 o 2. Asimismo, si el convenio nada prevé, el periodo de prueba podrá ser de hasta dos meses si nos hallamos ante un título superior –grado formativo del sistema educativo o título universitario– o ante un certificado de profesionalidad de nivel 3 o superior.

En lo que concierne a la retribución, esta será la fijada en convenio colectivo. Si el convenio nada prevé al respecto, la retribución pactada en contrato no podrá ser inferior a un determinado porcentaje de la retribución prevista en convenio para el trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo. De este modo, durante el primer año de contrato, la retribución no podrá ser inferior al 60% del salario previsto en convenio y durante el segundo año la retribución no podrá estar por debajo del 75% del salario previsto en convenio colectivo para el mismo o equivalente puesto de trabajo.

El contrato para la formación y el aprendizaje. Rasgos generales. El contrato para la formación y el aprendizaje

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

13. ¿Es posible contratar a una persona con discapacidad mediante el contrato para la formación? ¿Y mediante el contrato en prácticas? ¿Qué regulación existe? ¿Y qué especificidades hay para las personas con discapacidad?

(artículo 11.2 del TRLET) persigue la cualificación profesional de trabajadores y trabajadoras en régimen de alternancia con el trabajo mientras se recibe formación profesional para el empleo o formación profesional del sistema educativo. Se trata de un contrato que facilita de modo especial su utilización por parte de las personas con discapacidad, ya que en tal caso no se exigirá límite de edad alguno. A este respecto, debe subrayarse que, en general, este contrato solo podrá formalizarse con personas que se encuentren entre los 16 y los 24 años, aunque transitoriamente es posible utilizarlo para la contratación de menores de 30 años, mientras la tasa de desempleo no baje del 15%.

Más allá del requisito formativo teórico distinguen a este contrato algunas características adicionales. En primer lugar y respecto a la duración del contrato (artículo 11.1.b del Estatuto de los Trabajadores), se establece una duración mínima de seis meses y una duración máxima de tres años, salvo duraciones diferentes que puedan preverse en negociación colectiva. En materia de prórrogas, si el contrato se ha formalizado por una duración inferior a la máxima, serían posibles hasta dos prórrogas del contrato inicial, que no podrán tener una duración inferior a la mínima ni, en su conjunto, el contrato inicial y las prórrogas podrán superar la duración máxima del contrato. En el caso de contratación de perso-

nas con discapacidad, la disposición adicional segunda del Real Decreto 1529/2012 establece que la duración del contrato podrá ampliarse hasta un máximo de cuatro años. Para ello será necesario no haber alcanzado en el tiempo máximo de duración del contrato el nivel mínimo de conocimientos requerido para desempeñar el puesto de trabajo, por varias razones como el tipo y grado de discapacidad u otras circunstancias individuales y profesionales. Ahora bien, para pactar esta duración será necesario informe previo favorable del Servicio Público de Empleo competente, que para ello podrá recabar informe de los equipos técnicos de valoración y orientación competentes.

Tampoco queda claro si la prolongación del contrato va dirigida a completar la formación práctica o la formación teórica. En materia retribución, la ley se remite a lo que pueda pactarse en negociación colectiva, aunque solo serán retribuidos los periodos efectivos de trabajo, no los dedicados a formación. En todo caso, la retribución nunca podrá ser inferior a la cifra del salario mínimo interprofesional, eso sí, en proporción a la jornada laboral realizada (artículo 11.2.g del TRLET).

El elemento formativo en los contratos para la formación y el aprendizaje. El contrato de trabajo para la formación y el aprendizaje exige siempre y en todo caso que, en paralelo a la prestación de servicios, la persona trabajadora siga una formación profesional para el empleo o formación profesional del sistema educativo. En otras palabras, es imprescindible que la persona realice el seguimiento de una acreditación parcial acumulable de un certificado de profesionalidad –formación profesional para el empleo– o bien siga estudios para la obtención de un grado formativo de

nivel medio o superior de la formación profesional del sistema educativo, la tradicional formación profesional reglada. Por esta razón, durante el primer año de contrato la persona no puede trabajar más del 75% de la jornada ordinaria ni el 85% de la jornada durante el segundo y el tercer año. A este respecto, y dado que en general la formación se seguirá en centros externos –públicos o concertados–, deberá concederse permisos al trabajador para asistir a la formación y deberá realizarse un seguimiento del proceso mediante un tutor interno, integrante de la plantilla. En todo caso, las últimas reformas han facilitado mucho el acceso a la formación a distancia, ya que se presenta como una opción alternativa a la formación presencial. En fin, el conjunto de aspectos formativos deberán pactarse en un «acuerdo para la actividad formativa» que se firmará entre empresa, trabajador y centro formativo (artículo 21 del RD 1529/2012). Eso sí, en caso de incumplimiento grave o total de la formación teórica, cabría considerar el contrato de trabajo como en fraude de ley, considerándose un contrato indefinido (artículo 15.3 del TRLET).

El Real Decreto 1529/2012 (disposición adicional segunda) establece diferentes medidas dirigidas a facilitar e incentivar las acciones formativas a favor de las personas con discapacidad. En este sentido, se apela a la realización de adaptaciones en la oferta de certificados de profesionalidad cuando sea esta la actividad formativa seguida por la persona con discapacidad. A lo anterior se añade la obligación de que los centros que impartan acciones formativas para personas con discapacidad cumplan con las condiciones que permitan el acceso, la circulación y la comunicación de las personas con discapacidad, de conformidad con lo previsto en la LGDPD, añadiéndose que en último término los cen-

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

13. ¿Es posible contratar a una persona con discapacidad mediante el contrato para la formación? ¿Y mediante el contrato en prácticas? ¿Qué regulación existe? ¿Y qué especificidades hay para las personas con discapacidad?

tros deberán introducir ajustes razonables que permitan la plena igualdad. De todos modos, en el caso de trabajadores/as con discapacidad intelectual, las adaptaciones formativas, en caso de introducirse, aparecen por lo general como insuficientes para hacer posible el seguimiento de las acciones formativas por parte de estos y estas. Asimismo, en caso de contratación de personas con discapacidad intelectual se prevé (disposición adicional segunda del RD 1529/2012) que hasta el 25% de trabajo efectivo podrá dedicarse a la realización de procedimientos de rehabilitación, habilitación o ajuste personal y social. Ahora bien, la regulación establece esta posibilidad como una suerte de añadido a la formación teórica que aparentemente debería seguirse igualmente, de modo que el tiempo de trabajo efectivo podría limitarse en este caso y durante el primer año hasta un 50% de la jornada ordinaria.

ESPECIALIDAD DEL CONTRATO EN PRÁCTICAS	
Régimen general	Especialidades en personas con discapacidad
Título obtenido dentro de los cinco años anteriores a la contratación.	Título obtenido dentro de los siete años anteriores a la contratación.

CUADRO DE ESPECIALIDADES DEL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE

ELEMENTO DEL CONTRATO	Régimen general	Especialidades en personas con discapacidad
EDAD MÁXIMA DE ACCESO	Menores de 25 años Transitoriamente, menores de 30 años	No hay edad tope para contratarlas.
DURACIÓN LEGAL MÁXIMA	Hasta tres años	Hasta cuatro años. Condicionado a no haber alcanzado en el tiempo máximo de duración (tres años) el nivel mínimo de conocimientos requerido.
PROPORCIÓN MÍNIMA DE LA JORNADA DEDICADA A ACTIVIDAD FORMATIVA O ASIMILADA	25% el primer año 15% el segundo y posteriores años	25% el primer año. 15% el segundo año y posteriores. Además, en caso de discapacidad intelectual, hasta el 25% de trabajo efectivo podrá dedicarse a la realización de procedimientos de rehabilitación, habilitación o ajuste personal y social.

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

14.

¿Existen otras vías para contratar temporalmente a personas con discapacidad?

Helena Ysàs

Efectivamente, más allá de la posibilidad de contratar a una persona con discapacidad a través de un contrato indefinido para personas con discapacidad o de un contrato temporal de fomento del empleo de personas con discapacidad, existe la posibilidad de utilizar cualquiera de las modalidades de contratación previstas por la legislación laboral española.

En este sentido es de especial interés reseñar las principales características de las posibilidades de contratación temporal estructural, es decir, de las modalidades de contrato temporal previstas para atender a determinadas circunstancias en que puedan encontrarse las empresas y que requieran la contratación de mano de obra por un periodo limitado de tiempo.

A continuación se expondrán las distintas modalidades de contratación temporal y las principales normas que las regulan, algunas de ellas comunes a todas o a algunas de las modalidades contractuales.

Las principales modalidades contractuales que podrán ser utilizadas por las empresas son:

- El contrato por obra o servicio
- El contrato eventual por circunstancias de la producción
- El contrato de interinidad
- Los contratos formativos

Contrato por obra o servicio (artículo 15.1.a del TRLET):

El contrato por obra o servicio tiene por finalidad que el trabajador/a realice una obra o un servicio concreto que tenga autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa. Es decir, las tareas que llevará a cabo la persona no podrán ser tareas que deban ejecutarse de forma per-

manente, propias de la actividad habitual de la empresa, sino cuya necesidad deberá ser temporal, es decir, deberá ser limitada en el tiempo, aunque la duración sea incierta. Por ejemplo, una empresa cuya actividad habitual consista en la confección textil y que a raíz de un cambio operado en una parte de la maquinaria utilizada decida contratar a un técnico/a para formar y acompañar al personal durante el tiempo necesario para que se adapten a la nueva tecnología utilizada. El contrato finalizará cuando acabe la obra o el servicio a prestar, aunque puede fijarse una fecha orientativa. Sin embargo, debe señalarse que esta modalidad de contrato se utiliza con frecuencia de forma incorrecta al no tener el puesto de trabajo el carácter temporal requerido, sino contratando a una persona para efectuar tareas que en la empresa tienen carácter de permanentes. En tales casos la empresa se arriesga a que en algún momento el contrato sea declarado como indefinido.

Estos contratos tienen una duración máxima de tres años, que puede alcanzar los cuatro años si así se prevé en el convenio colectivo sectorial aplicable. Si el trabajador/a sigue trabajando más allá de estas fechas, el contrato se convierte automáticamente en indefinido.

Contrato eventual por circunstancias de la producción (artículo 15.1.b del TRLET).

Se trata de una modalidad contractual cuya finalidad consiste en que las empresas puedan contratar a personas durante periodos de tiempo en que tengan una mayor necesidad de mano de obra. Las causas que pueden provocar esta necesidad de contratar temporalmente nuevos trabajadores/as son circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos. Puede perfectamente tratarse de tareas que conformen la

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

14. ¿Existen otras vías para contratar temporalmente a personas con discapacidad?

actividad habitual de la empresa, puesto que la justificación de este contrato radica en el aumento de volumen de trabajo que esta debe afrontar temporal y circunstancialmente. Es importante distinguir las situaciones que permiten contratar temporalmente a personas a través de un contrato temporal de aquellas que requieren el uso de la modalidad de contrato fijo-discontinuo –que es un contrato indefinido–. Cuando el aumento de volumen de trabajo de la empresa sea cíclico –aunque las fechas concretas de inicio y fin del aumento de trabajo sean desconocidas– deberá utilizarse el contrato fijo-discontinuo y no el contrato temporal por circunstancias de la producción. Así por ejemplo, una empresa que fabrica helados y que necesita aumentar su producción cada año entre los meses de febrero y mayo para abastecer al mercado en verano deberá contratar a los trabajadores/as que deban cubrir el pico de producción mediante contratos fijos discontinuos. En cambio, una empresa de *catering* que en un momento determinado recibe el encargo de abastecer un congreso internacional de grandes dimensiones pero que cada año se celebra en un país distinto podrá utilizar contratos eventuales por circunstancias de la producción para cubrir el aumento de mano de obra que necesite. Debe destacarse que, tal y como ocurre con el contrato por obra o servicio determinado, el contrato eventual por circunstancias de la producción se utiliza con frecuencia en casos en

que la normativa no lo permite, de forma tal que cuando ello ocurra el contrato podrá ser declarado como indefinido.

También en este caso la norma fija límites temporales, consistentes en que el contrato deberá tener una duración máxima de seis meses. Como el contrato debe estar efectivamente vinculado a un aumento del volumen de trabajo en la empresa, se fija un periodo de referencia dentro del que podrá contratarse. Este periodo de referencia se inicia en el momento en que aparece la causa (cuando aparece el aumento de volumen de trabajo) y se extiende durante doce meses, dentro de los cuales podrán celebrarse contratos por una duración máxima de seis meses. Tanto la duración máxima del contrato como la del periodo de referencia podrán ampliarse a través de convenio colectivo sectorial en atención al carácter estacional de la actividad en que las circunstancias que justifican la contratación puedan producirse. El periodo de referencia máximo que puede fijar un convenio colectivo es de 18 meses y la duración máxima del contrato, $\frac{3}{4}$ del periodo de referencia que se fije y, en todo caso, como máximo doce meses.

Si la duración del contrato fijada inicialmente es inferior a la máxima, el contrato podrá prorrogarse una única vez, sin que pueda superarse la duración máxima legal o la establecida a través de convenio colectivo, en su caso.

Contrato de interinidad (artículo 15.1.c del TRLET). El contrato de interinidad tiene por objetivo la contratación de personal de sustitución durante un periodo de tiempo y que tienen derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo una vez finalizada la situación que motiva su ausencia, es decir, trabajadores/as que tienen derecho a reserva de pues-

to de trabajo. Los supuestos más frecuentes que permiten la utilización de un contrato de interinidad son la sustitución de personas en situación de incapacidad temporal, de descanso por maternidad o de excedencia –en este último caso siempre y cuando se trate de una excedencia forzosa con derecho a reserva de puesto de trabajo.

En cuanto a los aspectos formales del contrato de interinidad, en este deberá hacerse constar el nombre del trabajador/a sustituido y la causa de la sustitución.

Asimismo, las empresas podrán contratar a personas con discapacidad a través de contratos formativos. Sin embargo, la contratación formativa se desarrolla en otra pregunta.

Reglas sobre el fraude de ley. El artículo 15.3 del TRLET prevé que los contratos temporales celebrados en fraude de ley se presumirán celebrados por tiempo indefinido. Se trata de una norma que nace como consecuencia de la preferencia del ordenamiento jurídico-laboral por la contratación indefinida frente a la contratación temporal que, en consecuencia, deberá restringirse a aquellos casos en que la temporalidad de la necesidad de mano de obra esté justificada. Es por ello que la legislación laboral establece en qué casos podrá utilizarse un contrato temporal –causalidad de la contratación temporal–: principalmente la necesidad de ejecución de una obra o servicio que no constituya la actividad habitual de la empresa y que esté limitada en el tiempo, el aumento puntual de la carga de trabajo o la necesidad de sustituir a un trabajador/a ausente, así como la contratación de estos durante su etapa formativa. Dichas causas se corresponden con las modalidades de contratación temporal descritas anteriormente.

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

14. ¿Existen otras vías para contratar temporalmente a personas con discapacidad?

La norma persigue sancionar la utilización de contratos temporales que no se ajusten a las causas de temporalidad previstas y por ello determina que, cuando el contrato utilizado no obedezca a la causa en él consignada, este se considerará celebrado en fraude de ley y tendrá como consecuencia su consideración como indefinido. En general, para que eso ocurra es necesaria la presentación por parte del trabajador/a de una demanda judicial, lo que generalmente ocurre cuando el contrato finaliza.

Finalmente, los trabajadores y trabajadoras que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido el plazo que se hubiera podido fijar como periodo de prueba, adquirirán la condición de indefinidos, independientemente del tipo de contrato que hubieran suscrito, a excepción de que la naturaleza temporal de la relación laboral se deduzca claramente de la naturaleza de las actividades o de los servicios contratados.

Normas sobre encadenamiento de contratos. Con el objetivo de prevenir el uso inadecuado de los contratos temporales, se introdujo en el Estatuto de los Trabajadores (artículo 15.5 del TRLET) una norma que determina que, en determinados casos, el contrato temporal se convierte de forma automática en un contrato indefinido. Se trata de los casos en

que el trabajador/a haya estado contratado a través de dos o más contratos temporales durante un periodo de tiempo que supere los 24 meses, de forma continua o con interrupciones, dentro de un periodo de referencia de 30 meses. Además, para que se produzca la conversión automática del contrato temporal en indefinido no será obstáculo que la persona haya desempeñado puestos de trabajo distintos o que lo haya hecho en distintas empresas de un mismo grupo de empresas. La norma incluye tanto la contratación directa por parte de la empresa como la contratación a través de una empresa de trabajo temporal y posterior puesta a disposición del trabajador/a a la empresa en cuestión.

Debe subrayarse que la previsión que se acaba de describir no es de aplicación cuando los contratos temporales suscritos sean contratos formativos –contrato para la formación y el aprendizaje y contrato en prácticas–, contratos de relevo, contratos de interinidad, contratos celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación o si quien contrata es una empresa de inserción si el objetivo de los contratos se considera parte esencial de un programa de inserción personalizado.

También debe destacarse que la aplicación de esta norma para limitar el encadenamiento de contratos quedó en suspenso entre el 27 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, por lo que el tiempo transcurrido entre estas dos fechas no será tenido en cuenta ni a efectos de computar los 24 meses de duración de la contratación ni los 30 meses del periodo de referencia.

Por otra parte, deben reseñarse determinadas reglas comunes de aplicación a todos los contratos descritos en esta pregunta.

En primer lugar, debe subrayarse que los contratos temporales que tengan una duración superior a las cuatro semanas deberán formalizarse por escrito. Sin embargo, en el caso de los contratos por obra o servicio deberán formalizarse por escrito siempre, independientemente de su duración (artículo 8 del TRLET).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que cuando el contrato tenga una duración superior a un año, la empresa deberá informar al trabajador/a de la finalización del contrato –lo que se conoce como denuncia del contrato– como mínimo 15 días antes de la fecha de finalización del mismo. Si alcanzada la duración máxima del contrato se continúa prestando servicios, el contrato se entenderá prorrogado por tiempo indefinido, es decir, el contrato automáticamente se convertirá en indefinido, con la única excepción de que la empresa pruebe la naturaleza temporal de la prestación del trabajador/a. Lo mismo ocurrirá cuando la persona trabajadora siga prestando servicios una vez que la obra o el servicio para el que fue contratado, si tal ha sido la modalidad de contrato utilizada, haya finalizado. En el caso de que el contrato se hubiera firmado inicialmente por un periodo de tiempo inferior a su duración máxima, si alcanzada la fecha inicialmente acordada como de finalización del contrato el trabajador/a siguiera prestando servicios para la empresa, el contrato se entendería prorrogado tácitamente hasta su duración máxima.

Finalmente, las personas contratadas mediante la modalidad contractual descrita tendrán derecho a recibir, a la finalización de su contrato y en todo caso, una indemnización consistente en una cantidad económica equivalente a doce días de salario por cada año de servicio o la parte propor-

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

14. ¿Existen otras vías para contratar temporalmente a personas con discapacidad?

cional para los periodos inferiores a un año. La cantidad de doce días de salario por año de servicio es aplicable para los contratos celebrados a partir del 1 de enero de 2015. Para los contratos celebrados en el 2014 la cuantía es de once días de salario; para los celebrados en el 2013, de diez días; para los celebrados en el 2012, de nueve días, y para los celebrados hasta el 31 de diciembre de 2011, de 8 días.

BLOQUE 2

ACCESO AL EMPLEO,
APOYOS, CONTRATACIÓN
Y BONIFICACIONES

BLOQUE 3

CONDICIONES DE TRABAJO Y ADAPTACIONES

15 ¿Puede la empresa proponer un periodo de prueba en la contratación de personas con discapacidad? ¿Con qué límites?

16 ¿Está obligada la empresa a realizar adaptaciones para facilitar el acceso a las personas con discapacidad?

17 Por lo que se refiere al salario, ¿deben aplicarse los niveles salariales del convenio? ¿Y las mejoras que sean usuales en la empresa? ¿Pueden introducirse deducciones salariales basadas en el rendimiento?

18 ¿Pueden modificarse las funciones de una persona contratada una vez consolidada en la empresa? ¿Existe alguna limitación en relación con la jornada laboral y su flexibilización? ¿Y en relación con la movilidad geográfica o la modificación substancial de condiciones de trabajo? ¿Qué límites existen?



15.

¿Puede la empresa proponer un periodo de prueba en la contratación de personas con discapacidad? ¿Con qué límites?

Ricardo Esteban

BLOQUE 3

CONDICIONES
DE TRABAJO
Y ADAPTACIONES

Teniendo en cuenta que no existe una prohibición expresa de pactar periodos de prueba con personas con discapacidad en la normativa ordinaria, y considerando, además, que en la normativa reguladora de la relación laboral especial de personas con discapacidad que trabajan en centros especiales de empleo se prevé esta posibilidad, cabe afirmar que la empresa puede proponer o sugerir la formalización de periodos de prueba. Ahora bien, es importante señalar cuáles son los límites que debe respetarse en la formalización del periodo de prueba. A estos efectos, se señalan a continuación, en dos apartados diferenciados, los límites generales del periodo de prueba y los límites adicionales para el caso de contratación de personas con discapacidad.

Límites generales del periodo de prueba. Entre los límites generales del periodo de prueba figura en primer lugar la exigencia de un pacto que deberá constar expresamente en el contrato de trabajo, de manera que el periodo de prueba no podrá imponerse por parte de la empresa.

En segundo lugar, el artículo 14.2 del Estatuto de los Trabajadores subraya que durante el periodo de prueba «el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá instarse por cualquiera de las partes durante su transcurso». Ello significa que evidentemente el periodo de prueba es un periodo retribuido y computa a los efectos de la antigüedad en la empresa, pero la gran diferencia con cualquier otro momento del contrato de trabajo está en que el trabajador/a puede ver extinguido su contrato de trabajo «por no superación del periodo de prueba» y sin que la empresa se vea obligada a indemnizar ni a justificar su decisión

extintiva. De hecho, la característica más llamativa del periodo de prueba se encuentra, precisamente, en que la empresa cuenta con una amplísima capacidad extintiva sin la obligación de justificar la razón que le ha llevado a dar por finalizado el contrato de trabajo. Además, la resolución del contrato de trabajo durante el periodo de prueba no exige pago alguno de indemnización por parte de la empresa.

La ley también reconoce la libertad al trabajador/a de resolver su contrato durante el periodo de prueba. Ahora bien, tal posibilidad no tiene mucho valor si tenemos en cuenta que, en nuestro ordenamiento jurídico, el trabajador/a cuenta con una amplia capacidad de resolver el contrato de trabajo en cualquier momento, con la única condición de respetar los preavisos establecidos en la ley o en la negociación colectiva (artículo 49 del TRLET).

El periodo de prueba tiene sentido en tanto en cuanto las funciones contratadas no se hayan realizado nunca en la misma empresa. Por eso, el artículo 14.1 del TRLET establece la nulidad del periodo de prueba cuando el trabajador/a haya desempeñado las funciones en la misma empresa con anterioridad, sea cual sea la modalidad contractual utilizada.

En lo que concierne a la duración del periodo de prueba, debe tenerse en cuenta que la duración específica de cada periodo de prueba quedará fijada mediante pacto entre la empresa y la persona empleada en el contrato de trabajo. Ahora bien, el pacto de prueba deberá respetar la duración máxima prevista o bien en el Estatuto de los Trabajadores o bien en el convenio colectivo. A este respecto, el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores se remite, en materia de duración máxima del periodo de prueba, a lo que pueda es-

15. ¿Puede la empresa proponer un periodo de prueba en la contratación de personas con discapacidad? ¿Con qué límites?

tablecer libremente el convenio colectivo, razón por la que deberá consultarse el convenio aplicable a la empresa. Ahora bien, si el convenio nada dice, el artículo 14.1 del Estatuto de los Trabajadores establece subsidiariamente la duración máxima del periodo de prueba, que va a depender de las funciones desempeñadas por el trabajador/a. De este modo, en defecto de pacto en convenio colectivo, la duración del periodo de prueba no podrá exceder de:

- a) Seis meses, si las funciones desarrolladas son de técnico/a titulado/a, es decir, si cuenta con titulación universitaria.
- b) Dos meses, cuando las funciones desempeñadas no sean de técnico/a titulado/a. Ahora bien, en este caso, la duración máxima del periodo de prueba se flexibiliza para el caso de trabajadores/as que desempeñen su actividad en empresas de menos de 25 trabajadores/as. En estos casos, la legislación concede un mayor grado de flexibilidad a las empresas de pequeña dimensión, de modo que si su plantilla es inferior a los 25 trabajadores/as el periodo de prueba podría prolongarse hasta los tres meses de duración máxima.

Ahora bien, más allá de la duración máxima prevista en el artículo 14.1 del TRLET o en la negociación colectiva, debe subrayarse que algunas normas específicas prevén duracio-

nes concretas para el periodo de prueba. Ese es el caso del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores/as, que prevé una duración obligatoria y fija de un año (artículo 4.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral), o el artículo 11.1 del TRLET, que establece una duración máxima específica del periodo de prueba para los contratos en prácticas, de entre uno y dos meses (véase la pregunta de contratos formativos).

Abundando en la duración máxima del periodo de prueba, tiene que recordarse que las situaciones de incapacidad temporal no interrumpen su cómputo salvo pacto en contrario entre ambas partes (artículo 14.3 del TRLET). De este modo, quedará en manos de la empresa y la persona trabajadora pactar que la situación de incapacidad temporal interrumpirá el cómputo del periodo de prueba. A título de ejemplo, si al formalizar el contrato se ha pactado un periodo de prueba de tres meses y se ha pactado que la incapacidad temporal interrumpirá su cómputo, una incapacidad temporal de un mes prolongaría la duración máxima del periodo de prueba hasta los cuatro meses.

Finalidad del periodo de prueba en la relación laboral ordinaria. De acuerdo con lo previsto en el artículo 14.1 del Estatuto de los Trabajadores, la empresa y la persona trabajadora estarán «obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba», cuestión que interesará de modo especial a la empresa a fin de verificar si la persona dispone de la aptitud para desempeñar adecuadamente las funciones pactadas. De este modo, la empresa deberá verificar con cierta atención si el desempeño del trabajador/a es adecuado, pudiendo resolver el contrato sin mayor justificación siempre que la resolución se produzca estando vigente el periodo de prueba.

Ahora bien, de modo particular en caso de contratación de personas afectadas por especiales dificultades, entendemos que sería conveniente permitir un consumo apreciable del periodo de prueba, a fin de facilitar que el trabajador/a pueda adaptarse al trabajo. A estos efectos se entendería por trabajador afectado por especiales dificultades aquel con retraso mental, trastorno mental, parálisis cerebral y discapacidad no inferior al 33% o bien a trabajadores/as con discapacidad física no inferior al 65%. Ahora bien, si transcurrido un tiempo prudencial se constatan dificultades insuperables, dado que se habrá cumplido con el deber de experimentación, cabría que la empresa pudiese resolver el contrato de trabajo de la persona con discapacidad, tal y como ha señalado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 11 de junio de 1996 (AS 1996/2409).

Eso sí, entendemos que de acuerdo con el conocimiento de la discapacidad, antes de resolver el contrato de trabajo la empresa debería realizar las adaptaciones necesarias que permitiesen al trabajador/a su consolidación en la empresa, de conformidad con lo señalado en el artículo 40.2 de la LGDPD, sin olvidar el papel que en estas situaciones debe representar el deber de especial consideración a la discapacidad previsto en el artículo 20.3 del TRLET. Ahora bien, si las adaptaciones no son exigibles, considerando el tamaño o el volumen de la empresa, o a pesar de introducirse no evitan las dificultades del trabajador/a, cabría la resolución del contrato de trabajo durante el periodo de prueba. En lo que concierne al deber de introducir adaptaciones, téngase en cuenta lo señalado en la siguiente pregunta.

BLOQUE 3

CONDICIONES
DE TRABAJO
Y ADAPTACIONES

16.

