

**CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO
PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD
CON ESPECIALES DIFICULTADES DE
ACCESO AL TRABAJO.**

UNIVERSIDAD DE VALENCIA

FACULTAD DE DERECHO

**DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL
TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

TESIS DOCTORAL

**Centros Especiales de Empleo para personas
con discapacidad con especiales dificultades de
acceso al trabajo.**

Presentada por el Doctorando:

Antonio Borja García Sabater

Dirigida por la Prof. Dra.

M^a. Carmen Salcedo Beltrán

Valencia, octubre de 2015

Se debe hacer hincapié en las aptitudes y en la capacidad para el trabajo de las personas, no en su discapacidad

Recomendación 99, OIT, 22 de junio de 1955

A toda mi familia. Gracias.

INDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	19
-------------------------------	----

INTRODUCCIÓN.....21

1.- LA INSERCIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ESTADO DE LA CUESTIÓN	21
2.- OBJETIVOS	28
3.- SISTEMÁTICA DEL ESTUDIO	30

CAPITULO I.

EL FENÓMENO DE LA DISCAPACIDAD.

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS	33
2.- UTILIZACIÓN DE LOS TÉRMINOS ADECUADOS.....	35
3.- DATOS ESTADÍSTICOS.	37
3.1.- Consideraciones sobre algunos datos estadísticos referidos a las personas con discapacidad.	38
3.2.- Datos sobre «trabajo y personas con discapacidad» del INE.	40
3.3.- Base de Datos Estatal de Personas con Discapacidad del IMSERSO.	48
3.4.- Datos del Servicio Público de Empleo.	56
3.5.- Breves conclusiones sobre las estadísticas de personas con discapacidad y empleo expuestas.	59
4.- DISCAPACIDAD: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL	60
4.1.- Consideraciones previas.	60

4.2.- El concepto de discapacidad en la legislación española.	60
4.2.1.- Antecedentes legales previos al concepto de discapacidad establecido en la LISMI.	60
4.2.2.- Evolución del concepto de discapacidad a partir de la LISMI.	63
4.3.- Situaciones fronterizas con la discapacidad.	65
4.3.1.- Incapacidad laboral.	66
4.3.1.1.- <i>Incapacidad Permanente</i> .	66
4.3.1.2.- <i>Diferencias entre discapacidad e incapacidad laboral.</i>	72
4.3.1.3.- <i>Incapacidad Temporal y Enfermedad</i>	74
4.3.2.- Incapacidad de obrar.	79
4.3.2.1.- <i>Concepto.</i>	79
4.3.2.2.- <i>Distinción entre incapacidad de obrar y discapacidad.</i>	83
4.3.3.- Dependencia.	84
4.3.3.1.- <i>Concepto y caracterización.</i>	84
4.3.3.2.- <i>Distinción entre dependencia y discapacidad.</i>	87
5.- RECONOCIMIENTO Y DISTINCIÓN DENTRO DE LA DISCAPACIDAD.	88
5.1.- Normas y reglamentos sobre el reconocimiento de la discapacidad.	88
5.2.- Procedimiento administrativo para el reconocimiento de la discapacidad.	91
5.3.- Segmentos diferenciadores en la discapacidad.	94
5.3.1.- Grados.	94
5.3.2.- Tipos: físico, psíquico y sensorial.	96
5.3.3.- Factores sociales y ayuda de tercera persona.	99
6.- LA SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD ANTE EL EMPLEO.	99
6.1.- Equiparación legal de los derechos de la discapacidad al incapacitado laboral.	99
6.2.- Determinación de la discapacidad a efectos laborales.	104
6.3.- Consideración de persona con discapacidad con especiales dificultades de empleo.	107
6.4.- Comentarios sobre la prestación del consentimiento para trabajar del incapacitado judicial.	110
7.- CONSIDERACIONES FINALES.	112

CAPÍTULO II.

EL TRABAJO PROTEGIDO.

NORMATIVA REGULADORA.

