

2. MARCO LEGAL DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO Y LA ACCIÓN POSITIVA EN EL ÁMBITO DE LA DISCAPACIDAD. EL PAPEL DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

SOFÍA OLARTE ENCABO

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Granada

 <https://orcid.org/0000-0003-4592-2466>

SUMARIO: I. REFLEXIONES SOBRE EL MARCO LEGAL GENERAL DE LA DISCAPACIDAD Y EL ESPECÍFICO DE EMPLEO. II. EL MARCO LEGAL GENERAL: EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU INCLUSIÓN SOCIAL. III. LA DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO LABORAL Y DEL EMPLEO. I. EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES (EMPLEO ORDINARIO/EMPLEO PROTEGIDO). 2. LA LEY DE EMPLEO. 3. OTRAS NORMAS SOCIO-LABORALES CON ESPECIFICACIONES SOBRE DISCAPACIDAD. IV. MARCO JURÍDICO AUTONÓMICO. V. A MODO DE CONCLUSIÓN. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. REFLEXIONES SOBRE EL MARCO LEGAL GENERAL DE LA DISCAPACIDAD Y EL ESPECÍFICO DE EMPLEO

En el presente capítulo se pretende dar una visión general del conjunto de fuentes legales reguladoras de las políticas de empleo y acción positiva en el ámbito de la discapacidad. Panorámica general no dirigida al análisis propiamente dicho del contenido de las normas en cuestión -leyes y reglamentos del Estado- sino a proponer una ordenación sistemática de las normas que disciplinan el empleo y el mercado de trabajo en relación con las personas con discapacidad, identificando sus opciones político-jurídicas básicas. Objetivo que se justifica en la dispersión normativa, ya que este marco legal se halla distribuido entre normas generales sobre discapacidad y normas específicas en materia de empleo y trabajo relativas a las personas con discapacidad.

Ciertamente, el marco jurídico-legal de la discapacidad es mucho más amplio que el relativo a las políticas de empleo, aunque éste constituye una parte muy importante del mismo. Es además, es un conjunto de normas, ingente y disperso que se ubica prácticamente en todos los sectores del ordenamiento jurídico. No obstante, más que de dispersión, estamos ante un sector del ordenamiento jurídico que se caracteriza por su carácter transversal¹, a la vez que por su coherencia interna. Es decir, está compuesto por normas con especificación subjetiva en prácticamente todas las ramas o sectores del Derecho, determinando la existencia de la discapacidad algún tipo de modalización, adaptación o exceptuación del régimen y/o principios propios de cada una de esas ramas o instituciones, y ello con el objeto de dispensar un tratamiento específico conforme a una lógica unitaria: la lógica anti discriminatoria y la acción positiva dirigida a remover los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad real y efectiva (artículo 9.2, en relación con los artículos 1.1, 14 y 49 CE).

Uno de los núcleos duros del Derecho de la Discapacidad, entendido como conjunto normativo regulador de la discapacidad en todos los sectores del ordenamiento, es precisamente el que regula el empleo y la relación laboral de las personas con discapacidad, que es el que analizamos en el presente capítulo. Y no es casual que el Derecho del Empleo haya sido el sector que más tempranamente ha incorporado la lógica de la normalización social sustentada en las medidas de discriminación positiva,

¹ Un planteamiento que refleja esta transversalidad en el tratamiento jurídico de la discapacidad es el estudio de MORENO MOLINA, J.A. y PIÑAR MATAS, J.L.: *La inclusión de las personas con discapacidad en un nuevo marco jurídico-administrativo, internacional, europeo, estatal y autonómico*, Aranzadi, 2016.

a diferencia de otras ramas o sectores del ordenamiento en las que ha predominado un modelo tutelar o paternalista hasta hace relativamente muy poco tiempo.

El empleo es una fuente de legitimidad social y de ciudadanía plena, a la vez que medio procurador de la autonomía personal; es, otras palabras, condición necesaria de la dignidad humana, entendida como capacidad de autodeterminación desde la igualdad de oportunidades. El contar con recursos económicos para poder desarrollar una vida independiente y autónoma, ejercitando el derecho de autodeterminación plena constituye la base de la dignidad, por ello, la dignidad de las personas con discapacidad requiere la garantía del acceso a un empleo, en condiciones de igualdad con el resto, lo que necesariamente comportará que todos los mecanismos dirigidos a garantizar este derecho hayan de sustentarse en la adopción de medidas de acción positiva que eliminen las barreras de acceso y las dificultades permanencia en el empleo y promuevan el acceso y permanencia en el mismo .

El Derecho del Empleo ha adoptado esta opción político-jurídica con anterioridad a la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social -Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, en adelante LDPD-, que fue la norma que expresamente se adoptó en nuestro país, tal y como expresa la exposición de motivos, “en aplicación de lo previsto en la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006”. Y ello porque el empleo ha sido el elemento clave de la integración social de este colectivo a lo largo de la legislación adoptada inmediatamente después de la entrada en vigor del texto constitucional, muy señaladamente en la Ley de Integración Social de los Minusválidos -La Ley 13/1982, de 7 de abril, en adelante LISMI-.

Resulta hoy evidente que el esquema axiológico sobre el que se construye nuestro marco legal implica el reconocimiento de la titularidad y ejercicio plenos de los Derechos Humanos por parte de las personas con discapacidad. Un colectivo éste hasta hace relativamente muy poco tiempo, si no excluido o estigmatizado, sí condicionado o limitado formal y materialmente en el ejercicio de sus derechos con una pretendida finalidad tutelar. Estos planteamientos limitativos o excluyentes se han consagrado en los textos normativos del siglo pasado sobre la convicción social de una inferioridad de condiciones que requiere, en el mejor de los casos, de una intervención tutelar.

El cambio axiológico se refleja en las normas y el lenguaje que estas emplean, que en ningún caso es neutro². En el caso de la discapacidad se han sucedido términos legales como el de inválido, incapaz, minusválido, anormal o inútil y hoy se impone el de discapacidad como sustantivo pretendidamente neutro que se solapa, por sus interacciones, con el de dependencia. Bajo las palabras subyace una determinada concepción o valoración social sobre la que se construyen o se han construido modelos jurídicos: unos, excluyentes o negacionistas (también denominados eugenésicos), otros tutelares-paternalistas. Más recientemente, en una fase evolutiva intermedia, se han adoptado modelos tutelares-dignificadores, pero desde la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad se ha impuesto el modelo normalizado y compensador de la desigualdad, como forma última de superación de los modelos tutelares.

Es cierto que en todos ellos subyace la dialéctica igualdad-diferencia, identificando cada modelo político-jurídico por la forma o el modo -la respuesta- con que se afronta dicha diferencia. En las sociedades más primitivas, ha predominado una respuesta excluyente de la sociedad, negando sus derechos, haciéndolos invisibles o incluso eliminándolos físicamente (paradigma eugenésico). Conforme avanza el grado de civilización esta exclusión se ve sustituida por una posición de carácter paternalista o tutelar que, sin embargo, no deja de sustentarse en la idea de inferioridad física o mental³ Y solo más recientemente se evoluciona hacia el reconocimiento pleno de derechos y la

² Así lo advertía expresamente ya la *Guía de estilo sobre discapacidad para profesionales de los medios de comunicación*, 2006, págs. 29 a 40.

³ En la doctrina civil, se ha señalado la respuesta tutelar -paternalista en el Código Civil, a través de las instituciones de la incapacidad, tutela o curatela, centradas en la protección del patrimonio de estas personas y ello aun

plena integración desde la diferencia. La influencia del Derecho Internacional Humanitario moderno ha sido clave en la adopción de modelos que parten del reconocimiento de la dignidad de todo ser humano sin distinción; sin embargo, este modelo “dignatario” inicial hace ya tiempo que se consideraba insuficiente, porque no asumía la normalización plena y la necesidad de una intervención compensadora, que parta de aceptar que el “problema” radica en la sociedad y sus estructuras excluyentes y no en este colectivo, admitiendo la diversidad funcional como una característica de los seres humanos y de nuestra sociedad. Este modelo normalizador y compensador es el que finalmente se ha impuesto y el que refleja el actual tratamiento jurídico de la discapacidad con carácter general.

Es decir, nuestro modelo legal -coherente con el ordenamiento internacional y constitucional⁴- se sustenta en dos elementos fundamentales: de un lado, el reconocimiento -y ejercicio- pleno de derechos y, de otro lado, la adopción de medidas de remoción de los obstáculos que lo impiden o dificultan y la promoción de los mismos, permitiendo ello la consecución del mayor grado posible de autonomía personal. Por tanto, igualación asumiendo la diferencia como consustancial y natural (no patológica), aunque en la consideración de que dicha normalización no excluye, sino que presupone, la adopción de medidas específicas -positivas y negativas, de impulso y de remoción- en orden a dicha normalización efectiva. Es decir, no se concibe la “normalización” como ignorancia de la diferencia, ya que el ordenamiento jurídico parte de la existencia de diferencias por discapacidad que requieren de una acción correctora de las prácticas discriminatorias.

Es claro que el modelo social y normalizador⁵ es el que adopta nuestro ordenamiento jurídico-positivo vigente en cumplimiento de la CIPD. El mismo es resultado de un proceso de reformas que, como consecuencia de la ratificación por España de la Convención, se inició con la Ley 26/2011 de adaptación normativa a la Convención, que tuvo su punto álgido con la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de diciembre y que ha culminado en 2021 con la reforma -entre otras leyes civiles y procesales- del Código Civil (Ley 8/2001, de 2 de junio), que hasta el año 2021 aún contemplaba la incapacitación de la persona en algunos supuestos de discapacidad mental grave (una vez constatada objetivamente la absoluta falta de capacidad de autogobierno, garantizando que dicha incapacitación no supusiera la privación de sus derechos fundamentales). La reforma del Código Civil mediante la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (que ha afectado también a la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Registro Civil, la Ley de Jurisdicción Voluntaria y el Código de Comercio), supone “un paso decisivo” -en expresión del preámbulo de la Ley- o, más bien, la culminación del proceso de adaptación de nuestro marco normativo a la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad de 2006, al dar cumplimiento a lo dispuesto en su artículo 12, que reconoce la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida y la obligación de los Estados de adoptar las medidas pertinentes para proporcionarles acceso

cuando la reforma de 1983 introdujo un criterio de graduación en la incapacitación. Vid. en este sentido GARCÍA GARNICA, M.C.: “Consideraciones generales. La eficacia transversal del modelo social del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia”, en VV.AA.: Estudios sobre dependencia y discapacidad, GARCÍA GARNICA, M.C., Aranzadi, 2011, pág. 31 y ss.