¿Está obligada la empresa a realizar adaptaciones para facilitar el acceso a las personas con discapacidad?

David Gutiérrez Colominas

Evolución legislativa. La obligación empresarial de adoptar las medidas adecuadas para la adaptación de los puestos de trabajo y la accesibilidad de la empresa se encuentra regulada en el artículo 40.2 de la LGDPD.

Su creación obedece a un mandato europeo contenido en la Directiva europea 2000/78 CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que prevé la obligación de realizar ajustes razonables en su artículo 5. La inclusión de esta obligación en una directiva europea supuso que, como instrumento armonizador de las legislaciones de los Estados miembros, estos tuvieran que adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento al contenido del citado instrumento jurídico.

En el ámbito español, la transposición de la citada directiva europea se realizó mediante la aprobación de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, cuyo artículo 38.2 introdujo el artículo 37.bis en la ya derogada LISMI. Tal disposición se mantuvo vigente desde el 1 de enero de 2004 hasta el pasado día 4 de diciembre de 2013, fecha de entrada en vigor de la LGDPD y, en concreto, del artículo 40.2 de la LGDPD, que mantiene prácticamente intacta la configuración legal de la obligación empresarial.

Finalidad de la obligación. Esta obligación se caracteriza como una medida que pretende garantizar la igualdad en el trabajo de las personas con discapacidad e impedir que exista una diferenciación de trato que limite no solo el acceso al trabajo, sino también el desempeño de las tareas propias del

puesto de trabajo, el progreso profesional y el acceso a formación del trabajador con discapacidad.

La instrumentación de esta medida de acción positiva, que pretende evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad, persigue como objetivo que las empresas adquieran un estándar de accesibilidad universal, es decir, que adecúen sus entornos, procesos, instrumentos, herramientas o dispositivos para lograr que sean utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad de la forma más autónoma y natural posible. Se trata, pues, de adaptar el entorno empresarial de tal forma que cualquier persona pueda prestar sus servicios. Jurídicamente, esta finalidad obedece al mandato contenido en el artículo 14 de la Constitución Española, que establece el principio de igualdad de trato, en relación con el artículo 9.2 de la citada norma, que identifica a los poderes públicos como aquel sujeto que debe velar por una integración plena y efectiva de todos los colectivos que integran la sociedad.

Por lo tanto, la creación de esta obligación empresarial es un mecanismo de integración laboral de las personas con discapacidad, cuyo fin obedece a una finalidad eliminadora de aquellos obstáculos que impidan o dificulten la participación e inserción de las personas con discapacidad en el ámbito laboral.

Configuración de la obligación. La obligación de realizar ajustes razonables se caracteriza como una imposición legal al empresario que le obliga a ajustar el entorno laboral para que las personas con discapacidad puedan prestar sus servicios con total normalidad. De esta forma, se pretende adaptar el medio

BLOQUE 3

CONDICIONES
DE TRABAJO
Y ADAPTACIONES

16. ¿Está obligada la empresa a realizar adaptaciones para facilitar el acceso a las personas con discapacidad?

de trabajo para que cualquier persona, con o sin discapacidad, pueda prestar sus servicios sin distinción alguna.

Para definir el contenido de la obligación de realizar ajustes razonables, la norma se refiere a la expresión *medidas adecuadas*, que no es definida por la ley. Por ello, la doctrina científica ha establecido dos grandes grupos que definen la naturaleza de los ajustes o intervenciones: a) las medidas estructurales, referidas a aspectos físicos o de accesibilidad, y b) las medidas organizativas vinculadas a aquellos aspectos de gestión del personal. No obstante, el cumplimiento de la obligación dependerá de las necesidades específicas de la persona con discapacidad que ocupará el puesto de trabajo y, por lo tanto, el contenido concreto de la obligación será determinado en función de cada situación o caso en particular.

Los ámbitos en los que tiene que repercutir la adecuación del puesto de trabajo son el acceso al empleo, el desempeño de las funciones habituales, el progreso profesional y el acceso a la formación. Este planteamiento, que pretende garantizar una cierta calidad y permanencia en el empleo, obliga a la empresa a introducir cambios estructurales en distintos campos, que permitan a la persona con discapacidad trabajar con normalidad y garantizar su progreso profesional, a fin y efecto de incrementar sus oportunidades laborales.

La naturaleza de la obligación plasmada es una concepción positiva y finalista, es decir, se exige una actuación por parte de la empresa que persiga adecuar el entorno laboral y, con ello, eliminar posibles fuentes de discriminación. En este punto, conviene señalar que la norma no menciona al sujeto a quien corresponde definir y concretar las necesidades específicas del trabajador/a con discapacidad durante su vida laboral. No obstante, es evidente que el sujeto obligado a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo será la empresa para la cual, en ese momento, se preste servicios. Ahora bien, la LGDPD no menciona a quien correspondería identificar las medidas necesarias a adoptar por la empresa, tan solo se limita a determinar la obligación de realizar ajustes razonables. Podría defenderse que esta actuación corresponde a la empresa, ya que el artículo 40.2 de la LGDPD se refiere a las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo, lo que incluye ineludiblemente el estado previo en el que se realiza la detección de las necesidades específicas. Ello, sumado a que las condiciones de trabajo serán distintas en cada relación laboral en la que se integre la persona con discapacidad, refuerza aún más el papel de la empresa como sujeto obligado a la identificación de la necesidad específica a fin y efecto de efectuar las modificaciones oportunas relativas al puesto de trabajo. Sin embargo, el silencio de la norma respecto a esta cuestión es absoluto y nada se menciona al respecto.

En términos temporales, la obligación empresarial de realizar ajustes razonables no se concreta en un único momento, sino que se extiende durante toda la vigencia de la relación laboral, debiendo la empresa velar por una integración del trabajador/a con discapacidad que le permita prestar sus servicios en idénticas condiciones al resto de la plantilla, formarse y progresar

profesionalmente. Ello significa que la realización de ajustes razonables debe producirse en cualquier momento en el que, a causa de un condicionante que impida la plena igualdad en el trabajo, se dificulte la prestación de servicios, la formación o el progreso profesional de las personas con discapacidad.

Límite de la obligación. La ley prevé un supuesto en el que la empresa, aun encontrándose en una situación que requiera la realización de ajustes razonables, no estará obligada a realizarlos. Se trata de aquellas situaciones en que se produzca *una carga excesiva para el empresario*. La ley (artículos 40.2 y 66.2 de la LGDPD) señala una serie de circunstancias que permitirán valorar cuándo se produce una carga excesiva para la empresa. Entre estas, se incluyen: a) la existencia o no de medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad; b) los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen; c) tamaño y volumen de negocio de la organización o empresa; d) efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción; e) estructura y características de la persona, entidad u organización que tiene que ponerla en práctica, y, finalmente, f) posibilidad de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda. En este sentido, la ley no detalla ni especifica cuál es el alcance de estos factores, otorgando un cierto margen para una valoración caso por caso.

Cuestiones aplicativas de interés. En este orden de cosas, una vez definida la caracterización y límite de la obligación, existen algunos puntos que merecen especial consideración por su interés eminentemente práctico. El primero de ellos es la escasa eficacia de la citada obligación, ya que la presencia de trabajadores y trabajadoras afectados por especiales dificultades en la empresa ordinaria es bastante escasa.

BLOQUE 3

CONDICIONES
DE TRABAJO
Y ADAPTACIONES

16. ¿Está obligada la empresa a realizar adaptaciones para facilitar el acceso a las personas con discapacidad?

La segunda precisión que debe realizarse respecto a esta obligación es su falta de objetivación. Llama la atención que la ley opte por un análisis caso por caso, sin fijar una serie de actuaciones que aseguren una adaptación mínima de los puestos de trabajo, como por ejemplo la eliminación de barreras arquitectónicas. En este sentido, se echa de menos la determinación de un umbral objetivo, basado en el número de trabajadores, que obligue con mayor intensidad a empresas con mayor volumen de plantilla a realizar ajustes razonables. Algunas propuestas al respecto podrían ir encaminadas a fijar una ratio de puestos de trabajo adaptados en función del volumen de la plantilla o incrementar el control de la realización de tales modificaciones mediante la intervención de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Merece especial comentario la conjugación de la cuota de reserva y la obligación de realizar ajustes razonables. La ley no efectúa ninguna precisión al respecto y se trata de una cuestión lo suficientemente importante como para incrementar el grado de exigencia de la obligación, ya sea de forma cuantitativa o cualitativa. En particular, uno de los principales problemas ante los que se halla el cumplimiento de la cuota de reserva es la dificultad de incorporación de personas con discapacidad en ciertos entornos ordinarios no adaptados. La obligación de realizar ajustes razonables, en estos casos,

debería ser una prioridad a regular y controlar para aquellas empresas obligadas por la ley a la contratación de personas con discapacidad.

En este orden de cosas, mención expresa debe realizarse respecto al sistema que la LGDPD prevé para asegurar la eficacia de los ajustes razonables. Las vicisitudes que surjan entre el solicitante del ajuste razonable y el sujeto obligado podrán ser resueltas, según el artículo 66.2 de la LGDPD, a través del sistema de arbitraje previsto en el artículo 74 de la LGDPD. El sometimiento a esta vía de resolución de conflictos será voluntario, sin perjuicio de que el laudo emitido sea vinculante y ejecutivo para ambas partes. Es criticable que este sistema aún no haya sido desarrollado reglamentariamente por el Gobierno. En cualquier caso, los ajustes razonables para trabajadores/as en activo podrían ser exigidos a través de demanda presentada ante la Jurisdicción Social en reclamación de los mismos, teniendo en cuenta que el artículo 66.2 de la LGDPD establece precisamente que la utilización del arbitraje podrá llevarse a cabo «sin perjuicio de la protección administrativa o judicial que en cada caso proceda». A mayor abundamiento, la no provisión de ajustes razonables podría ponerse en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a fin de que instase a la empresa a facilitarlos, bajo la amenaza de sanción por falta muy grave del artículo 8.12 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.

Finalmente, el último punto objeto de reflexión es el relativo a la interpretación de la exención del cumplimiento de la obligación. Los factores previstos legalmente y su valoración favorecen una interpretación de los ajustes como cargas excesivas, especialmente en aquellas adaptaciones

que puedan suponer un alto coste económico o que, por la situación geográfica del centro de trabajo, la empresa no pueda acceder a subvenciones autonómicas de adaptación de puestos de trabajo debido a la falta de presupuesto de la comunidad autónoma. En este sentido, la ley considera que la carga será excesiva y, por lo tanto, no exigible según cuál sea la posibilidad de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda.

A este respecto, cabe subrayar la deficiente instrumentación de la única subvención estatal –más allá de las autonómicas–, que no genera dudas respecto a su encuadramiento en el grupo de medidas, ayudas o subvenciones públicas que contribuyen a paliar en grado suficiente el carácter excesivo de la carga. En concreto, el artículo 12 del Real Decreto 1451/1983, prevé una subvención cuyo objeto se desdobra en tres alternativas posibles: la adaptación de puestos de trabajo, la dotación de equipos de protección personal o la eliminación de barreras u obstáculos que impidan o dificulten el trabajo de las personas con discapacidad.

Su concesión se limita a aquellas empresas que contraten personas con discapacidad, permitiendo la compatibilidad de esta con la percepción de la subvención por contrato realizado.

La cuantía de la subvención se halla en el artículo 1.2 de la Orden de 13 de abril de 1994 por la que se regula la concesión de las ayudas y subvenciones sobre fomento del empleo de los trabajadores con discapacidad que establece el capítulo II del Real Decreto 1451/1983, y asciende a un máximo de 901,52 euros. Recuérdese, no obstante, que actualmente en algunas comunidades autónomas la subvención no se convoca por falta de suficiencia presupuestaria.

BLOQUE 3

CONDICIONES DE TRABAJO Y ADAPTACIONES

17.

Por lo que se refiere al salario, ¿deben aplicarse los niveles salariales del convenio? ¿Y las mejoras que sean usuales en la empresa? ¿Pueden introducirse deducciones salariales basadas en el rendimiento?

Xavier Solà

BLOQUE 3

CONDICIONES
DE TRABAJO
Y ADAPTACIONES

Planteamiento general. Salario aplicable a las personas con discapacidad e instrumentos de regulación. El salario que corresponde a las personas con discapacidad contratadas por una empresa ordinaria es, con carácter general, el mismo al que tiene derecho una persona sin discapacidad que desarrolle idénticas tareas.

Tanto la cuantía como la estructura del salario –la distribución entre salario base y complementos salariales– se determina ordinariamente a través del convenio colectivo aplicable, que afectará a toda la plantilla, incluidas las personas con discapacidad contratadas. Así pues, estas últimas tendrán derecho al salario base que convencionalmente corresponda en función del encuadramiento profesional efectuado a través del contrato de trabajo –es decir, del grupo profesional que se le haya atribuido y, dentro de él, el concreto nivel o especialidad profesional– y también a los complementos salariales previstos cuando se cumplan las condiciones establecidas para su devengo. Como es bien sabido, el nivel salarial que establezca el convenio colectivo deberá respetar el salario mínimo interprofesional (SMI) vigente en cada momento.

Resulta frecuente en la práctica que la regulación efectuada por el convenio colectivo en materia salarial se mejore y complete través de acuerdos o pactos de empresa, que en caso de existir resultarán también aplicables a las personas con discapacidad.

La incidencia de cláusulas firmadas en el contrato de trabajo en materia salarial es muy limitada, porque el papel del contrato se limita a mejorar la regulación establecida en esas otras fuentes de ámbito superior –convenios colectivos y pac-

tos de empresa–, sin posibilidad de suprimir ni reducir los conceptos salariales que en ellos se reconozcan.

Posibles deducciones salariales fundamentadas en el rendimiento. Por lo que refiere a la aplicación de deducciones salariales basadas en el rendimiento conviene dejar claro, ya de entrada, que en el derecho español tal posibilidad no se reconoce con carácter general sino tan solo para dos hipótesis concretas y siempre que se cumplan determinados requisitos. Así pues, pueden plantearse casos en que la discapacidad incida negativamente sobre el rendimiento, en los que no podrá realizarse ningún ajuste salarial porque no encajarán en ninguna de las hipótesis que se expondrán a continuación. También conviene dejar claro que el denominado *contrato de bajo rendimiento* solo se contempla en el ámbito de los centros especiales de empleo y que, por tanto, no puede utilizarse cuando una empresa ordinaria quiere emplear a una persona con discapacidad.

Deducciones para pensionistas en situación de incapacidad permanente total. La primera hipótesis regulada en el artículo 24.3 de la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969, sobre prestaciones por invalidez permanente del régimen general de la Seguridad Social (en adelante, OIP), que en la actualidad todavía se considera vigente, corresponde a las personas declaradas en incapacidad permanente total (IPT). Para que en tales casos pueda llevarse a cabo la reducción salarial deberán cumplirse dos requisitos:

- a) Que las reducciones anatómicas y funcionales justificativas de la declaración de IPT incidan negativamente sobre el rendimiento, es decir, impidan un rendimiento normal u ordinario. Diversos pronunciamientos judiciales ponen

17. Por lo que se refiere al salario, ¿deben aplicarse los niveles salariales del convenio? ¿Y las mejoras que sean usuales en la empresa? ¿Pueden introducirse deducciones salariales basadas en el rendimiento?

de manifiesto que este primer requisito no deriva automáticamente de la IPT ni se presume, sino que deberá valorarse atentamente caso por caso –sirvan como ejemplo la STSJ de Navarra de 2 de abril de 1993 (Aranzadi Social 1770/1993) o la STSJ de Catalunya de 21 de enero de 1997 (Aranzadi Social 852/1993).

- b) Que la reducción salarial se acuerde entre ambas partes de la relación laboral. Este segundo requisito se extrae del artículo 24.3 de la OIP cuando señala que el trabajador «podrá convenir con el empresario que el salario asignado a ese puesto de trabajo se reduzca (...)». Lo más habitual será que el pacto se suscriba en el momento de iniciar la relación laboral y se incorpore como una cláusula específica al contrato de trabajo, pero podría producirse en un momento posterior, cuando por ejemplo la persona declarada en IPT ya prestase servicios en la empresa con anterioridad y se la quiera reubicar en un puesto de trabajo compatible con su capacidad laboral residual mediante un acuerdo novatorio.

Atendiendo a la dinámica habitual de los procesos de contratación y de recolocación, parece obvio que será la empresa quien tomará la iniciativa en esta cuestión, formulando propuestas de reducción que de facto condicionaran el inicio de la actividad laboral o su reanudación; propuestas que la parte laboral

podrá aceptar o rechazar, sin margen efectivo para la negociación. En cualquier caso y recuperando algunas ideas ya expuestas, conviene tener presente que tales propuestas de reducción solo podrán plantearse cuando la empresa haya verificado que la discapacidad incide negativamente sobre el rendimiento –a través de pruebas de selección, valoraciones o comprobaciones preliminares– y exista una declaración de IPT –no en situaciones de incapacidad no declaradas o donde la calificación sea otra, como por ejemplo incapacidad permanente absoluta (IPA).

Un último aspecto que interesa destacar respecto al acuerdo de reducción salarial es que la norma reglamentaria obliga a formalizarlo por escrito e incorporarlo al contrato –en caso de recolocación al acuerdo novatorio–, que deberá presentarse por triplicado a la administración laboral competente «para su conocimiento y aprobación», aunque lo cierto es que en la práctica la Administración no procede a aprobar el acuerdo, pero tampoco interviene para prohibirlo.

Por lo que refiere a la cuantía de la reducción salarial que en cada caso puede acordarse, la norma reglamentaria deja claro: primero, que debe estar en consonancia al grado de disminución de rendimiento que implique la IPT (el artículo 24.3 de la OIT permite que «el salario asignado a ese puesto de trabajo [...] se reduzca en la proporción que corresponda a su menor capacidad»); y, segundo, que en ningún caso la reducción salarial podrá exceder el 50% del importe de la pensión de IPT. Obsérvese que la cuantía de la reducción va a depender de un dato muy variable en cada caso, y que no es otro que la cuantía de la pensión percibida. Finalmente, no se prevé que el salario mínimo interprofesional (SMI) actúe como límite y, por tanto, la cuantía salarial resultante de la reducción podría llegar a situarse por debajo del mismo.

Deducciones para personas declaradas en situación de incapacidad permanente parcial. La normativa que permite ajustar el salario al inferior rendimiento laboral de las personas con discapacidad se halla prevista en el artículo 1.1 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de trabajadores minusválidos (en adelante, RDFEM), y corresponde a los casos en que se produce una declaración de incapacidad permanente parcial (IPP), circunstancia que con carácter general no determina la extinción de la relación laboral sino la reincorporación de la persona afectada a su puesto de trabajo (véase, al respecto, la pregunta nº 32). Pues bien, en tales casos y siempre que se cumplan determinados requisitos, la empresa queda habilitada para aplicar una reducción salarial.

Los requisitos son concretamente dos:

- Que la incapacidad que ha motivado la declaración de IPP incida negativamente sobre la actividad laboral generando una «disminución de rendimiento». Al igual que sucedía en la otra hipótesis, este elemento no se presume y debe ser valorado –y en su caso acreditado– caso por caso.
- Que no resulte posible reubicar a la persona declarada en IPP en «otro puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual». Tal medida se configura, pues, como un recurso preferente a la reducción salarial, de forma que se impide adoptar esta última por vía directa sin haber intentado previamente la reubicación.

Si concurren ambos requisitos la empresa queda habilitada para proceder a una reducción salarial en la cuantía y a través del procedimiento que se especificará a continuación, siem-

BLOQUE 3

CONDICIONES DE TRABAJO Y ADAPTACIONES

17. Por lo que se refiere al salario, ¿deben aplicarse los niveles salariales del convenio? ¿Y las mejoras que sean usuales en la empresa? ¿Pueden introducirse deducciones salariales basadas en el rendimiento?

pre que –conviene dejarlo claro– exista una declaración de IPP, dado que la norma reglamentaria limita el ajuste retributivo a esta hipótesis sin extenderla a otras –incapacidad formalmente reconocida o no pero sin declaración de IPP– donde podría estar igualmente justificada. Así pues, la reducción salarial solo podrá hacerse efectiva cuando se produzca la reincorporación al trabajo tras la declaración de IPP, sin ninguna posibilidad de anticipación.

La cuantía de la reducción será la que en cada caso decida la empresa, pero deberá estar en consonancia con la disminución de rendimiento apreciada (el artículo 1.2 del RDFEM permite reducir «proporcionalmente» el salario) y queda sometida a dos límites máximos que operan conjuntamente: la reducción no puede ser superior al 25% del salario ni puede determinar un nivel salarial inferior al SMI.

Y finalmente, respecto al procedimiento, ya se ha indicado que es a la empresa a quien corresponde decidir de forma unilateral –sin intervención previa de ninguna otra instancia– si procede a la reducción salarial y, en su caso, a hacerla efectiva. Aunque no se establece ninguna formalidad concreta para este trámite, si se toman en consideración otras normas que también resultan aplicables (artículo 8 del TRLET y Real Decreto 1659/1998, de 30 de diciembre, concretamente en

sus artículos 2.2.e, 4 y 6.3) resulta obvio que la medida debe comunicarse por escrito a la persona afectada, preferiblemente antes de ponerla en práctica, aunque el último de esos preceptos reglamentarios permite hacerlo también durante el mes posterior a la fecha en que la modificación sea efectiva.

Que la empresa pueda imponer unilateralmente la reducción salarial no supone que esta quede exenta de todo control. Si la persona afectada está disconforme con esta decisión podrá impugnarla judicialmente para que sea revisada, y en tal caso la empresa quedará obligada a acreditar tanto la disminución de rendimiento como la imposibilidad de reubicación en otro puesto de trabajo adecuado. Así lo destaca la STSJ de Galicia de 24 de noviembre de 2000, en que se descarta la procedencia de una reducción salarial argumentando que «el empleador da por supuesto que desde que se reincorporó al actor al trabajo tras sufrir el accidente ya se produjo una disminución de rendimiento, pero esta no puede darse por supuesto, ni alegarse por presuponerse de un modo abstracto, sino que la norma exige una carga probatoria específica sobre dicha circunstancia, conforme al artículo 1214 del Código Civil [...], debiendo quedar acreditada su cuantificación y su duración».

BLOQUE 3

CONDICIONES
DE TRABAJO
Y ADAPTACIONES

18.

¿Pueden modificarse las funciones de una persona contratada una vez consolidada en la empresa? ¿Existe alguna limitación en relación con la jornada laboral y su flexibilización? ¿Y en relación con la movilidad geográfica o la modificación substancial de condiciones de trabajo? ¿Qué límites existen?

Albert Pastor

BLOQUE 3

CONDICIONES
DE TRABAJO
Y ADAPTACIONES

Poderes de modificación contractual en manos de la empresa. El ordenamiento jurídico laboral reconoce amplios poderes a la empresa para que en el ejercicio de su poder de dirección introduzca cambios en las condiciones de ejecución del contrato de trabajo. Así, en primer lugar, en el ejercicio de su poder de dirección ordinario, esto es, sin estar sujeto a condición o a procedimiento alguno, la empresa puede introducir cambios en las condiciones de trabajo con la única limitación de que por la entidad de dichos cambios no tengan la consideración de sustanciales ni se realicen en menoscabo de los derechos fundamentales del trabajador/a –dignidad, prohibición de trato discriminatorio u otros–. Adicionalmente y abriendo la posibilidad de que la empresa pueda introducir cambios de naturaleza sustancial, el ordenamiento permite que este, normalmente por razones de tipo económico, organizativo, productivo o técnico, pueda introducir unilateralmente modificaciones de mayor trascendencia.

Tendencia hacia una mayor flexibilidad en favor de la empresa. La evolución del derecho del trabajo de las dos últimas décadas muestra una clarísima tendencia a incrementar las dosis de flexibilidad reconocidas a la empresa. Con una lógica presidida por la voluntad de potenciar la competitividad empresarial y, en los últimos años, de evitar la destrucción del empleo, se han potenciado los denominados mecanismos de flexibilidad interna. Los *mecanismos de flexibilidad interna* pueden ser definidos como el conjunto de instrumentos que permiten que la empresa pueda introducir cambios en las condiciones de trabajo disfrutadas por los trabajadores/as con el objeto de adaptarlas a las necesidades económicas, organizativas, técnicas o productivas de la empresa.

Los principales mecanismos de flexibilidad interna son:

Distribución irregular de la jornada (artículo 34.2 y 3 del TR-LET). Permite que la jornada ordinaria de trabajo se distribuya irregularmente superando los límites de las 40 horas semanales o nueve horas diarias. En defecto de acuerdo en convenio o con los representantes de los trabajadores/as, la ley reconoce que la empresa pueda distribuir irregularmente el 10% de la jornada.

Movilidad funcional (artículo 39 del TRLET). Permite el cambio en las funciones del trabajador/a. El régimen jurídico aplicable dependerá esencialmente de la duración del cambio y de si se superan los límites del grupo profesional asignado al trabajador/a.

Traslados y desplazamientos (artículo 40 del TRLET). Permite el cambio en el lugar de trabajo de la persona empleada que implique, por su distancia o la dificultad de las comunicaciones, para este la necesidad de un cambio de domicilio, ya sea definitivo o temporal.

Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (artículo 41 del TRLET). Se permite a través de esta vía la modificación sustancial de cualquier condición de trabajo –el precepto cita, entre otros y a título ilustrativo, la jornada de trabajo, el horario y distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración y la cuantía salarial...–. Este tipo de modificaciones requiere que la empresa justifique razones de tipo organizativo, productivo, económico o técnico, pero debe tenerse en consideración que si el cambio no reviste la entidad, suficiente para que sea considerado sustancial, la empresa podrá decidirlo libremente sin tenerse que ajustar a lo prescrito en el artículo 41.

18. ¿Pueden modificarse las funciones de una persona contratada una vez consolidada en la empresa? ¿Existe alguna limitación en relación con la jornada laboral y su flexibilización? ¿Y en relación con la movilidad geográfica o la modificación substancial de condiciones de trabajo? ¿Qué límites existen?

Suspensión del contrato y reducción de la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (artículo 47 del TRLET).

Inaplicación de la regulación establecida en el convenio sectorial o empresarial aplicable (artículo 82.3 del TRLET). A través de un acuerdo con los representantes de los trabajadores o, en su defecto, con una comisión de trabajadores, puede acordarse la inaplicación de la regulación en materia de jornada, horario y la distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del TRLET y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social. En defecto de acuerdo con los representantes de los trabajadores, puede someterse la decisión a la Comisión Paritaria del convenio, a mecanismos de solución extrajudicial o a la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos o su análogo autonómico.

Limitaciones a la flexibilidad en el caso de personas con discapacidad. Los diferentes mecanismos de flexibilidad reseñados son aplicables a las personas con discapacidad con las condiciones y límites establecidos en su respectiva normativa reguladora. Debe reseñarse que aunque esta no impone

límites generales para el ejercicio de esos poderes en relación con las personas con discapacidades es posible extraer las siguientes limitaciones:

El límite de las conductas discriminatorias. De conformidad con la prohibición de discriminación por razón de discapacidad, esta característica personal no puede ser tomada en consideración como factor determinante del ejercicio de esos poderes. Todo ello, salvo que el ejercicio de dichos poderes tenga como objeto el cumplimiento de las obligaciones de adaptación que el artículo 40 de la LGDPD establece con el objeto de favorecer la compatibilidad del trabajo con la discapacidad o con la finalidad preventiva establecida por el artículo 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Dicho de otra forma, la situación de discapacidad únicamente podría actuar como elemento en el que basar el ejercicio del poder de dirección cuando ello se hiciese con la lógica de favorecer la adaptación de la persona a las condiciones de trabajo y empleo o garantizar su seguridad y salud o de otros trabajadores/as o terceros, no por otros motivos o razones.