1.- EL TRABAJO PROTEGIDO EN LAS NORMAS INTERNACIONALES.	115
.....	
1.1.- Consideraciones previas	115
1.2.- Naciones Unidas	118
1.2.1.- Declaración Universal de Derechos Humanos.	119
1.2.2.- Declaración de los Derechos del Retrasado Mental.	120
1.2.3.- Declaración de Derechos de los Impedidos.	120
1.2.4.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	121
1.2.5.- Programa de Acción Mundial para las personas discapacitadas.	122
1.2.6.- Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.....	124
1.2.7.- Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad de Nueva York.....	124
1.3.- Organización Internacional del trabajo	125
1.3.1.- Convenios.....	126
1.3.2.- Recomendaciones.....	130
1.4.- Normativa Europea	132
1.4.1.- El Consejo de Europa.	132
1.4.1.1.- <i>Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales</i>	133
1.4.1.2.- <i>Carta Social Europea</i>	133
1.4.2.- La Unión Europea.	135
1.4.2.1.- <i>Derecho Originario</i>	136
1.4.2.1.1.- Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.....	136
1.4.2.1.2.- Tratado de Maastricht.....	137

1.4.2.1.3.- Tratado de Ámsterdam.	137
1.4.2.1.4.- Constitución Europea.	138
1.4.2.2.- <i>Derecho Derivado</i>	139
1.4.2.2.1.- Instrumentos vinculantes.	139
1.4.2.2.2.- Instrumentos no vinculantes.	140
1.4.2.2.3.- Otros Instrumentos.	143
2.- LEGISLACIÓN ESTATAL.	148
2.1.- Aproximación histórica al trabajo protegido en España.	148
2.1.1.- Consideraciones previas.	148
2.1.2.- Los centros de empleo protegido (1968-1976).....	149
2.1.2.1.- <i>Definición, evolución y características.</i>	150
2.1.2.2.- <i>Diferencias y similitudes de los CEP con los CEE.</i>	152
2.1.3.- Las empresas protegidas y los centros especiales de iniciación productiva (1981-1985).	154
2.1.3.1.- <i>Empresas Protegidas</i>	155
2.1.3.2.- <i>Centros Especiales de Iniciación Productiva.</i>	156
2.2.- Marco normativo.	158
2.2.1.- Constitución Española.	158
2.2.2.- Normativa con Rango de Ley.....	161
2.2.2.1.- <i>Estatuto de los Trabajadores.</i>	161
2.2.2.2.- <i>Ley de Empleo.</i>	162
2.2.2.3.- <i>Ley de Integración Social de los Minusválidos</i>	162
2.2.2.4.- <i>Ley de igualdad de oportunidades no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.</i>	166
2.2.2.5.- <i>Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social</i>	169
2.2.3.- Acuerdos MTAS-CERMI.....	171
3.- VALORACIÓN DE LA SITUACIÓN ACTUAL DEL EMPLEO PROTEGIDO EN EL MARCO INTERNACIONAL Y ESTATAL	173

CAPÍTULO III.

BONIFICACIONES EN LA CONTRATACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS.	177
2.- EL SISTEMA DE BONIFICACIONES EN EL ORDENAMIENTO LABORAL ESPAÑOL. CUESTIONES GENERALES.	180
2.1.- El sistema de cotización a la Seguridad Social y su bonificación.	180
2.2.- Tipos de bonificaciones.	181
2.2.1.- Bonificaciones genéricas y específicas.	182
2.2.2.- Bonificaciones por porcentajes o por cuotas anuales.	182
2.3.- Bases legales para la discriminación positiva laboral por medio de las bonificaciones de cuotas.	184
2.4.- Evaluación y evolución del impacto de las bonificaciones.	185
3.- EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE BONIFICACIONES.	187
3.1.- Contratación de personas con discapacidad en el empleo ordinario hasta el año 2006.	187
3.2.- Contratación de personas con discapacidad en empleo protegido hasta el año 2006.	190
3.2.1.- Bonificaciones en los CEE antes del RD 1368/1985.	190
3.2.2.- Mantenimiento de las bonificaciones después del RD 1368/1985.	192
3.3.- Integración de los CEE en los programas de fomento de empleo generales: Real Decreto-ley 5/2006, para la mejora del crecimiento y del empleo.	195
3.3.1.- Nuevos beneficiarios.	197
3.3.2.- Modificaciones en el sistema de aplicación.	198
3.3.2.1.- Complejidad en la materialización práctica.	199
3.3.2.2.- Desincentivación de la promoción de los trabajadores.	200
3.3.3.- Exclusiones.	202