⁴ *Para una fundamentación técnico jurídica de este derecho social fundamental de las personas con discapacidad, más allá de lugares comunes tales como su calificación de precepto meramente programático y voluntarista, además de endeble eficacia constitucional, vid, por todos, MONEREO PÉREZ, J.L y MOLINA NAVARRETE, C.: “El derecho a la protección de las personas con minusvalías”, en VV.AA, Dir. MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y MORENO VIDA, Comentario a la Constitución socio-económica de España, Ed. Comares, Granada, 2002, pág. 1755 y ss.*

⁵ *Existen numerosas formas de denominar los modelos jurídico-políticos en torno a la discapacidad. Por su análisis pormenorizado de cada modelo, es de gran interés la clasificación propuesta por PALACIOS, según la que, se contraponen tres modelos, el de prescindencia (con dos submodelos: eugenésico y de marginación), el de rehabilitador y el modelo social, en PALACIOS, A.: El modelo social de discapacidad: órganos, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad, ed. Cinca- Cermi, 2008 págs. 37 y ss. Igualmente se advierte en esta obra el origen social del movimiento norteamericano de la discapacidad, seguido después en el Reino Unido y finalmente adoptado por el Derecho Internacional y europeo.*

al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Lo que se conecta en esta Ley con la finalidad de la Convención de asegurar y proteger el goce pleno y en condicione de igualdad de todos los derechos humanos y libertades por todas las personas con discapacidad, sin excepción, así como promover el respeto de su dignidad inherente. Ello ha supuesto, entre otras normas, la reforma del Código Civil, suprimiendo el sistema anterior, en el que predomina la sustitución en la toma de decisiones, estableciendo un nuevo régimen sustentado en el respeto de la voluntad de las personas, quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones. Ello ha comportado la eliminación no solo de la tutela, sino también de la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada.

La voluntariedad en la adopción de medidas de apoyo a través de poderes y mandatos preventivos, así como la auto-curatela son los mecanismos ordinarios de apoyo. La institución que es objeto de una más detenida regulación, que es, además la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad (junto a la figura del defensor judicial), es la curatela, la cual se configura con una naturaleza exclusivamente asistencial, que sólo en casos muy excepcionales puede comportar algunas funciones representativas.

Así pues podemos adelantar que, a partir de la completa “transposición” del CIDPD a nuestro ordenamiento jurídico, norma que da una nueva dimensión a nuestro texto constitucional (artículos 1.1, 9.2, 14 y 49⁶), los principios informadores del sistema de fuentes reguladoras de la discapacidad son: la igualdad, la dignidad, la autonomía personal, la intervención pública compensadora y

⁶ Entre las objeciones que pueden plantearse en torno al artículo 49 CE, además de las técnicas -derivadas de su ubicación sistemática en el texto constitucional-, se suele criticar también su obsolescencia terminológica. Ciertamente, es innegable que en el contexto actual, lo primero que puede llamar la atención es el empleo de la palabra “disminuidos” -físicos, sensoriales y psíquicos-. Sin embargo, el significado de “disminuido”, según el Diccionario de la RAE, no difiere mucho del que tiene el vocablo “discapacitado” -cuyo origen es el término inglés disability-, ya que se define al disminuido como a aquél que ha perdido fuerzas o aptitudes, o las posee en grado menor a lo normal. Y persona discapacitada es aquella que padece una disminución física, sensorial o psíquica que le incapacita para el trabajo total o parcialmente o para otras tareas de la vida cotidiana. Sin embargo, comparando ambos significados, comprobamos que es cierto que, incluso aun cuando se consideren términos sinónimos, en el primero -disminuido- late una connotación negativa (por debajo de lo normal), que el segundo -discapacidad- no incluye, aunque lo cierto es que el significado de discapacidad también incluye una disminución y una incapacidad (total o parcial, laboral o extra laboral). Por tanto, no considero que la cuestión terminológica sea realmente un problema fundamental del texto constitucional -aunque sea deseable su actualización- y ello porque nuestra Constitución opta por un paradigma social de la discapacidad. y, por tanto, la opción terminológica se explica simplemente por el momento histórico en que se adoptó, en el que nuestro ordenamiento jurídico se refería a la discapacidad con los términos de “minusvalía” y “minusválidos”. Recuérdese la relevante Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, cuyo art. 1 distinguía entre los disminuidos (con el objetivo de reconocimiento de derechos) y los disminuidos profundos (asistencia y tutela), un lenguaje que hoy consideramos peyorativo e inadmisibles. Por tanto, el texto constitucional optó por la terminología menos peyorativa en su contexto, implicando ello una opción política clara en favor de un modelo social y normalizador. Es cierto, que “discapacidad” es el sustantivo que se impuso en el ámbito internacional como el menos peyorativo a partir de la década de los noventa, apostando por ello el Consejo de Europa en su Recomendación 6/92, adoptada por el Comité de Ministros de 9 de abril de 1992 y, un año más tarde, Naciones Unidas en las Normas Uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, aprobadas por la Resolución 48/98 de 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. También la UE, a través de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en diciembre de 2000 (art. 21 no discriminación por razón de discapacidad) y art. 26 derecho a la autonomía, integración y participación) y la OMS en su Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud de 22 de mayo de 2001, figuran entre las principales organizaciones que han contribuido a la implantación definitiva del término discapacidad, en detrimento de otras denominaciones, incluso más neutras, como “personas con diversidad funcional”. En España, fue a partir de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, cuando se generalizó est e término. Opción que cuenta con una cláusula terminológica expresa en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, cuya disposición adicional octava establece que “Las referencias que en los textos normativos se efectúan a “minusválidos” y a “personas con minusvalía” se entenderán realizadas a “personas con discapacidad”. A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las

la normalización plena, sin que sea admisible ninguna norma tutelar que comporte limitación de derechos y/o libertades. En relación con el papel de legislador conviene precisar, que una cosa es que se haya adoptado normativamente este modelo axiológico y otra cosa bien distinta es que dicho cambio produzca de forma inmediata un grado de interiorización social real, que garantice su plena efectividad en los diferentes ámbitos de la vida social y económica. Y es precisamente por esta razón por la que el modelo normalizador se sustenta en la necesidad de adoptar medidas de acción positiva, compensadoras de la situación de desventaja, lo que se proyecta muy especialmente en el ámbito del empleo. Además, como ejemplo de política jurídica de especificación de los derechos constitucionales respecto a colectivos desfavorecidos, igualmente las personas con discapacidad son un colectivo que cuenta con una larga tradición en el ámbito del empleo, laboral y de protección social.

A partir de estas reflexiones preliminares, el marco legal de las políticas de empleo en relación con la discapacidad ha de dar cumplimiento al mandato del artículo 49 CE directamente en conexión con el artículo 10.2 CE, que es el precepto que garantiza la evolución del mandato constitucional conforme a los estándares internacionales, sin olvidar que la ubicación del artículo 49 en el capítulo III del Título I CE no es contradictoria con el reconocimiento de un derecho social fundamental a la plena integración social de las personas con discapacidad a partir de su derecho a la libertad e igualdad plenas y para cuya efectividad se impone el mandato a los poderes públicos de adoptar políticas específica y acciones positivas.

El legislador, en cumplimiento del mandato constitucional, se ha de alinear con los principios y obligaciones derivados de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Y, aunque no corresponde a este capítulo el análisis de la Convención, sí es importante dejar constancia de que este instrumento representa un consenso internacional en torno a la discapacidad que trunca toda una tradición jurídica tutelar-paternalista, sustentada sobre la inferioridad física o mental de estas personas y que ofrecía mecanismos jurídicos de protección sobre la base o como contraprestación de la limitación en el acceso a derechos. La Convención invierte los términos de la cuestión, desplaza el problema de la discriminación desde el discapacitado y sus limitaciones, a la sociedad y las barreras que ella crea⁷. En la doctrina se ha subrayado la carga de profundidad de este tratado internacional que, puede decirse, ha erradicado, al menos, la invisibilidad social de la discapacidad -ya que sería poco realista afirmar que ha acabado con la discriminación, aunque lo pretenda-. Al igual que nuestro texto constitucional respecto a los derechos reconocidos en el Título I con carácter general, la Convención representa la especificación subjetiva, para un grupo social concreto, de los derechos humanos reconocidos en los grandes instrumentos de Derecho Internacional Humanitario; técnica de especificación que se viene desarrollando con cierta frecuencia en su más reciente evolución (derecho de la infancia, derechos de las minorías étnicas, de los migrantes).

Conforme dispone el art. 1.1, el propósito de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente. A partir de ello, el planteamiento de fondo de la Convención radica en la consideración de que el problema de la discapacidad no son las personas con discapacidad sino la sociedad que crea barreras, excluye y

Administraciones Públicas utilizarán los términos “persona con discapacidad” o “personas con discapacidad” para denominarlas”.

El art. 49 CE, en definitiva, impone a los poderes públicos, más allá de la prohibición de discriminación, la obligación de garantizar la plena efectividad de todos los derechos (cívicos, políticos, sociales, culturales y económicos) de estos ciudadanos, tal y como apuntó el TC (STC 269/1994), dando especial relevancia a la vertiente de la plena integración social y laboral.

⁷ *Para un análisis del cambio de planteamiento de la cuestión, desde la persona con discapacidad a la sociedad incapacitante, vid. VALDÉS DAL-RE, F.: “Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos” en AAVV, Dir. VALDÉS DAL-RE, Relaciones laborales de las personas con discapacidad, Ed. Biblioteca Nueva, S.L, Fundación Francisco Largo Caballero, Fundación ONCE, Fundación Ortega y Gasset, Madrid, 2005.*

discrimina. Tal y como proclama en su Preámbulo -apartado m)- los Estados reconocen el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de su comunidad. Y en coherencia con ello, el art. 12.2 establece que “Las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, en todos los aspectos de la vida”. Normalización plena que requiere necesariamente de una intervención compensadora o reequilibradora, no asistencialista, que garantice la dignidad, autonomía e independencia, no discriminación, participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana y la igualdad de oportunidades.