Posibilidad de aplicar cambios en las condiciones de trabajo sobre las personas con discapacidad. La ausencia de limitaciones específicas referidas a la discapacidad en el ejercicio del poder de dirección empresarial supone que, *a priori*, la empresa pueda imponer cambios en las condiciones de trabajo que afecten también a las personas con discapacidad: por ejemplo, distribuir irregularmente la jornada o trasladar al trabajador/a a un centro de trabajo distinto. No obstante, el ejercicio de estos poderes empresariales no podría suponer un cambio en las condiciones de trabajo que determinase la incompatibilidad de esas condiciones con el estado psicofísico de la persona con discapacidad, limitación que cabe deri-

var del artículo 40 de la LGDPD y del artículo 25 de la LPRL. De conformidad con este último precepto, se veda expresamente a la empresa el empleo de trabajadores/as en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores/as u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.

Debe notarse que la limitación empresarial que el artículo 25 de la LPRL impone no obedece exclusivamente a la discapacidad por cuanto se exige que de esa circunstancia se derive una peligrosidad para el propio empleado/a o terceros. De esta forma, el precepto podría vedar determinados cambios, por ejemplo, en las funciones o, incluso, en el horario o turnos del trabajador/a cuando de ello se derivase un perjuicio para la salud del trabajador/a –por ejemplo, por suponer tareas que implicasen exigencias físicas o psíquicas incompatibles o perjudiciales para su salud–, pero no aquellos cambios que fuesen neutrales desde la óptica de la prevención de riesgos laborales. Mayor capacidad limitativa de determinadas decisiones empresariales puede inferirse del artículo 40 de la LGDPD por cuanto este precepto supera la importante pero limitada perspectiva preventiva que inspira el artículo 25 de la LPRL. El artículo 40 de la LGDPD establece la obligación de la empresa de adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo con el fin de permitir que las personas con discapacidad puedan, entre otras, acceder al empleo y desempeñar su trabajo. La introducción de modificaciones en las condiciones de trabajo que fuesen incompatibles con

BLOQUE 3

CONDICIONES
DE TRABAJO
Y ADAPTACIONES

18. ¿Pueden modificarse las funciones de una persona contratada una vez consolidada en la empresa? ¿Existe alguna limitación en relación con la jornada laboral y su flexibilización? ¿Y en relación con la movilidad geográfica o la modificación substancial de condiciones de trabajo? ¿Qué límites existen?

la situación de discapacidad, ya no solo desde la perspectiva preventiva sino en un sentido más amplio, podría ser incompatible con este deber de adaptación. Así, por ejemplo, un cambio de horario incompatible con las necesidades de rehabilitación o tratamiento específico que se requiriesen por razón de la discapacidad. Además, debe tenerse en cuenta que la movilidad funcional no permitirá después extinguir el contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida o por falta de adaptación. Esta regla se prevé cuando como consecuencia de la movilidad funcional se realicen funciones distintas a las habituales (artículo 39.3 del TRLET).

Especialidades en materia de movilidad geográfica. En relación con el último aspecto comentado nos encontramos con lo previsto en el artículo 40.3 del TRLET en relación con la movilidad geográfica. Dicho artículo reconoce a los trabajadores con discapacidad que acrediten la necesidad de recibir, fuera de su localidad, un tratamiento de rehabilitación, físico o psicológico relacionado con su discapacidad, un derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en una localidad en que sea más accesible dicho tratamiento. La efectividad de este derecho impone la limitación al ejercicio de los poderes de movilidad geográfica en tanto que se mantenga la situación que genera la prefe-

rencia. Se trata de una limitación que creemos que cabría sostener, de acuerdo con el artículo 40 de la LGDPD, en relación con todos aquellos supuestos en los que el cambio de puesto de trabajo o, en general, el cambio en las condiciones de trabajo pudiese entorpecer el tratamiento de rehabilitación, físico o psicológico relacionado con la discapacidad.

BLOQUE 3

CONDICIONES
DE TRABAJO
Y ADAPTACIONES

BLOQUE 4

ASPECTOS PREVENTIVOS

19 ¿Qué obligaciones preventivas recaen sobre el empresario cuando contrata a un trabajador con discapacidad?

20 ¿Es obligación del trabajador/a con discapacidad comunicar a la empresa cualquier cambio sustancial en las circunstancias de su discapacidad o en su tratamiento médico, en su caso, que pueda afectar significativamente a sus condiciones de seguridad en el trabajo? ¿Qué responsabilidad puede imputarse a la empresa, si no es así, frente a un accidente laboral?

21 En el contexto de la vigilancia de la salud por parte de la empresa, ¿es obligatorio que las personas con discapacidad pasen la revisión médica habitual como cualquier otra persona? ¿El trabajador/a puede negarse a ello? ¿Hay alguna especificidad en función de su discapacidad?



19.

¿Qué obligaciones preventivas recaen sobre el empresario cuando contrata a un trabajador con discapacidad?

Guillermo García González

BLOQUE 4

ASPECTOS
PREVENTIVOS

Planteamiento previo. El deber de seguridad empresarial y su adaptación al trabajador/a. Como principio general, nuestro ordenamiento jurídico determina que todos los trabajadores/as tienen derecho a una protección eficaz en el desempeño de su trabajo. Este derecho tiene un alcance muy amplio y es reconocido en los artículos 4.2.d y 19 del TRLET y en el artículo 14 de la LPRL. El derecho del trabajador/a a una protección eficaz es un derecho irrenunciable que se concreta a lo largo del articulado de la LPRL, especialmente en los artículos 14 a 28, siendo completado con otras disposiciones que conforman conjuntamente un panorama muy extenso de obligaciones empresariales específicas, con los correlativos derechos a favor de los trabajadores/as en materia de seguridad y salud en el trabajo. En el cumplimiento del deber de seguridad y salud, es obligación de la empresa adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción (artículo 15.1.d de la LPRL).

La prevención de riesgos laborales y las personas con discapacidad: régimen jurídico aplicable. Nuestro ordenamiento jurídico no recoge de forma sistemática un conjunto de obligaciones específicas en materia preventiva en relación con la personas con discapacidad. Debe por tanto aplicarse el régimen general establecido en la LPRL y en el resto de la normativa de aplicación. Ahora bien, en virtud del artículo 15.1.d de la LPRL, la obligación de seguridad debe adaptarse en su ejecución a las concretas circunstancias de los trabajadores y trabajadoras. Este proceso de adaptación tiene especial incidencia en el ámbito de la discapacidad, debiendo el empresario adaptar las medidas preventivas y todas las obligaciones en materia de seguridad y salud de forma que re-

sulten eficaces para los trabajadores/as con discapacidad, teniendo en cuenta su singular condición. Así, la empresa en el cumplimiento de su obligación preventiva debe atender a las características físicas, psíquicas o sensoriales del trabajador/a con discapacidad, adaptando las obligaciones preventivas a su concreta situación.

Aunque, como se ha referido, no existe un cuerpo normativo que de modo conjunto y sistemático regule la aplicación de la prevención de riesgos laborales en relación con las personas con discapacidad, sí que se pueden encontrar diferentes preceptos diseminados en el ordenamiento jurídico con especial incidencia para este colectivo de trabajadores. A continuación se relacionan los más importantes.

Los trabajadores/as con discapacidad como trabajadores especialmente sensibles. El artículo 25 de la LPRL regula el régimen jurídico aplicable a los trabajadores especialmente sensibles (TES). Los TES son aquellas personas que por sus características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Aunque no todas las personas con discapacidad son TES, sí que en muchas ocasiones, cuando su discapacidad implique una especial sensibilidad frente a los riesgos derivados del trabajo, los trabajadores y trabajadoras con discapacidad deben ser considerados como TES. La consideración de TES de una persona con discapacidad dependerá de sus condiciones físicas y psíquicas en relación con el concreto trabajo que tiene que desempeñar. En el caso de los TES, la LPRL exige una especial atención de la empresa en relación con su seguridad y salud laboral, debiendo tener en cuenta estas circunstancias en la evaluación de riesgos y

19. ¿Qué obligaciones preventivas recaen sobre el empresario cuando contrata a un trabajador con discapacidad?

adoptando las medidas preventivas y de protección que resulten precisas. En atención a las características del TES, se va a requerir a la empresa dar cumplimiento a sus obligaciones preventivas de forma específica, y ajustando las mismas a las condiciones de mayor sensibilidad de estos trabajadores. Del artículo 25 de la LPRL se deduce que el empresario está obligado a adaptar las condiciones de trabajo de los TES, y en el caso de que la adaptación no resultara posible, está obligado a cambiarlo a un puesto de trabajo compatible, siempre que este cambio resulte posible y razonable.

Evaluación de riesgos. El artículo 16.2.a de la LPRL exige a la empresa efectuar una evaluación de riesgos laborales, teniendo en cuenta, con carácter general, la naturaleza de la actividad y las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores/as que deban desempeñarlos. Igual evaluación deberá hacerse con ocasión de la elección de los equipos de trabajo, de las sustancias o preparados químicos y del acondicionamiento de los lugares de trabajo. En el caso de que la empresa cuente con personas con discapacidad en su plantilla, la evaluación deberá contemplar esta circunstancia con el fin de valorar si la discapacidad tiene incidencia en materia de seguridad y salud laboral. Para ello, la evaluación requerirá de precisión y profundidad, valorando aspectos como la tarea que se realiza, la persona y cualquier

necesidad específica que se derive de la discapacidad, el equipo y el entorno de trabajo, la organización del trabajo, los riesgos existentes y la forma en que los mismos pueden incidir o manifestarse sobre el trabajador/a. Aunque en función de tipo de discapacidad, física, psíquica o sensorial, suelen asociarse unos riesgos concretos al puesto de trabajo, debe evitarse formular evaluaciones de riesgos tipo, debiendo siempre evaluarse puesto por puesto de trabajo y atendiendo a las concretas circunstancias de la persona singularmente considerada. En función de la evaluación de riesgos, deberán implementarse las medidas preventivas oportunas, con el fin de proteger al trabajador/a frente a los riesgos laborales, teniendo en cuenta siempre que las medidas preventivas adoptadas no generen otros riesgos a la persona con discapacidad o a otros trabajadores/as. Por su parte, y en relación con los TES, el artículo 4 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, indica que en la evaluación inicial de riesgos deben considerarse las características personales o el estado biológico de los trabajadores/as que sean sensibles a determinados riesgos del puesto de trabajo. Además, se señala que la evaluación de riesgos laborales deberá reelaborarse cuando se incorpore una persona cuyas características personales o estado biológico conocido la hagan especialmente sensible a las condiciones del puesto.

Obligación de información. De acuerdo con el artículo 18 de la LPRL, la empresa de manera eficaz debe informar a cada trabajador/a de los riesgos específicos que afecten a su puesto de trabajo o función y de las medidas de protección y prevención aplicables a dichos riesgos. En el caso de personas con alguna discapacidad, esta información en ocasiones debe ser adaptada con el fin de que la misma pueda cumplir

su función. Así, la información puede tener que revestir un soporte diferente en el caso de los trabajadores/as con discapacidad visual o auditiva y ser de más fácil comprensión en el caso de trabajadores/as con discapacidad psíquica o que padezcan dificultades de aprendizaje.

Obligación de formación. El artículo 19 de la LPRL establece que la formación en prevención de riesgos laborales debe ser suficiente y adecuada. La formación deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador/a, adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente, si fuera necesario. Por ello, la formación preventiva debe impartirse en atención a las circunstancias de cada trabajador/a, lo que obliga a la empresa a adaptar las acciones formativas a determinados trabajadores/as con discapacidad, como aquellos y aquellas con discapacidad visual y auditiva, los que padezcan trastornos del aprendizaje y los trabajadores/as con discapacidad de tipo psíquico. En estos supuestos, será necesario un mínimo proceso de adaptación de la acción formativa para que la misma resulte eficaz. Además, es esencial que, en relación con aquellas personas que padezcan alguna discapacidad que incida en su nivel de comprensión, se refuerce el carácter continuo y práctico de la formación preventiva con el fin de que asimilen perfectamente los contenidos.

Plan de emergencia. El artículo 20 de la LPRL obliga a la empresa, teniendo en cuenta el tamaño y la actividad de la misma, así como la posible presencia de personas ajenas a esta, a analizar las posibles situaciones de emergencia y adoptar las medidas necesarias en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores y trabajadoras, designando para ello al personal encargado de poner

BLOQUE 4

ASPECTOS PREVENTIVOS

19. ¿Qué obligaciones preventivas recaen sobre el empresario cuando contrata a un trabajador con discapacidad?

en práctica estas medidas y comprobando periódicamente, en su caso, su correcto funcionamiento. En el supuesto de que en la empresa existan trabajadores/as con discapacidad, debe tenerse presente esta circunstancia en el plan de emergencia, contando si fuera preciso con personas de apoyo en la evacuación, debiendo estas estar identificadas en el propio plan.

Equipos de trabajo. El artículo 3 del Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización de los equipos de trabajo, establece la obligación empresarial de adoptar las medidas necesarias para que los equipos de trabajo que se pongan a disposición de los trabajadores/as sean adecuados al trabajo que deba realizarse y convenientemente adaptados al mismo, de forma que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores/as al utilizar dichos equipos de trabajo. Para la elección de los equipos de trabajo la empresa deberá tener en cuenta, entre otros factores, las adaptaciones necesarias para su utilización por personas con discapacidad.

Normativa técnica. El anexo I del Real Decreto 485/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas en materia de señalización de seguridad y salud en el trabajo, indica que cuando los trabajadores/as a los que se dirige la señalización

tengan la capacidad o la facultad visual o auditiva limitadas deberán tomarse las medidas suplementarias o de sustitución necesarias. Por su parte, el anexo I, apartado 13, del Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, obliga a que los lugares de trabajo y, en particular, las puertas, vías de circulación, escaleras, servicios higiénicos y puestos de trabajo, utilizados u ocupados por personas con discapacidad, estén acondicionados para que estas puedan utilizarlos.

Normativa sectorial. El Real Decreto 1627/1997 y el Real Decreto 1389/1997, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción y en el sector de la minería, respectivamente, determinan que los lugares de trabajo deben estar acondicionados para los trabajadores/as con discapacidad.

BLOQUE 4

ASPECTOS
PREVENTIVOS

20.

¿Es obligación del trabajador/a con discapacidad comunicar a la empresa cualquier cambio sustancial en las circunstancias de su discapacidad o en su tratamiento médico, en su caso, que pueda afectar significativamente a sus condiciones de seguridad en el trabajo? ¿Qué responsabilidad puede imputarse a la empresa, si no es así, frente a un accidente laboral?

Guillermo García González

BLOQUE 4

ASPECTOS
PREVENTIVOS

Obligación de la persona trabajadora de comunicar los cambios en su estado físico-psíquico en cuanto tengan incidencia en la seguridad y salud laboral. Los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, como el derecho a la intimidad o a la dignidad (artículos 18 y 10 de la Constitución Española, respectivamente), han fundamentado la elaboración de un marco jurídico en el que nadie está obligado por imperativo legal a declarar ni a informar sobre su estado de salud para buscar empleo, ni de los cambios o alteraciones psíquicas, físicas o sensoriales que pueda padecer una vez que ya se prestan servicios en una empresa. Sin embargo, cuando estos cambios tienen incidencia relevante en materia de prevención de riesgos laborales, de nuestro ordenamiento jurídico se deriva una obligación para el trabajador/a de comunicar dichas modificaciones en su estado de salud o en su discapacidad, pues la empresa, si no es consciente de los mismos, no podrá cumplir adecuadamente su deber de seguridad y salud laboral.

Atendiendo al TRLET, su artículo 5, relativo a los deberes de los trabajadores/as, no prevé expresamente la obligación de comunicar al empresario información o datos relativos al estado de salud, dolencias, afectaciones o alcance de su eventual discapacidad. No obstante, el apartado a de dicho artículo recoge que los trabajadores/as deben cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia, siendo además una obligación concreta de cada trabajador velar por su propia seguridad y salud en el trabajo, tal y como dispone el apartado b del mismo artículo 5 del TRLET. Por ello, atendiendo a estas reglas de buena fe y diligencia, y en el marco de la instauración de un sistema real y efectivo en materia preventiva, resulta lógico que el trabajador/a comunique a la empresa

cambios importantes que afecten a su estado de salud, siempre que tengan alguna trascendencia en materia de prevención de riesgos laborales, para que así la empresa pueda dar cumplimiento efectivo al deber de seguridad y salud en el trabajo del que resulta titular.

El mismo deber de la persona trabajadora de comunicar estos cambios se deduce del artículo 29 de la LPRL, sobre obligaciones de los trabajadores/as en materia de prevención de riesgos. Este precepto establece que corresponde a cada persona velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario. Y más concretamente, el apartado sexto del segundo punto del mismo artículo impone al trabajador/a cooperar con la empresa para que este pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores/as.

Por ello, y aunque de forma directa no se obliga a la persona a comunicar datos sobre su estado de salud o alteraciones de su discapacidad, sí que le resulta aplicable dicha obligación en cumplimiento del deber de cooperación establecido en el artículo 29 de la LPRL, en relación con el artículo 5 del TRLET. Esta obligación debe alcanzar cualquier cambio o alteración en su estado de salud o circunstancia de discapacidad, sea cual fuere la intensidad de los mismos, siempre que afecten o puedan afectar a las capacidades, conducta o comportamiento del empleado/a frente al trabajo y, por lo tanto, incidan en las medidas preventivas que deba implementar a la empresa.

20. ¿Es obligación del trabajador/a con discapacidad comunicar a la empresa cualquier cambio sustancial en las circunstancias de su discapacidad o en su tratamiento médico, en su caso, que pueda afectar significativamente a sus condiciones de seguridad en el trabajo? ¿Qué responsabilidad puede imputarse a la empresa, si no es así, frente a un accidente laboral?

A la misma conclusión se llega por la vía del artículo 15.1.d de la LPRL, sobre principios de la acción preventiva, en el que se establece la obligación que recae sobre la empresa de adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción. Por ello, la persona afectada por algún tipo de discapacidad que genere alteraciones o modificaciones que incidan sobre sus capacidades debe comunicar dicha circunstancia a la empresa con la finalidad de que la misma pueda adaptar su puesto de trabajo a sus nuevas circunstancias personales, dando con ello cumplimiento al mandato legal.

Falta de comunicación y responsabilidades. La persona afectada por algún tipo de discapacidad que no comunica dicha circunstancia a la empresa, o no le traslada cambios de trascendencia preventiva en su estado de salud, imposibilita a la empleadora la instauración de un verdadero sistema de prevención de riesgos laborales efectivo y actualizado, puesto que le impide evaluar y planificar adecuadamente los riesgos que pueden afectar a la seguridad y salud del propio trabajador/a y del resto de la plantilla. Dicha conducta puede considerarse un incumplimiento por parte del trabajador/a de las obligaciones en materia de prevención de riesgos recogidas en el artículo 29 de la LPRL, lo que tiene la consideración de

incumplimiento laboral a los efectos previstos en el artículo 58.1 del TRLET. Incluso si dicha ocultación fuera grave y culpable, la empresa podría entender que el trabajador estaría incurriendo en una causa de despido disciplinario de las recogidas en el artículo 54 del TRLET, al suponer esta conducta una trasgresión de la buena fe contractual.

Respecto a la incidencia de la ausencia de comunicación del trabajador/a sobre la responsabilidad empresarial, debe partirse de que el deber de seguridad y salud de la empresa resulta prácticamente incondicionado e ilimitado, debiendo adoptar las medidas de protección que sean necesarias, sean cuales fueran. Es por ello que el artículo 14.4 de la LPRL determina que las obligaciones de los trabajadores/as establecidas en la ley complementarán las acciones de la empresa, sin que le eximan del cumplimiento de su deber en esta materia, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier otra persona. Por tanto, el incumplimiento de las obligaciones preventivas por parte de miembros de la plantilla no tendrá entidad para exonerar a la empresa de sus responsabilidades preventivas, sin perjuicio de que pueda modular a la baja el alcance de las mismas.

Además, debe tenerse presente que el artículo 15.4 de la LPRL establece que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador/a, por lo que solo si concurría una imprudencia temeraria, en la que el trabajador/a, al no comunicar la variación en sus condiciones personales, asumiera conscientemente un riesgo innecesario, manifiestamente grave y con menosprecio de cualquier cuidado, cabría plantearse la exoneración de responsabilidad empresarial. Este supuesto de imprudencia temeraria del trabajador/a, de

muy difícil concurrencia en la práctica, supondría que el accidente sufrido por el mismo dejara de tener la consideración de laboral, para ser entendido como un accidente común (artículo 115.4.b de la LGSS).

Con todo, la ausencia de comunicación del trabajador/a de los cambios en su discapacidad o en su estado de salud, siempre que tenga incidencia en los daños que eventualmente pueda sufrir, implica que se atenúe la responsabilidad empresarial, al mediar por parte del trabajador/a un incumplimiento de sus obligaciones preventivas. Así, este incumplimiento puede ser tenido en cuenta de forma directa al graduar la responsabilidad empresarial en vía civil, pudiendo tener también incidencia en el alcance y contenido de la responsabilidad administrativa empresarial y penal.

En cualquier caso, la correcta delimitación de la responsabilidad empresarial en cada supuesto concreto requerirá un estudio pormenorizado, debiendo considerarse numerosas variables: puesto de trabajo ocupado, trascendencia de la modificación en el estado de salud o circunstancia de discapacidad, entorno laboral, jornada laboral, distribución del trabajo, grado de discapacidad y limitaciones funcionales del trabajador, medidas preventivas existentes y cumplimiento por la empresa del resto de los deberes en materia preventiva, entre otras.

BLOQUE 4

ASPECTOS PREVENTIVOS

21.

En el contexto de la vigilancia de la salud por parte de la empresa, ¿es obligatorio que las personas con discapacidad pasen la revisión médica habitual como cualquier otra persona? ¿El trabajador/a puede negarse a ello? ¿Hay alguna especificidad en función de su discapacidad?

Guillermo García González

BLOQUE 4

ASPECTOS
PREVENTIVOS

Planteamiento previo. El principio de voluntariedad de los exámenes de salud. De acuerdo con lo que dispone el artículo 22 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), la empresa está obligada a garantizar a todos sus trabajadores la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo que desarrollan. La vigilancia de la salud incide directamente en el derecho a la dignidad y libertad del trabajador/a, y esencialmente en su intimidad personal, afectando las pruebas médicas no solo a la intimidad corporal sino a su ámbito más privado, al poner de manifiesto informaciones relativas a su salud. Con el fin de hacer compatible el deber empresarial de vigilancia de la salud con estos derechos fundamentales, el legislador ha condicionando las actuaciones empresariales al previo consentimiento del trabajador/a. Por ello, y como principio general, los reconocimientos médicos laborales solo pueden llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. Así, la empresa cumple con su obligación preventiva ofreciendo a sus trabajadores y trabajadoras los exámenes de salud laboral específicos a los riesgos de su puesto de trabajo, siendo, como norma general, los trabajadores y trabajadoras libres de aceptar o rechazar someterse al control médico-laboral. Este es el régimen general aplicable para todos los trabajadores por cuenta ajena, lo que incluye a aquellos que padezcan algún tipo de discapacidad. Ni la LPRL ni sus normas de desarrollo reglamentarias contienen ningún tipo de prescripción que suponga alterar el régimen general de voluntariedad en el examen de salud laboral por el hecho de que la persona cuente con alguna discapacidad.

Las excepciones al principio de voluntariedad. Como se ha señalado, el cumplimiento de la obligación de vigilancia de la salud debe respetar en todo caso el derecho a la in-

timidad de la persona. Sin embargo, este derecho no tiene carácter absoluto, sino que se encuentra limitado por otros derechos fundamentales protegidos constitucionalmente. Es por ello que, en ocasiones, el ordenamiento jurídico prevé que la libre voluntad de la persona de someterse o no a un examen de salud laboral ceda con el fin de salvaguardar otros bienes jurídicos en juego. En determinadas circunstancias, es más importante preservar el propio derecho a la salud que la libertad de decidir si se protege o no, debiendo quedar la salud de este/a tutelada por encima de su propia decisión, y ello no solo en atención al interés general, sino también para neutralizar posibles responsabilidades empresariales. Frente al régimen general de voluntariedad en los reconocimientos médicos laborales, el propio artículo 22 de la LPRL recoge tres situaciones en las que estos resultan obligatorios:

- En aquellos casos en los que la realización de los reconocimientos resulten imprescindibles para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores/as.
- Cuando deba verificarse si el estado de salud de la persona pueda constituir un peligro para sí mismo, para los demás trabajadores/as o para otras personas relacionadas con la empresa.
- Siempre que así venga establecido por una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

Las excepciones del principio de voluntariedad han sido delimitadas por la jurisprudencia, debiendo ser interpretados todos los supuestos de acuerdo con la misma. El Tribunal Constitucional establece que no puede convertirse lo excepcional en norma, e impone una interpretación restrictiva de

21. En el contexto de la vigilancia de la salud por parte de la empresa, ¿es obligatorio que las personas con discapacidad pasen la revisión médica habitual como cualquier otra persona? ¿El trabajador/a puede negarse a ello? ¿Hay alguna especificidad en función de su discapacidad?

las excepciones contempladas en el artículo 22 de la LPRL. En este sentido, la alteración del principio general de voluntariedad requiere un juicio de proporcionalidad, de necesidad y de idoneidad. En este proceso debe valorarse la inexistencia de medios alternativos de menor impacto, la indispensabilidad de las pruebas, su capacidad para conseguir el objetivo preventivo y la presencia de un interés prevalente del grupo social o de la colectividad laboral. Solo si concurren estas notas, cabría excepcionar legítimamente el principio de voluntariedad, teniendo que considerarse inaplicables aquellas normas reglamentarias o convenios colectivos que determinen la obligatoriedad de los reconocimientos médicos fuera de los supuestos contenidos en el artículo 22 de la LPRL. Que la persona tenga una discapacidad no incide por sí mismo en el régimen de voluntariedad u obligatoriedad del reconocimiento médico. Solo si concurre alguna de las tres excepciones legalmente determinadas el examen de salud resultará obligatorio.

El hecho de configurar un examen de salud como voluntario u obligatorio no varía las garantías establecidas para la vigilancia de la salud del artículo 22 de la LPRL, por lo que la obligatoriedad del reconocimiento médico no excluye el derecho del trabajador/a a ser informado de las pruebas que se le van a realizar, su necesidad, su relación con los riesgos laborales

y su finalidad; todo ello, con el fin de conformar adecuadamente su decisión de sujetarse a ellos.

Concurriendo una de las circunstancias excepcionales señaladas, la persona está obligada a realizarse el examen de salud, conforme a lo dispuesto en el artículo 29.2.6 de la LPRL, en relación con los apartados a, b y c del artículo 5 del TRLET. Pese a que el artículo 29 de la LPRL no recoge esta obligación expresamente entre los deberes de los trabajadores/as, la contempla en su primer apartado cuando establece que corresponde a cada persona velar por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad. También puede entenderse comprendida en la obligación genérica del artículo 29.2.6 de la LPRL, que impone al trabajador/a el deber de cooperar con la empresa para que esta pueda garantizar unas condiciones de trabajo seguras. Si el trabajador/a se negara a realizar las pruebas médicas obligatorias, su conducta podría ser considerada un incumplimiento laboral de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58.1 del TRLET, en relación con el artículo 29.3 de la LPRL.

Especificidades en función de la discapacidad. La persona con discapacidad como trabajador/a especialmente sensible. Como señala el artículo 22 de la LPRL, en relación con el artículo 31.3.f de la misma norma, el deber de vigilancia de la salud empresarial no se proyecta en relación con la salud en general, sino que se limita a la prevención de los riesgos inherentes al trabajo concreto que se desempeñe. De este modo, la vigilancia de la salud debe centrarse en conocer las interrelaciones entre el trabajo y la salud, analizando en qué modo influye la tarea concreta que se desempeña en su salud, y a la inversa, si su salud constituye un factor de ries-

go en el marco de la organización productiva. La normativa no hace una mención expresa a particularidades, requisitos o condiciones que deban tenerse en cuenta para llevar a cabo el control médico de los trabajadores/as con discapacidad. Con todo, resulta indudable que en los reconocimientos médicos de estos trabajadores deba extremarse la confidencialidad, implantando todas las garantías necesarias para que no sufran ningún tipo de discriminación por razón de su condición.