4.- SISTEMA DE INCETIVACIÓN ACTUAL: LA LEY 43/2006 PARA LA MEJORA DEL CRECIMIENTO Y DEL EMPLEO.	204
4.1.- Beneficiarios.	205
4.2.- Bonificación de trabajadores con discapacidad en empleo ordinario.	206
4.2.1.- Cuantía.	206
4.2.2.- Bonificación en la contratación a jornada parcial	209
4.3.- Recuperación de la bonificación íntegra para los CEE	210
4.4.- Exclusiones.	211
4.4.1.- Exclusiones por cambio de trabajo y retorno	212
4.4.2.- Exclusión por cambio de trabajo.	213
4.4.3.- Exclusión por retorno.	214
4.4.4.- Transformación en indefinidos de contratos temporales.	216
4.4.5.- Extinción improcedente y falta de pago de cuotas.	217
4.4.5.1.- <i>Exclusión por extinción improcedente.</i>	217
4.4.5.2.- <i>Exclusión por falta de ingreso.</i>	218
4.5.- Ajustes por medio de la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.	218
4.6.- Comparativa entre bonificaciones de empleo ordinario y protegido.	219
5.- SUPUESTOS ESPECIALES.	221
5.1.- Bonificaciones para la ONCE.	221
5.2.- El contrato de fomento del empleo en los CEE.	222
5.2.1.- Condiciones de contratación.	222
5.2.2.- Posibilidad de contratación por medio de la modalidad de Fomento de empleo por los CEE.	223
5.2.3.- Espiguo de condiciones más beneficiosas.	224
6.- VALORACIÓN DEL SISTEMA ACTUAL DE INCENTIVACIÓN DEL EMPLEO DE PERSONAS CON DISCAPACIAD POR MEDIO DE LAS BONIFICACIONES.	225

CAPÍTULO IV.

CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO.

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS.	227
2.- MARCO NORMATIVO.	228
2.1.- Real Decreto 2273/1985, por el que se aprueba el reglamento de los CEE.	228
2.2.- Legislación de las CCAA.	229
3.- PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS.....	238
3.1.- Realización de un trabajo productivo y participación regular en operaciones de mercado.	239
3.2.- Empleos remunerados.	240
3.3.- Prestación de servicios de ajuste personal y social.	241
3.4.- Medio de integración al mercado ordinario de trabajo.	244
3.5.- Plantilla integrada por personas con discapacidad.	248
4.- DELIMITACIÓN DE FIGURAS AFINES A LOS CEE.	252
4.1.- Centros Ocupacionales.	253
4.2.- Centros de Rehabilitación e Integración Social.	256
4.3.- Empleo con apoyo.	257
5.- REQUISITOS CONSTITUTIVOS.....	260
6.- MODALIDADES DE CEE.	262
6.1.- Públicos o privados.	262
6.2.- Con o sin ánimo de lucro.	262
6.3.- Locativos y de actividades.	267
6.4.- Independientes o dentro de estructuras sociales o empresariales.	272
.....	272
7.- LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL.....	277
7.1.- Antecedentes y normativa aplicable.	277
7.1.1.- Antecedentes.	277
7.1.2.- Justificación de la relación laboral especial.	278
7.1.3.- Fuentes.	280

7.2.- El trabajador con discapacidad a efectos de la RLE	281
7.3.- La intervención del SEPE	284
7.4.- Equipos multiprofesionales	288
7.5.- Contrato de trabajo	293
7.5.1.- Forma	293
7.5.2.- Objeto	294
7.5.3.- Modalidades	295
7.5.4.- Periodo de adaptación	297
7.6.- Contenido de la relación laboral	298
7.6.1.- Jornada de trabajo	298
7.6.2.- Salario	300
7.6.2.1.- <i>Incentivos</i>	300
7.6.2.2.- <i>Contratos a bajo rendimiento</i>	302
7.7.- Modificación y extinción del contrato	304
7.7.1.- Modificación del contrato	304
7.7.2.- Extinción del contrato	305
7.8.- Transición	307
8.- REFLEXIÓN SOBRE LA ACTUAL CONFIGURACIÓN DE LOS CEE	309

CAPÍTULO V.

LOS ENCLAVES LABORALES.