Pero junto a la Convención, en el caso concreto de Derecho del Empleo, ya hemos señalado que se había adoptado la lógica integradora y anti discriminatoria más tempranamente que en otros ámbitos. En ello ha influido la Carta Social Europea -primer tratado internacional sobre los denominados derechos humanos de segunda generación- que contiene, incluso ya en su primera redacción, antes de su revisión en 1996, menciones expresas a la discapacidad (arts. 9 y 10 orientación y formación profesional), siendo el artículo 15 -en su versión de 1961- el que más específicamente se refería al derecho a la formación y readaptación profesional de estas personas, estableciendo la obligación de adoptar medidas para garantizar un puesto de trabajo a los minusválidos, particularmente por medio de servicios especiales de colocación, posibilidades de empleo protegido y medidas destinadas a estimular a los empleadores a su contratación. Posteriormente, la Carta Social Revisada, avanzó aún más en la misma dirección, concretamente al añadir en el párrafo primero del art. 15 que la integración laboral, cuando sea posible, deberá llevarse a cabo en el marco del régimen general o no diferenciado (preferencia por un sistema sin segregación). Además, se modifica el párrafo segundo, estableciendo que las medidas de inserción laboral para las personas con discapacidad se orientarán prioritariamente hacia la inserción en el empleo ordinario a través del estímulo a los empleadores y la adaptación de las condiciones de trabajo a sus necesidades particulares; de modo que, solo subsidiariamente, cuando ello no sea posible, se acuda al empleo protegido. Principio de preferencia del empleo ordinario que no está visibilizado en nuestro marco jurídico-positivo.

Por tanto, en cierto modo, el temprano desarrollo de un marco normativo legal sobre el empleo de las personas con discapacidad de carácter plenamente integrador y sustentado en medidas positivas -en contraste con la legislación civil-, se explica en el hecho de que la Carta Social Europea⁸ adoptó más tempranamente también un paradigma u opción político-jurídica normalizadora y compensadora en el campo de los derechos sociales, en contraste con la lógica tutelar imperante en el ámbito de los derechos civiles y políticos debido al anacronismo de la Convención Europea de Derechos Humanos -que sólo de forma muy deficiente había subsanado el TEDH⁹-.

Noma europea -la Carta Social Europea- que se anticipó también al Derecho Comunitario en aquéllos momentos. En base a las estrechas previsiones del Tratado originario de la CEE -artículos 117 y 125-, con una muy limitada atribución competencial, la CEE, comenzó a adoptar en los años setenta del siglo pasado iniciativas de tipo asistencial referidas a las personas con minusvalía¹⁰. Medidas de acción política que se adoptaron en el ámbito socio-laboral, en el que han permanecido hasta este siglo, momento en que ha terminado por imponerse la perspectiva general de la igualdad de

⁸ En contraste la Convención Europea de Derechos Humanos, ignoró la discapacidad, este sentido crítico, vid. BLANCO EGIDO, E.: “La protección jurídica en el ámbito del Consejo de Europa”, en *VV.AA.*, DE LORENZO y L. C. PÉREZ BUENO (Dir.), *Tratado sobre Discapacidad, Cizur Menor: Thomson Aranzadi*, 2007, p.415.

⁹ Para un análisis de esta jurisprudencia, vid. LOUCAIDES, L.: “The role of the European Court of Human Rights in the protection of the rights and dignity of people with disabilities”, en *Consejo de Europa, Human Rights-Disability Children. Towards international instruments for disability rights: the special case of disabled children, Estrasburgo, COE Publishing*, 2005, pp. 38 y ss.

¹⁰ También en sentido crítico, vid. GARRIDO PÉREZ, E.: “El tratamiento comunitario de la discapacidad desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho de igualdad de oportunidades”, en *Temas Laborales*, n° 59, 2001.

oportunidades y no discriminación. En efecto, tras la ampliación competencial operada con el Tratado de Amsterdam en 1997 -con la modificación del art. 13 del TCEE- con una referencia expresa a la discapacidad, se abrió la puerta a la intervención normativa del Consejo. A lo largo de 1999 y 2000 se adoptaron diferentes instrumentos, dando impulso a las acciones por la igualdad de oportunidades, hasta adoptarse en el año 2000 la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo cuyo art 1 dispone: “La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para la lucha contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”. Instrumento normativo vinculante que ha tenido un importante impacto en los ordenamientos nacionales en materia de discapacidad, directamente a través de su obligada transposición, pero también como consecuencia de la jurisprudencia del TJUE a lo largo de estos veinte años de su adopción, especialmente relevante en relación con los conceptos de “ajustes razonables” y “excesiva carga” empresarial contenidos en el artículo 5 de esta Directiva. Línea de política jurídica que también incorpora la Carta de Derechos Fundamentales de la UE -Carta de Niza de 7 de diciembre de 2000-, cuyo artículo 21 prohíbe la discriminación, entre otras causas, por discapacidad y cuyo artículo 26 reconoce el derecho de estas personas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.

A partir de estas breves referencias al Derecho de la Unión Europea, aquí meramente apuntadas, podemos afirmar, como conclusión, que la particularidad fundamental que incorpora el ordenamiento de la UE, respecto al de NNUU, en el campo de la discapacidad es el mayor peso o desarrollo de las normas sobre inserción socio-laboral y la intensa proyección en este ámbito de derecho anti discriminatorio. De lo que es muy ilustrativa la abundante jurisprudencia del TJUE sobre el ajuste de nuestro marco legal a las exigencias de la Directiva 2000/78¹¹.

¹¹ *Solo a título ilustrativo, recientemente, la STJUE de 11 de septiembre de 2019 (nº C-397/18)19, en relación con la igualdad de trato en el empleo y la ocupación -art. 2, apartado 2), letra b, inciso ii-) y los ajustes razonables para personas con discapacidad (art. 5), analiza un despido por causas objetivas basado en criterios de productividad, polivalencia y absentismo, a la luz de lo dispuesto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales -art. 25 de protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos-, en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, especialmente el artículo 40 sobre la obligación de adoptar medidas adecuadas para la adaptación al puesto de trabajo y accesibilidad a la empresa y la noción de “cargas excesivas”; y a la vista de lo dispuesto en el ET -art. 53.4 ET -nulidad de la decisión extintiva basada en motivos discriminatorios-. Ante un despido por productividad inferior al 95%, menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y mayor índice de absentismo, el TJUE responde a las cuestiones planteadas que las personas calificadas formalmente como especialmente sensibles a determinados riesgos derivados del trabajo -lo que implica que no puedan desempeñar determinados puestos de trabajo- pueden ser consideradas incluidas en el concepto de discapacidad, ya que éste no solo abarca a discapacidades de nacimiento o debidas a accidentes, excluyendo las causadas por enfermedad. Por contra, la discapacidad según el TJUE se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, no imposibilidad de trabajar; por tanto, el estado de una persona con discapacidad que pueda trabajar, aunque solo sea a tiempo parcial, puede entrar en dentro del concepto de la directiva. No obstante, según el TJUE, ello no significa que el mero hecho de que se reconozca a una persona la condición de trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del Derecho nacional, comporte, de por sí, que esa persona tenga una “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78. O, dicho de otra manera, los requisitos del art. 25 de la Ley 32/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, que definen el trabajador especialmente sensible, no son idénticos a los que se derivan de la Directiva, por lo que el órgano jurisdiccional remitente es quien ha de verificar si en el caso concreto se dan los requisitos que el propio TJUE menciona en el apartado 41 de la Sentencia, según el que “discapacidad” en el sentido de la Directiva exige la existencia de una limitación de capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas mentales o psíquicas a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Y si realmente el órgano jurisdiccional nacional considera que se trata de una persona con discapacidad en el sentido de la Directiva, entonces se ha de valorar que existe -según el TJUE- discriminación indirecta en los tres motivos en que se ha basado la selección de los trabajadores afectados por*

En definitiva, las políticas de empleo y su marco legal se caracterizan, comparativamente con el resto de las normas sobre discapacidad, por tener una mayor entidad cuantitativa -un mayor desarrollo- y una más temprana orientación integradora y antidiscriminatoria. Es, por tanto, un marco legal más amplio, pionero y más avanzado en la concepción y tratamiento de la discapacidad.

II. EL MARCO LEGAL GENERAL: EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU INCLUSIÓN SOCIAL

El Derecho de la Discapacidad -como subsector del ordenamiento jurídico- se sustenta en la existencia una norma general y conformadora del tratamiento jurídico de la discapacidad en todas las ramas del derecho, nos referimos al vigente Texto Refundido Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre -en adelante, LDPD-.

Esta Ley vino a unificar, actualizar y armonizar, siguiendo la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Ley de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (Ley 51/2003, de 2 de diciembre, en adelante LIONDAU) y la Ley por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad (Ley 49/2007). Su precedente normativo, fue la Ley de Integración Social de los Minusválidos -en adelante, LISMI¹²-, siendo ésta la primera norma de rango legal que reguló con una pretensión general las medidas de protección de las personas con discapacidad, concebidas como aquéllas 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. Norma en la que predomina una visión no plenamente normalizadora de la discapacidad, ante la cual el legislador adopta una posición asistencial y compensadora, propia del modelo social de discapacidad imperante en los años ochenta. Posteriormente, la LIONDAU, que fue la norma que sucedió a la LISMI, cambió la lógica de nuestro entero sistema normativo, al adoptar una perspectiva de derechos humanos y plenamente normalizadora, reconociendo que buena parte de las dificultades de estas personas radican en sociedad, al adoptar un patrón excluyente y discriminatorio. Con este cambio de enfoque en el tratamiento de la discapacidad, la LIONDAU girará sobre dos ejes fundamentales: la lucha contra la discriminación y la consecución de la accesibilidad universal.

Volviendo a la vigente LDPD, se puede afirmar que hay tres elementos claves¹³ que definen el paradigma de discapacidad adoptado por esta Ley y que, además de deducirse de su contenido, están expresados en su Preámbulo:

En primer lugar, se adopta un modelo social avanzado de discapacidad, que reconoce que las dificultades que sufre este grupo están en la sociedad y no en estas personas. Concretamente, en el párrafo primero cuando declara que: “Las personas con discapacidad conforman un grupo vulnerable

el despido para el ajuste de plantilla (menor productividad, menor polivalencia y mayor absentismo), salvo que la empresa haya realizado respecto a la trabajadora especialmente sensible a determinados riesgos, previamente “ajustes razonables” en el sentido del art. 5 de la Directiva, lo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional. Más allá de la relevancia de esta sentencia en concreto, lo que se pretende con estas reflexiones es poner de manifiesto la importancia de este constante diálogo, a través de la intervención del TJUE, entre el ordenamiento comunitario y el ordenamiento interno.

¹² Ley 13/1982, de 7 de abril.

¹³ A parte de estos elementos, deducidos del preámbulo y concretados en el articulado, la ley enumera en el artículo 3 los principios que inspiran la legislación de la discapacidad que son: el respeto de la dignidad inherente, de la autonomía individual incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas; la vida independiente; la no discriminación; el respeto por la diferencia y la aceptación como parte de la diversidad y la condición humanas; el diseño universal; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, el diálogo civil; el respeto al desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad, en especial de niños y niñas y su derecho a preservar su identidad; y la transversalidad de las políticas en materia de discapacidad.

y numeroso al que el modo en que se estructura y funciona la sociedad ha mantenido habitualmente en conocidas condiciones de exclusión. Este hecho ha comportado la restricción de sus derechos básicos y libertades condicionando u obstaculizando su desarrollo personal, así como el disfrute de los recursos y servicios disponibles para toda la población y la posibilidad de contribuir con sus capacidades al progreso de la sociedad”.