En el caso de que la persona con discapacidad esté incapacitada judicialmente, y sin perjuicio de lo que pueda determinar en su caso la sentencia de incapacitación de acuerdo con el artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la persona incapacitada deberá prestar de forma personal su consentimiento siempre que tenga capacidad natural suficiente. Ello deriva del artículo 267 del Código Civil, en relación con el artículo 5.2 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Este precepto establece que el paciente será informado de los actos médicos, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, debiendo informar también a su representante legal. Solo cuando, según el criterio del médico que le asista, carezca totalmente de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho (artículo 5.3 de la Ley 41/2002). El mismo criterio debe aplicarse a la entrega de los resultados médicos de los incapacitados judiciales. Se debe atender a la capacidad natural, y no a la legal, de modo que si el médico considera que tiene capacidad suficiente deberá entregarle el informe al propio incapacitado, sin perjuicio de la comunicación a su representante legal o curador. En el caso

BLOQUE 4

ASPECTOS PREVENTIVOS

21. En el contexto de la vigilancia de la salud por parte de la empresa, ¿es obligatorio que las personas con discapacidad pasen la revisión médica habitual como cualquier otra persona? ¿El trabajador/a puede negarse a ello? ¿Hay alguna especificidad en función de su discapacidad?

de que el servicio médico entendiera que el trabajador/a carece de un modo absoluto de capacidad natural para entender la información, deberá hacerle entrega de los resultados al representante legal. En todo caso, esta última práctica consistente en no entregar el informe a la persona con discapacidad debería reducirse a la mínima expresión si tenemos en cuenta los artículos 12.2 y 12.3 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por España y aplicable en nuestro país. A este respecto, la Convención presume la capacidad del trabajador/a, y que deberá complementarse en el caso de necesidad con los oportunos apoyos de personas designadas a estos efectos. En todo caso, para una visión general de la capacidad de obrar, puede consultarse la pregunta nº 3.

Sin perjuicio de lo señalado, debe tenerse presente en este punto lo dispuesto en el artículo 25 de la LPRL en relación con los trabajadores/as especialmente sensibles (TES), que son aquellas personas que por sus características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Aunque no todos los trabajadores/as con discapacidad son TES, sí que en muchas ocasiones, cuando su discapacidad implique una especial sensibilidad frente a los

riesgos derivados del trabajo, las personas con discapacidad deben ser consideradas como TES. La consideración de TES de un trabajador/a con discapacidad dependerá de sus condiciones físicas y psíquicas en relación con el concreto trabajo que tiene que desarrollar. Por tanto, deben valorarse las condiciones subjetivas del empleado/a, pero solo en cuanto incidan en una especial sensibilidad en relación con los riesgos laborales. Así, a modo de ejemplo, serán considerados TES los trabajadores/as con alguna discapacidad visual que deban manejar máquinas con riesgo de corte; aquellos con limitaciones de movilidad que trabajen en oficinas en relación con las medidas de emergencia y evaluación; los trabajadores/as con discapacidad en relación con su capacidad de agarre en puestos de trabajo que impliquen riesgo de caídas en altura; los trabajadores/as con discapacidad auditiva en relación con las profesiones que implican riesgo de atropello por vehículos, como el caso de las empresas de logística y almacenaje; los trabajadores/as con discapacidad psíquica, en relación con cualquier tipo de trabajo que genere riesgo de carga mental, pero también que suponga riesgos de seguridad, como los vinculados al tráfico de vehículos, etc.

En el caso de los TES, la LPRL exige una especial atención de la empresa relación con su seguridad y salud laboral, debiendo tener en cuenta estas circunstancias en la evaluación de riesgos y adoptando las medidas preventivas y de protección que resulten precisas. En atención a las características del TES, se va a requerir a la empresa dar cumplimiento al deber de vigilancia de salud de una forma específica, adaptando los exámenes de salud a las condiciones de mayor sensibilidad de estos trabajadores/as, y ajustando su periodicidad en función de las características personales del trabajador/a y de la probabilidad y gravedad de los riesgos a que estén expuestos

(artículos 22 y 25 de la LPRL, en relación con el artículo 37.3.g del RD 39/1997, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención).

BLOQUE 4

ASPECTOS PREVENTIVOS

BLOQUE 5

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE EMPLEO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

22 ¿Qué empresas están obligadas a cumplir la reserva de empleo? ¿Cómo se computa el volumen de personas con discapacidad a contratar y la plantilla de la empresa?

23 ¿En qué casos las empresas pueden aplicar medidas alternativas?

24 ¿Qué margen para la responsabilidad social tiene una empresa de menos de 50 trabajadores/as en materia de contratación de personas con discapacidad? ¿Y las empresas de más de 50?



22.

¿Qué empresas están obligadas a cumplir la reserva de empleo? ¿Cómo se computa el volumen de personas con discapacidad a contratar y la plantilla de la empresa?

Jorge Pérez

BLOQUE 5

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE EMPLEO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

Configuración legal de la obligación de reserva. El artículo 42.1 de la LGDPD establece que la obligación de reserva de empleo para trabajadores/as con discapacidad afecta a las empresas públicas o privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores/as, y se materializa en que estas empresas vendrán obligadas a que, al menos, el 2% de su plantilla sean personas con discapacidad. En ausencia de referencia alguna a los grupos de empresas, la obligación afectará siempre a las empresas que los componen, y no al grupo considerado como tal.

Con carácter general hay que señalar que, respecto a la delimitación de las empresas obligadas por la cuota de reserva, la actual configuración de la obligación se centra en la empresa y no en el centro de trabajo. Por otra parte, la Ley 66/1997 eliminó la exigencia de que los trabajadores/as deban ser «fijos» para que puedan ser incluidos en el cálculo de la plantilla de las empresas, ampliando así el número de empresas que resultan obligadas a reservar empleo para personas con discapacidad. De hecho, según datos facilitados por el Instituto Nacional de Estadística, en el año 2013 en España había 3.146.570 empresas, de las cuales 22.954 tenían 50 o más trabajadores/as asalariados, lo que supone que la obligación de reserva, en términos relativos, afecta a un escaso número de empresas, por debajo del 1% del total.

Siendo la cuota de reserva una operación matemática simple, resultado de aplicar un porcentaje, en este caso el 2%, a un valor numérico que viene determinado por la plantilla de la empresa, es imprescindible establecer cuál es esta en cada momento. En este sentido, la disposición adicional primera del Real Decreto 364/2005 establece que, a estos efectos, el periodo de referencia para dicho cálculo serán los doce meses

inmediatamente anteriores, durante los cuales se obtendrá el promedio de la plantilla, incluidos los contratados a tiempo parcial, en la totalidad de centros de trabajo de la empresa. Así pues, se trata de una cifra que puede variar considerablemente a lo largo del tiempo, de modo que incluso cada día puede resultar un valor diferente al del día anterior, lo que, a los efectos de cumplimiento de la obligación de reserva, parece recomendar estrategias empresariales que tengan en cuenta este factor de variabilidad, en el sentido de valorar la evolución de la plantilla de la empresa a la hora de realizar previsiones sobre el mínimo de trabajadores/as con discapacidad a contratar. Hay que señalar, no obstante, que la obligación varía en tramos de 50 trabajadores/as de plantilla, lo que permite atenuar ese efecto de variabilidad en la cuantificación del número de trabajadores con discapacidad a contratar. Así, por ejemplo, una empresa con un promedio de 101 trabajadores/as estará menos expuesta al incumplimiento que una de 149, en el caso de que ambas tengan contratados dos personas con discapacidad, ya que en este último supuesto una pequeña variación al alza de la plantilla podría generar una cuota de reserva de tres personas con discapacidad.

Cálculo de la plantilla de la empresa. Para cuantificar la plantilla de una empresa en un momento dado, por tanto, esta deberá obtener el promedio de trabajadores/as en los últimos doce meses. A estos efectos, deberá realizarse un cómputo diferenciado entre dos grupos:

Las personas con contratos de duración indefinida y aquellas vinculadas por contratos de duración determinada superior a un año. En este caso, la norma se limita a señalar que se tendrá que obtener un promedio de estos trabajadores/as en los doce meses anteriores. Parece, por tanto, razonable pensar

22. ¿Qué empresas están obligadas a cumplir la reserva de empleo? ¿Cómo se computa el volumen de personas con discapacidad a contratar y la plantilla de la empresa?

que tal promedio se realizará dividiendo el total de días en los que estos y estas han mantenido relación laboral con la empresa entre 365.

Las personas contratadas por término de hasta un año. En este caso, la norma precisa que se computarán según el número de días trabajados en el periodo de referencia, de modo que cada 200 días trabajados o fracción se computarán como un trabajador/a más. Así pues, en este segundo grupo se sumarán la totalidad de días que estos trabajadores/as han mantenido relación laboral con la empresa en los últimos doce meses y el resultado de esa suma se dividirá entre 200. Cuando el cociente que resulte de dividir por 200 el número de días trabajados de los trabajadores/as con contratos temporales de duración inferior a un año sea superior al número de trabajadores/as que se computan, se tendrá en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores/as. Precisa finalmente el precepto que a los efectos del referido cómputo de los 200 días trabajados se contabilizarán tanto los días efectivamente trabajados como los de descanso semanal, los días festivos y las vacaciones anuales.

La plantilla de la empresa, a efectos de determinación de la obligación de reserva, será la suma de los resultados de las dos divisiones anteriores.

BLOQUE 5

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE EMPLEO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

Sobre la cuestión de los trabajadores/as a tiempo parcial, la norma se limita a decir que computan a efectos de cuantificar la plantilla de la empresa obligada, pero sin precisar el modo en que deben hacerlo. En este sentido, no existiendo distinción alguna en la norma, cabe concluir que deben computar del mismo modo que lo hacen los trabajadores y trabajadoras a jornada completa, dependiendo únicamente de la duración de sus contratos y sin que una menor jornada de trabajo deba suponer un menor impacto en la determinación de la plantilla a estos efectos. En justa consonancia con esta interpretación, tampoco el cumplimiento de la cuota de reserva se verá condicionado por las jornadas de las personas con discapacidad contratadas por las empresas obligadas.

Vicisitudes de la obligación de reserva por cambios en las plantillas de la empresa. Otra cuestión relacionada con la determinación del promedio de trabajadores/as a efectos de cuantificar la plantilla de la empresa es la relacionada con las empresas de nueva creación y con aquellas que alcanzan, en un momento dado, el número mínimo de trabajadores/as para resultar obligadas al cumplimiento del cupo. En el primer caso, si una empresa se constituye con un número igual o superior a 50 trabajadores/as, la obligación de reserva nace en el momento mismo de la creación de la empresa; siendo así, y puesto que esta circunstancia es conocida por la empresa incluso antes de constituir su plantilla, deberá cumplir con el cupo de reserva desde el inicio mismo de su actividad empresarial. A estos efectos, y aunque no se diga expresamente en la disposición adicional primera del Real Decreto 364/2005, el periodo de referencia de los doce meses anteriores para determinar el promedio de la plantilla de la empresa, en los casos en que esta tiene menos de un año de existencia, deberá venir referido al tiempo, dentro de esos doce meses, en el que

la empresa ha existido como tal. Por otra parte, cuando una empresa que tiene menos de 50 personas en plantilla alcanza o supera esa cifra en un momento determinado, será en ese mismo tiempo en el que resultará obligada al cumplimiento de la obligación de reserva.

Cuantificación de la obligación de reserva. Una vez se ha determinado la plantilla de la empresa, se procederá a aplicar a esa cifra el porcentaje del 2%, quedando de este modo fijada la cuota de reserva en cada momento. En este punto, presenta dificultades la determinación precisa de esa cuota de reserva cuando el resultado de la operación anterior, como sucederá habitualmente, no arroja un número entero. Aunque no existe una previsión normativa precisa al respecto, aplicando las restrictivas reglas interpretativas del derecho sancionador, la cuota de reserva debe venir referida al número entero resultante, con independencia de los decimales que arroje de la operación de aplicar el 2% a la plantilla de la empresa.

No obstante, algunas voces han considerado que el redondeo de los decimales debería realizarse en todo caso al alza para favorecer la eficacia de la medida de acción positiva, amparándose en que la norma que establece la reserva utiliza la expresión «al menos» para la cuantificación de la obligación. Otros autores, y algunos criterios administrativos –Generalitat de Catalunya, por ejemplo- han señalado como vía más acertada para resolver esta cuestión la de redondear al número entero más próximo en función de los decimales resultantes, optando por el redondeo al alza cuando estos equidisten de dos números. De acuerdo con la primera de estas interpretaciones, una empresa con 120 trabajadores/as y una empresa con 140 trabajadores/as de promedio de plantilla tendrían

22. ¿Qué empresas están obligadas a cumplir la reserva de empleo? ¿Cómo se computa el volumen de personas con discapacidad a contratar y la plantilla de la empresa?

una cuota de reserva de al menos tres trabajadores/as, mientras que siguiendo la segunda vía interpretativa, la primera empresa tendría una cuota de reserva de dos y la segunda de tres trabajadores/as. Como ya se ha señalado, no obstante, parece que la interpretación más ajustada al tenor literal de la norma, aunque con seguridad la menos favorecedora de la eficacia de la medida de reserva, es la de entender que el número de trabajadores/as con discapacidad que constituye en cada caso la cuota de reserva exigible a una empresa debe ser el entero resultante de aplicar el 2% a la plantilla de la empresa en cada momento.

Obligaciones formales y procedimiento. Finalmente, el artículo 5 del Real Decreto 1451/1983 establece que, dentro del primer trimestre de cada año, con conocimiento de los representantes del personal, las empresas que empleen personal que exceda de 50, deberán enviar a la Oficina de Empleo del Instituto Nacional de Empleo –hoy Servicio Público de Empleo– de la provincia en que tengan su sede social, así como a las de las provincias donde tengan centros de trabajo, relación detallada de los puestos de trabajo ocupados por personas con discapacidad y de aquellos que por sus características queden reservados a los mismos. Esta obligación, de contenido meramente formal, se enfrenta, respecto a su exigibilidad, con las dificultades derivadas de que no se halla

tipificada en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (TRLISOS) y, consecuentemente, no puede ser objeto de sanción administrativa como consecuencia de la actuación inspectora. No obstante, podría vehicularse a través del artículo 14.1 del propio TRLISOS, que tipifica como infracción de la empresa. En materia de empleo, no comunicar a la oficina de empleo las contrataciones realizadas en los supuestos en que estuviere establecida esa obligación. En todo caso, y aún por esta vía genérica, lo cierto es que existen problemas de tipificación que pueden desaconsejar la acción sancionadora administrativa en estos supuestos, a la espera de que la legislación decida incorporar a la norma el tipo específico, o bien elimine de la norma sustantiva la obligación de comunicación anual que hoy mantiene el Real Decreto 1451/1983.

BLOQUE 5

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE
EMPLEO Y RESPONSABILIDAD
SOCIAL EMPRESARIAL

23.

¿En qué casos las empresas pueden aplicar medidas alternativas?

Jorge Pérez

BLOQUE 5

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE EMPLEO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

El concepto de excepcionalidad. De manera excepcional, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LGDPD, las empresas públicas y privadas con plantillas iguales o superiores a 50 trabajadores/as podrán quedar exentas de la obligación de reserva del 2% de puestos de trabajo para personas con discapacidad, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83, apartados 2 y 3, del TRLET, bien por opción voluntaria de la empresa debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se regulan en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores/as con discapacidad (RDMA).

La excepcionalidad puede venir determinada, bien por la imposibilidad de contratación de personas con discapacidad por parte de la empresa, que debe estar justificada en razones técnicas, económicas, organizativas o productivas, o bien por la imposibilidad por parte de los servicios públicos de empleo de atender las ofertas de empleo para contratar a trabajadores/as con discapacidad presentadas por la empresa. En ambos casos, el servicio público de empleo competente, estatal o autonómico –será el de la comunidad autónoma cuando al menos el 85% de la plantilla total de la empresa radique en el ámbito territorial de aquella–, resolverá declarando en su caso la situación de excepcionalidad, teniendo tal declaración una duración de tres años, y siendo aplicable el silencio administrativo positivo ante la falta de resolución transcurridos dos meses desde la fecha de la solicitud.

Las medidas alternativas aplicables en situación de excepcionalidad son las siguientes:

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

La celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador/a en régimen de autónomos con discapacidad, para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa.

La realización de donaciones y de acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo en favor de las personas con discapacidad que permita la creación de puestos de trabajo para aquellas y, finalmente, su integración en el mercado de trabajo. Hay que señalar en este punto que resulta cuestionable, aunque en la práctica se han dado casos, la posibilidad de que pueda aceptarse esta medida cuando la fundación forma parte del grupo al que pertenece la empresa obligada o directamente ha sido constituida por esta.

La constitución de un enclave laboral, previa suscripción del correspondiente contrato con un centro especial de empleo,

23. ¿En qué casos las empresas pueden aplicar medidas alternativas?

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

La cuantificación de tales medidas alternativas supone establecer la equivalencia entre un contrato dejado de celebrar con una persona con discapacidad y una facturación equivalente al triple del indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM) anual vigente (en el año 2014, 6.390,13 x 3 = 19.170,39 euros), salvo en el caso de las donaciones, que es la mitad de ese importe (en el año 2014, 6.390,13 x 1,5 = 9.585,19 euros), pudiendo en todos los casos establecer las cuantías finales con aplicación de las fracciones decimales que resulten de la cuantificación de la cuota de reserva.

Aspectos procedimentales. Por lo que se refiere al procedimiento para la declaración de excepcionalidad y autorización, en su caso, de las medidas alternativas a la contratación de personas con discapacidad, será el establecido en el RDMA y en la Orden de 24 de julio de 2000, que desarrollaba el antiguo Real Decreto 27/2000, en cuanto no contradiga al vigente RDMA. Por otra parte, en Catalunya se ha aprobado el Decreto 322/2011, de 19 de abril, sobre la aplicación de la cuota de reserva del 2% a favor de personas con discapa-

cidad en empresas de 50 o más personas trabajadoras y de las medidas alternativas de carácter excepcional a su cumplimiento (DOGC de 21 de abril de 2011). Finalmente, hay que señalar que el cumplimiento de la obligación de reserva no tiene por qué ceñirse a una sola de las posibilidades descritas –contratación directa, contratos de puesta a disposición o medidas alternativas–, sino que las empresas pueden optar por cumplir dicha obligación utilizando cualesquiera de ellas, incluso todas conjuntamente, siempre que el resultado final suponga, de modo directo o indirecto, una cuota de reserva del 2% a favor de los trabajadores/as con discapacidad.

Por lo tanto, las medidas alternativas no constituyen una exención de la obligación de cumplimiento de la cuota de reserva, sino un modo diferente de justificar dicho cumplimiento, cuyas bondades no son unánimemente compartidas. De entre todas las medidas alternativas, sin duda alguna las más utilizadas son las relativas a la posibilidad de realizar contratos mercantiles o civiles con centros especiales de empleo o con trabajadores/as en régimen de autónomos con discapacidad, recogidas en los apartados a y b del artículo 2.1 del propio RDMA.

Obligaciones de los centros especiales de empleo y de las fundaciones y asociaciones de utilidad pública en relación con las medidas alternativas. Los centros especiales de empleo que celebren contratos que constituyan medidas alternativas para las empresas deberán destinar los recursos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones relativas, además de a la prestación de servicios de ajuste personal o social que requieran sus trabajadores/as con discapacidad, a las precisas para desarrollar acciones que promuevan su tránsito hacia el mercado de trabajo no protegido, tales como la

formación permanente de los trabajadores/as con discapacidad o la adaptación de estos a las nuevas tecnologías. Por su parte, las fundaciones o asociaciones de utilidad pública destinarán las donaciones o acciones de patrocinio a las actividades que se indican en el RDMA.

Con la finalidad de controlar el cumplimiento de estas obligaciones, anualmente los centros especiales de empleo y las fundaciones y asociaciones de utilidad pública presentarán ante el servicio público de empleo correspondiente una memoria sobre la tipología de las acciones realizadas y los recursos financieros aplicados a dichas acciones.

Actividad de intermediación comercial por parte de centros especiales de empleo y medidas alternativas.

Hay que señalar que, resultando el importe económico de las medidas alternativas un parámetro válido para determinar su alcance, se ha revelado como manifiestamente insuficiente para calibrar el impacto que las mismas puedan tener en la creación de empleo entre el colectivo de personas con discapacidad y en su incorporación al mercado de trabajo. Tanto es así que, con más frecuencia de la deseada, aparecen supuestos en los que sumas importantes de facturación por parte de un centro especial de empleo a una empresa ordinaria que utiliza esa contratación mercantil como medida alternativa representan para el propio centro la creación de un número relativamente bajo, cuando no insignificante, de puestos de trabajo. En el límite de esta incongruencia se situarían los casos de mera interposición o intermediación, en los que el centro especial de empleo facilita a la empresa bienes o servicios que ni siquiera produce, sino que se limita a obtenerlos de un tercero para facilitarlos a la empresa que ha celebrado el contrato mercantil en el marco de la excepcionalidad regu-

BLOQUE 5

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE EMPLEO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

23. ¿En qué casos las empresas pueden aplicar medidas alternativas?

lada en el RDMA. Esta situación parece contraria al espíritu de la norma, y no se compadece con las invocadas buenas prácticas, que exigen un resultado visible de creación de empleo para las personas con discapacidad a través de las medidas alternativas, puesto que no hay que olvidar que estas sustituyen a la obligación de contratación directa por parte de las empresas obligadas. También el tránsito de trabajadores/as del centro especial de empleo hacia la empresa ordinaria debiera constituir un parámetro, especialmente valorado, de concreción de las medidas alternativas aplicadas.

Recomendaciones administrativas sobre buenas prácticas. La Generalitat de Catalunya ha recomendado a las empresas que, una vez obtenida la declaración de excepcionalidad, aplican medidas alternativas, entre otras, las buenas prácticas siguientes:

Informar a la representación de los trabajadores, previamente al inicio del procedimiento administrativo de solicitud, del contenido de esta solicitud y, posteriormente, de la resolución dictada por la autoridad competente.

Presentar en tiempo y forma las memorias anuales a la autoridad competente en Catalunya, acompañando una certificación acreditativa del cumplimiento de la medida alternativa

autorizada, emitida por el centro especial de empleo o por la entidad beneficiaria correspondiente.

Por otra parte, a los centros especiales de empleo la propia Generalitat de Catalunya recomienda las siguientes buenas prácticas en este ámbito:

Desarrollar actividades, actuaciones o proyectos que faciliten la creación de ocupación para personas con discapacidad y que posibiliten su inserción en el mercado ordinario de trabajo.

Colaborar con las empresas interesadas facilitando la documentación que les permita acreditar de forma transparente la medida alternativa y su adecuación a la ley.

Destinar los recursos obtenidos mediante la medida alternativa a los objetivos previstos legalmente, incidiendo en la ocupación efectiva de los trabajadores/as (centros especiales de empleo) y en actuaciones o proyectos de inserción laboral o creación de ocupación (entidades beneficiarias de donaciones).

Presentar en tiempo y forma las memorias anuales a la autoridad competente en Catalunya, con una información transparente de las actividades, actuaciones y proyectos realizados y de la cuantía económica invertida o contablemente imputada.

actuación ordinaria de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En estas actuaciones, en el caso de incumplimiento total o parcial de la obligación de reserva, la empresa puede ser sancionada por la comisión de una infracción grave, tipificada en el artículo 15.3 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto), o bien requerida para que alcance el 2%, ya sea de manera directa mediante contrataciones o indirecta a través de medidas alternativas, siempre que se haya producido previamente la declaración de excepcionalidad. En el primer caso, las sanciones consisten en multas económicas de entre 626 y 6.250 euros, además de la pérdida de los beneficios de los programas de fomento del empleo, pudiendo ser excluidos de los mismos los infractores por un periodo de hasta dos años.

BLOQUE 5

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE EMPLEO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

Control del cumplimiento de la cuota de reserva y de las medidas alternativas. Las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en esta materia se han venido incrementando progresivamente desde que en el año 2000 pasaron a incorporarse, de manera estable en las distintas comisiones territoriales, entre los objetivos y programas de

24.

¿Qué margen para la responsabilidad social tiene una empresa de menos de 50 trabajadores/as en materia de contratación de personas con discapacidad? ¿Y las empresas de más de 50?

Ricardo Esteban

BLOQUE 5

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE EMPLEO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

Consideraciones generales. Alcance de la responsabilidad social empresarial. La responsabilidad social empresarial es una vía de actuación de las empresas, mediante la cual ponen en marcha acciones que van más allá de sus estrictas obligaciones legales, ya sean estas de carácter tributario, laboral, medioambiental o de cualquier otra índole. De este modo, mediante la responsabilidad social pretende potenciarse la implicación de empresas, entidades y administraciones públicas en el progreso social, a través de acciones voluntarias que benefician a la ciudadanía española y/o a personas de otros países, mediante actuaciones emprendidas por la propia empresa o en colaboración con otras entidades: por ejemplo, subvencionando a ONG de acción social o de ayuda al desarrollo. Evidentemente, la responsabilidad social empresarial (en adelante, RSE) beneficia la imagen de las empresas, y este último dato es muy importante en el caso de grandes corporaciones que cotizan en los mercados financieros y cuya imagen de marca es muy importante ante accionistas y clientes. Por esa razón, las acciones llevadas a cabo en el terreno de la responsabilidad social suelen reflejarse en las memorias o balances de responsabilidad social que suelen recibir notable difusión. Ahora bien, la RSE no es solo una cuestión de empresas de gran dimensión sino que las pequeñas y medianas empresas pueden desarrollar algún papel al respecto. Aunque dispongan de menos medios, también en ocasiones juega a su favor un menor alcance de las obligaciones legales.

Cabe insistir que solo son acciones de RSE las que no sean obligatorias para la empresa. Esta cuestión es muy importante porque en ocasiones empresas, administraciones públicas y otras entidades caen en la tentación de imputar a RSE el mero cumplimiento de sus deberes legales, y eso es frecuente en el terreno del empleo de personas con discapacidad. A título de

ejemplo, aunque todavía exista un apreciable incumplimiento de la reserva de empleo, si una empresa de más de 50 personas en plantilla cumple escrupulosamente con la reserva eso no es RSE, es mero cumplimiento de sus obligaciones legales, por muy encomiable que ese cumplimiento pueda ser. Asimismo, tampoco es RSE el cumplimiento de obligaciones recogidas en la negociación colectiva, ya que lo pactado en convenio colectivo será, salvo matiz en contrario, un deber jurídico. Por ejemplo, si la empresa pacta en convenio que deberá recolocar a todos los trabajadores/as declarados en situación de incapacidad permanente total, lo relacionado con las recolocaciones no podrá imputarse a RSE.

Responsabilidad social empresarial de carácter laboral. Identificación y regulación de los compromisos en la materia. Lo habitual es que la RSE se desplace fuera de la empresa mediante acciones de todo tipo que reviertan en determinados colectivos o en el conjunto de la ciudadanía, como sería el caso de iniciativas medioambientales o de otro tipo. Lógicamente, la RSE también podrá proyectarse fuera de España, cubriendo las múltiples necesidades requeridas por países con un menor nivel de desarrollo.