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS	311
2.- LOS ENCLAVES LABORALES	313
2.1.- Marco Normativo	313
2.2.- Concepto y elementos caracterizadores	314
2.3.- Objetivos de los enclaves	315
2.3.1.- Promoción y favorecimiento del tránsito al empleo ordinario ..	315
2.3.2.- El trabajo en entornos ordinarios	318
2.3.3.- Evidenciar las capacidades de los trabajadores a los futuros empleadores	318

2.3.4.- Incremento de actividades de los CEE.	319
2.3.5.- Medida alternativa a la cuota de reserva.	320
2.3.5.1.- Cuota de reserva.	321
2.3.5.2.- Inclusión del enclave como medida alternativa.....	323
2.3.5.3.- Requisitos y limitaciones.....	324
2.3.6.- Discriminación positiva de trabajadores con discapacidades severas.	325
3.- TRABAJADORES DEL ENCLAVE.	329
3.1.- Composición de la plantilla.	329
3.1.1.- Trabajadores con discapacidad.....	329
3.1.2.- Encargados del enclave.	332
3.2.- Organización del trabajo en el enclave.	334
3.3.- Mantenimiento de la relación laboral especial en el enclave.	336
3.4.- Contratos laborales, convenios colectivos de aplicación y altas en seguridad social.	337
4.- CONTRATO DE ENCLAVE, SUJETOS Y CARACTERISTICAS.	339
4.1.- Sujetos.	339
4.1.1.- Centro Especial de Empleo.	339
4.1.2.- Empresa colaboradora.	342
4.2.- Características del contrato.	344
4.2.1.- Forma.....	344
4.2.2.- Identificación de las partes.	345
4.2.3.- Objeto del contrato.	345
4.2.4.- Número de trabajadores.....	347
4.2.5.- Lugar de prestación de servicios.	348
4.2.6.- Duración del contrato.	350
4.2.6.1.- <i>Duración mínima.</i>	351
4.2.6.2.- <i>Duración máxima.</i>	352
4.2.7.- Contraprestación.....	355
4.2.8.- Registro de los contratos.	355
4.2.8.1.- Obligados.....	355
4.2.8.2.- Órgano competente.....	356
4.2.9.- Informe de la Autoridad Laboral.....	357
4.3.- Naturaleza jurídica del contrato.	357

4.3.1.- Enclave como contrata de obras o servicios.....	358
4.3.2.- Aproximación al término “actividad normal de la empresa”....	359
4.3.3.- Enclaves y cesión ilegal de trabajadores.....	360
4.4.- Enclaves propios e impropios.	367
5.- TRÁNSITO A LA EMPRESA ORDINARIA.	369
5.1.- Nulidad en la prohibición de transición.	370
5.2.- Modalidades de incorporación.	371
5.3.- Periodo de prueba.	372
5.4.- Excedencia en el CEE.	373
5.5.- Incentivos a la transición.	375
5.5.1.- Bonificaciones.....	375
5.5.2.- Subvenciones.....	376
6.- PREVENCIÓN DE RIESGOS.	378
6.1.- Cooperación en la protección y prevención.	379
6.2.- Protección por cualidades del trabajador y por riesgos específicos de la actividad.	382
7.- RESPONSABILIDADES.	385
7.1.- Salariales.	385
7.2.- De Seguridad Social.	386
7.3.- Deudas por prestaciones.	387
7.4.- Por incumplimientos en materia preventiva.	387
7.4.1.- Recargo de prestaciones.....	387
7.4.2.- Sanciones administrativas.....	388
7.4.3.- Responsabilidades civiles y penales.....	389
8.- REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA.	391
8.1.- Trabajadores del CEE.	391
8.2.- Empresa colaboradora.	392
9.- CONCLUSIONES SOBRE LA UTILIZACIÓN DEL CONCEPTO DE LOS ENCLAVES LABORALES COMO GUIA DE LOS FUTUROS CEE.	393
CONCLUSIONES	395
BIBLIOGRAFIA CITADA	403

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AAVV	Autores Varios.
art.	Artículo.
AS	Aranzadi Social.
BO	Boletín Oficial.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
C.C.	Código Civil.
CCAA	Comunidades Autónomas.
CE	Constitución Española.
CEE	Centro Especial de Empleo.
CEP	Centros de Empleo Protegidos.
CERMI	Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
Cfr.	Confróntese.
CIDDM	Clasificación Internacional de Discapacidades, Deficiencias y Minusvalías.
CIF	Clasificación Internacional del funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud.
CO	Centro Ocupacional.
Coord.	Coordinador.
CRIS	Centro de Rehabilitación e Integración Social.
DA	Disposición Adicional.
Dir./Dir.	Director/Directores.
DO	Diario Oficial.
DOC	Referencia Aranzadi de legislación.
DOL	Referencia Aranzadi de legislación.
Ed.	Editorial.
EDDES	Encuesta sobre Deficiencias, Discapacidades y Estado de Salud.
EDDM	Encuesta sobre Discapacidad, Deficiencias y Minusvalías.
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores.
FD	Fundamento de Derecho.
IMSERSO	Instituto de Mayores y Servicios Sociales.
INE	Instituto Nacional de Estadística.
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social.
IP	Incapacidad Permanente.
IT	Incapacidad Temporal.
LCEur	Referencia Aranzadi de legislación.
LGPDIS	Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social.

LGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
LIONDAU	Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades y de integración para las personas con discapacidad.
LISMI	Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social. los CEE.
LPL	Real Decreto Legislativo 2/1995 de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.
MTAS	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
núm.	Número.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
OM	Orden Ministerial.
OMS	Organización Mundial de la Salud.
<i>op. cit.</i>	Obra citada.
Pág.	Página.
RCL	Repertorio Cronológico de Legislación Aranzadi.
RCUD	Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.
RD 1368/1985	Real Decreto 1368/1985, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en CEE
RD 2273/1985	Real Decreto 2273/1985, por el que se aprueba el reglamento de
RD	Real Decreto.
rect.	Rectificado.
RJ	Referencia Jurídica Aranzadi.
RLE	Relación Laboral Especial
SERVEF	Servicio Valenciano de Empleo y formación.
ss.	Siguientes.
STC	Sentencia Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia.
TC	Tribunal Constitucional.
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.

INTRODUCCIÓN.

1.- LA INSERCIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La integración laboral de las personas con discapacidad, tendría que ser el centro de las estrategias de servicios sociales y laborales, por encima de las organizaciones y de los instrumentos de promoción de empleo que se han ido creando para favorecerla. Estos deben regenerarse y modernizarse para prestar su apoyo de una forma más eficaz. La preocupación por las personas con especiales dificultades de acceso al empleo, debe enfocarse en fomentar su inclusión laboral.

El punto de partida de las políticas laborales, en especial las dedicadas a la promoción del empleo de las personas con discapacidad, debería tomar en consideración que su finalidad es su integración en la sociedad¹. El trabajo no sólo es un medio de vida, sino también un medio de integración y cohesión social. El empleo, por su conexión con las relaciones sociales y por los bienes materiales que proporciona, mejora la integración social, también, de las personas con discapacidad².

¹ “Entiendo que toda medida política o jurídica que pretenda dar una adecuada satisfacción a los problemas a los que se enfrentan las personas con discapacidad está errando en su objetivo si no atiende a las demandas que las propias personas con discapacidad realicen o si no pretende conseguir como fin último el que cada una de las personas con discapacidad pueda, como cualquier otra persona, en la medida de lo posible, diseñar sus propios planes de vida y actuar libremente para la efectiva consecución de los mismos.” CAMPOY CERVERA, I. “Una aproximación a las nuevas líneas de fundamentación de los derechos de las personas con discapacidad”. Revista Telemática de Filosofía del Derecho. Núm. 8. 2004/2005. Pág. 133.

² El trabajo es un factor que mejora la calidad de vida de las personas con discapacidad, incrementa su valoración social, su autoestima, la integración social y sus habilidades sociales, en este sentido véase: JENARO, C., FLORES, N., RODRÍGUEZ, P., “Calidad de vida laboral como marco para valorar el empleo y las actividades ocupacionales de trabajadores con discapacidad: recursos, demandas y riesgos psicosociales”. En AA.VV. (Coords. VERDUGO ALONSO, M. A., JORDÁN DE URRIES VEGA, F. B.),

La inclusión de las personas con discapacidad ha de realizarse en empleos ordinarios y únicamente de forma subsidiaria con protegidos³. La integración social se realiza plenamente cuando las personas con discapacidad se encuentran en entornos normalizados⁴ y la inclusión laboral efectiva debe ser fomentada al beneficiar a todos los individuos de la sociedad, es decir, a quienes sobrellevan la discapacidad y a los que comparten su trabajo con las ellas⁵.

Partiendo de la base de que la gran mayoría de las personas con discapacidad, con los apoyos necesarios, podrían trabajar en el medio ordinario, esta integración debe garantizar el equilibrio entre normalización laboral y la prestación de los apoyos específicos. Se sabe que algunos entornos ordinarios pueden provocar aislamiento para algunos trabajadores con discapacidades severas⁶, y no se debe integrar en contra de las personas, sino que se debe buscar la calidad de vida laboral⁷. Es necesario recordar que el trabajo debe estar hecho para la persona y no al revés, y es el trabajador el que le aporta dignidad⁸ a su cometido.