En segundo lugar, opta por una respuesta desde la perspectiva de los derechos humanos, al afirmar que el anhelo de una vida plena y la necesidad de realización personal mueven a todas las personas, pero esas aspiraciones no pueden ser satisfechas si se hallan restringidos o ignorados los derechos a la libertad, la igualdad y la dignidad”. Por tanto, libertad, igualdad y dignidad serán los referentes en el tratamiento de la discapacidad, en clave de derechos humanos de la Convención.

En tercer lugar, reconoce la realidad discriminatoria y afirma la necesidad de una intervención pública-y especialmente legislativa-que promueva la igualdad de oportunidades efectiva. Expresamente declara en su Preámbulo que “existe, pues, un variado y profuso conjunto de impedimentos que privan a las personas con discapacidad del pleno ejercicio de sus derechos y los efectos de estos obstáculos se materializan en una situación de exclusión social, que debe ser inexcusablemente abordada por los poderes públicos”. Lo que requiere la implicación de todos, ciudadanos, organizaciones y del legislador. Perspectiva anti discriminatoria en la que ha incidido más del Derecho de la UE.

Ciertamente que no es ésta la primera norma específica sobre discapacidad en nuestro país, siendo obligado hacer referencia a la ya mencionada Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración de los minusválidos -LISMI-, que tuvo el mérito de ser la primera ley aprobada en España dirigida a regular la atención y los apoyos a las personas con discapacidad y sus familias, en el marco de los artículos 9, 10, 14 y 49 de la Constitución. La LISMI expresaba la voluntad legal de prestar una tutela específica a estas personas, considerando que la garantía de sus derechos requería de ayudas técnicas y servicios especializados y, en definitiva, la adopción de medidas positivas. A tal efecto reguló un sistema de prestaciones económicas y servicios, medidas de integración laboral, de accesibilidad y subsidios económicos. No obstante, podemos decir que esta norma, sin duda avanzada en su época, se sitúa más en la lógica de los derechos económicos y sociales y en la perspectiva asistencial que adoptó en esos momentos tanto en el Consejo de Europa, como la Comunidad Europea.

Posteriormente, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, dio un nuevo impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad. Esta norma, a diferencia de la LISMI que aún seguía en vigor, se centró en dos aspectos, la eliminación de toda forma de discriminación y la accesibilidad universal. Es una norma, sin duda de transposición, lo que se deja entrever en su exposición de motivos, invocando el artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea que habilita al Consejo para «adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual» y aludiendo a la Directiva 2000/43/CE, relativa al principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas por motivo de su origen racial o étnico, la Directiva 2000/78/CE para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual y la Directiva 2002/73/CE para la igualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. En relación a la accesibilidad, la ley acogía un concepto que venía siendo defendido por movimientos sociales de personas con discapacidad, organismos internacionales y expertos en favor del modelo de «vida independiente», que en un principio demandaba “entornos más practicables”, posteriormente, un «diseño para todos» y, finalmente, la «accesibilidad universal» como condición que deben cumplir los entornos, productos y servicios para que sean comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas.

La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, preveía el establecimiento de un régimen de infracciones y sanciones que se llevó a cabo con la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Posteriormente, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), fue ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y entró en vigor en nuestro país el 3 de mayo de 2008. Y este hecho precipitó la necesidad de un nuevo texto sobre discapacidad, viniendo impuesta la labor de refundición, “regularizando, aclarando y armonizando las leyes anteriores”, por la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, en la redacción dada por la disposición final quinta de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios. Es por ello que el TRLDPD ha tenido como referente principal la mencionada Convención Internacional, tanto en la definición de los principios informadores de la ley, como en su contenido y estructura, dedicando un capítulo específico a determinados derechos de las personas con discapacidad y reconociendo expresamente que el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones. Por tanto, se trata de algo más que una mera labor de refundición.

La ley se estructura en un título preliminar y otros tres títulos, cuatro disposiciones adicionales y trece disposiciones finales.

El título preliminar contiene las disposiciones generales de la ley, que se refieren a su objeto (art. 1)²⁰, al ámbito subjetivo -quiénes son los titulares de los derechos, art. 4- y a los principios que la inspiran (art. 3)²¹. Además, establece una amplia relación de conceptos legales relacionados con la discapacidad, en total catorce (art. 2), siendo ésta una herramienta técnica de gran relevancia en orden a la interpretación del texto legal, contribuyendo ello a la tutela de la seguridad jurídica. También regula este título preliminar (artículo 5) los ámbitos a los que son aplicables las medidas contenidas en la ley, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, de acuerdo con el principio de transversalidad de las políticas en materia de discapacidad:

- a) Telecomunicaciones y sociedad de la información.
- b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación.
- c) Transportes.
- d) Bienes y servicios a disposición del público.
- e) Relación con las Administraciones públicas.
- f) Administración de justicia.
- g) Patrimonio cultural, de conformidad con lo previsto en la legislación de patrimonio histórico.
- h) La accesibilidad universal.
- i) Diseño universal o diseño para todas las personas.
- j) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.
- k) El diálogo civil.
- l) El respeto al desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad, y, en especial, de las niñas y los niños con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.
- m) La transversalidad de las políticas en materia de discapacidad.

Entre estos ámbitos, el empleo se vincula al previsto en el apartado j) -participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad-, siendo criticable que no se haya dado una mayor visibilidad a tan importante factor de inclusión social como es el empleo

El artículo 6, relativo al respeto de la autonomía de las personas con discapacidad, cierra este título, tratándose de un precepto de gran relevancia desde la perspectiva de los derechos humanos, al garantizar la libertad de toma de decisiones con garantías, en formatos adecuados y según circunstancias personales.

El título I, regula los derechos y obligaciones en materia de discapacidad, siendo el primero de ellos el derecho a la igualdad de oportunidades, que más adelante es objeto de desarrollo a lo largo de todo el título II. Este amplio título de la ley se compone de 9 capítulos que regulan derechos de las personas con discapacidad en diferentes ámbitos: sistema de prestaciones sociales y económicas (capítulo 1º), derecho a la protección de la salud (capítulo 2º), derecho a la atención integral (capítulo 3º), derecho a la educación (capítulo 4º), derecho a la vida independiente -en el que se incluyen derechos de accesibilidad, en la edificación, transporte, relaciones con las Administraciones Públicas y medias de acción positiva en estos ámbitos- (capítulo 5º), derecho al trabajo (capítulo 6º) que con doce artículos contiene la normativa básica en esta materia y que sistemáticamente se estructura en disposiciones generales -que contienen las garantías del derecho al trabajo conforme a la igualdad de oportunidades y no discriminación- los tipos de empleo (ordinario, protegido, autónomo y empleo público), la orientación, colocación y registro de estos trabajadores y ayudas a la generación de empleo para estas personas. Este capítulo 6º, aunque formalmente no aparece especialmente destacado en el texto legal, es realmente fundamental en cuanto vertebrador y sistematizador del derecho al trabajo y las políticas de empleo de las personas con discapacidad, como veremos más adelante al analizar la normativa laboral. El capítulo 7º regula el derecho a la protección social, el capítulo 8º el derecho a la participación en asuntos públicos y el capítulo 9º las obligaciones de las Administraciones Públicas

De este capítulo 6º interesa destacar en esta parte del estudio, que el artículo 35.2 establece una relación de complementariedad entre esta norma general y el ordenamiento laboral -legislación laboral y legislación de empleo-. En efecto el precepto dispone que: “ La garantía y efectividad de los derechos a la igualdad de trato y de oportunidades de las personas con discapacidad se regirán por lo establecido en este capítulo y en su normativa específica en el acceso al empleo, así como en el acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y de despido, en la promoción profesional, la formación profesional ocupacional y continua, la formación para el empleo, y en la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales o la incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta”. Este cambio de perspectiva en relación a la tradicional relación de supletoriedad de las normas de discapacidad respecto a las laborales, determina que, lógicamente, esa normativa específica laboral y de empleo en ningún caso podrá contradecir lo dispuesto en la LDPD, si bien es cierto que el vigente Texto Refundido de LDPD viene a recoger las instituciones básicas ya consolidadas antes dentro del ordenamiento laboral, por lo que ambos grupos normativos mantienen una relación armónica.

Desde un punto de vista técnico-jurídico la LDPD supone un avance en la consecución de una mejor sistemática y desde un punto de vista político-jurídico, igualmente, la norma supone un avance importante en la implantación de una lógica reguladora transversal unitaria. Ello no supone la pérdida de relevancia de la integración socio-laboral- que sigue siendo uno de los núcleos duros de las políticas de normalización- y es que se ha de dejar constancia del hecho de que durante un largo periodo, el empleo, la protección social y las prestaciones sanitarias y asistenciales eran los campos de intervención normativa más importantes -o únicos- en relación con la discapacidad. Al ampliarse la proyección normativa hacia un sistema integral y transversal, que impone el ordenamiento

internacional, es lógico que la normativa laboral y de empleo también se integre en él, funcionando como sistemas normativos complementarios.

Dicha relación de complementariedad tiene una excepción en el ámbito sancionador, ya que la LDPD remite íntegramente a la norma sancionadora laboral. En efecto, en lugar de aplicarse el Título III de la LDPD, según establece la disposición adicional séptima de esta ley, “Las infracciones y sanciones en el orden social en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad seguirán rigiéndose por el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto”. Por tanto, cuando se trate de una infracción propia del orden social se aplicará el régimen sancionador previsto en el TRLISOS, de modo que en esta materia prima la naturaleza laboral de la relación sobre la consideración de la discapacidad.

El Título II regula in extenso el derecho a la igualdad de oportunidades y no discriminación. En el capítulo primero define la vulneración del mismo, sus garantías y medidas contra la discriminación y medidas positivas y sus respectivos contenidos. El capítulo 2º distingue dos tipos de medidas adicionales para llevar a cabo una política de equiparación a adoptar por los poderes públicos: de fomento (sensibilización y formación, calidad, innovación, desarrollo, participación, programas de accesibilidad y de no discriminación) y de defensa (recurso al arbitraje para dirimir la resolución de conflictos por discriminación, protección judicial adecuada que contemple la adopción de las medidas necesarias para poner fin a la vulneración del derecho y restablecer al perjudicado en el ejercicio de aquél y criterios especiales sobre la prueba de hechos relevantes).

Finalmente, el Título III regula las infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación y accesibilidad universal, al que siguen doce disposiciones adicionales, una transitoria y una final.