Ahora bien, más allá de estas y de otras vías de actuación la RSE podría proyectarse sobre la plantilla de la empresa o, con carácter general, sobre el ámbito laboral de la empresa, mediante la asunción unilateral de compromisos. Así, entre otros, cabría la asunción de compromisos en el terreno de las mejoras voluntarias de Seguridad Social, formación profesional continua, prevención de riesgos laborales, puesta en marcha de guarderías de empresa u otros, siempre que esté claro que los compromisos superan las obligaciones legales de la empresa o en general los deberes negociados en con-

24. ¿Qué margen para la responsabilidad social tiene una empresa de menos de 50 trabajadores/as en materia de contratación de personas con discapacidad? ¿Y las empresas de más de 50?

venio colectivo. Entre estos ámbitos estaría el del empleo de las personas con discapacidad, una posibilidad que puede beneficiar a los trabajadores/as de la empresa pero también a potenciales candidatos a integrarse en la plantilla.

La identificación de los compromisos en materia de RSE será en principio unilateral y se fijará en documentos internos de la empresa, como por ejemplo un plan o programa de RSE. No obstante, se admiten situaciones de mayor complejidad en las que, de una parte, la empresa puede asumir unilateralmente un determinado compromiso de RSE laboral. Ahora bien, eso no impide que a continuación la empresa se ofrezca a negociar en convenio colectivo, por ejemplo, la identificación de algunos detalles y el calendario de puesta en marcha de una o de varias medidas de RSE. Esta posibilidad permite mejorar e identificar el alcance de la RSE, darle mayor exigibilidad y puede contribuir a fomentar la complicitad de los representantes de los trabajadores con las iniciativas de RSE. Ahora bien, más allá de esta situación concreta, no debe olvidarse que, con carácter general, las obligaciones asumidas en negociación colectiva no serán consideradas RSE.

Margen de RSE en materia de empleo de personas con discapacidad en empresas de menos de 50 trabajadores/as. Como cabe suponer, el margen de las empresas menores

BLOQUE 5

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE EMPLEO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

de 50 trabajadores/as en materia de RSE y empleo de personas con discapacidad es muy amplio, ya que prácticamente cualquier acción emprendida será imputable a RSE. Así, entrarían en este terreno la mera contratación de personas con discapacidad, afectadas o no de especiales dificultades, y la contratación de bienes y servicios a centros especiales de empleo, o la realización de donaciones o acciones de patrocinio a centros o a entidades que trabajen en el terreno de la inserción laboral de las personas con discapacidad. Cabe subrayar que esto es así porque las empresas de menos de 50 trabajadores no tienen la obligación de cumplir con la reserva de empleo ni con medidas alternativas.

Con carácter general, también cabría imputar a RSE la recolocación de trabajadores/as declarados en situación de incapacidad permanente, salvo que el convenio colectivo de empresa o de sector prevea la recolocación obligatoria e incondicionada del trabajador/a.

Margen de RSE en materia de empleo de personas con discapacidad en empresas de 50 o más trabajadores/as.

Las empresas de más de 50 personas en plantilla disponen de un margen más limitado para activar compromisos de RSE en materia de empleo de personas con discapacidad. Ello es debido, sobre todo, a que a ellas les será de aplicación la obligación de cumplir con la reserva de empleo prevista en la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad (Real Decreto Legislativo 1/2013). Por lo tanto, el cumplimiento de la reserva de empleo o la realización de medidas alternativas –donaciones y acciones de patrocinio, constitución de enclaves, o bien la compra de bienes y servicios a centros especiales de empleo– no puede imputarse a RSE. Todo ello, sin perjuicio de que con frecuencia este tipo de cumplimientos

legales aparezca anómalamente en las memorias de responsabilidad social de grandes empresas.

Dicho eso cabe apuntar, con algunos matices, espacios para que las grandes empresas puedan imputar a RSE algunas iniciativas relacionadas con el empleo de las personas con discapacidad:

Un primer espacio de RSE sería la asunción unilateral de un volumen de reserva de empleo superior al legal. Asimismo, también tendría la consideración de RSE la compra de bienes o servicios o las donaciones que puedan realizarse a entidades vinculadas al empleo de las personas con discapacidad, siempre que todo ello se haga «más allá» de las obligaciones legales.

Un supuesto singular de RSE sería la asunción del compromiso, por parte de empresas obligadas a la reserva de empleo, de contratar a trabajadores afectados por especiales dificultades. En este sentido, no debemos olvidar que hoy por hoy, en materia de reserva de empleo, la ley no hace matiz alguno al respecto, de forma que se cumple con la obligación de reserva tanto si se contrata a un trabajador afectado de especiales dificultades como cuando se contrata a un trabajador con discapacidad leve. Por lo tanto, la asunción de un compromiso de contratación de trabajadores afectados por especiales dificultades puede imputarse a RSE, porque, no lo olvidemos, la empresa no está obligada a ello.

Para finalizar, un último espacio de responsabilidad social empresarial a subrayar es el correspondiente a la recolocación de trabajadores/as declarados en situación de incapacidad permanente en grado de total o superior. Como es sabido,

24. ¿Qué margen para la responsabilidad social tiene una empresa de menos de 50 trabajadores/as en materia de contratación de personas con discapacidad? ¿Y las empresas de más de 50?

la ley prevé para estos casos la extinción del contrato de trabajo, tanto en el caso de pequeñas como en el de grandes empresas, de modo que existe un espacio para que mediante compromisos de RSE la empresa pueda establecer una obligación de recolocación. Eso sí, cabe tener en cuenta que tales obligaciones pueden establecerse o haberse establecido ya mediante el convenio colectivo, en cuyo caso no se tratará de RSE sino del cumplimiento de obligaciones pactadas en convenio.

BLOQUE 5

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE
EMPLEO Y RESPONSABILIDAD
SOCIAL EMPRESARIAL

BLOQUE 6

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR DISCAPACIDAD, REACTIVACIÓN DEL VÍNCULO LABORAL Y ACCESO A LA JUBILACIÓN

25 ¿Puede extinguirse el contrato de trabajo a causa de una discapacidad sobrevenida? ¿Cuáles son los límites de la extinción por ineptitud y despido disciplinario?

26 ¿Puede extinguirse el contrato de trabajo en caso de incapacidad permanente? ¿Es posible utilizar la jubilación forzosa para extinguir el contrato de trabajo?

27 En el caso de despidos colectivos, ¿las personas con discapacidad tienen derecho de permanencia en el empleo?

28 ¿Las personas con incapacidad recuperadas tienen derecho a volver a la empresa? ¿En qué casos y con qué condiciones? Si la recuperación no es total, ¿debe mantenerse en la misma categoría o grupo profesional?

29 ¿Cuáles son los requisitos de acceso a la jubilación para la persona con discapacidad? ¿Es posible anticipar la edad de jubilación? ¿En qué casos?

30 ¿Pueden acceder las personas con discapacidad a la jubilación parcial?



25.

¿Puede extinguirse el contrato de trabajo a causa de una discapacidad sobrevenida? ¿Cuáles son los límites de la extinción por ineptitud y despido disciplinario?

Albert Pastor

BLOQUE 6

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE EMPLEO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

Planteamiento general. La discapacidad sobrevenida del trabajador/a puede, en casos extremos, repercutir en la vigencia del contrato de trabajo y causar su extinción. De forma general y previa, conviene tener en cuenta que el tratamiento de esta cuestión no es uniforme por cuanto dependerá esencialmente del grado de discapacidad reconocido al empleado/a y de la duración previsible de esta situación. La normativa predetermina varias y diferentes consecuencias normativas. Una diversificación que resulta coherente y se justifica en la distinta repercusión que puede tener la discapacidad sobre la prestación de servicios objeto de la relación laboral y en la dinámica de esta.

Así, y en primer lugar, la norma atendiendo a la duración previsible de la alteración de la salud diferencia los supuestos de incapacidad temporal, en los que se prevé una imposibilidad transitoria de trabajar (artículo 128 y ss. del TRLGSS), de los supuestos de incapacidad permanente en sus diferentes grados (artículo 136 y ss. del TRLGSS), en los que la afectación se prevé definitiva aun cuando eventualmente existiese una posible recuperación de la capacidad laboral pero estimada médicamente como incierta o a largo plazo (artículo 136 del TRLGSS). Los supuestos de incapacidad temporal únicamente determinarán la suspensión del contrato de trabajo por el periodo establecido legalmente –duración máxima de 365 días, prorrogables por otros 180 días cuando se presuma que durante ellos el trabajador/a puede ser dado de alta médica por curación– y con el derecho a percibir un subsidio económico reconocido legalmente y eventualmente mejorado por convenio colectivo.

Supuestos de declaración en incapacidad permanente. En aquellos supuestos en los que la incapacidad del trabajador/a es de carácter permanente la solución dependerá del

grado de incapacidad que le sea reconocido. Así, de conformidad con el artículo 49.1.b del TRLET, el reconocimiento de una incapacidad permanente total (IPT), una incapacidad permanente absoluta (IPA) o una gran invalidez (GI) determinarán, con los matices que *a posteriori* se señalarán, la extinción del contrato de trabajo. Por el contrario, el reconocimiento de una incapacidad permanente parcial no afecta *a priori* a la vigencia del contrato de trabajo.

La vía extintiva del despido por ineptitud sobrevenida. Cabe plantearse si el despido por ineptitud sobrevenida regulado en el artículo 52.a del TRLET podría legitimar el despido de un empleado/a que como consecuencia de una discapacidad sobrevenida viese mermada su capacidad productiva. Un cauce extintivo que hallaría su campo de actuación ordinario en las hipótesis en las que no produjese la calificación de IP total, absoluta o gran invalidez y en los supuestos de IP parcial. Los tribunales han admitido que la ineptitud sobrevenida regulada en el artículo 52.a del TRLET pueda ser causa de extinción en aquellos supuestos en los que la discapacidad determine una falta de aptitud o habilidad para desarrollar su trabajo (STS de 14 de abril de 1988), con independencia de cuál sea el origen o causa o de si tiene un alcance físico o psíquico. No obstante, el ajuste a la legalidad del despido requiere que se cumplan los siguientes requisitos:

La ineptitud o, en su caso, su agravamiento, tiene que ser sobrevenida y posterior al inicio de la relación laboral, pues si son anteriores y conocidas de la empresa se está asumiendo por el mismo la incapacidad preexistente y no podrá ser posteriormente invocada como causa de resolución del contrato (STSJ de Catalunya, nº 2624/2005, de 24 marzo de 2005). La ineptitud debe tener un carácter permanente y no mera-

25. ¿Puede extinguirse el contrato de trabajo a causa de una discapacidad sobrevenida? ¿Cuáles son los límites de la extinción por ineptitud y despido disciplinario?

mente temporal, elemento que lo diferenciaría de la incapacidad temporal (STSJ de Catalunya de 24 de octubre de 2006, nº 7120/2006).

La ineptitud tiene que ser general o incidir en las tareas principales y habituales encomendadas al trabajador/a, no siendo suficiente una disminución en el rendimiento respecto a algunas de las funciones o tareas propias del puesto de trabajo o contratadas (STSJ de Madrid de 3 de julio de 2009, nº 550/2009).

La ineptitud debe presentar un cierto grado, es decir, tiene que determinar una aptitud inferior a la media normal de cada momento, lugar y profesión (STSJ Andalucía/Sevilla de 29 de marzo de 2012, nº 1646/2011).

Aunque no es un requisito que sea valorado mayoritariamente por la doctrina judicial, compartimos el criterio mantenido por algunas sentencias que exigen que cuando el despido objetivo tenga su origen en una situación de discapacidad, la empresa tendrá que acreditar que no ha sido posible, en los términos legales, efectuar la adaptación prescrita por el artículo 40 de la LGDPD; caso de las sentencias del TSJ de Madrid de 14 enero 2013, nº 6/2013, o de la sentencia del TSJ de Catalunya de 25 enero de 2013, nº 630/2013.

BLOQUE 6

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE EMPLEO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

Deben cumplirse los requisitos formales establecidos en el artículo 53 del TRLET, básicamente: a) comunicación escrita al trabajador/a expresando la causa; b) puesta a disposición del trabajador/a, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, de la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores, con un máximo de doce mensualidades; c) concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador/a hasta la extinción del contrato de trabajo.

El conjunto de circunstancias que rodean a la ineptitud sobrevenida determinan que la regla general o la hipótesis de partida, a nuestro juicio, tenga que pasar por el mantenimiento de la relación laboral. De esta forma, en todas aquellas hipótesis en las que la discapacidad no suponga el reconocimiento de IPT, IPA o GI, y nos hallemos ante una incapacidad permanente parcial o ante el supuesto más heterogéneo de discapacidad sin reconocimiento de grado severo de incapacidad, la solución normativa pasaría, al menos a priori, por el mantenimiento de la relación laboral con los ajustes o adaptaciones que fuesen necesarios y, solo en caso de no ser ello viable, por un despido por ineptitud que se convertiría, de esta forma, en la última ratio.

Despido disciplinario y discapacidad. Para finalizar, señalar que el despido disciplinario basado en «la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado» únicamente sería viable cuando aquella disminución del rendimiento fuese voluntaria o deliberada por el trabajador/a, no en la normalidad de los casos en los que una eventual disminución del rendimiento de la persona discapacitada es ajena por completo a su voluntad.

26.

¿Puede extinguirse el contrato de trabajo en caso de incapacidad permanente? ¿Es posible utilizar la jubilación forzosa para extinguir el contrato de trabajo?

Xavier Solà

BLOQUE 6

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE EMPLEO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

¿Puede extinguirse el contrato en caso de incapacidad permanente? Según establece el artículo 49.1.b del TRLET, la incapacidad permanente total (IPT), la incapacidad permanente absoluta (IPA) y la gran invalidez (GI) implican la extinción del contrato de trabajo, pero no así la incapacidad permanente parcial (IPP), que como ya se ha indicado determina la reincorporación a la empresa, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 1 del Real Decreto 1451/1983.

Aunque no lo indique expresamente, resulta evidente que en los casos de IPT –que supone imposibilidad de desarrollar las tareas fundamentales de la profesión habitual–, IPA –que supone imposibilidad de realizar toda profesión u oficio– y GI –que requiere la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer u otros análogos–, la ley presume que la parte laboral ya no puede desarrollar adecuadamente las funciones para las que fue contratada y es esa imposibilidad la que lleva a la extinción.

Por lo que se refiere al procedimiento a seguir, cuando el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) declara formalmente una situación de IP con trascendencia extintiva queda obligado a comunicarle tal circunstancia a la empresa para la que prestaba servicios la persona afectada. ¿Qué sucede a partir de ahí? ¿Se extingue de forma automática la relación laboral o debe realizarse algún trámite?

Conviene tener presente, de entrada, que para justificar la extinción de la relación laboral la resolución que declare la IPT, la IPA o la GI debe ser firme (así lo ha destacado la jurisprudencia en numerosas ocasiones, como por ejemplo en la STS de 17 de noviembre de 2009, Recurso 825/2009) y, por tanto, no podrá operarse la extinción mientras haya recursos contra la decla-

ración de incapacidad permanente pendientes de resolución. En segundo lugar, interesa destacar que aun existiendo una resolución firme la extinción no opera de forma automática sino que requiere una comunicación –preferiblemente por escrito– de la empresa a la persona afectada en la que se haga efectiva la rescisión de la relación laboral de acuerdo con la declaración de IPT, IPA o GI.

La actual normativa no exige expresamente esta comunicación, pero la mayor parte de la doctrina y de los tribunales (sirva como ejemplo la STS de 5 de julio de 1985, Repertorio Jurídico Aranzadi 1985/3351) la consideran necesaria y oportuna porque con ella se despejará cualquier tipo de duda sobre las consecuencias de la calificación de IP, particularmente en los casos de IPT, que como es sabido solo suponen la existencia de impedimentos previsiblemente definitivos para desarrollar las tareas fundamentales de la profesión habitual pero manteniendo una capacidad residual que, en muchos casos, permitirá ocupar otros puestos de trabajo de la empresa, siendo relativamente frecuente que esa reubicación funcional ya se haya producido durante la tramitación del proceso de IP.

Es justamente esta última situación la que ordinariamente plantea mayores conflictos en la práctica, porque cuando la empresa intenta extinguir la relación laboral según la base de una resolución firme de IPT, IPA o GI la persona afectada acostumbra a defenderse argumentando que dicha relación ha sido novada porque durante un tiempo –en muchos casos prolongado– ha desarrollado otras funciones sobre las que no incide la declaración de IP y que, por tanto, esta ya no justifica la extinción del contrato de trabajo. Aunque se trata de una cuestión muy controvertida, la mayoría de los pronunciamientos judiciales se inclinan por negar la existencia de una modi-

26. ¿Puede extinguirse el contrato de trabajo en caso de incapacidad permanente? ¿Es posible utilizar la jubilación forzosa para extinguir el contrato de trabajo?

ficación que impida la posterior extinción cuando la empresa reubica a una persona que se encuentra inmersa en un proceso de IP en otro puesto de trabajo acorde con su capacidad (sirvan como ejemplo la sentencia del TS citada en el párrafo anterior o la STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de diciembre de 2003, Recurso 1732/2003).

No obstante, cuando existiendo una declaración firme de IPT, IPA o GI no se proceda a la extinción en un plazo prudencial –que deberá valorarse caso por caso, pero que ordinariamente será de unas pocas semanas– y la persona afectada siga prestando servicios en ese otro puesto de trabajo, sí podrá considerarse que se ha producido una novación del contrato y que la extinción ya no es viable. Esta es la situación que se plantea, por ejemplo, en el caso analizado por la STS de 30 de septiembre de 1988 (Repertorio Jurídico Aranzadi 1988/7155), en que tras conocer la calificación de IPT se asigna al empleado –en su primer momento– un puesto de trabajo distinto y posteriormente –tres meses después– se pretende una extinción basada en el artículo 49.1.b del TRLET.

¿Es posible la jubilación forzosa de personas con discapacidad? En la actualidad, tras los cambios operados por la reforma laboral del 2012, la jubilación forzosa ya no es posible en el ordenamiento jurídico español para ningún tipo de tra-

bajador ni trabajadora, salvo en casos muy excepcionales. La Ley 3/2012 modificó la disposición adicional décima del TRLET, que con anterioridad permitía la inclusión en los convenios colectivos de cláusulas que posibilitaban la jubilación forzosa en determinadas condiciones. Con la nueva redacción esta posibilidad desaparece porque se establece con absoluta contundencia que «se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de la Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas».

La disposición transitoria decimoquinta de dicha ley obliga a matizar ligeramente la respuesta introduciendo una excepción, porque mantiene la validez de las cláusulas de jubilación forzosa incluidas en convenios colectivos que hubiesen iniciado su vigencia con anterioridad a su entrada en vigor, esto es, antes del 8 de julio de 2012, y que todavía se mantengan vigentes en la actualidad. La misma norma precisa que debe tratarse de supuestos en que nos hallemos en el periodo de vigencia inicialmente pactado, excluyéndose por tanto las situaciones de prórroga de vigencia por falta de denuncia del convenio. Si tenemos en cuenta las vigencias que se acostumbran a otorgar a los convenios colectivos, resulta obvio que nos hallamos ante una excepción que en el momento presente es absolutamente residual y que desaparecerá a corto plazo.

BLOQUE 6

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE EMPLEO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

27.

En el caso de despidos colectivos, ¿las personas con discapacidad tienen derecho de permanencia en el empleo?

Ricardo Esteban

BLOQUE 6

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE EMPLEO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

Planteamiento general. Crisis de empresa y ausencia de preferencias en el empleo previstas en la ley. Algunas causas de extinción del contrato de trabajo están fundamentadas en situaciones de crisis de empresa, lo que de modo inmediato suscita la cuestión a propósito de si existen cláusulas de protección preferente del empleo de las personas con discapacidad, sobre todo en casos de despidos colectivos, que son los que se fundamentan en circunstancias de empresa –económicas, técnicas, organizativas y de producción– y que afectan a un volumen apreciable o elevado de la plantilla, de conformidad con lo previsto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores. De hecho, los despidos colectivos se llevan a cabo tras un procedimiento de consultas o de negociación, que es el que precisamente va a permitir negociar para identificar qué perfil o qué perfiles van a utilizarse en la identificación de las personas afectadas por el despido. Todo ello, evidentemente, en la medida en que la empresa no decida el cese total de actividades, lo que no dejaría margen para identificar quién pierde y quién conserva su empleo.

Lo cierto es que *a priori* el Estatuto de los Trabajadores no contempla preferencias sobre el empleo de las personas con discapacidad (artículo 51.5 del TRLET). Obviamente, en situaciones de despido económico en las que la empresa mantenga su actividad, un elemento clave para los trabajadores/as con discapacidad sería el poder mantener su empleo. Evidentemente, no son los únicos interesados en esta liza, por lo que la cuestión es notablemente complicada ya que se entrecruzan muchos intereses, tantos como aquellas personas que van a ser objeto del despido. De hecho, los únicos empleados/as que van a gozar de preferencia legal en el mantenimiento del empleo son los representantes de los trabajadores (artículo 51.5 del TRLET), a saber, los miembros de Comité de

Empresa o delegados de personal y los delegados sindicales que cumplan con los requisitos del artículo 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

Para los casos de despido colectivo sin pactos de preferencia en el empleo, el Tribunal Supremo ha expresado que cabe incluir sin traba alguna a las personas con discapacidad en la lista de despidos (STS de 11 de junio de 2001 Contencioso-Administrativo, RJ 2001/4399). Incluso, el Tribunal Supremo ha admitido bajo condiciones el despido de trabajadores/as con discapacidad cuando ello comportaba, circunstancialmente, incumplir con la reserva de empleo (STS de 4 de febrero de 2002 Contencioso-Administrativo, RJ 2002/10168). En este concreto supuesto, el Tribunal Supremo señala que teniendo en cuenta las funciones desempeñadas y la situación de crisis de la empresa, cabría despedir a los trabajadores/as con discapacidad, si la empresa pasa a cumplir con la reserva contratando a otras personas con discapacidad más aptos para los puestos que queden en la empresa o cumpliendo con medidas alternativas si se dan las condiciones de excepcionalidad que lo permitan.

Posible fijación pactada de preferencias en el empleo para las personas con discapacidad. Uso del convenio colectivo o del acuerdo alcanzado en procedimiento de consultas. La cuestión de la selección de los trabajadores/as afectados por el despido es notablemente delicada, hasta el punto de que la ley exige a la empresa que, antes de dar inicio al procedimiento de negociación obligatorio y previo a la realización de los despidos colectivos, comunique por escrito a los representantes de los trabajadores cuáles van a ser *a priori* los «criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos» (artículo 51.2.a del

27. En el caso de despidos colectivos, ¿las personas con discapacidad tienen derecho de permanencia en el empleo?

Estatuto de los Trabajadores). Estos criterios pueden basarse en las funciones realizadas, perfil profesional –en particular, el de los puestos afectados por los despidos–, edad, antigüedad en la empresa u otros y pueden modificarse si son objeto de negociación a lo largo del procedimiento de consultas o negociación. Ahora bien, si a lo largo del proceso de consultas, que por lo general tendrá una duración de 30 días o de 15 días si la empresa tiene menos de 50 trabajadores/as, no se llega a ningún acuerdo, la empresa tomará la decisión de despedir a partir de los criterios explicitados al inicio del procedimiento de consultas.

Eso sí, la ley prevé que mediante convenio colectivo o acuerdo pactado en el periodo de consultas previo al despido podrán establecerse «prioridades de permanencia para otros colectivos», señalándose entre otros a las personas con cargas familiares, mayores de determinada edad o, en fin, personas con discapacidad. Por lo tanto, será necesario consultar qué dice el convenio colectivo o, en su caso, qué se ha pactado en el acuerdo previo al despido colectivo. De este modo, las preferencias en el empleo pueden recogerse en dos instrumentos jurídicos muy diferentes. A efectos prácticos, si las preferencias se han recogido en el convenio colectivo cabe recordar que este es un instrumento jurídico preexistente al despido y por lo tanto fácilmente localizable, ya que los convenios co-

lectivos, dada su condición de norma jurídica, se publican en diarios oficiales: el BOE u otros diarios oficiales autonómicos o provinciales. Por lo contrario, los acuerdos de despido colectivo no están publicados en diarios oficiales pero habitualmente estarán al alcance de los trabajadores/as afectados por la reestructuración en la empresa.

Consecuencias del incumplimiento de las reglas pactadas de preferencia en el empleo. Si se han establecido reglas claras de preferencia en el empleo y no han sido respetadas, ello dará lugar a la declaración judicial de nulidad del despido (artículo 124.13.a y b de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, de la jurisdicción social, en adelante LJS), tras un procedimiento judicial que en situaciones normales deberá plantearse por el trabajador/a o trabajadores/as afectados. Es decir, si una persona con discapacidad es despedida y entiende que se ha incumplido con una cláusula de preferencia en el empleo que le favorecía tendrá que presentar una demanda ante el Juzgado de lo Social, cuando reciba la comunicación del despido.

Con buen criterio, la normativa presume que no respetar las reglas de preferencia constituye un despido discriminatorio y decreta la nulidad del despido, lo que dará lugar a la readmisión obligatoria del trabajador/a a la empresa. De todos modos, los derechos de preferencia no son absolutos, sino relativos. De este modo, si la persona con discapacidad trabaja en una sección concreta de producción y la sección de trabajo se suprime al completo, el trabajador/a con discapacidad, a priori, no podría oponer su derecho frente a otros trabajadores/as. Al menos este es el criterio seguido por nuestros tribunales cuando se ha evaluado el alcance de la preferencia legal en el empleo de los representantes de los trabajadores

(artículo 68.b del TRLET). A estos efectos, cabe destacar la STSJ de Catalunya de 1 de abril de 2011.

Falta de previsiones para despidos económicos objetivos o individuales. En caso de hallarnos ante un despido económico de carácter objetivo o individual (artículo 52.c del TRLET), es decir, aquel que no alcanza las dimensiones cuantitativas de un despido colectivo, el despido puede ser declarado nulo cuando el magistrado considere que resulte discriminatorio porque, por ejemplo, la elección se haya basado en la condición de discapacidad del empleado/a (artículo 122.2.a de la Ley de la Jurisdicción Social). En todo caso, la prueba de esa circunstancia puede ser complicada ya que deberán recabarse indicios de discriminación, lo que no siempre es fácil. Sería un indicio de discriminación, por ejemplo, que todos o la mayoría de los trabajadores/as escogidos estén afectados de discapacidad. Debe tenerse en cuenta que en los despidos económicos individuales u objetivos no hay un procedimiento de consultas previo a la extinción del contrato de trabajo, sino que la decisión se tomará por la empresa y es suficiente con la comunicación al trabajador/a con un preaviso de 30 días (artículo 53 del TRLET).

Por otra parte, la utilización por parte de la empresa de vías extintivas «directas», como por ejemplo despidos disciplinarios sin causa real entre los que se incluya a trabajadores/as con discapacidad, puede reforzar la sensación de discriminación y exigirá a la empresa un mayor esfuerzo a la hora de acreditar que el despido no tiene relación alguna con una finalidad discriminatoria. Siempre y cuando, claro está, la persona haya impugnado el despido ante los tribunales y alegue que concurre discriminación por razón de discapacidad. A este respecto, debe recordarse que en los últimos años ha

BLOQUE 6

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE EMPLEO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

27. En el caso de despidos colectivos, ¿las personas con discapacidad tienen derecho de permanencia en el empleo?

Es un hecho usual que la empresa recurra a despidos disciplinarios sin causa real alguna para rebajar plantilla con el pago de indemnizaciones equivalentes al despido disciplinario, que ascienden a 33 días de salario por año trabajado, mientras que *a priori* el despido por causas económicas se indemniza con 20 días de salario por año trabajado.

En este sentido, a pesar de que concurran causas económicas para despedir, muchas empresas han optado por utilizar de un modo totalmente arbitrario los despidos disciplinarios, basados en incumplimientos graves y culpables del trabajador/a, para «simplificar» los despidos asumiendo el pago de indemnizaciones más elevadas. Utilizando los despidos disciplinarios, la empresa evita verse obligada a acreditar causas económicas ante la impugnación del despido por parte de los trabajadores/as. Incluso en algunos casos lo que pretende la empresa es evitar el procedimiento de consultas o negociación del despido colectivo mediante la utilización masiva de despidos disciplinarios sin causa real.