Las empresas ordinarias crean los empleos donde deberían incorporarse, también, las personas con discapacidad. Ahora bien, por una lógica basada en la productividad material y en prejuicios, las empresas históricamente no les contratan. Para hacer frente a este problema, en el año 1968 se creó la obligación de reserva de empleo para este colectivo, obligando a las empresas de más de cincuenta trabajadores a que al menos un

Rompiendo inercias. Claves para avanzar. VI Jornadas científicas de investigación sobre personas con discapacidad. Amarú Ediciones. Salamanca. 2006. Pág. 421.

³ LAHERA FORTEZA, J., “Acceso al Mercado Laboral y contratación de los discapacitados”. En AA.VV. (Dir. VALDES DAL-RE, F.) *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*. Editorial Biblioteca Nueva. Madrid. 2005. Pág. 134 y ESTEBAN LEGARRETA, R., “La relación laboral especial. Algunas cuestiones vertebradoras de su régimen jurídico”. En AA.VV. (Dir. ESTEBAN LEGARRETA, R., PÉREZ AMORÓS, F.), *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009. Pág. 49. Subrayan ambos autores la subordinación de los instrumentos especiales de integración protegida al acceso al mercado ordinario de trabajo.

⁴ JENARO, C., FLORES, N., RODRÍGUEZ, P., “Calidad de vida laboral ...” *op. cit.*, pág. 421.

⁵ La Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006 (ratificada en España por Instrumento de 23 noviembre 2007. BOE núm. 96, de 21 abril 2008 (RCL 2008\950)), reconoce en su Preámbulo, letra m), el valor de la diversidad que aportan las personas con discapacidad a la sociedad.

⁶ Afirman los autores que “en situaciones de empleo ordinario las personas con mayores niveles de retraso no sólo presentan un menor rendimiento laboral sino también un mayor aislamiento de sus compañeros y de sus supervisores, puesto que aspectos relacionados con la producción pueden reducir la atención prestada a estos otros aspectos” JENARO, C., FLORES, N., RODRÍGUEZ, P., “Calidad de vida laboral...” *op. cit.*, Pág. 420.

⁷ A este respecto indican que “La Calidad de Vida Laboral tiene que ver con la satisfacción, salud y bienestar del trabajador, también con todo aquello relacionado con su entorno de trabajo” JENARO, C., FLORES, N., RODRÍGUEZ, P., “Calidad de vida laboral...” *op. cit.* Pág. 421.

⁸ JUAN PABLO II. *El trabajo Humano*. Artes Gráficas Gar Vi. Madrid. 1981. Pág. 19.

2 por cien de su plantilla tenga certificado de discapacidad. Incluso contando con un cumplimiento óptimo, que está todavía lejano a la realidad⁹, de la obligación de reserva de empleo, no se generaría trabajo para todas las personas con discapacidad en el medio ordinario¹⁰.

En el estudio de la inserción laboral de las personas con discapacidad se comprueba que las tasas de inactividad en este sector de población son muy altas¹¹, aumentando en quienes tienen una discapacidad severa. Habría que distinguir que dentro del grupo de las personas con certificado de discapacidad existen dos extremos; por un lado, el de quienes no necesitan apoyos, y por otro lado, el de quienes los precisan constantemente.

Teniendo presente la diversidad humana y la heterogeneidad de capacidades, se ha de concluir que la problemática de cada persona con discapacidad es distinta¹², que existen infinidad de variables en las discapacidades que se padecen, y cada una necesitará de apoyos más o menos intensos, para lograr y/o mantener sus empleos¹³. Para esta diversidad de situaciones deben existir varias opciones de empleo, mercado ordinario, empleo protegido o empleo con apoyo¹⁴.

⁹ Respecto del incumplimiento histórico, de las medidas que apoyan la integración laboral de las personas con discapacidad, entre ellas la obligación de reserva de empleo, ver ESTEBAN LEGARRETA. R., *Una perspectiva histórica de la intervención de los poderes públicos a favor del empleo de las personas con discapacidad. Documentación laboral*. Núm. 64. Ediciones Cinca. Madrid. 2001. Págs. 121 y 122.

¹⁰ La Estrategia Global de Acción Para el Empleo de Personas con Discapacidad 2008-2012, afirma que pese a que se cumple cada vez más con la obligación de la reserva de empleo, el tejido empresarial que se compone principalmente de PYMES, donde más del 50% de los trabajadores asalariados trabajan en medianas y pequeñas empresas, impiden el cumplimiento óptimo de la medida. http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/Estrategia_global_personas_discapacidad_2008_2012.pdf Consultado el 4 de octubre de 2015.