En relación con el derecho al trabajo, es la LDPD -y no la legislación específicamente laboral- la que sistematiza y regula las vías de acceso al empleo de las personas con discapacidad: el empleo ordinario en empresas y administraciones públicas (incluidos los servicios de empleo con apoyo), el empleo protegido en centros especiales de empleo y enclaves laborales y el empleo autónomo (art. 37.2). Sin embargo, no es la LDPD la que regula propiamente estas vías de acceso al empleo, salvo la relativa a la cuota de empleo ordinario que sí se regula directamente, aunque en el acceso al empleo público se ha de estar a lo dispuesto por el EBEP y el Real Decreto 227/2004, de 3 de diciembre.

Siguiendo la sistemática legal, en relación con el acceso al empleo ordinario la LDPD establece como medida de acción positiva una cuota de reserva¹⁴ de puestos de trabajo para personas con discapacidad (art. 42.1), en empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores; cuota que será de al menos el 2 por 100. Siendo la empresa y no el centro de trabajo la unidad de cómputo para determinar la plantilla total -en la que se entienden incluidas personas con discapacidad que se encuentren prestando servicios en la empresa a través de contratos de puesta a disposición con empresas de trabajo temporal-. No obstante, este mismo precepto contempla la posibilidad de exención total o parcial de esta obligación, en cumplimiento de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal o por voluntad del empresario comunicada a la autoridad laboral, en ambos casos, siempre que se apliquen las medidas alternativas recogidas en el RD 364/2005, de 8 de abril, que regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad (contratación de suministro de bienes o de prestación de servicios con un centro especial de empleo o realización de donaciones y acciones de patrocinio monetarias para desarrollo de actividades de inserción laboral y creación de empleo de personas con discapacidad).

¹⁴ Medida de acción positiva declarada constitucional, vid. STC de 3 de octubre de 1994 (rec. 3170/1993). Cuota, que el artículo 17 del ET solo contempla como posibilidad, sin regular propiamente dicha.

En el caso del acceso al empleo público, es el EBEP la norma que regula esta obligación de reserva de cuota, en su artículo 59.1, según el cual, la cuota de reserva será el 7% de las plazas ofertadas (del que el 2% se ha de destinar a personas con discapacidad intelectual), de modo que progresivamente se alcance el 2 por 100 de los efectivos totales de cada Administración Pública. Las personas con discapacidad, en condiciones de igualdad, han de someterse a los procesos selectivos, acreditar su grado de discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas o funciones del puesto o plaza. Acceso que puede llevarse a cabo a través de las convocatorias ordinarias con reserva de plazas para personas con discapacidad o bien a través de convocatorias específicas para este colectivo, debiendo establecer los procesos las medidas de adaptación y ajustes razonables de tiempo y medios-

La medida de acción positiva denominada de empleo -ordinario- “con apoyo”, está regulada por el RD 870/2007, de 2 de julio y se refiere a personas que tienen una discapacidad más severa (parálisis cerebral, enfermedad mental, discapacidad intelectual con grado de discapacidad igual o superior al 33% o física o sensorial superior al 65%). Se pretende la contratación indefinida (o de una duración mínima de 6 meses y si es a tiempo parcial, que se emplee por al menos el 50% de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable) de este colectivo con mayor dificultad dentro del grupo de personas con discapacidad.

En segundo lugar, en relación con el empleo protegido -el desempeñado en un centro especial de empleo o en un enclave laboral- es la LDPD (y no la LE) la que define los centros especiales de empleo (art.43.1) y sus requisitos. En cambio, la relación laboral en sí, que se configura por el ET como relación laboral de carácter especial, se regula por el RD 1368/1985, de 17 de julio.

En cuanto a los enclaves laborales, la LDPD -art. 46- los configura como un mecanismo de tránsito hacia el empleo ordinario, pero su regulación se prevé se lleve a cabo mediante reglamento. Es concretamente el RD 290/2004, de 20 de febrero el que regula los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.

En tercer lugar, en relación con el empleo autónomo de las personas con discapacidad, nuestro ordenamiento ha contemplado tradicionalmente medidas de fomento diferenciadas para las personas con discapacidad, normalmente a través de disposiciones de rango reglamentario. En este momento, es la Orden de 16 de octubre de 1998, la norma que regula -ampliando y actualizando el régimen de ayudas anteriores- las ayudas y subvenciones para personas con discapacidad que se autoempleen y que consisten en subvenciones por darse de alta como autónomos, préstamos para financiar la puesta en marcha, subvenciones para asistencia técnica y subvenciones para financiar cursos de formación relacionados con dirección y gestión de empresas. Como norma general, es aplicable a las personas con discapacidad el Estatuto del Trabajo Autónomo (Ley 20/2007, de 11 de julio).

En definitiva, aunque la normativa laboral sea la que propiamente regule el empleo de las personas con discapacidad, es la LDPD la que estructura y sistematiza los tipos de empleo y los principios generales del sistema. En un segundo “nivel”, es la normativa laboral la que regula cada una de esas vías de acceso al empleo, fundamentalmente el Estatuto de los Trabajadores y la Ley de Empleo. No obstante, algunas de las instituciones -acciones positivas, sobre todo- están reguladas directamente por la LDPD, como la cuota de reserva de empleo, los aspectos diferenciales en los servicios de empleo, el régimen básico del empleo con apoyo, los centros especiales de empleo, los enclaves laborales, la obligación de adaptación del puesto de trabajo y ayudas a la generación de empleo de las personas con discapacidad. Es por tanto, una norma vertebradora del conjunto normativo laboral en materia de discapacidad, que se completa (complementariedad), además de con las normas laborales de rango legal, con un importante conjunto de normas estatales de rango reglamentario.

III. LA DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO LABORAL Y DEL EMPLEO

El Derecho del Trabajo es una rama del Derecho caracterizada por estar compuesta por un conjunto normativo extraordinariamente amplio y cambiante, de formación sucesiva y que carece, a diferencia de las ramas más clásicas y antiguas, de un “código” en sentido técnico, por lo que la dispersión dificulta el manejo de su sistema de fuentes. Se compone de leyes -orgánicas y ordinarias-, además de normas de rango reglamentario, que son expresión de una gran cantidad de mandatos constitucionales. Sin extendernos en su descripción, sí podemos al menos señalar que sólo en el subsector del denominado derecho individual del trabajo y en el de la ordenación del empleo y el mercado de trabajo, las normas laborales contienen especificaciones relativas a la discapacidad. Quiere esto decir, que, el ordenamiento laboral no prevé especificaciones en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo. La Ley Orgánica de Libertad Sindical no contiene ninguna previsión ni particularidad relativa a las personas con discapacidad, como tampoco la Ley 17/1977 de Asociación Sindical, ni los Títulos II y II del ET -relativos a la representación de los trabajadores en la empresa y a la negociación colectiva y los convenios colectivos-. Materias en las que el legislador no ha considerado precisa ningún tipo de intervención correctora de las desigualdades por razón de discapacidad.

El hecho de que el empleo ordinario de las personas con discapacidad sea por el momento cuantitativamente poco relevante, determina que, sin perjuicio de su presencia en sindicatos en organizaciones empresariales, el movimiento de la discapacidad se organice colectivamente a través de otras fórmulas jurídicas, cuya regulación tampoco contempla un tratamiento jurídico diferenciado. Nos referimos al asociacionismo, especialmente a las asociaciones con fines de interés general o utilidad pública, reguladas por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo (art- 32), que, sin referencia específica a las asociaciones para la promoción y defensa de los intereses de las personas con discapacidad, sin duda, tiene en esta fórmula general, una de sus vías de acción colectiva más relevantes, como pone de manifiesto la gran capacidad de interlocución social del CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad). Igualmente, en el ámbito de la promoción del colectivo, se puede adoptar otra fórmula jurídica general, la constitución de fundaciones conforme a la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, que son personas jurídicas sin ánimo de lucro, creadas para la defensa de fines de interés general, entre los que el artículo 3, incluye los de asistencia social y la inclusión social o la atención a personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales. Este es el caso de la Fundación Once. En relación al asociacionismo en el ámbito de la discapacidad, a las asociaciones de discapacidad les es aplicable lo dispuesto con carácter general en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, sin especificidades, si bien es importante cuantitativamente hablando la asignación en presupuestos públicos -estatal y autonómicos- de ayudas y subvenciones a las asociaciones cuya actuación se proyecta sobre personas con discapacidad. Lo que es claro es que el legislador no ha considerado necesaria la adopción de medidas de acción positiva ni de promoción en este campo, lo que no está claro que explique la deriva de la defensa de intereses de este colectivo hacia fórmulas jurídicas diferentes del sindicato.

1. El Estatuto de los trabajadores (empleo ordinario/empleo protegido)

La LDPD -capítulo 6º, artículo 35.2- establece una relación de complementariedad entre dicha ley y el ordenamiento laboral, como normativa específica. Concretamente se refiere a una serie de materias: acceso al empleo por cuenta ajena, acceso a la actividad por cuenta propia y ejercicio profesional, condiciones de trabajo -incluidos retribución y despido-, promoción profesional, formación profesional, ocupacional y continua, formación para el empleo y afiliación y participación en organizaciones sindicales y empresariales o en cualquier organización de carácter profesional.

De entrada, el marco legal de la discapacidad en materia de empleo puede definirse como un marco jurídico inclusivo y sustentando en la no discriminación y en la adopción de medidas de acción positiva¹⁵.

Dada su centralidad en la ordenación del trabajo por cuenta ajena, y aunque no regule todas las vías de acceso al empleo contempladas en la LPD, la primera norma laboral a la que se ha de hacer mención es el Estatuto de los Trabajadores -Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto de la Ley del Estatuto de los Trabajadores-, cuyo ámbito de aplicación se limita al trabajo por cuenta ajena (art. 1).

Llama la atención que el primer precepto que se refiere a la discapacidad sea el artículo segundo, relativo a las relaciones laborales de carácter especial, estableciendo la regulación mediante Real Decreto de una relación laboral especial de personas con discapacidad en centros especiales de empleo. La ubicación sistemática de esta forma de empleo protegido no obedece a la voluntad legal de configurar éste como la vía de integración laboral preferente para las personas con discapacidad, frente al empleo ordinario. La razón es bien distinta, ya que el artículo 2 del ET, junto con el artículo 1, tiene por objeto delimitar el ámbito subjetivo de la norma, distinguiendo dentro de él las relaciones laborales “comunes” íntegramente reguladas por la Ley, de las relaciones laborales especiales, que cuentan con una regulación diferenciada, las cuales son determinadas por ley. De otro lado, este precepto consagra la dualidad del mercado de trabajo de las personas con discapacidad, en los mismos términos que la LDPD, entre empleo ordinario y empleo protegido.