BLOQUE 6

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE
EMPLEO Y RESPONSABILIDAD
SOCIAL EMPRESARIAL

28.

¿Las personas con incapacidad recuperadas tienen derecho a volver a la empresa? ¿En qué casos y con qué condiciones? Si la recuperación no es total, ¿debe mantenerse en la misma categoría o grupo profesional?

Xavier Solà

BLOQUE 6

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE EMPLEO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

Planteamiento general y supuestos de partida. El derecho de retorno a la empresa de las personas que recuperan su capacidad laboral y las condiciones en las que eventualmente se llevará a cabo quedan directamente vinculadas a la vía de salida, es decir, a las circunstancias que en su momento generaron la extinción de su relación laboral. En concreto pueden plantearse tres hipótesis:

- 1) Que la salida de la empresa haya derivado de una calificación de incapacidad permanente total (IPT), incapacidad permanente absoluta (IPA) o gran invalidez (GI), pero con la previsión de que el trabajador/a iba a ser revisado por mejoría, lo que permitiría la reincorporación al puesto de trabajo en un corto periodo de tiempo. Cuando la revisión se haga efectiva, el reintegro en la empresa está garantizado porque el artículo 48.2 del TRLET impone la suspensión de la relación laboral y la reserva del puesto de trabajo.
- 2) Que la salida de la empresa sea consecuencia de una calificación de IPT o IPA que haya determinado la extinción de la relación laboral en virtud de lo previsto en el artículo 49.1.e del TRLET y sin previsión de revisión posterior. En estos casos, si posteriormente se produce una recuperación total o parcial de la capacidad laboral se reconoce un derecho de preferencia para ocupar las vacantes adecuadas que existan o puedan producirse en la empresa. Eso sí, no habrá en este caso reserva de puesto de trabajo.
- 3) En los demás supuestos, esto es, en los casos que no encajan en ninguno de los apartados precedentes, la persona que recupera su capacidad laboral no tiene ningún derecho a reclamar su reincorporación a la empresa para la que

prestó servicios antes de sufrir la discapacidad que determinó la extinción de su relación laboral.

Extinción del contrato de trabajo con previsión de recuperación y reserva de puesto de trabajo. Por lo que refiere a la primera hipótesis, esto es, a los casos en que la recuperación de la capacidad ya se había previsto en la declaración de IPT, IPA o GI que generó la extinción de la relación laboral, son varias las cuestiones que conviene precisar, tanto en relación con los requisitos que deben cumplirse para que exista derecho de reintegro como las condiciones en que el derecho deberá llevarse a cabo.

Por lo que se refiere a los requisitos para que exista derecho de reintegro, de entrada y como ya se ha apuntado, es imprescindible que la resolución administrativa –del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)– o judicial –si la calificación la lleva a cabo un juzgado o tribunal porque la resolución administrativa es objeto de impugnación– indique de forma expresa que existe una expectativa de revisión por mejoría que previsiblemente permitirá la reincorporación al puesto de trabajo en un plazo de dos años (artículo 7.1 del RD 1300/1995, de 21 de julio, que desarrolla en materia de incapacidades laborales del sistema de Seguridad Social la Ley 42/1994, de 30 de diciembre). No se trata, pues, de la genérica previsión sobre posibilidad de revisión por agravación o mejora transcurrido un cierto tiempo, que es obligado que figure en todas las resoluciones de calificación de IP en cumplimiento de lo previsto en los artículos 143.2 del TRLGSS y 6.2 del Real Decreto 1300/1995. Por lo contrario, se trata de una previsión mucho más específica o concreta.

Para que exista un derecho efectivo de retorno con reserva de puesto de trabajo es necesario que la resolución administrativa

28. ¿Las personas con incapacidad recuperadas tienen derecho a volver a la empresa? ¿En qué casos y con qué condiciones? Si la recuperación no es total, ¿debe mantenerse en la misma categoría o grupo profesional?

que acuerde la revisión se produzca dentro del plazo de dos años, que empezarán a contarse a partir del momento en que la declaración de IPT, IPA o GI sea firme. En este sentido, si la resolución de revisión que declara al trabajador como apto para el trabajo se produce en un momento posterior, la persona que ha recuperado su capacidad no tendrá garantizado su reingreso, puesto que se habrá extinguido la relación laboral y contará tan solo con un derecho de preferencia para ocupar las vacantes adecuadas que existan o puedan producirse en la empresa –el correspondiente a la segunda hipótesis, que se abordará de inmediato–. La jurisprudencia se ha mostrado en este punto muy estricta y contraria a interpretaciones que podrían facilitar la conservación del contrato de trabajo. Así, esta jurisprudencia niega el derecho de reingreso cuando la revisión se insta antes de que se cumplan los dos años pero la resolución que declara la recuperación de la capacidad se dicta más allá de este plazo (STS de 28 de mayo de 2009, Recurso 2009/4552). También se producirá la extinción de la relación laboral con pérdida del derecho de reingreso cuando en ese periodo de dos años se produzca una revisión que confirme el estado de IP originario o lo agrave, porque ello supone la desaparición de la expectativa de recuperación que justifica la suspensión.

Finalmente, como tercer y último requisito, se necesita que la revisión permita la reincorporación al puesto de trabajo, y ello

BLOQUE 6

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE EMPLEO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

supone bien una resolución que establezca la plena recuperación de la capacidad laboral, bien una declaración de IP parcial. En el primer caso el reingreso al puesto de trabajo que se ocupaba anteriormente podrá llevarse a cabo ordinariamente sin necesidad de adoptar medidas de ajuste. En caso de reincorporación mediante una incapacidad permanente parcial, entrará en juego el procedimiento previsto en el artículo 1 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, de Medidas de Fomento de Empleo de Personas con Discapacidad, que puede implicar cambios de funciones y/o en la retribución (véanse, al respecto, las respuestas a las preguntas 14 y 32).

En cuanto a las condiciones de reingreso, el silencio de la normativa plantea muchos problemas, pero parece obvio que la persona interesada debe solicitar formalmente su reincorporación lo más pronto posible. En caso contrario nos hallaríamos ante un desistimiento tácito del trabajador a su reingreso, que comportaría la pérdida de su derecho. A este respecto, un criterio razonable sería concederle un mes de plazo para presentar la solicitud, tal como se prevé legalmente en el caso de las personas que finalizan una excedencia por ejercicio de cargo público en el artículo 46.1 del TRLET. En principio la empresa tendrá que facilitar la reincorporación de forma inmediata, aunque en algunos casos resulta indiscutible que deberá concederse a la empresa un mínimo de tiempo para poder realizar las actuaciones necesarias a ese fin: por ejemplo, valorar cuál es su capacidad laboral real, introducir los ajustes necesarios en el puesto de trabajo, etc.

Como ya se ha destacado, la ley impone la suspensión de la relación laboral y, en consecuencia, obliga a la empleadora a reservar el puesto de trabajo ocupado anteriormente por la persona declarada en IPT, IPA o GI. Por lo tanto, ese puesto

solo podrá cubrirlo mediante un contrato de interinidad, que se extinguirá cuando se produzca la revisión. La reincorporación de la persona que ha recuperado su capacidad laboral es –con los matices temporales anteriormente apuntados– obligada, de forma que una eventual negativa a la reincorporación por parte de la empresa será equivalente a un despido.

Extinción del contrato de trabajo sin previsión de recuperación en el plazo de dos años. La segunda hipótesis corresponde a los supuestos de extinción de la relación laboral por declaración de IP con posterior recuperación de la capacidad laboral. Son varios los aspectos de esta hipótesis, regulada en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 1451/1983, que deben ser precisados.

En primer lugar, interesa definir el supuesto, caracterizado, de una parte, por una declaración de IPT o IPA que generará la extinción de la relación laboral. Además, el supuesto se caracteriza por la concurrencia de una resolución posterior del INSS que declarará la plena capacidad laboral o una incapacidad permanente parcial.

En segundo lugar y por lo que se refiere a las opciones de reincorporación, interesa dejar claro que el reingreso no queda garantizado porque solo se reconoce un derecho de preferencia para ocupar las vacantes adecuadas que existan o pueden producirse en la empresa. La preferencia que reconoce el artículo 2 del Real Decreto 1451/1983 es «absoluta», lo que en la práctica supone bien poco. Así, la preferencia absoluta significa que este derecho concreto es preferente a los derechos sobre vacantes que se otorgan a otros colectivos, como por ejemplo los excedentes voluntarios (artículo 46.5 del TRLET) o las trabajadoras víctimas de violencia de género (artículo

28. ¿Las personas con incapacidad recuperadas tienen derecho a volver a la empresa? ¿En qué casos y con qué condiciones? Si la recuperación no es total, ¿debe mantenerse en la misma categoría o grupo profesional?

40.3.bis del TRLET). Para que la vacante sea adecuada deberá producirse en el grupo profesional al que pertenecía la persona que ha recuperado plenamente su capacidad laboral –la referencia a la «categoría» pierde sentido tras la reforma laboral del 2012– o, si la recuperación es parcial, tratarse de una vacante adecuada a su capacidad laboral residual. Desde una perspectiva geográfica se considera adecuada la vacante que se produzca en el mismo centro de trabajo donde la persona había prestado servicios. Asimismo, serán vacantes adecuadas las existentes en otros centros de la empresa relativamente próximos que no requieran un cambio de residencia, cuestión que deberá valorarse conforme a los mismos parámetros establecidos por la jurisprudencia en el ámbito del artículo 40 del TRLET. En concreto, serán vacantes adecuadas las de otros centros de trabajo diferentes cuando, atendiendo al conjunto de circunstancias concurrentes –distancia kilométrica entre dicho centro y el domicilio, medio de transporte existente, tiempo invertido, etc.–, pueda asumirse razonablemente un desplazamiento diario desde el lugar de residencia sin necesidad de cambiar de domicilio.

El procedimiento para ejercitar ese derecho de preferencia se regula con detalle en el artículo 3 del Real Decreto 1451/1983, que el trabajador/a comunique la recuperación y la voluntad de reincorporarse tanto al empleador como a los órganos de

representación de los trabajadores/as. Aunque no se indique expresamente, lo más oportuno es comunicarlo por escrito aportando copia de la resolución que revise la situación de incapacidad permanente. La empresa queda automáticamente obligada a informar sobre todas las vacantes que existan de igual o inferior grupo profesional, tanto en el centro de trabajo donde la persona recuperada había prestado servicios como en otros centros. Así pues, el deber de información que se impone al empleador va más allá de las vacantes adecuadas, para incrementar las posibilidades de reingreso.

Son varias las situaciones que en este punto pueden plantearse:

- Si la persona que ha recuperado su capacidad acepta una de las vacantes ofertadas por la empresa se iniciará una nueva relación laboral con los derechos y obligaciones que en cada caso correspondan en función de las normas legales, reglamentarias y convencionales aplicables.
- El rechazo de una vacante, que conforme a los criterios anteriormente expuestos pueda considerarse adecuada, supone la extinción del derecho de preferencia y la extinción de la correlativa obligación empresarial de información.
- Finalmente, si se impide la reincorporación de forma indebida –ausencia de respuesta, ocultación de vacantes, etc.–, la persona afectada podrá reclamar ante la jurisdicción social a través del proceso de vulneración de derechos fundamentales solicitando lo que en cada caso estime oportuno –reconocimiento formal del derecho preferente, atribución de un puesto de trabajo concreto, indemnización por daños y perjuicios, etc.

BLOQUE 6

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE EMPLEO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

29.

¿Cuáles son los requisitos de acceso a la jubilación para la persona con discapacidad? ¿Es posible anticipar la edad de jubilación? ¿En qué casos?

Ricardo Esteban

BLOQUE 6

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE EMPLEO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

Planteamiento general. Los requisitos de acceso a la jubilación y el problema de su aplicación generalizada. Con carácter general, a las personas con discapacidad les serán exigibles las mismas condiciones de acceso a la jubilación contributiva que al resto de los ciudadanos. Por ello, en principio, les sería exigible un periodo de cotización de 15 años, debiendo haberse cotizado al menos dos de estos años dentro del espacio temporal de los 15 años inmediatamente anteriores al momento en que se cesa en el trabajo con la voluntad de jubilarse, o bien dentro de los 15 años anteriores al momento en el que cesó la obligación de cotizar; por ejemplo, porque la persona estaba en desempleo y se le acabó la prestación de desempleo y continuó inscrito como demandante de empleo a la espera de la llegada de la edad de jubilación.

Asimismo, más allá de las posibilidades de jubilación anticipada prevista en la LGSS, el segundo requisito exigido es haber alcanzado la edad pensionable, que tras la reforma de la Ley 27/2011 será de 65 años si se acreditan 38,5 años de cotización en el momento de acceder a la jubilación, o bien de 67 años si no se acredita esta larga carrera de cotización en el momento de acceder a la jubilación. No obstante, el régimen jurídico de edad ordinaria de jubilación se encuentra actualmente en una fase de aplicación transitoria. Por ello y para el año 2014, los trabajadores/as podrán jubilarse a los 65 años sin penalizaciones si pueden acreditar una cotización de 35 años y 6 meses o más. Ahora bien, si no disponen de esta cotización, en el año 2014, la edad de jubilación ordinaria será de 65 años y 6 meses y se irá desplazando progresivamente, año tras año, hasta alcanzar los 67 años en 2027.

La emergencia de la anticipación de la edad de jubilación: el Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, y el

Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre. Los decretos reguladores de la anticipación de la edad de jubilación derivan de las líneas maestras trazadas por el artículo 161.bis.1 de la LGSS, párrafo segundo y siguientes, que fundamentan este específico sistema de anticipación de la edad de jubilación.

El régimen ordinario de la jubilación no es asequible para todos los perfiles de personas con discapacidad. Al contrario, si tenemos en cuenta que en general el deterioro fisiológico es más acentuado en las personas con discapacidad, se plantean dificultades frecuentes que exigen una adaptación del régimen jurídico de la jubilación a este colectivo. La adaptación es todavía más necesaria considerando la resistencia del INSS a la hora de reconocer pensiones de incapacidad permanente a personas con discapacidad. En este sentido, la práctica administrativa es extraordinariamente refractaria al reconocimiento de pensiones de incapacidad permanente, resistencias que se acentúan cuando el solicitante ya acreditaba una discapacidad congénita en el momento de afiliarse al sistema de la Seguridad Social. De ahí que se hace imprescindible un sistema de reducción de la edad de jubilación que permita a las personas con discapacidad de edad y afectados de deterioro fisiológico apreciable acceder a la jubilación.

Los dos decretos reguladores de la anticipación de la edad de jubilación de personas con discapacidad son textos que, en algunos casos, serían susceptibles de ser aplicados a un mismo perfil de trabajador/a con discapacidad, razón por la cual, para esos supuestos, se prevé una suerte de principio de norma más favorable, de manera que será de aplicación el decreto más favorable a los intereses del trabajador/a en cuestión (disposición adicional primera del RD 1851/2009).

29. ¿Cuáles son los requisitos de acceso a la jubilación para la persona con discapacidad? ¿Es posible anticipar la edad de jubilación? ¿En qué casos?

La anticipación de la edad de jubilación para personas que acrediten una discapacidad no inferior al 65% en algún periodo de su carrera de cotización.

El Real Decreto 1539/2003 será de aplicación a las personas que hayan desempeñado algún periodo de actividad con un grado de discapacidad no inferior al 65%, ya sea en el régimen general de la Seguridad Social o en los regímenes especiales del mar, agrario o del carbón. Asimismo, será indiferente la enfermedad o dolencia causante de la discapacidad, siendo clave que la discapacidad sea igual o superior al 65%. La aparición del decreto generó los consiguientes problemas de prueba de la discapacidad en el grado del 65%, ya que no siempre las personas solicitantes han podido disponer de documentos que acrediten el grado de discapacidad mientras se ha desempeñado la actividad laboral. A este respecto, la normativa (artículo 2) parte de que la discapacidad deberá acreditarse de acuerdo con una «certificación o acto administrativo de reconocimiento de dicha condición», si bien se aceptan cualesquiera otros medios de prueba que se consideren suficientes por la entidad gestora. De especial interés es la STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de noviembre de 2011 (JUR 2011/425604), en la que se considera acreditado el grado de discapacidad durante un periodo muy anterior al momento en el que la persona fue valorada por la administración competente.

BLOQUE 6

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE EMPLEO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

El beneficio del Real Decreto 1539/2003 consiste en una disminución de la edad de acceso a la pensión sin que sean aplicables coeficientes penalizadores en la cuantía de la pensión, de modo que la edad ordinaria de jubilación se reducirá en un periodo equivalente al que resulte de aplicar el tiempo efectivamente trabajado con un grado de discapacidad no inferior al 65%, un coeficiente que dependerá del grado de discapacidad acreditado.

A los periodos de trabajo realizados con un grado de discapacidad no inferior al 65% se les aplicará un coeficiente del 25%. De este modo, un año trabajado con una discapacidad no inferior al 65% daría derecho a anticipar la jubilación en una cuarta parte de año. Con otro ejemplo, trabajar cuatro años con ese grado de discapacidad va a permitir anticipar un año la jubilación, tomando como referencia la edad ordinaria de jubilación que corresponda.

Asimismo, se prevé un coeficiente cualificado para los trabajadores/as que desempeñen periodos de actividad con un grado de discapacidad no inferior al 65% y acrediten la necesidad del concurso de otra persona para la realización de los actos esenciales de la vida ordinaria. Para estos últimos supuestos, el coeficiente reductor de la edad de jubilación será de un 0,50. Así, un año trabajado con una discapacidad no inferior al 65% y necesidad de tercera persona daría derecho a anticipar la jubilación en medio año. Con otro ejemplo, trabajar cuatro años con ese grado de discapacidad va a permitir anticipar dos años la jubilación, tomando como referencia la edad ordinaria de jubilación que corresponda.

La aplicación de los coeficientes reductores tiene un límite, ya que el artículo 161.bis.1 de la LGSS establece que el trabaja-

dor/a no podrá jubilarse nunca a una edad inferior a los 52 años. Obsérvese que el Real Decreto 1539/2003 prevé que en el cómputo del tiempo de actividad con un grado de discapacidad igual o superior al 65% se descontarán todas las faltas al trabajo, salvo (artículo 4) las que estén motivadas por baja médica, las derivadas de maternidad, adopción, acogimiento o riesgo durante el embarazo o, en fin, las ausencias retribuidas previstas en la legislación laboral.

Téngase en cuenta que el Real Decreto 1539/2003 se verá afectado por la Ley 27/2011 (reforma de las pensiones del 2011), ya que en la actualidad la edad ordinaria de jubilación se está desplazando progresivamente desde los 65 años hasta los 67 años en el 2027. De este modo, si la edad ordinaria de la jubilación se retrasa de los 65 a los 67 años, este cambio «arrastrará» y lastrará a la jubilación anticipada del Real Decreto 1539/2003, ya que si hasta la reforma del 2011 la anticipación ha tomado como referencia los 65 años en un futuro dicha referencia será de 67 años.

Anticipación de la edad de jubilación para personas que acrediten determinados tipos de discapacidad, con un grado de discapacidad no inferior al 45% durante al menos 15 años.

El Real Decreto 1851/2009, aprobado años más tarde de la entrada en vigor del Real Decreto 1539/2003, tiene un ámbito de aplicación aparentemente más amplio si tenemos en cuenta que podrá beneficiar a todas las personas con discapacidad que hayan desarrollado al menos el periodo mínimo de cotización –15 años– que se exige para acceder a la pensión de jubilación con un grado de discapacidad no inferior al 45%, y siempre y cuando la persona esté afectada de una discapacidad en la que, de conformidad con la ley y el decreto de aplicación, «concurran evidencias que determinan

29. ¿Cuáles son los requisitos de acceso a la jubilación para la persona con discapacidad? ¿Es posible anticipar la edad de jubilación? ¿En qué casos?

de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida». De hecho, el Real Decreto 1851/2009 es fruto del estrecho ámbito subjetivo del Real Decreto 1539/2003, que llevó a la modificación del artículo 161.bis de la LGSS y a su posterior desarrollo a través del segundo reglamento objeto de comentario en estas líneas.

El Real Decreto 1851/2009 sigue una lógica un tanto diferente ya que si se cumplen las condiciones exigidas por la norma, el trabajador/a podrá acceder a la jubilación a partir de los 56 años sin la aplicación de coeficientes penalizadores en la cuantía de su pensión. En ese sentido, además, el tiempo de anticipación será computado como cotizado a los efectos de calcular el porcentaje que se aplicará a la base reguladora de la pensión, que acabará determinando su cuantía (artículo 7). El tiempo computado como efectivamente trabajado será el mismo que se tiene en consideración en el Real Decreto 1539/2003, excluyéndose por tanto algunas ausencias ya señaladas. Asimismo, el Real Decreto 1851/2009 exige que el trabajador/a se encuentre en situación de alta o asimilada al alta para tener derecho a la anticipación de la edad de jubilación. Es decir, el solicitante de la pensión deberá estar trabajando, o bien debería estar cobrando prestaciones por desempleo o permanecer inscrito en el servicio público de empleo cuando las agote.

El Decreto 1851/2009 es muy rígido al exigir un prolongado periodo cotizado bajo la situación de discapacidad, ya que o el trabajador/a ha cumplido el periodo mínimo de cotización para acceder a la jubilación –15 años– afectado por una de las discapacidades señaladas, en grado mínimo del 45%, o quedaría fuera del ámbito de aplicación de la norma. Asimismo, la norma también se muestra rígida en el porcentaje del 45% de discapacidad exigible, ya que probablemente porcentajes inferiores de discapacidad merecerían igualmente algún tipo de consideración en la reducción de la edad de jubilación.

Sin duda el elemento más llamativo del Real Decreto 1851/2009 está en que la inclusión de discapacidades en el listado del decreto (artículo 2) no se fundamenta en el deterioro que las deficiencias generen en la persona, sino que sorprendentemente se basa en su afectación a la esperanza de vida. El listado incluye un total de nueve grupos de discapacidades, que en algunos casos se subdividen en otras enfermedades. Se trata (artículo 2 del RD 1851/2009) de: a) discapacidad intelectual, b) parálisis cerebral, c) anomalías genéticas, d) trastornos del espectro autista, e) anomalías congénitas secundarias a Talidomía, f) síndrome pospolio, g) daño cerebral adquirido, h) enfermedad mental e i) enfermedad neurológica.

Por lo demás, el Real Decreto 1851/2009 señala que la prueba de la discapacidad en un grado del 45% se acreditará mediante certificado del IMSERSO o del correspondiente órgano autonómico, pero no aparecen aquí los márgenes de flexibilidad concedidos en el Real Decreto 1539/2003, de modo que no se menciona la posibilidad de otros medios de prueba que sean asumidos como suficientes por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. De todos modos, parece que este plan-

teamiento flexible en cuanto a la prueba de la discapacidad del Real Decreto 1539/2003 debería ser también de aplicación a los supuestos del Real Decreto 1851/2009 cuando ello proceda.

BLOQUE 6

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE EMPLEO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

30.

¿Pueden acceder las personas con discapacidad a la jubilación parcial?

Ricardo Esteban

Planteamiento general. Concepto y finalidades de la jubilación anticipada parcial. Adaptación a la discapacidad. Regulada por el artículo 166.2 de la LGSS, la jubilación parcial anticipada permite un acceso gradual a la jubilación a los trabajadores/as que todavía no han alcanzado la edad ordinaria de la jubilación, que como ya hemos comentado en la pregunta anterior, actualmente se encuentra en desplazamiento progresivo de los 65 a los 67 años. Así, tras la reforma del 2011, la edad de jubilación se mantiene en 65 años si se acreditan 38,5 años cotizados en el momento de acceder a la jubilación o bien pasa a ser de 67 años si no se acredita esta larga carrera de cotización en el momento de acceder a la jubilación. No obstante, el régimen jurídico de edad ordinaria de jubilación se encuentra actualmente en una fase de aplicación transitoria. Por ejemplo, para el año 2014, los trabajadores/as podrán jubilarse a los 65 años sin penalizaciones si pueden acreditar una carrera de cotización de 35 años y 6 meses o más. Si la cotización que acreditan es inferior, su edad de jubilación en el 2014 será de 65 años y 2 meses. En todo caso, cabe clarificar que para acceder a la jubilación a los 65 años y 2 meses solo es requisito imprescindible acreditar una cotización de quince años.

La jubilación parcial anticipada pretende evitar el abandono de los trabajadores/as de edad del mercado de trabajo mediante la jubilación total anticipada. En este sentido, como veremos, la jubilación parcial anticipada facilita una salida progresiva con condiciones muy ventajosas para los trabajadores y trabajadoras beneficiarios, razón por la que podría ser una figura de especial interés para personas con discapacidad que, a causa de la edad y el deterioro, deseen continuar trabajando reduciendo su jornada. Sin embargo, la utilización de la jubilación parcial anticipada no va ser fácil para las

personas con discapacidad, ya que los requisitos de acceso se han endurecido mucho en los últimos años. Se trata de un conjunto de condiciones difíciles de cumplir con carácter general pero que son todavía más complicadas para las personas con discapacidad.

En todo caso, si la persona puede acceder a la jubilación parcial anticipada, durante unos años va a poder trabajar a jornada reducida, por ejemplo, al 50%, y simultáneamente el cobro del salario y el cobro de la pensión en el porcentaje correspondiente de reducción de jornada. Además, la parte más interesante de la jubilación parcial anticipada está en que cuando la persona acceda a la jubilación completa, se le recalculará la pensión y se considerarán los años en jubilación parcial como cotizados a tiempo completo, regla muy importante para garantizar la cuantía de la pensión de jubilación. No solo eso, sino que al trabajador/a no se le aplicará ninguna penalización o descuento en la cuantía de su pensión por haberse jubilado parcial y anticipadamente. No hay descuentos ni cuando se accede a la jubilación parcial ni años más tarde, cuando se accede a la jubilación total.

Una última finalidad básica de la jubilación parcial anticipada es el favorecimiento del relevo generacional en la empresa. Por ello, tras cada jubilación parcial anticipada será necesaria la contratación de un trabajador/a relevista que cubra como mínimo la jornada dejada de realizar por el trabajador/a en situación de jubilación parcial durante el tiempo que falte el primero, «semijubilado», para alcanzar la edad de jubilación ordinaria (artículos 12.6 y 12.7 del Estatuto de los Trabajadores). El contrato de relevo puede prolongarse más allá de ese término, por anualidades completas, si el trabajador/a en jubilación parcial opta por continuar en activo más allá de la edad ordinaria de jubilación (artículo 12.7.b del ET). Ese

BLOQUE 6

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE EMPLEO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

30. ¿Pueden acceder las personas con discapacidad a la jubilación parcial?

es el régimen general del contrato de relevo, que contiene alguna especificidad en la que no entraremos por su interés secundario.

Se pasará a continuación a abordar los requisitos y condiciones que deberán acompañar a la figura de la jubilación parcial anticipada, advirtiendo que al final del texto se establecen las condiciones que permiten, excepcionalmente, acceder al régimen anterior de la jubilación parcial anticipada, más beneficio que el fruto de la reforma operada en los años 2011 y 2013.

Carrera de cotización exigible, antigüedad en la empresa y edad mínima de acceso a la jubilación parcial. Como es sabido, el acceso a la jubilación a la edad ordinaria que corresponda exige únicamente una cotización de 15 años. Ahora bien, en el caso de la jubilación parcial anticipada, el requisito se dispara ya que será necesario acreditar una cotización de 33 años. Evidentemente, se trata de un requisito muy difícil de alcanzar para las personas con discapacidad, razón por la que se prevé una adaptación menor, ya que en este caso la cotización a acreditar debe ser, al menos, de 25 años (artículo 166.2 de la LGSS).