¹¹ Respecto de las altas tasas de inactividad de muchas personas con discapacidad, el *III Plan de acción para las personas con discapacidad (2009-2012)* de julio de 2009, establecido por el Ministerio de Sanidad y Política Social, pág 37 (ejemplar fotocopiado), afirma que “*Ante esta situación, buena parte de las personas con discapacidad especialmente las mujeres, se ven abocadas a permanecer en sus casas, fuera de las actividades laborales y para las que la única opción es percibir una pensión no contributiva, con el efecto perverso de perpetuar su situación y de no manifestar siquiera la necesidad de acceder a un empleo*”.

¹² MARÍN CALERO, C., respecto de las personas con discapacidad intelectual, afirma de una manera rotunda que “*Las características de las personas que la padecen, de los problemas que les provoca o a los que se enfrentan y, por tanto, las soluciones que les convienen son igualmente muy diferentes en cada caso. Es más, con frecuencia, lo que es bueno y apropiado para una persona con un tipo de discapacidad resulta contraproducente e inadecuado para personas discapaces por otra razón o de otra manera.*” *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*. Editorial Centro de estudios Ramón Areces. Madrid. 2005. Pág 1.

¹³ VERDUGO ALONSO, M. A., JORDÁN DE URRIES VEGA . F.B., VICENT. C. y MARTÍN, R., “Integración laboral y discapacidad”. En AA.VV. (Coords. VERDUGO ALONSO, M. A., JORDÁN DE URRIES VEGA, F. B.), *Rompiendo inercias. Claves para avanzar. VI Jornadas científicas de investigación sobre personas con discapacidad*. Amarú Ediciones. Salamanca. 2006. Pág 444.

¹⁴ Véase Capítulo V, punto 4.3.- Empleo con apoyo.

La legislación internacional entiende que debe primarse el acceso al mercado de trabajo ordinario para las personas con discapacidad y que tiene que crearse algún tipo de empleo protegido para quienes tengan dificultades de acceder al mercado abierto, fomentando con los empleos protegidos el derecho al trabajo.

El empleo protegido fue concebido en sus inicios “*para aquellos que, debido a necesidades especiales o incapacidad particularmente grave, no puedan hacer frente a las exigencias del empleo competitivo*”¹⁵. Esta idea inicial fue plasmada en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos¹⁶ (LISMI), que supuso el inicio de un período de esperanza en la integración laboral de las personas con discapacidad.

En ella se determinaba que los Centros Especiales de Empleo (CEE), debían dedicarse a dar trabajo a personas con discapacidades severas. No obstante, el transcurso del tiempo distorsionó sus principios inspiradores, perdiendo el objetivo para los que fueron creados, puesto que la actuación de empresas y entidades, respaldadas con las autorizaciones de las administraciones e incluso por medio del propio legislador, fue modificándose hasta la actual situación, en la que los CEE actúan como instrumento laboral para cualquier tipo de discapacidad¹⁷.

Su utilización de forma indiscriminada para todas las situaciones discapacitantes puede tener efectos contraproducentes¹⁸, no sólo por dejar de tener como referente el empleo ordinario, sino que además la competencia por los puestos de empleo protegido conlleva a que quienes más los necesitan, por sus dificultades de acceso al mercado ordinario, no tengan acceso a los mismos.

La variable percepción y conceptualización, de la discapacidad ha sido determinante en la difuminación de los derechos del colectivo de personas con discapacidad y sus necesidades de apoyo.

¹⁵ Resolución 37/52 de 3 de diciembre de 1982 <http://www.un.org/esa/socdev/enable/diswps00.htm> Consultado el 01/08/2015.

¹⁶ BOE núm. 103, de 30 de abril de 1982.

¹⁷ El Informe de la Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo, CONACEE, denominado “Las políticas de inserción laboral de las personas con discapacidad a través del mercado de trabajo protegido: Aspectos críticos para su mantenimiento y desarrollo sostenible” afirma que la composición de los CEE “*se corresponden aproximadamente con la estructura de la población con discapacidad en el Estado español*” por lo que evidentemente no tienen ninguna especialidad. <http://conacee.org/wp-content/uploads/2014/07/2014-01-BMcK-Resumen-Ejecutivo-INFORME-MERCADO-PROTEGIDO.pdf> Consultado el 20 de septiembre de 2015.