No obstante, como ordena el propio artículo 2 del ET, la regulación de esta relación laboral de carácter especial, como casi todas las demás, se remite a su regulación por el Gobierno, esto es, se remite a una norma de rango reglamentario. Concretamente esta relación laboral de carácter especial se regula mediante el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo. Norma que, pese al transcurso del tiempo, no ha experimentado modificación alguna -salvo la operada por el RD 427/1999, de 12 de marzo-.

El siguiente precepto del ET que se refiere a la discapacidad es el 4.2 c), entre los derechos en la relación de trabajo, reconoce expresamente el derecho a la no discriminación por razón de discapacidad “siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”. Por tanto, a diferencia de las otras causas de discriminación a las que alude este apartado oc) del artículo 4.2, la no discriminación por discapacidad se condiciona a la aptitud de la persona para el puesto de trabajo en concreto, lo que puede justificar diferencias de tratamiento (en términos similares a los que establece el EBEP).

El artículo 17 ET sobre no discriminación en las relaciones laborales, aunque no menciona especial ni expresamente la discapacidad, establece en su apartado 2 que “podrán establecerse por ley exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente”, y en el apartado 3 se permite también al Gobierno la adopción de medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores en paro, así como otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos con especiales dificultades de acceder al empleo -medidas que se orientarán prioritariamente a fomentar el empleo estable y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido-. Previsión legal sobre reserva que para la discapacidad nos remite a la obligación de reserva del 2% de la plantilla en empresas de más de 50 trabajadores -prevista inicialmente por la LISMI y actualmente por la LDPD-,

¹⁵ *Caracterización que no contradice una realidad muy alejada del modelo legal, teniendo en cuenta datos como la inferior tasa de actividad de este colectivo, que se sitúa aproximadamente en la mitad respecto al resto de personas. Sobre este modelo y sus incoherencias, vid. nuestro trabajo “Empleo y discapacidad: ¿ante un cambio cultural?” en VV.AA.: La política y el Derecho del Empleo en la nueva sociedad del trabajo. Libro homenaje a la profesora ROSA QUESADA SEGURA, Monografías de Temas Laborales, 2016, págs. 868 a 878.*

además de a un amplio conjunto de normas de rango legal y reglamentario en materia de medidas de fomento de empleo e incentivos a la contratación de personas con discapacidad.

También prevé el ET otras especificaciones que guardan relación con la discapacidad por sus posibles conexiones con la enfermedad. Así, entre los poderes de dirección y control de la actividad laboral, el empresario podrá verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado para justificar faltas de asistencia, mediante reconocimiento a cargo de personal médico -art. 20.3-; en la ordenación del tiempo de trabajo el ET reconoce el derecho a reducción de jornada (entre 1/8 y 1/2) con reducción proporcional de salario para cuidado de persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida -art. 37. 6-. En el ámbito de la suspensión del contrato, en relación con los derechos de conciliación se reconoce el derecho a la excedencia (con reserva del puesto de trabajo el primer año y reserva de un puesto de trabajo del mismo grupo profesional en el segundo año) para atender a familiares hasta segundo grado por consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida (art. 46.3).

En materia de extinción del contrato por extinción de la situación de incapacidad temporal con declaración de incapacidad permanente¹⁶ (total, absoluta o gran invalidez), se prevé la no extinción del contrato, optando por el mantenimiento del vínculo contractual, que se considerará en suspenso hasta un máximo de dos años con derecho de reserva del puesto de trabajo, cuando a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo (art. 48.2). Previsión que, hasta la fecha, no se considera discriminatoria por razón de discapacidad conforme al ordenamiento comunitario ni conforme a nuestro texto constitucional, por lo que nuestra jurisprudencia no admite la calificación como despido nulo, por considerar que ello no es discriminatorio ni directa ni indirectamente, siempre que exista una finalidad legítima y que los medios sean adecuados y proporcionales para alcanzar la finalidad prevista en la ley. También se relaciona con la discapacidad la extinción de contrato de trabajo por causas objetivas -art. 49.1 e)-, ya que, aunque se ha suprimido el absentismo laboral mediante RDL 4/2020, tiene especial, aunque discutible, incidencia en la discapacidad otra de las causas de despido objetivo, la ineptitud sobrevenida con posterioridad a su colocación.

Pese a estas referencias directas o indirectas, en muchos casos, más de remisión que de verdadera regulación, a partir de esta sumaria descripción, podemos concluir que el ET no regula propiamente las particularidades de la relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad, sino que sólo contiene algunas previsiones tangenciales, a veces ni siquiera de forma directa ni expresa, además de establecer remisiones a reglamentos de desarrollo.

2. La Ley de Empleo

La Ley de Empleo (Texto Refundido de la Ley de Empleo, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre), establece (art. 30) que las personas con discapacidad -entre otros grupos- tienen la consideración de colectivo con especiales dificultades de integración en el

¹⁶ *Sobre la posible discriminación por discapacidad en la extinción del contrato de trabajo incapacidad permanente, vid. específicamente, GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: "¿Es discriminatoria por razón de discapacidad la configuración española de la extinción por el reconocimiento de gran invalidez, incapacidad permanente total o absoluta del trabajador (art. 49.1.e TRLET)? Una lectura integradora a la luz de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", en VV.AA. (Dir. MIRANDA BOTO, J.M.) El Derecho del Trabajo ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones, ed. Cinca, 2018, pág. 273 a 291 y, en la misma obra, VELASCO PORTERO, M.T. "La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de igualdad y no discriminación y su impacto más reciente en nuestro ordenamiento", pág. 318 a 342. Sobre el diálogo sobre esta cuestión entre el TEDH y el TJIE, vid. MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G., "Prohibición de discriminación", en Temas Laborales, n° 145, 2018, pág. 326 a 370, siendo de interés las reflexiones del concepto europeo de discapacidad como enfermedad de larga duración.*

mercado de trabajo, lo que determina su tratamiento como colectivo prioritario, debiendo los poderes públicos -Estado y Comunidades Autónomas- adoptar medidas de fomento de empleo específicas.

En segundo lugar, la Ley de Empleo opta, sin distinciones o con carácter general, por lo que se denomina “enfoque personalizado” de los servicios públicos de empleo, estableciendo (art. 28) que, el acceso de las personas desempleadas a los servicios públicos de empleo se efectuará mediante su inscripción y recogida de datos en una entrevista inicial que conllevará una valoración de los servicios que requiere para su inserción laboral. A partir de ello se realizará un itinerario individual y personalizado de empleo en función del perfil profesional, competencias, necesidades y expectativas de la persona, junto a la situación del mercado de trabajo y a criterios vinculados con la percepción de prestaciones y la pertenencia a colectivos definidos como prioritarios. No obstante, en la medida en que las personas con discapacidad son uno de los colectivos prioritarios, la ley enfatiza o refuerza dicho enfoque personalizado, ya que en su itinerario personal se ha de tener en cuenta dicho factor de forma específica. El itinerario individual y personalizado es un derecho subjetivo de toda persona desempleada, ejercitable frente a los servicios públicos de empleo, pero en el caso de la discapacidad (y demás colectivos prioritarios), tanto el artículo 28, con carácter general, como el artículo 30, exigen la consideración de colectivo prioritario en la prestación del servicio público, contemplando la posibilidad de que los servicios públicos de empleo consideren necesario acudir a una coordinación con los servicios Sociales (art- 30.2). Diferenciación subjetiva que también consagra la Ley de Cualificaciones y Formación Profesional -LO 5/2002-, cuyo artículo 12 establece la obligación de todas las Administraciones de adaptar las ofertas formativas a las necesidades específicas que presenten los colectivos con especiales dificultades.

En definitiva, la LE considera la discapacidad -las personas con discapacidad-, como colectivo prioritario en el acceso al empleo, estableciendo un tratamiento diferenciado o acciones positivas en sus derechos frente a los servicios públicos de empleo y las políticas públicas de fomento del empleo. Estas medidas consisten en: subvenciones directas a tanto alzado, bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social o desgravaciones fiscales por contratación de persona con discapacidad (contratación indefinida, temporal, de formación o en prácticas). También, en el ámbito del empleo ordinario, se incluyen medidas de apoyo económico para la adaptación del puesto de trabajo y la dotación de medios de protección personal contempladas en el artículo 40.2 LDPD (lo que está regulado por el artículo 12 del Real Decreto 1451/1982, de 11 de mayo).

3. Otras normas socio-laborales con especificaciones sobre discapacidad

Junto al ET, otras normas socio-laborales contienen referencias a la discapacidad: Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social, RD Legislativo 5/2000, Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Ley 14/1994, de Empresas de Trabajo Temporal, Ley 23/2015, ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social o la Ley 30/2015, reguladora del Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral, entre otras. Sin embargo, merece especial mención la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que, en lo fundamental regula en el artículo 25 la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos laborales, haciendo también referencia a la discapacidad física, psíquica o sensorial a efectos de evaluación de riesgos, adopción de medidas preventivas específicas, asignación de puestos de trabajo y obligación empresarial de adaptación del puesto de trabajo y adopción de medidas preventivas y de protección necesarias del trabajador con discapacidad.

En relación con esta obligación, la LPRL es plenamente coherente con la LDPD, cuyo artículo 40.2, en su primer párrafo, establece que “Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y de la accesibilidad a la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo

que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”. Una obligación del empresario, la de realizar “ajustes razonables” en términos algo difusos y cuyos límites tampoco se concretan, al ser la “carga excesiva” para un empresario, un concepto legal de textura abierta a diferentes interpretaciones¹⁷.

La LPRL establece con carácter general, como principio de la acción preventiva, la adaptación del puesto de trabajo a la persona, contemplando un régimen de protección particular o específico para los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos derivados del trabajo (artículos 25 a 28), entre los que incluye a las personas con discapacidad, al disponer que merecen dicha protección quienes 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. A tal fin el empresario debe tener en cuenta estos aspectos en las evaluaciones de riesgos laborales y, en función de éstas, estará obligado a adoptar las medidas preventivas y de protección específicas que sean necesarias. Además de ello, estos trabajadores no podrán ser empleados en aquéllos puestos de trabajo en los que, por estas causas, puedan darse una situación de peligro. No obstante, la inexistencia de puesto de trabajo adecuado, ha dado lugar a diferentes interpretaciones, por lo que, en el mismo sentido que la LDPD, el artículo 25 de la LPRL, no alcanza un grado de concreción del que se desprenda un derecho pleno y perfecto a ocupar un puesto de trabajo adecuado.