La persona que pretenda acceder a la jubilación parcial anticipada deberá acreditar una antigüedad mínima en la empresa

correspondiente a los seis años inmediatamente anteriores a acceder a la jubilación parcial. No obstante, se aceptan algunas excepciones, destacándose entre ellas que podrá computarse el tiempo trabajado en la empresa anterior cuando se trate –la actual y la anterior– de empresas pertenecientes al mismo grupo.

El tiempo en que pueda anticiparse parcialmente la jubilación dependerá de la carrera de cotización que acredite el interesado en el momento de acceder a la jubilación parcial. El planteamiento de la norma estaría en que en el 2027, cuando la reforma de los años 2011-2013 esté plenamente desplegada, la persona pueda acceder a la jubilación parcial a los 63 años si acredita una carrera de cotización de 36 años y 6 meses. Asimismo, en el 2027 el trabajador/a debería esperar a los 65 años para acceder a la jubilación parcial anticipada, si acredita una cotización a partir de 33 años y menor de 36 años y 6 meses. Obsérvese que a las personas con discapacidad se les exigirá un mínimo de 25 años y, por lo tanto, estarán en este segundo bloque –los que se jubilarán «anticipadamente» con 65 años–, salvo que puedan acreditar los 36 años y 6 meses, circunstancia bastante excepcional en el caso de personas con discapacidad. Ahora bien, esta diferenciación se halla actualmente en situación de aplicación progresiva, lo que significa que para el 2014 las personas que acrediten una cotización de 33 años podrán acceder a la jubilación parcial a los 61 años y 4 meses, mientras que las personas que acrediten una cotización de 33 años y 6 meses o más pueden acceder a la jubilación parcial a los 61 años y 2 meses. Obsérvese que en el caso de personas con discapacidad, actualmente la figura es relativamente interesante –aunque poco asequible–, ya que con 25 años cotizados podrá accederse a la jubilación parcial con 61 años y 4 meses. Ahora bien, de no haber cambios,

cuando la reforma esté desplegada en el 2027 la figura no tendrá el mismo interés porque, por lo general, las personas con discapacidad deberán esperar hasta los 65 años para poder acceder a la jubilación anticipada parcial. Evidentemente la anticipación de la edad de la jubilación, explicada en la pregunta anterior, resulta mucho más atractiva y viable. Para que pueda observarse la evolución de la aplicación progresiva de la reforma, puede verse el siguiente cuadro:

BLOQUE 6

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE EMPLEO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

30. ¿Pueden acceder las personas con discapacidad a la jubilación parcial?

AÑO DE ACCESO A LA JUBILACIÓN	EDAD EXIGIDA SEGÚN PERIODOS COTIZADOS EN EL MOMENTO DEL ACCESO A LA JUBILACIÓN		EDAD EXIGIDA CON 33 AÑOS COTIZADOS EN EL MOMENTO DEL ACCESO A LA JUBILACIÓN
	Edad mínima	Edad máxima	
2013	61 años y 1 mes	33 años y 3 meses o más	61 años y 2 mes
2014	61 años y 2 meses	33 años y 6 meses o más	61 años y 4 meses
2015	61 años y 3 meses	33 años y 9 meses o más	61 años y 6 meses
2016	61 años y 4 meses	34 años o más	61 años y 8 meses
2017	61 años y 5 meses	34 años y 3 meses o más	61 años y 10 meses
2018	61 años y 6 meses	34 años y 6 meses o más	62 años
2019	61 años y 8 meses	34 años y 9 meses o más	62 años y 4 meses
2020	61 años y 10 meses	35 años o más	62 años y 8 meses
2021	62 años	35 años y 3 meses o más	63 años
2022	62 años y 2 meses	35 años y 6 meses o más	63 años y 4 meses

BLOQUE 6

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE EMPLEO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

30. ¿Pueden acceder las personas con discapacidad a la jubilación parcial?

Porcentajes de reducción de la jornada máximos y mínimos. La reforma de la jubilación parcial anticipada del 2013 es especialmente novedosa en el terreno de los porcentajes de reducción de jornada. De este modo la norma establece un nuevo tope mínimo y máximo de reducción de jornada del trabajador/a en jubilación parcial anticipada –entre el 25% y el 75%–, eliminando la anterior reducción máxima del 85%, y además introduce crecientes medidas de presión para «centrar» la reducción de jornada del trabajador/a relevado entre un mínimo del 25% y un máximo del 50%, lo que muestra la pretensión de que la permanencia en la empresa de la persona en jubilación parcial tenga una mayor substantividad. El planteamiento tiene un cierto sentido, porque se ha observado que la persona en situación de jubilación parcial y concentración de la actividad en un periodo del año suele ser dispensado por la empresa de incorporarse, lo que constituye una irregularidad no permitida por la ley. De todos modos, todavía es posible que una persona en situación de jubilación parcial se jubile al 75%, pero en tales casos se exige, entre otros requisitos adicionales, que el contrato de relevo del sustituto/a sea indefinido y además a jornada completa. Es decir, la persona relevista o sustituta cubrirá una jornada de trabajo superior a la reducida por el jubilado parcial.

Necesidad de acuerdo entre la empresa y trabajador/a. Por lo demás, cabe subrayar que la utilización de la jubila-

ción parcial y el contrato de relevo están condicionados a un acuerdo entre trabajador/a de edad y la empresa (artículo 12.6 del ET) que dará lugar a un nuevo contrato a tiempo parcial. Se trata de una exigencia que en ocasiones puede también obstaculizar la utilización de la figura. Ahora bien, entendemos que en el caso de contratación de personas con discapacidad debería establecerse un deber empresarial de aceptar las propuestas de jubilación parcial ya que no deja de ser, en ocasiones, una vía que va a permitir la continuidad del trabajador en la empresa, lo que encajaría en el deber general de introducir adaptaciones previsto en el artículo 40.2 de la LGDPD. Al respecto, no debe perderse de vista que la Ley exige a las empresas «adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo [...] en función de cada situación concreta con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación».

La exigencia de una cotización a tiempo completo aunque se trabaje a tiempo parcial. En fin, la Ley 27/2011 ha añadido una nueva condición –exigida progresivamente entre 2013 y 2027– que podría acabar «matando» lentamente a la jubilación parcial anticipada. A este respecto, el planteamiento de la Ley 27/2011 consiste en exigir progresivamente la cotización completa por el trabajador/a en situación de jubilación parcial, como si este continuase trabajando a tiempo completo (nuevo artículo 166.2.g de la LGSS). La idea es que durante el 2013 la base de cotización del trabajador/a en jubilación parcial sea equivalente como mínimo al 50% de la base que le habría correspondido a jornada completa, y por cada año transcurrido a partir del 2014 la base de cotización se incremente un 5% por año hasta alcanzar el 100%. Y debe tenerse en cuenta que esta condición será especialmente gravosa cuando la reducción de la jornada sea sensiblemente ele-

vada, especialmente si la reducción de jornada es del 75%. Por tanto, cabe prever que conforme vaya aumentando el coste de la cotización por los trabajadores/as en jubilación parcial, irá reduciéndose la utilización de la figura, lo que podría acarrear su abandono en la práctica. De todos modos el encarecimiento de la jubilación parcial en el caso de personas con discapacidad puede no ser relevante, ya que la contratación indefinida de estas personas está fuertemente bonificada por la Ley 43/2006, de modo que la exigencia de cotizar por el trabajador/a como si estuviese a tiempo completo no tendrá una gran incidencia en los costes empresariales, salvo en el caso de trabajadores y trabajadoras no afectados por especiales dificultades y con retribuciones elevadas, en cuyo caso la empresa mantiene un apreciable deber de cotizar.

Aplicación transitoria del régimen anterior y más beneficioso de la jubilación parcial anticipada para casos específicos. La disposición final duodécima de la Ley 27/2011 establece la posibilidad de continuar aplicando el régimen anterior de la jubilación parcial anticipada a trabajadores y trabajadoras que cumplan con determinadas condiciones. Aplicar el régimen anterior supone, desde la perspectiva del trabajador/a, un aspecto de gran interés ya que se mantendría el acceso incondicionado a la jubilación parcial a los 61 años. Desde la perspectiva empresarial, la aplicación del régimen anterior comportaría cotizar por los salarios realmente percibidos por la persona, lo que ya hemos comentado que en general no parece tan relevante en el caso de contratación de trabajadores/as con discapacidad. En fin, el régimen anterior facilitaría pactar una mayor reducción de jornada, tal y como ha quedado apuntado más arriba.

Ahora bien, debe señalarse en qué supuestos se va a aplicar todavía el régimen de jubilación parcial anticipada anterior a

BLOQUE 6

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE EMPLEO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

30. ¿Pueden acceder las personas con discapacidad a la jubilación parcial?

la reforma del 2011-2013. Más allá de algunos casos de una cierta complejidad, se trataría de:

- Personas que ya habían accedido efectivamente a la jubilación parcial anticipada antes del 1 de abril de 2013 y todavía lo estén. Evidentemente, en estos casos es de aplicación la anterior regulación.
- Personas que accedan a la jubilación parcial tras la entrada en vigor del nuevo régimen –1 de abril de 2013– pero que hubiesen sido incluidos antes de dicha fecha en planes de jubilación parcial que formen parte de convenios colectivos de empresa o de sector o de acuerdos colectivos de empresa. Además, si el instrumento en el que consta el plan de jubilación parcial es un acuerdo de empresa, el acuerdo debe estar depositado en el INSS para que genere plenos efectos. Por lo tanto, es posible acceder a la jubilación anticipada parcial con el régimen anterior a la reforma. Ahora bien, para ello es necesario que la persona con discapacidad se informe en su empresa sobre la existencia de un convenio colectivo aplicable o un acuerdo de empresa en el que exista un plan de jubilación parcial que además incluya expresamente a la persona con discapacidad.

Se trata, en fin, de una opción que muy probablemente afecta a pocos trabajadores y que va a exigir efectuar indagaciones al respecto.

BLOQUE 6

OBLIGACIÓN DE RESERVA DE
EMPLEO Y RESPONSABILIDAD
SOCIAL EMPRESARIAL

BLOQUE 7

COMPATIBILIDAD ENTRE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TRABAJO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

31 ¿Es compatible con el trabajo la percepción de una pensión de incapacidad permanente total?

32 ¿Es compatible con el trabajo la percepción de una pensión de incapacidad permanente en grado de absoluta o gran invalidez?

33 ¿Es compatible con el trabajo la percepción de una pensión de invalidez no contributiva?

34 ¿Es compatible con el trabajo el cobro de una prestación por hijo a cargo con discapacidad? ¿Es compatible la pensión por orfandad en el caso de hijos/as con discapacidad grave? ¿Y con discapacidad leve?



31.

¿Es compatible con el trabajo la percepción de una pensión de incapacidad permanente total?

Carolina Gala Durán

Línea de principio: plena compatibilidad entre la pensión y el trabajo. Como elemento previo cabe recordar que la declaración de incapacidad permanente total comporta la percepción de una pensión vitalicia equivalente al 55% de la correspondiente base reguladora de la prestación (artículo 139 de la LGSS), previéndose, desde la perspectiva legal, la plena compatibilidad entre la percepción de esa pensión y el trabajo, por cuenta ajena o propia.

En efecto, el artículo 141.1 de la LGSS declara, con total claridad, que en el caso de incapacidad permanente total para la profesión que ejercía el interesado/a o del grupo profesional en que aquella estaba encuadrada, la pensión vitalicia es compatible con el salario que pueda percibir el pensionista en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total. En el caso de la incapacidad permanente total cualificada, correspondiente a pensionistas a partir de 55 años, el desarrollo de un trabajo supone la suspensión, durante del mismo, del cobro del complemento del 20% de pensión previsto legalmente. Recuérdese que en estos casos se percibe una pensión equivalente al 75% (55 + 20) de la base reguladora de la prestación.

Cabe destacar que esa plena compatibilidad también ha sido corroborada por el Tribunal Supremo desde hace bastantes años, señalándose al respecto que:

1º) La normativa pudo haber estimado que, puesto que se reconocía al pensionista por incapacidad permanente total una prestación vitalicia, tal circunstancia era incompatible con el desempeño de determinados trabajos. Sin embargo, ha optado por un criterio general de compatibilidad del cobro de

la pensión con la retribución correspondiente al desempeño de un trabajo distinto, si bien solo en los términos previstos reglamentariamente.

2º) Ese desarrollo reglamentario, aunque insuficiente, se relaciona con el artículo 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969, inequívocamente expresivo de la compatibilidad del cobro de la pensión con la percepción de una retribución por un trabajo distinto, aunque se desarrolle en la misma empresa. Más aún, este precepto, con el objetivo de fomentar el empleo de este colectivo, autoriza a la empresa a que pueda reducir al pensionista el salario hasta un determinado importe (no más del 50% de la cuantía de la pensión), si bien solo en los supuestos en que la reducción de su capacidad laboral incida en el nuevo puesto de trabajo a desempeñar y contando con su plena conformidad, lo que significa que una persona perceptora de una pensión por incapacidad permanente total puede emplearse incluso en un trabajo para el que tenga afectada su capacidad laboral, siempre que se trate de una tarea distinta.

3º) Y como consecuencia de todo ello, en opinión del Tribunal Supremo, nuestro ordenamiento jurídico no incompatibiliza el cobro de la pensión por incapacidad permanente total con el desempeño de trabajos propios de profesiones distintas a aquella para la que se ha sido declarado incapaz.

Sin embargo, esta compatibilidad entre trabajo y pensión plantea dos interrogantes: ¿dónde se puede seguir trabajando? Y, sobre todo, ¿qué tipo de funciones se pueden seguir desarrollando?

Respecto a dónde puede seguir trabajando una persona declarada en incapacidad de incapacidad permanen-

BLOQUE 7

COMPATIBILIDAD ENTRE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TRABAJO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

31. ¿Es compatible con el trabajo la percepción de una pensión de incapacidad permanente total?

te total, el propio artículo 141.1 de la LGSS prevé, como hemos visto, que aquel puede seguir trabajando en la «misma empresa u otra distinta». Y en el mismo sentido se manifiesta el artículo 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969. Y, lógicamente, puede iniciar una actividad por cuenta propia.

En todo caso, de iniciar una actividad laboral compatible, la persona beneficiaria de la pensión debe comunicarlo al Instituto Nacional de la Seguridad Social, antes de comenzarla, conforme al artículo 2.1 del Real Decreto 1071/1984. Esta obligación no corresponde a la empresa sino, exclusivamente, la persona pensionista y comportará el alta y cotización en el correspondiente régimen de la Seguridad Social, con las correspondientes consecuencias a efectos de prestaciones futuras a cargo del sistema de la Seguridad Social. Si se incumple esta obligación de comunicación se incurre en una infracción leve, según lo previsto en el artículo 24.1 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. La sanción aplicable consiste en la pérdida de la pensión durante un mes.

En este ámbito y en relación con el trabajo por cuenta ajena, cabe tener presente que el artículo 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969 establece que, cuando desarrollando funciones distintas la incapacidad afecta a la capacidad exigida, con carácter general, para desempeñar el nuevo puesto de

trabajo, la persona pensionista puede acordar con la empresa que su salario se reduzca en la proporción que corresponda a su menor capacidad, sin que tal reducción pueda exceder, en ningún caso, del 50% del importe de la pensión. Aquí cabe señalar que:

- a) Se trata de una posibilidad, no de una obligación y, por tanto, aun existiendo una reducción de la capacidad laboral puede no recurrirse a esta vía.
- b) La aplicación de esta medida exige una efectiva reducción de la capacidad laboral exigida, con carácter general, en el nuevo puesto de trabajo en el que se ubica la persona perceptora de la pensión. Obviamente, esa reducción de la capacidad debe poder ser probada, a lo que se añade la dificultad de determinar cuál es la capacidad general exigida para su desempeño, lo que requiere de una cierta prudencia y total objetividad en la aplicación de esta figura.
- c) Es necesaria la libre y plena conformidad de la persona beneficiaria.
- d) Esta medida implica, tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo (entre otras, STS de 13 de junio de 2007, RJ 5478), que un trabajador/a declarado/a incapacitado permanente total puede emplearse incluso en trabajos para los que tiene afectada su capacidad laboral, siempre que desempeñe funciones distintas a las anteriores y no se ponga en riesgo su seguridad y salud laborales, según lo establecido en la LPRL, y especialmente en su artículo 25.
- e) Puede reducirse la remuneración en proporción a la menor capacidad laboral, sin que tal reducción salarial pueda ex-

ceder, en ningún caso, de la cuantía del 50% del importe de la pensión que se recibe.

Delimitación de las funciones que puede desarrollar válidamente una persona beneficiaria de una incapacidad permanente total. Con efectos a 1 de enero de 2013, se ha variado la redacción del artículo 141.1 de la LGSS, señalándose ahora que la pensión de incapacidad permanente total será compatible con el salario que pueda percibir trabajador/a en la misma empresa o en otra distinta, «siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total». En este ámbito cabe señalar que:

- 1) Se mantiene la doctrina judicial según la cual si el trabajador/a desempeña «funciones distintas» a las anteriores no es posible valorar si las secuelas que fueron tenidas en cuenta para la declaración de incapacidad permanente total también le inhabilitan para la realización de las nuevas funciones. Lo importante es que se trate de funciones distintas (entre otras, STS de 6 de febrero de 2007, RJ 988).
- 2) La cuestión clave se centra en que la incompatibilidad toma ahora como parámetro de referencia «las funciones que dieron lugar a la incapacidad permanente total», lo que implica que la comparación para determinar la posible compatibilidad ya no se efectúa entre profesiones, como antes de enero del 2013, sino entre funciones, por lo que si las funciones nuevas son iguales o semejantes a las que dieron lugar a la declaración de incapacidad permanente total existirá incompatibilidad.

En otras palabras, la pensión solo será ahora compatible con el trabajo cuando las nuevas funciones sean suficientemente

BLOQUE 7

COMPATIBILIDAD ENTRE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TRABAJO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

31. ¿Es compatible con el trabajo la percepción de una pensión de incapacidad permanente total?

distintas de las anteriores, incluyéndose en estas últimas todas las posibles, se ejerciesen o no en la práctica por parte del trabajador/a. Estaríamos, pues, ante un criterio más restrictivo que el anterior ya que, tratándose de profesiones distintas pero de funciones semejantes –parcialmente, incluso–, no podría declararse la compatibilidad con el nuevo trabajo, lo que va imposibilitar que se declaren compatibles situaciones que sí lo eran con la redacción anterior del artículo 141.1 de la LGSS.

Posibilidad de suspensión del pago de la pensión. Revisión de la pensión. Por último, cabe tener presente que el INSS no puede suspender de oficio el pago de la pensión cuando considere que la persona perceptora ha incurrido en una situación de incompatibilidad, debiendo acudir, en su caso, a un proceso judicial que se tramitará conforme al procedimiento de oficio recogido actualmente en el artículo 146 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Será el Juzgado de lo Social, en una más que improbable sentencia, el que decida sobre la cuestión.

De otra parte, conforme al artículo 143.2 párrafo segundo de la LGSS, el trabajo de la persona beneficiaria de incapacidad permanente total justifica que el INSS inicie un expediente de revisión, en tanto que es un indicio razonable de que el

estado incapacitante ha mejorado. En estos casos, el INSS no estará obligado a esperar el plazo para incoar un expediente de revisión, plazo que se habrá fijado en la resolución que declaró al trabajador/a en situación de incapacidad permanente total.

Ahora bien, el inicio del expediente de revisión no comporta que el grado de incapacidad permanente reconocido haya de ser dejado sin efecto, ya que esta consecuencia únicamente puede producirse cuando acabe la tramitación y la persona sea declarada apta para el trabajo. Y para que se dé una revisión y declaración de apto para el trabajo se exige llegar a la conclusión de que ha variado el cuadro de dolencias y, sobre todo, que esa variación tiene trascendencia y pueda justificar la modificación del grado reconocido. Por lo contrario, si las secuelas permanecen sustancialmente idénticas no existe cauce legal para modificar la calificación de incapacidad permanente total. En definitiva, si se mantienen sustancialmente las mismas secuelas iniciales, el desarrollo de un trabajo por cuenta propia o ajena no permite la revisión del grado de incapacidad permanente total por posible mejoría.

BLOQUE 7

COMPATIBILIDAD ENTRE PRESTACIONES
DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TRABAJO
DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

32.

¿Es compatible con el trabajo la percepción de una pensión de incapacidad permanente en grado de absoluta o gran invalidez?

Carolina Gala Durán

BLOQUE 7

COMPATIBILIDAD ENTRE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TRABAJO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Como elemento previo cabe recordar que la declaración de incapacidad permanente absoluta comporta la percepción de una pensión vitalicia equivalente al 100% de la correspondiente base reguladora de la pensión, mientras que el grado de gran invalidez implica con carácter general el cobro de una pensión de incapacidad permanente absoluta más un complemento económico destinado a que el pensionista pueda remunerar a la persona que le atiende en los actos esenciales de la vida como vestirse, desplazarse u otros (artículo 139 de la LGSS).

No obstante, desde la perspectiva legal la regla general es la compatibilidad entre la percepción de la pensión y el trabajo, por cuanto el artículo 141.2 de la LGSS establece que «las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de la revisión». En la misma línea se manifiestan los artículos 24.2 de la Orden de 15 de abril de 1969 y 2.1 del Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo.

Pero teniendo en cuenta esos términos legales, ¿qué actividades laborales resultan compatibles? La delimitación de esta cuestión ha correspondido a los tribunales que han pasado de defender una posición muy restrictiva –admitiendo exclusivamente las actividades de carácter marginal o residual, desde una perspectiva temporal y/o económica– a una posición, la actual, muy beneficiosa para la persona declarada incapacitada permanente absoluta o gran inválida. En efecto, a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008 (RJ 1984), se mantiene una interpretación muy am-

plia de los términos legales y, en consecuencia, favorable a las actividades laborales o profesionales compatibles con el cobro de la pensión.

Los argumentos en que se fundamenta esta tesis jurisprudencial son, entre otros, los siguientes:

- 1) El derecho al trabajo no puede negarse a quien se encuentra en una situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, porque así lo reconoce el artículo 35 de la Constitución y lo corroboran los artículos 141.2 de la LGSS, 2 del Real Decreto 1071/1984 y 18.4 de la Orden de 18 de enero de 1996.
- 2) Si bien la propia definición legal de la incapacidad permanente absoluta determina una cierta dificultad teórica para admitir la actividad laboral normal de quien se encuentra en tal situación, la posibilidad de esa actividad profesional se deriva del hecho de que la calificación de incapacidad permanente es un juicio problemático de las expectativas de empleo, como evidencia la propia LGSS.
- 3) No existe disposición legal alguna que exija que las actividades desarrolladas por una persona perceptora de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez deban ser superfluas, accidentales o esporádicas.
- 4) La literalidad del artículo 141.2 de la LGSS apunta a la plena compatibilidad entre el trabajo y la pensión, al no establecer límite alguno a la simultaneidad referida. Además, el citado artículo 141.2 se orienta a una noción flexible de la compatibilidad, de modo que lo que se valora a efectos del régimen de compatibilidad no son las rentas –la de la

32. ¿Es compatible con el trabajo la percepción de una pensión de incapacidad permanente en grado de absoluta o gran invalidez?

pensión y la del trabajo–, sino la relación entre el trabajo y el estado de la persona incapacitada, de forma que lo que se prohíbe es el ejercicio de aquellas actividades que no sean compatibles –en el sentido de inadecuadas o perjudiciales– con el estado –no con la pensión– del beneficiario.

5) La incompatibilidad entre la pensión y el trabajo tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción laboral y social de quien se halla en una situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, pues aunque las cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo tendrán eficacia respecto de prestaciones futuras de la Seguridad Social –pensión de jubilación / nueva prestación por incapacidad permanente absoluta, con independencia del régimen de incompatibilidad de pensiones y del derecho de opción que establece el artículo 122 de la LGSS–, lo cierto es que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con toda seguridad debe realizarse con considerable esfuerzo por parte de la persona beneficiaria.

6) El planteamiento de la compatibilidad cobra pleno vigor si se atiende a las nuevas tecnologías –particularmente informáticas y de teletrabajo–, que consienten pluralidad de

actividades laborales –a jornada completa– a quienes se encuentran en situaciones de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, de manera que la compatibilidad representa –en el indicado marco de actividades sedentarias– un considerable acicate para la deseable reinserción social de los trabajadores y trabajadoras con capacidad disminuida.

En definitiva, conforme a la posición que viene defendiendo el Tribunal Supremo desde el año 2008, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 141.2 de la LGSS, resulta plenamente compatible una pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez con un trabajo por cuenta propia o ajena, a tiempo completo o parcial, con el único límite de que la actividad desarrollada no sea perjudicial o inadecuada para el estado del incapacitado. A lo que cabe añadir que el desarrollo por la persona que percibe la pensión de actividades no perjudiciales da lugar, no a una incompatibilidad con la pensión, sino a una posible revisión por mejoría o por error de diagnóstico (SSTS de 14 de julio de 2010, RJ 7109). En tal sentido cabe interpretar el artículo 141.2 de la LGSS al exigir que la actividad desarrollada no represente «un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión» (STS de 1 de diciembre de 2009, RJ 2010/370).

En conclusión, como claramente señala la STS de 1 de diciembre de 2009: «... el sistema legal ha partido de una reducción muy amplia de las posibilidades de empleo del incapacitado/a absoluto, pero no ha establecido una incompatibilidad general entre la pensión y las rentas de trabajo. La incompatibilidad queda reducida a las actividades no adecuadas para el incapacitado/a, debiendo resolverse las demás a favor de la compatibilidad o de la revisión del grado...»

Esta solución judicial ha permitido admitir como válida la compatibilidad entre el cobro de una pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez y el desarrollo, a tiempo completo, de un trabajo de diseño de planos por ordenador (STS de 30 de enero de 2008, RJ 1984), la labor de trabajador social (STS de 14 de octubre de 2009, RJ 5730), la actuación como concejal en un ayuntamiento (STS de 14 de julio de 2010, RJ 7109) o las funciones de administrador de una sociedad mercantil (STS de 1 de diciembre de 2009, RJ 2010/370) o de asistente administrativo (STS de 23 de abril de 2009, RJ 3115).

Desde la perspectiva de los trámites formales, cabe tener presente que si una persona declarada en incapacidad permanente absoluta o gran invalidez inicia una actividad laboral, por cuenta ajena o por cuenta propia, tiene la obligación de comunicarlo previamente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, tal y como prevé el artículo 2.1 del Real Decreto 1071/1984. Asimismo, tendrá la obligación de cotizar y dichas cotizaciones se le computarán a los efectos de posibles prestaciones futuras de la Seguridad Social. El incumplimiento de esta obligación constituye una infracción leve, según lo previsto en el artículo 24.1 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, sancionable con la pérdida de la pensión durante un mes.

Además, el desarrollo por parte de una persona declarada en incapacidad permanente absoluta o gran invalidez de un trabajo que no es perjudicial o inadecuado para su estado no permite suspender el pago de la pensión, al contradecir dicha decisión la compatibilidad prevista en el artículo 141.2 de la LGSS (STS de 23 de abril de 2009, RJ 3115). Cabe pensar, no obstante, que sí podría proceder a la revisión del grado de in-

BLOQUE 7

COMPATIBILIDAD ENTRE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TRABAJO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

32. ¿Es compatible con el trabajo la percepción de una pensión de incapacidad permanente en grado de absoluta o gran invalidez?

capacidad permanente como consecuencia precisamente del desarrollo de ese trabajo. Esta última cuestión se plantea en la STS de 23 de abril de 2009 antes citada, adoptándose una posición muy restrictiva: se reconoce que el Instituto Nacional de la Seguridad Social puede iniciar el procedimiento de revisión de oficio por el hecho de que la persona beneficiaria esté desarrollando un trabajo, pero esa revisión es inviable si las dolencias no se han modificado. Por tanto, si el cuadro patológico que determinó la incapacidad permanente no ha variado, la revisión del grado por mejoría es inviable.