En el ámbito de la Seguridad Social, en pura coherencia, se incorpora el derecho a la protección de las situaciones de necesidad derivadas de la falta de capacidad para el trabajo, lo que desde luego, no siendo coincidente necesariamente guarda cierta relación con la discapacidad, tanto cuando la discapacidad sucede a una relación laboral previa -prestaciones contributivas de incapacidad permanente-, como cuando no preexiste relación previa es insuficiente en orden a generar derecho a prestaciones contributivas -prestaciones no contributivas-. Es un régimen fundamentalmente prestacional -prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social-, que atiende la imposibilidad de obtención de ingresos derivados del trabajo a causa de discapacidad y que regula la Ley General de Seguridad Social -texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre- en los artículos 193 y siguientes -la prestación de IP contributiva- y los artículos 363 y ss. -las no contributivas-. Prestaciones que, en el ámbito de la previsión social privada, se complementan con el régimen previsto en la Ley de Planes y Fondos de Pensiones-texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre- para el rescate del fondo en caso de discapacidad.

Más allá del sistema de Seguridad Social, la discapacidad encuentra también mecanismos de protección, con prestaciones económicas y de servicios, en el ámbito de la dependencia, cuyo régimen jurídico nos remite a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

En el ámbito del derecho a la salud, la discapacidad cuenta con tutela y una especial proyección en normas generales en este ámbito, fundamentalmente la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, la Ley 14/1986, General de Sanidad, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y la Ley 42/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

En la protección de la familia, igualmente se contempla la discapacidad en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas. Y en el ámbito del derecho a la vivienda, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, establece la aplicación de estas medidas sociales, entre

¹⁷ Para un análisis en este sentido, vid. RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: *Vacios e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

los deudores especialmente vulnerables, a las familias que cuenten entre sus miembros con personas con discapacidad.

IV. MARCO JURÍDICO AUTONÓMICO

Para terminar con esta descripción sistemática del marco legal de las políticas de empleo y la acción positiva en el marco de la discapacidad es preciso hacer una mención al Derecho Autonómico¹⁸, dado su extraordinario desarrollo. En este sentido, podemos afirmar que los ordenamientos autonómicos inciden normativamente hablando en la discapacidad desde un punto de vista general o más allá de las competencias autonómicas en materia de fomento de empleo o servicios sociales (ex artículo 148.1.20), regulando los derechos en general de estas personas. Ello está relacionado con la evolución del Derecho Autonómico, ya que, a diferencia de los Estatutos de Autonomía de la denominada “primera generación”, caracterizados por no establecer una relación directa con la ciudadanía y cuyo contenido era fundamentalmente institucional y competencial, los Estatutos de Autonomía de “segunda generación”, aprobados a partir del año 2006, sí reconocen derechos a sus ciudadanos y establecen mandatos a los poderes públicos en el ámbito autonómico, emulando el texto constitucional -y, en algún caso, superándolo-. Estos Estatutos cuentan ya con una parte dogmática en la que reiteran derechos reconocidos en la Constitución, a la vez que especifican algunos de ellos o incluyen otros nuevos, siendo relevante destacar que, sin excepción, se observa una mayor presencia y visibilidad de derechos de las personas con discapacidad. A partir de estos nuevos Estatutos, que cuentan con referencias expresas a los derechos de las personas con discapacidad, se han adoptado leyes autonómicas específicas de derechos de las personas con discapacidad y sus garantías, en la mayor parte de las Comunidades Autónomas desde 2014, siguiendo el modelo o paradigma de la LDPD¹⁹ y, por regla general, fundamentadas competencialmente (al menos formalmente) sobre la materia de servicios sociales

Sin embargo, no es a este aspecto general del ordenamiento autonómico al que vamos a prestar atención, sino al tratamiento de la discapacidad en relación con el empleo. Y en este sentido, y aunque el caso andaluz será tratado en otro capítulo de esta obra, tampoco se va a analizar caso por caso el desarrollo de las políticas de empleo en relación con la discapacidad, pretendiendo hacer aquí solo alguna reflexión general.

En primer lugar, hemos de señalar la existencia de una situación de concurrencia reguladora entre distintos niveles territoriales (centralizadores y descentralizadores²⁰) en el ámbito de las políticas de empleo y su instrumentación normativa. Pese a ello, limitándonos aquí al ámbito estrictamente normativo, la legislación sobre el empleo es una legislación predominantemente estatal, esto es, la legislación de empleo, sea general o relativa a un colectivo determinado, se considera “legislación laboral” a efectos competenciales y, por tanto, ex art. 149.7ª CE, es competencia exclusiva del Estado, sin perjuicio de su ejecución por las Comunidades Autónomas, salvaguardando así el precepto constitucional la unidad del mercado de trabajo²¹. Adicionalmente, el Estado ostenta competencia

¹⁸ *Sobre el desarrollo normativo autonómico en materia de discapacidad*, vid. DURÁN RUIZ, F.J.: “El tratamiento de las personas con discapacidad en los estatutos de autonomía y sus reformas recientes”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA GARNICA), *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, Aranzadi, 2011.

¹⁹ Así, la Ley 7/2014, de 13 de noviembre, de garantía de los derechos de las personas con discapacidad de Castilla La Mancha, Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los derechos y la atención a las personas con discapacidad en Andalucía, /2007, de 11 de octubre, sobre derechos de las personas con discapacidad en Cataluña, la Ley 9/2018, de 21 de diciembre, de garantía de los derechos de las personas con discapacidad en Cantabria.

²⁰ *Sobre los distintos niveles (supranacional-europeo, estatal, autonómico y local)*, vid. VV.AA., Dir. MONEREO PÉREZ, FERNÁNDEZ BERNAT y LÓPEZ INSUA, *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Aranzadi, 2016, pág. 187 y ss.

²¹ *Preeminencia que no contradice la existencia de un marco normativo complejo a varios niveles territoriales, lo que consagra el artículo 1 de la Ley de Empleo (Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo)*, al definir la política de empleo como “conjunto de decisiones adoptadas” por los poderes públicos, Estado y Comunidades Autónomas y ello dentro de las orientaciones

sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13ª CE), en cuyo ámbito se incluye el mercado de trabajo, lo que legitima al Estado a adoptar medidas de fomento de empleo, sin que ello implique desposeer a las Comunidades Autónomas de su capacidad de adoptar normas de fomento de empleo a través de sus propios programas, siempre que respeten lo establecido por las políticas activas de empleo adoptadas por el Estado y que no supongan propiamente entrar o incidir en la regulación de la relación de trabajo propiamente dicha. Esto supone que contemos con normas y políticas de fomento de empleo, políticas activas, tanto de nivel estatal como autonómico, debiendo respetar este segundo nivel, lo establecido por el Estado.

La manifestación normativa más clara de la competencia normativa exclusiva del Estado en la ordenación del mercado de trabajo es la Ley de Empleo (Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo). Ciertamente, la CE no establece un título competencial específico en materia de empleo, sin embargo, la jurisprudencia constitucional es clara en el sentido de identificarla con la materia laboral, por lo que se considera que es competencia exclusiva del Estado. Sin embargo, pese a que la LE es la más clara manifestación de esa exclusividad normativa (excepción hecha de las medidas de fomento de empleo), a la vez, ella misma consagra un modelo pluralista, eso sí garantizando la preeminencia -no solo normativa- del Estado sobre las Comunidades Autónomas. En efecto, la preeminencia del nivel estatal²² en materia de empleo es manifiesta desde la perspectiva política (y económica, financiación), pues ello es condición necesaria para dar cumplimiento a la mayor parte de los objetivos que establece la Ley de Empleo (artículo 2), particularmente, libertad de circulación, de igualdad de oportunidades y no discriminación, de protección de las situaciones de desempleo, de coordinación entre políticas activas y pasivas y de su articulación con las políticas migratorias en relación con la “situación nacional de empleo”. Protagonismo estatal que se concreta también por la atribución de un papel protagonista en la planificación, impulso, coordinación y control de las políticas de empleo, que corresponde al Estado, sin perjuicio de la participación y diálogo con las CCAA, ex artículos 9 y 10 (Estrategia Española de Activación para el Empleo, Planes Anuales de Política de Empleo y Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo). Y preeminencia también institucional, al establecer -art. 6- una garantía jurídica e institucional a través del Sistema Nacional de Empleo, que confiere al Estado el impulso y la coordinación eficaz del Sistema, como garante de que todos los servicios de empleo se prestan sin barreras territoriales y en condiciones de igualdad.

Siguiendo la sistemática de la Ley de Empleo (artículo 5), los instrumentos de la política de empleo son: la intermediación laboral, las políticas activas de empleo y la coordinación entre las políticas activas y la protección económica frente al desempleo. El primero de ellos, la intermediación laboral, en cuanto forma parte de la “legislación laboral”, es objeto de regulación por la propia LE, una ley de ámbito estatal, sin perjuicio de que dicha intermediación se confíe a los servicios públicos de empleo -estatal y autonómicos-, a las agencias de colocación -incurción de agentes privados- y a otros servicios específicos para los trabajadores en el exterior. A parte de la regulación estatal de rango legal, los agentes de intermediación son objeto de regulación mediante normas reglamentarias también de ámbito estatal: el RD 1796/2010, de 30 de diciembre por el que se regulan las agencias de colocación y el RD 1383, de 1 de agosto, por el que se aprueba la estructura orgánica y de participación institucional del Servicio Público de Empleo del Estado. Pero a nivel autonómico, como parte integrante del Sistema Nacional de Empleo, la LE contempla los servicios de empleo autonómicos, cuya regulación, en el marco de la regulación estatal, corresponde a las Comunidades Autónomas, por un lado porque tienen asignadas competencias de ejecución de la legislación del Estado en materia laboral y, asimismo, les corresponde la competencia exclusiva sobre fomento y

generales de la política económica en el ámbito de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

²² Sobre esta preeminencia, *vid.* MOLINA NAVARRETE, C.: “Dimensión nacional de la política de empleo. La “unidad de mercado” como fuente de recentralización”, en *VV.AA (Dir: MONEREO, FERNÁNDEZ, LÓPEZ) Las políticas activas de empleo... óp. cit., pág. 229 a 244.*

planificación de la actividad económica en su territorio. En el caso de Andalucía, artículos 17.2 y 18.1.1.a del Estatuto de Autonomía. Ello comporta la existencia de leyes y reglamentos autonómicos reguladores del correspondiente servicio público de empleo, es decir, que en esta materia el Derecho autonómico no se limita al desarrollo de reglamentos de mera organización.

En el campo de las políticas activas también el Estado protagoniza el núcleo duro de las mismas, aunque las Comunidades Autónomas han adquirido cada vez más peso, complementando las estatales o innovándolas, lo que sucede particularmente en la promoción del autoempleo (dentro del marco establecido en una ley también estatal, la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo). El título competencial de las CCAA, en que suelen sustentar su competencia normativa, es el establecido en el artículo 148.1.13ª CE, es decir, fomento del desarrollo económico dentro de los objetivos marcados por la política nacional. Y es precisamente en el desarrollo de políticas de empleo para la inserción de colectivos más vulnerables donde mayor protagonismo desempeña el ámbito autonómico, siendo la inclusión de cláusulas sociales de empleo una de las novedades que se ha incluido en algunas leyes autonómicas de contratación pública sobre la base de la Ley estatal de contratos del sector público que deja margen de acción al ámbito autonómico. Igualmente, las medidas económicas de apoyo al empleo o al desempleo, que se configuran como complementarias de las establecidas a nivel estatal.

En relación con el empleo protegido se plantea en algún caso una cuestión particularmente crítica, la regulación autonómica de las empresas de inserción, ya que pese a contar con una ley estatal -la Ley 44/2007, de 13 de diciembre-, cada vez son más las Comunidades Autónomas que cuentan con una ley autonómica reguladora de estas empresas²³. Y ello pese a que el TC consideró que el régimen jurídico de estas empresas, estableciendo su ámbito subjetivo -personas que pueden ser contratadas como trabajadores y requisitos que han de cumplir estas empresas- y los elementos que diferencian la relación laboral en este ámbito específico, así como la existencia de un itinerario de inserción socio laboral y las medidas de intervención, acompañamiento y colaboración con la Administración pública en los procesos de inserción, no pueden encuadrarse dentro del ámbito competencial autonómico de la “asistencia social” (art. 148.1.20ª), al tratarse propiamente de “legislación laboral” (STC 228/2012, de 29 de noviembre, f.j. 7).

Distinta es la competencia en materia de servicios sociales, particularmente la calificación del grado de discapacidad. La LDPD, art. 12.2 establece que los equipos multiprofesionales de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad son los órganos encargados de valorar y calificar las situaciones de discapacidad “para su reconocimiento oficial por el órgano administrativo competente”. El Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, establece el baremo, los órganos competentes y el procedimiento a seguir. El artículo 6 de este reglamento establece que “es competencia de las Comunidades Autónomas a quienes hubieren sido transferidas las funciones en materia de calificación del grado de discapacidad” del IMSERSO, el reconocimiento del grado de discapacidad, entre otras funciones. Proceso de transferencia, ya plenamente concluido, que sustenta una legislación social asistencial de nivel autonómico, a lo que se añade que reglamento establece normas de procedimiento muy escuetas, lo que ha determinado que las Comunidades Autónomas aprovechen este espacio para cubrir lagunas de procedimiento. Ello, junto a la competencia autonómica en materia de servicios sociales, ha comportado un importante desarrollo normativo en todas las Comunidades Autónomas sin excepción, regulando aspectos organizativos y de orientación de las personas con discapacidad²⁴ en los procesos de reconocimiento de la discapacidad y su grado.

²³ Ley 1/2007, de 5 de febrero, por la que se regulan las empresas de inserción para fomentar la inclusión social en la Comunitat Valenciana, que incluye, en su ámbito subjetivo a las personas con discapacidad y cuya finalidad es regular los requisitos, registro y medidas de fomento de estas empresas.

²⁴ A título ilustrativo, siendo el panorama normativo muy similar en todas las Comunidades Autónomas, en Andalucía se aprobó el Decreto 258/2005, de 29 de noviembre, por el que se regulan la organización y funciones de los centros de valoración y orientación de personas con discapacidad de Andalucía. Posteriormente, derogado, por el Decreto 255/2021, de 30 de noviembre, por el que se regulan la organización y las funciones de los centros de

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tras el análisis descriptivo del marco normativo de la discapacidad en relación con el acceso al empleo y el trabajo, se puede afirmar que el mismo se enmarca en el más amplio Derecho de la Discapacidad, el cual se caracteriza todo él, más que por su dispersión, por su carácter transversal (lo que casa con su configuración como parte del derecho antidiscriminatorio) y su coherencia interna en el tratamiento jurídico-político de la discapacidad a lo largo de todo el complejo sistema que es el ordenamiento jurídico. Esas dos características se observan igualmente en el campo de las políticas de empleo y la ordenación del mercado de trabajo, por lo que, siendo cierto que la discapacidad tiene en el ámbito del ordenamiento laboral un tratamiento “disperso”, a lo largo de numerosas normas legales y reglamentarias, lo cierto es que todo ese conjunto normativo “laboral” guarda coherencia interna dentro de este ámbito y, además, coherencia con el resto del sistema normativo de la discapacidad a partir de la norma vertebradora que representa la Ley de Derechos de las Personas con Discapacidad.

La LDPD dispensa a la integración laboral de las personas con discapacidad un papel ciertamente fundamental o central que, sin perjuicio de los avances en otras materias, ya tenían las políticas laborales desde la originaria LISMI. Centralidad que pone de manifiesto no solo su dimensión cuantitativa en la ley -de forma específica, los artículos 35 a 47 de la LDPD- sino la entidad objetiva que le dispensa, ya que, además de establecer las garantías del derecho al trabajo y la igualdad de trato, estructura los tipos de empleo -ordinario, protegido y autoempleo- y regula sus instituciones fundamentales. Incluso contempla la creación de registros de personas con discapacidad demandantes de empleo en los servicios de empleo, cosa que no hace la Ley de Empleo, como tampoco medidas de apoyo a la actividad profesional de personas con discapacidad, derecho reconocido en el artículo 17 de la LDPD entre cuyos contenidos se encuentran la orientación, la formación y readaptación profesional-.

Por último, si algún punto crítico se puede objetar a la LDPD -y, coherentemente con ella a la legislación laboral- es que no se haya establecido de forma expresa ni visible ningún tipo de preferencia o jerarquía entre las vías de acceso al empleo, particularmente consagrando la preferencia por el empleo ordinario frente al empleo protegido, lo que históricamente había intentado garantizar el ordenamiento laboral, aunque fuera solo un principio proclamado testimonialmente muy lejos de su consecución. En efecto la lógica “normalizadora” de la discapacidad en nuestra sociedad, que es la opción legal, requeriría establecer de forma expresa un principio de preferencia en favor del empleo ordinario (lo que efectivamente sí hace la Carta Social Europea revisada, art. 15), por mucho que, la realidad material ponga de manifiesto que la mayor parte de las oportunidades de empleo de estas personas se sitúan en el ámbito del empleo protegido. Preferencia que podría ser impulsada a través de más incisivos y ambiciosos mecanismos de acción positiva en los que es, normativamente hablando, posible avanzar.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO EGIDO, E.: *“La protección jurídica en el ámbito del Consejo de Europa”*, en *VV.AA.*, DE LORENZO Y L. C. PÉREZ BUENO (Dir.), *Tratado sobre Discapacidad, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2007.*
- DURÁN RUIZ, F.J.: *“El tratamiento de las personas con discapacidad en los estatutos de autonomía y sus reformas recientes”*, en *VV.AA.* (Dir. GARCÍA GARNICA), *Estudios sobre dependencia y discapacidad, Aranzadi, 2011.*

valoración y orientación de personas con discapacidad en Andalucía y se desarrolla el procedimiento para la valoración del grado de discapacidad en la Comunidad Autónoma. Este Decreto, que se vincula a los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030, acorta los plazos administrativos, buscando una mayor eficacia, y mejorar la protección social, al permitir el acceso a prestaciones o a medidas de acción positiva que redundan en una mejor empleabilidad de estas personas.

- GARCÍA GARNICA, M.C.: “*Consideraciones generales. La eficacia transversal del modelo social del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*”, en *VV.AA.: Estudios sobre dependencia y discapacidad*, GARCÍA GARNICA, M.C., Aranzadi, 2011.
- GARRIDO PÉREZ, E.: “*El tratamiento comunitario de la discapacidad desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho de igualdad de oportunidades*”, en *Temas Laborales*, nº 59, 2001.
- GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “*¿Es discriminatoria por razón de discapacidad la configuración española de la extinción por el reconocimiento de gran invalidez, incapacidad permanente total o absoluta del trabajador (art. 49.1.e TRLET)? Una lectura integradora a la luz de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*”, en *VV-AA. (Dir. MIRANDA BOTO, J.M.) El Derecho del Trabajo ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, ed. Cinca, 2018.
- LOUCAIDES, L.: “*The role of the European Court of Human Rights in the protection of the rights and dignity of people with disabilities*”, en *Consejo de Europa, Human Rights-DisabilityChildren. Towards international instruments for disability rights: the special case of disabled children*, Estrasburgo, COE Publishing, 2005.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “*Dimensión nacional de la política de empleo. La “unidad de mercado” como fuente de recentralización*”, en *VV.AA, Dir. MONEREO PÉREZ, FERNÁNDEZ BERNAT Y LÓPEZ INSUA, Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Aranzadi, 2016.
- MONEREO PÉREZ, J.L Y MOLINA NAVARRETE, C.: “*El derecho a la protección de las personas con minusvalías*”, en *VV.AA, Dir. MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE Y MORENO VIDA, Comentario a la Constitución socio-económica de España, Ed. Comares, Granada, 2002.*
- MONEREO PÉREZ, J.L. Y ORTEGA LOZANO, P.G., “*Prohibición de discriminación*”, en *TL*, nº 145, 2018.
- MORENO MOLINA, J.A. Y PIÑAR MATAS, J.L.: *La inclusión de las personas con discapacidad en un nuevo marco jurídico-administrativo, internacional, europeo, estatal y autonómico*, Aranzadi, 2016.
- OLARTE ENCABO, S.: “*Empleo y discapacidad: ¿ante un cambio cultural?*” en *VV.AA., La política y el Derecho del Empleo en la nueva sociedad del trabajo. Libro homenaje a la profesora ROSA QUESADA SEGURA, Monografías de Temas Laborales*, 2016, págs. 868 a 878.
- PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad: órganos, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad*, ed. Cinca-Cermi, 2008.
- RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “*Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos*” en *VV.AA. Dir. VALDÉS DAL-RÉ, Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Ed. Biblioteca Nueva, S.L, Fundación Francisco Largo Caballero, Fundación ONCE, Fundación Ortega y Gasset, Madrid, 2005.
- VELASCO PORTERO, M.T. “*La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de igualdad y no discriminación y su impacto más reciente en nuestro ordenamiento*”, en *VV.AA. (Dir. MIRANDA BOTO, J.M.) El Derecho del Trabajo ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, ed. Cinca, 2018.
- VV.AA., Dir. MONEREO PÉREZ, FERNÁNDEZ BERNAT Y LÓPEZ INSUA, Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Aranzadi, 2016.