¿Existe algún cambio más allá de los 65 años? Cabe tener presente que, desde el día 1 de enero de 2014, tiene relevancia que la persona declarada de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez alcance la edad que le permitiría acceder a la pensión de jubilación ordinaria (65 años o más, conforme a lo previsto en el artículo 161.1.a y la disposición transitoria veinteaava de la LGSS). En efecto, en el artículo 141.3 de la LGSS se establece que «el disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que

los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el apartado 1 del artículo 165 de esta ley». Ello implica que:

- 1) La persona proveniente de una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez podrá acceder, al alcanzarse la edad de jubilación, a la jubilación flexible y, por tanto, desarrollar un trabajo a tiempo parcial, por cuenta ajena, con la reducción proporcional de su pensión mientras lo está desempeñando (artículo 165.1 párrafo segundo de la LGSS). No resulta admisible un trabajo por cuenta ajena a tiempo completo ni un trabajo por cuenta propia, a tiempo parcial o completo.
- 2) Pueden seguir desarrollándose aquellas actividades que no determinen el alta en algún régimen de la Seguridad Social. Por lo general, se trataría de actividades residuales desempeñadas por cuenta propia que comporten unos ingresos que estén por debajo de la cuantía del salario mínimo interprofesional.

BLOQUE 7

COMPATIBILIDAD ENTRE PRESTACIONES
DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TRABAJO
DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

33.

¿Es compatible con el trabajo la percepción de una pensión de invalidez no contributiva?

Ricardo Esteban

Cuestión preliminar. Naturaleza y requisitos en el acceso a la pensión de invalidez no contributiva. La pensión de invalidez no contributiva es una prestación dirigida a garantizar unos recursos a personas con un grado elevado de discapacidad. En este sentido, para poder cobrar una pensión de invalidez no contributiva será necesario, en primer lugar (artículo 144.1.a y b de la LGSS), acreditar una edad entre los 18 y los 65 años, residir legalmente en España en el momento de la solicitud y haber residido durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha en la que se solicite la pensión. Se trata de un mecanismo que no pretende necesariamente proteger a personas que han trabajado previamente, como sucede en el caso de las pensiones de incapacidad permanente total o absoluta. En este caso, la ley exige (artículo 144.1.c de la LGSS) que las personas solicitantes «estén afectadas por una minusvalía o por una enfermedad crónica, en un grado igual o superior al 65%». Para determinar si concurre este grado de discapacidad se aplicará a la persona el baremo del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, regulador del procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, que parte de un planteamiento muy simple: aplicar un porcentaje de discapacidad a cada uno de los factores físicos, psíquicos o sensoriales del solicitante, así como a los factores sociales complementarios (artículo 148.1 de la LGSS).

Además, se trata de una pensión asistencial, de modo que queda condicionada a la concurrencia de ingresos insuficiente de la persona con discapacidad, por lo general ingresos de capital mobiliario e inmobiliario y, en su caso, del conjunto de la unidad familiar con la que conviva. *Grosso modo*, la ley señala que concurre el requisito de ingresos insuficientes cuando la suma, en cómputo anual de los ingresos del pensionista,

sea inferior a la cuantía anual de la pensión no contributiva de invalidez permanente, es decir, para el 2014 asciende a la cifra de 5.122,60 euros.

Examinados los requisitos fundamentales exigidos para poder acceder a la prestación es fácil identificar dos elementos que pueden dificultar su percepción en el caso de que se desarrolle un trabajo, ya sea por cuenta propia o por cuenta ajena. Se trata de: a) la compatibilidad del trabajo con el estado de la persona con discapacidad, y b) la compatibilidad de los ingresos derivados del trabajo con la cuantía de la pensión de invalidez permanente.

Necesidad de comunicar el inicio del trabajo. Como cuestión previa debe señalarse que el desarrollo de un trabajo por cuenta ajena o propia va a generar el deber de comunicar al organismo gestor correspondiente dicha circunstancia. Al respecto, el artículo 149 de la LGSS establece que las personas beneficiarias deben comunicar a la entidad que abone la prestación toda circunstancia que pueda tener incidencia en la conservación o en la cuantía de la pensión de invalidez no contributiva, obligación que se desarrolla en el artículo 6.2 del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo. De este modo, dicha comunicación deberá hacerse ante la administración autonómica o bien ante el IMSERSO en el caso de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, y debería realizarse en el plazo máximo de 30 días, teniendo en cuenta el plazo general para comunicaciones previsto en el artículo 16 del Real Decreto 357/1991. Este es el punto clave que va a permitir ejercer el control sobre la compatibilidad de la pensión con el trabajo. El incumplimiento de esta obligación constituye una infracción leve, según lo previsto en el artículo 24.1 de la Ley de Infracciones y Sanciones del

BLOQUE 7

COMPATIBILIDAD ENTRE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TRABAJO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

inicio

índice principal

33. ¿Es compatible con el trabajo la percepción de una pensión de invalidez no contributiva?

Orden Social, infracción sancionable con la pérdida de la pensión durante un mes.

Compatibilidad del trabajo con el estado (de salud) de la persona perceptora de la pensión y que no represente un cambio en su capacidad de trabajo. A partir de aquí, el primer párrafo del artículo 147 de la LGSS comienza señalando que las pensiones de invalidez no contributiva «no impedirán el ejercicio de aquellas actividades [...] compatibles con el estado del inválido, y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo». De este primer apartado cabe deducir dos potenciales impedimentos al trabajo de los pensionistas. El primero de ellos está relacionado con limitaciones de carácter preventivo, de modo que ya sea la propia persona con discapacidad si trabaja como autónoma o la empresa en el caso de trabajo por cuenta ajena, será necesario comprobar que la actividad desempeñada no va a ser perjudicial para la seguridad y salud de la persona.

Además, advierte la ley que la actividad será compatible en la medida en la que no represente un cambio en la capacidad de trabajo de la persona con discapacidad (artículo 147.1, primer párrafo). Ciertamente, que la mejora en la capacidad de trabajo sea una causa de extinción de la pensión es un contrasentido, porque a la hora de concederla no se tiene en

cuenta la capacidad de trabajo, sino el simple grado de discapacidad tras la aplicación del baremo. Por ello, de modo mucho más coherente con los rasgos de la invalidez no contributiva, el artículo 7.b del Real Decreto 357/1991, regulador del Reglamento de Desarrollo de las Pensiones no Contributivas, establece como causa de extinción de la invalidez permanente la «mejoría de la minusvalía o enfermedad crónica padecidas que determine un grado inferior al 65%». De hecho, si se lleva a cabo una revisión de grado de invalidez, la actuación de la Administración se centrará en valorar si la persona no acredita ya un grado de menoscabo del 65% o más.

Cabe plantearse si la recepción de una comunicación de realización de trabajo permitirá a la Administración acometer de modo inmediato una revisión de la situación de invalidez permanente por «mejoría de la situación de minusvalía o enfermedad crónica» (artículo 5 del RD 357/1991). Pues bien, lo cierto es que la realización de un trabajo no da derecho a la Administración gestora a incoar un expediente de revisión, de modo inmediato como sí sucede en el caso de la incapacidad permanente contributiva. A este respecto, el Real Decreto 357/1991 prevé que el organismo gestor de la pensión podría proceder a revisar el grado de minusvalía o enfermedad crónica (artículo 5.1.a) pero deberá respetar, en caso de haberse fijado, el plazo de espera mínimo que se haya establecido (artículo 5.2). Ahora bien, la necesidad de respetar la espera no parece ser de aplicación cuando la revisión se inste por «variación de los factores sociales complementarios» o «error de diagnóstico o en la aplicación del correspondiente baremo», previstas respectivamente en los artículos 5.1.a y 5.1.c del Real Decreto 357/1991. De aquí cabe deducir que la Administración competente podría instar la revisión si valora la concurrencia de alguna de estas circunstancias cuando se inicie el trabajo.

Incompatibilidad entre la pensión y los ingresos derivados del trabajo. Tratándose de una pensión de carácter asistencial, la ley pretende facilitar durante un tiempo el mantenimiento de la pensión junto con ingresos modestos, así como facilitar el acceso a la pensión cuando se haya cesado en su disfrute a causa de la integración laboral o profesional del pensionista, y pasado un tiempo se pierda el trabajo o se cese en la actividad. Se examinan a continuación ambas reglas.

Respecto a la compatibilidad de la pensión con rentas derivadas del trabajo, la LGSS ha previsto un sistema que va a permitir durante un tiempo limitado compatibilizar ingresos y pensión. El planteamiento de la norma está en la línea de favorecer temporalmente la acumulación de recursos que permita la consolidación laboral o profesional de la persona con discapacidad. Al respecto, el segundo párrafo del artículo 147 de la LGSS prevé una regla que se va a extender durante cuatro años computados desde que se inicie la actividad laboral o autónoma. En tales casos, durante estos primeros cuatro años se va a permitir una acumulación entre salario y pensión de invalidez no contributiva que no supere la cuantía del IPREM anual. Esta reducción no afectará a la cuantía del complemento previsto en el artículo 145.6 de la LGSS, es decir, al complemento por necesidad de asistencia de tercera persona que para el 2014 ascenderá a 2.561,30 euros anuales (182,95 euros por cada paga).

La regla del artículo 147 de la LGSS supone que durante el 2014 va a ser plenamente compatible una suma entre pensión y salario que no supere la cifra del IPREM, que para el 2014 ascenderá a 6.390,13 euros. Por lo tanto, el cobro de la pensión contributiva, que ascenderá a 5.122,60 euros será plenamente compatible con una cuantía salarial que no de-

BLOQUE 7

COMPATIBILIDAD ENTRE PRESTACIONES
DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TRABAJO
DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

33. ¿Es compatible con el trabajo la percepción de una pensión de invalidez no contributiva?

quiera superar los 1.267,53 euros anuales, que es la resta entre el IPREM para el 2014 y la cuantía de la pensión no contributiva para el mismo año. Evidentemente, esta primera regla sería de aplicación a personas que llevan a cabo actividades a tiempo parcial de muy baja intensidad, ya que la división de 1.267,13 entre catorce pagas en las que habitualmente se percibe un salario resulta una cuantía de 90 euros con 51 céntimos como salario mensual, muy alejada de la cifra del salario mínimo interprofesional para el 2014, que está en 654.30 euros mes, a catorce pagas.

Cuando el salario sumado a la cuantía de la pensión no contributiva exceda de la cuantía del IPREM (6.390,13 euros), la ley prevé que «se minorará el importe de la pensión en el 50% del exceso, sin que en ningún caso la suma de la pensión y de los ingresos por la actividad laboral o profesional pueda superar 1,5 veces el [...] IPREM». Se trata, con carácter general, de una regla pensada para supuestos en que el salario tiene una cuantía más allá de cifras residuales como la que aparecía en el ejemplo del párrafo anterior. La complejidad de la regla aparecida en la LGSS aconseja abordar la explicación mediante un ejemplo centrado en el 2014. De este modo si, por ejemplo, el trabajador percibe un salario anual de 3.500 euros y la pensión de 5.122,60 euros, la cifra total resultante (8.622,60 euros) estará por encima del IPREM (6.390,13 euros). En concreto,

el exceso será de 2.232,47 euros. Pues bien, la mitad de este exceso, es decir, 1.126,24 será lo que se descontará de la pensión, de modo que al final, en este ejemplo, se va a percibir los 3.500 euros de salario más la pensión de invalidez permanente (5.122,60 euros) con la reducción de la mitad del exceso antes señalada (1.126,24), de modo que en concepto de pensión se percibirán 3.996,36 euros. En conclusión, en el ejemplo señalado se acabarán percibiendo 3.500 euros en concepto de salario así como 3.996,36 en concepto de pensión, resultando un total de ingresos de 7.496,36.

Obsérvese que la normativa prevé una cláusula de cierre, de manera que «en ningún caso, la suma de la pensión y de los ingresos pueda superar 1,5 veces el IPREM», es decir, en ningún caso en concepto de pensión y de salario podrá percibirse una cuantía que supere los 9.585,20 euros. Yendo a un ejemplo práctico, ello supondría que si una persona beneficiaria de invalidez no contributiva percibe un salario de 8.000 euros anuales, en concepto de pensión no podrá percibir más de 1.585,20 euros, ya que entre el salario percibido (8.000 euros) y lo que se perciba en concepto de pensión, no deberá superarse la cifra equivalente a una vez y media el IPREM (9.585,20 euros).

Debe recordarse que la compatibilidad entre la pensión y los ingresos del trabajo va a alcanzar a lo sumo los cuatro años, y que alcanzado este periodo se producirá la extinción de la pensión de invalidez no contributiva (artículo 147, segundo párrafo, de la LGSS).

Reglas que facilitan el acceso a la pensión de invalidez no contributiva tras el cese en el trabajo. Cuando el trabajo comporte la extinción de la pensión de invalidez y pa-

sado un tiempo se pierda el trabajo, la normativa pretende facilitar que la persona pueda retomar cuanto antes el cobro de la pensión de invalidez no contributiva. En este sentido, debe recordarse que el criterio general a los efectos de valorar la falta de ingresos para acceder a la pensión de invalidez es tener en cuenta todos los ingresos del individuo y, en su caso, los de su unidad familiar de convivencia, que se hayan obtenido dentro del año natural en el que presente la solicitud de invalidez permanente (artículos 11 y 12 del RD 357/1995). Ahora bien, a fin de facilitar el acceso a la pensión de invalidez no contributiva, el segundo párrafo del artículo 144.1.d de la LGSS prevé que «los beneficiarios de la pensión de invalidez, en su modalidad no contributiva, que sean contratados por cuenta ajena, que se establezcan por cuenta propia o que se acojan a los programas de renta activa de inserción para trabajadores desempleados de larga duración mayores de 45 años, recuperarán automáticamente, en su caso, el derecho a dicha pensión cuando, respectivamente, se les extinga su contrato, dejen de desarrollar su actividad laboral o cesen en el programa de renta activa de inserción, a cuyo efecto, [...] no se tendrán en cuenta, en el cómputo anual de sus rentas», las obtenidas por actividad laboral, autónoma o en concepto de renta activa de inserción. Dicho en otras palabras, los ingresos obtenidos en la actividad laboral, la actividad profesional o, en fin, de la renta activa de inserción no se tendrán en cuenta a la hora de valorar si los ingresos de la persona con discapacidad son excesivos o no para acceder a la pensión de invalidez no contributiva. Obsérvese que con esta medida se está incentivando a que la persona con discapacidad, si tiene derecho a prestaciones o subsidios por desempleo, no los solicite, ya que las cuantías percibidas en el año natural de la solicitud sí serán tenidas en cuenta para valorar si se tiene o no derecho a la pensión no contributiva.

BLOQUE 7

COMPATIBILIDAD ENTRE PRESTACIONES
DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TRABAJO
DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

34.

¿Es compatible con el trabajo el cobro de una prestación por hijo a cargo con discapacidad? ¿Es compatible la pensión por orfandad en el caso de hijos/as con discapacidad grave? ¿Y con discapacidad leve?

Ricardo Esteban

BLOQUE 7

COMPATIBILIDAD ENTRE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TRABAJO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Cuestión preliminar. Naturaleza y acceso a la prestación por hijo/a a cargo con discapacidad. Beneficiarios/as. Regulada en el artículo 180 de la LGSS, la asignación económica por hijo/a a cargo con discapacidad tiene una especial relevancia. Se trata de una prestación que tendrán derecho a percibir los progenitores –el padre o la madre– por hijos/as a su cargo convivientes, sea cual sea su filiación, pero también se tendrá derecho a la asignación por menores acogidos, sin que reúnan la condición de hijos. Ahora bien, en el caso de hijos con discapacidad la prestación no está sometida a límite de recursos (artículo 181.3 de la LGSS), de modo que todos los hogares que acrediten un hijo/a o un/a menor acogido con discapacidad podrán acceder a la prestación con independencia de los ingresos que acrediten. Asimismo, en el caso de hijos/as con discapacidad, la prestación no está limitada a la edad máxima de 18 años. Además, otra peculiaridad de la prestación por hijo a cargo con discapacidad está en su cuantía, notablemente más elevada que la prevista con carácter general. Así, las cuantías de prestaciones por hijo a cargo con discapacidad previstas para el 2014 son las siguientes:

- Hijos/as o menores acogidos de edad inferior a los 18 años, con una discapacidad igual o superior al 33%, les corresponderá una cuantía de 1.000 euros anuales, que se percibirá trimestralmente a razón de 250 euros por trimestre.
- Hijos/as mayores de 18 años y con una discapacidad igual o superior al 65%. En tal caso, se tendrá derecho a una prestación de 4.390,80 euros anuales por hijo, que se distribuirá en pagas mensuales de 365,90 euros.
- Hijos/as mayores de 18 años, afectados por una discapacidad en grado igual o superior al 75% que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesiten el

concurso de otra persona para realizar los actos vitales más elementales, como vestirse, desplazarse, comer o análogos. En tal caso la prestación anual será de 6.586 y se percibirá en pagas mensuales de 548,90 euros. Téngase en cuenta que, en este caso y en el anterior, no existirá el derecho al percibo de 14 pagas, sino solo de 12 pagas ya que técnicamente nos encontramos ante una prestación, no ante una pensión, que generaría el derecho a 14 pagas.

Para determinar si concurre el grado de discapacidad se aplicará a la persona el baremo del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, regulador del procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

En lo que concierne a los sujetos beneficiarios, ya se ha señalado que serán los progenitores, indicando la normativa que habrá una sola persona beneficiaria, o el padre o la madre, que lo determinarán de común acuerdo. Ahora bien, señala el artículo 182.3 de la LGSS que los hijos/as también podrían ser titulares del derecho cuando o bien sean huérfanos de padre y madre o bien sean mayores de 18 años y no hayan sido incapacitados judicialmente.

Compatibilidad entre el cobro de la prestación y el trabajo del hijo a cargo. Establece el artículo 181 de la LGSS que la realización, por parte del hijo o de la hija, de un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena no supondrá la pérdida de la condición de beneficiario/a de la prestación. Eso sí, deberá mantenerse la convivencia con el beneficiario de la prestación –padre o madre–, y que los ingresos del hijo en concepto de rendimiento del trabajo no superen el 100% de la cuantía del salario mínimo interprofesional en cómputo anual (9.032,20 euros para el 2014).

34. ¿Es compatible con el trabajo el cobro de una prestación por hijo a cargo con discapacidad? ¿Es compatible la pensión por orfandad en el caso de hijos/as con discapacidad grave? ¿Y con discapacidad leve?

Nótese que la ley no establece expresamente que la realización del trabajo puede dar lugar a la revisión del grado de discapacidad del hijo, más allá de que sean posibles revisiones de grado. Además, la norma no es clara respecto a cuándo se va a dar concretamente la condición de ingresos que dé lugar a la extinción de la prestación por hijo/a con discapacidad a cargo. La interpretación más plausible vendría a señalar que, cuando la persona con discapacidad realiza una actividad laboral o autónoma y dentro del año natural, alcanza finalmente una cifra de ingresos igual o superior al salario mínimo interprofesional en cómputo anual, es decir a catorce pagas (9.032,20 euros), será entonces y solo entonces que la prestación por hijo/a a cargo con discapacidad se extinguiría. Por esa razón, los tribunales han señalado que no será causa de extinción de la prestación la realización de trabajos durante varios meses, aunque durante el periodo, mensualmente, se supere la cifra del salario mínimo interprofesional con prorrata de pagas extraordinarias. A título de ejemplo, si durante tres meses se percibe un salario mensual de 1.500 euros con prorrata de pagas, mensualmente se habrá percibido una cantidad superior a la del 100% del salario mínimo interprofesional con prorrata de pagas extraordinarias (752,68 euros). Ahora bien, lo percibido en conjunto (4.500 euros) estará por debajo de la cifra anual del salario mínimo interprofesional en cómputo anual (9.032,20 euros), de modo que no habrá

extinción de la prestación familiar por hijo/a a cargo porque se entiende que el hijo o menor acogido no deja de estar a cargo. Muestran este criterio, entre otras, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de diciembre de 2005 (JUR 2006/39569) o del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 20 de mayo de 2004 (AS 2004/2105).

Obligación de la notificación del trabajo al INSS. Como punto de partida, la realización de un trabajo que genere unos ingresos, dentro de un año natural, inferiores al salario mínimo interprofesional en cómputo anual (con catorce pagas, 9.032,20 euros) no exige comunicación alguna al INSS. A este respecto, el artículo 16 del Real Decreto 1335/2005 exige solamente la comunicación, en un plazo de 30 días, de «cuantas variaciones hubieran tenido lugar en su situación que puedan suponer la modificación o extinción del derecho a la asignación económica». No obstante, tampoco hay problema en que cautelarmente se comunique al INSS el inicio de un trabajo o bien el cobro de ingresos elevados.

¿Es compatible la pensión por orfandad con el trabajo en el caso de hijos/as con discapacidad grave? ¿Y con discapacidad leve?

La pensión de orfandad. Notas generales. La pensión de orfandad es una prestación a la que tendrán derecho los hijos/as en caso de fallecimiento de los progenitores, no alcanzando esta protección a los menores acogidos. Se trata de una pensión que se extenderá hasta que el huérfano o huérfana alcance la edad de 25 años, momento en que se extingue la pensión. De otra parte, en materia de compatibilidad con actividades laborales o profesionales, para los huérfanos y huérfanas que alcancen los 21 años de edad rige una regla similar a la señalada para las prestaciones por hijo a cargo (véase más

abajo). Al tratarse de una pensión contributiva su cuantía es variable según los casos, ya que va a depender de las cotizaciones efectuadas por el progenitor, de las que se obtendrá una base a la que se aplicará un porcentaje del 20%.

Peculiaridades en el caso de hijos «incapacitados para el trabajo». El artículo 175.1 de la LGSS reconoce de manera separada el derecho a la pensión de orfandad a los hijos/as que estén incapacitados para el trabajo. Se trata de una expresión ambigua que ha sido clarificada por los tribunales de modo que tendrán la condición de hijos «incapacitados para el trabajo» aquellas personas que, tras ser evaluadas por el INSS, acrediten un grado de discapacidad similar al de la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez de trabajadores/as en activo (STSJ del País Vasco de 7 de noviembre de 2000, AS 2001/2962). Téngase en cuenta que, en este caso, no se aplica ningún baremo ni porcentaje sino que la determinación de ese grado de «incapacitación para el trabajo» se identificará caso por caso.

Lo importante de este subtipo de pensión de orfandad está, en primer lugar, en que la pensión es vitalicia, de modo que no está limitada por una determinada edad. Todo ello, sin perjuicio de que el pensionista puede ver revisada su situación de «incapacidad para el trabajo», lo que comportaría la extinción de la pensión. Además, la pensión de orfandad de incapacitados para el trabajo es totalmente compatible con la realización de cualquier actividad, laboral y profesional, de manera que no hay exigencia legal de comunicar al INSS el inicio de la actividad, ni hay límite alguno de ingresos compatibles. Por esta razón, nos encontramos con un supuesto en el que la realización de un trabajo no comportará dificultad alguna. Debe observarse que se da aquí la misma incoherencia

BLOQUE 7

COMPATIBILIDAD ENTRE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TRABAJO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

34. ¿Es compatible con el trabajo el cobro de una prestación por hijo a cargo con discapacidad? ¿Es compatible la pensión por orfandad en el caso de hijos/as con discapacidad grave? ¿Y con discapacidad leve?

que en el caso de las personas beneficiarias de pensiones de incapacidad permanente absoluta: aparentemente, las personas beneficiarias de pensiones de orfandad por incapacidad para el trabajo no podrían trabajar, pero lo cierto es que la normativa les otorga un amplio margen para ello.

Huérfanos/as con discapacidad leve, o inferior a la situación de incapacidad para el trabajo. Cuando el hijo/a acredite una discapacidad no inferior al 33% sin alcanzar una situación de «incapacitado para el trabajo», disfrutará del mismo régimen de compatibilidad con el trabajo que cualquier huérfano/a de entre 21 y 24 años. Es decir, podrá trabajar, pero si sus ingresos alcanzan la cuantía mensual del salario mínimo interprofesional en cómputo anual, es decir, con la prorrata de pagas extraordinarias (752,68 euros), deberá comunicarlo al INSS y, en tal caso, la situación comportará la suspensión de la pensión de orfandad, que recuperará cuando se cese en la percepción de ingresos laborales o profesionales o cuando los ingresos que se perciban estén por debajo del salario mínimo interprofesional con pagas extraordinarias (artículo 9.2 del RD 1647/1997, de 31 de octubre, STSJ de Madrid de 9 de junio de 2005, JUR2005/176660).

Ahora bien, si la cuantía que se ha percibido a lo largo del año natural está por encima del salario mínimo interprofesional

en cómputo anual (9.032,20 euros), cuando se cese en el trabajo la recuperación de la pensión no será inmediata, sino que deberá esperarse hasta el mes de enero del año siguiente para retomar el pago de la prestación. Un ejemplo de esta hipótesis podría darse si se perciben 10.000 euros entre enero y agosto del 2014. Si en agosto se cesa en la actividad no se retomará el cobro de la pensión hasta el mes de enero del año siguiente, ya que en el año en curso habrá habido ingresos superiores al salario mínimo interprofesional en cómputo anual.

Es importante destacar la conveniencia de que, en caso de duda, se comunique al INSS la percepción de ingresos, para evitar incurrir en cobro indebido de prestaciones, que, en caso de ser detectado, comportará la obligación de retornar las cantidades percibidas y la posibilidad de ser objeto de sanción administrativa.

BLOQUE 7

COMPATIBILIDAD ENTRE PRESTACIONES
DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TRABAJO
DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Glosario

AS: Aranzadi Social. Referencia de la editorial Thomson Reuters-Aranzadi para catalogar las sentencias publicadas por la editorial. Utilizado en sentencias de Tribunales Superiores de Justicia de las comunidades autónomas.

CE: Constitución Española del 1978.

ECA: empleo con apoyo

ET: Estatuto de los Trabajadores. Equivalente a TRLET.

GI: gran invalidez. Requiere la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer u otros análogos.

INSS: Instituto Nacional de la Seguridad Social.

IPA: incapacidad permanente absoluta. Comporta la imposibilidad de realizar toda profesión u oficio.

IPP: incapacidad permanente parcial. Disminuye la capacidad del trabajador en un porcentaje no inferior al 33% en el desempeño de las funciones de su profesión habitual.

IPREM: indicador público de rentas de efectos múltiple.

IPT: incapacidad permanente total. Supone la imposibilidad de desarrollar las tareas fundamentales de la profesión habitual.

LET: Ley del Estatuto de los Trabajadores. Equivalente a TRLET.

LGSS: Ley General de la Seguridad Social. Equivale a TRLGSS.

LGDPD: Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, mediante el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social.

LGSS: Ley General de la Seguridad Social. Equivale a TRLGSS.

LIONDAU: Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.

LISMI: Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de las Personas con Discapacidad.

LISOS: Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Véase TR LISOS.

LJS: Ley 36/2011, de 10 de octubre, de la Jurisdicción Social.

LPRL: Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

OIP: Orden Ministerial de 15 de abril de 1969, de Incapacidad Permanente.

Pensionista de clases pasivas: pensionista del régimen especial de la Seguridad Social de los funcionarios de la Administración General del Estado.

RDFEM: Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, de Empleo Selectivo y de Medidas de Fomento del Empleo de Personas con Discapacidad.

RDMA: Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, regulador del cumplimiento alternativo a la cuota de reserva a favor de las personas con discapacidad.

RDRCD: Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento para el Reconocimiento y Calificación de Persona con Discapacidad.

RJ: repertorio jurídico de jurisprudencia del Tribunal Supremo de la editorial Thomson-Reuters Aranzadi.

RSE: responsabilidad social empresarial.

SMI: salario mínimo interprofesional.

SPE: Servicio Público de Empleo.

STS: sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

STJUE: sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TES: trabajadores especialmente sensibles.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

TRLET: Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, mediante el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

TRLGSS: Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, mediante el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

TRLISOS: Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, mediante el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.