¹⁸ GARRIDO PÉREZ, E., “Trabajadores minusválidos: de la protección a la promoción”. *Temas laborales*. Núm. 51. 1999. Pág. 34.

Los datos muestran que las políticas de inserción social de hace 30 años estaban dirigidas a un grupo de población social muy inferior en número, y que las etiologías y grados de dicha población también eran distintos. Una vez evidenciado el incremento poblacional, las políticas y acciones a favor de las personas que las necesitan deberían volver a ser analizadas, estudiadas y evaluadas, pues el estancamiento en políticas pensadas para grupos de población distintos sólo conduce a resultados carentes de virtualidad¹⁹.

En la década de los 80, los CEE se creaban por entidades sin ánimo de lucro, en su mayoría fundadas por familiares de personas con discapacidades severas. Por medio de estos centros, pretendían crear no sólo un empleo, sino fundamentalmente un lugar donde se cuidara y atendiera a los trabajadores de forma especial, manteniendo estructuras y concepciones muy cercanas a los centros ocupacionales. Esta situación evolucionó promocionando las capacidades de los trabajadores y la rentabilidad de los centros, abriendo sus servicios hacia el exterior.

Tras el progresivo descubrimiento por parte de muchas empresas de los beneficios, en cuanto a ayudas y bonificaciones que tienen los CEE, su crecimiento cambió de rumbo y se incrementó fomentando que muchos centros de empleo protegido formaran parte de estructuras empresariales dedicadas al uso intensivo de mano de obra, con ello también cambió la configuración de los trabajadores que prestan servicios en ellos, si en el año 2008 la población con discapacidad psíquica en empleo protegido era de un 48% en el año 2014 únicamente llegaba al 29%²⁰.

¹⁹“Las políticas de mercado de trabajo, en general, y las políticas activas en particular, deben verse sometidas a una evaluación sistemática y concienzuda.....la evaluación de estas políticas resulta imprescindible no sólo porque a través de ella es posible conocer el grado de cumplimiento de los objetivos propuestos sino también la eficiencia de los programas, esto es, si las acciones diseñadas, llevadas a la práctica tienen los efectos deseados, y todo ello es necesario para mejorar su diseño y lograr mejores resultados.” AA.VV. (Dir. TOHARIA CORTES, L.), *El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la seguridad social para el empleo en la afiliación a la seguridad social: un intento de evaluación macroeconómica, macroeconómica e institucional*. Diciembre 2008. <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/115801.pdf> Consultado el 21 de septiembre 2010. Ejemplar multicopiado. Pág. 27.

²⁰ El estudio de: GABINETE DE ESTUDIOS SOCIOLÓGICOS EMIKER, *Situación real de las personas con discapacidad respecto al empleo. Ejemplar multicopiado*. <http://www.fekoor.com/descargas.php> Consultado el 31/03/2009. Pág. 33. Muestra la tabla que representa los diferentes tipos de discapacidad en el conjunto del empleo y en el empleo en los CEE en el año 2008.

	Ocupación	Empleo en CEE
Discapacidad física	58,9	42,6
Discapacidad intelectual	11,0	36,4
Enfermedad mental	9,7	11,8
Discapacidad sensorial	20,3	9,2

El nuevo RD-Leg 1/2013 de 29 de noviembre, por el que se aprueba la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social²¹, LDPDIS, en lugar de clarificar y avanzar en la integración, ha eliminado la subsidiariedad del empleo protegido frente al ordinario y, además, ha asimilado el concepto de incapacidad laboral con el de discapacidad. Ahora, más que nunca, es necesario redefinir qué es la discapacidad y determinar a quién se pretende ayudar a integrar en la sociedad y en el trabajo.

Los CEE históricamente han prestado una gran labor para la integración de las personas con discapacidad, demostrando no sólo ser un motor de su empleo²², sino un gran medio de visibilidad de la capacidad laboral. Transcurridos más de treinta años de la creación de esa figura laboral en la legislación española, y habiendo evolucionado el mercado laboral, la tecnología que elimina barreras, la concepción social de la discapacidad y las políticas de empleo en el entorno ordinario, no tiene sentido que la regulación de los CEE quede estancada.

El empleo protegido debería progresar para mejorar las condiciones de integración de las personas con discapacidad, como ya han señalado las asociaciones de representantes de personas con discapacidad²³ y la Administración²⁴. Se debería perfeccionar su regulación ajustando los medios y las obligaciones del empleador, para

El referido informe de la CONACEE, “Las políticas de inserción laboral de las personas con discapacidad a través del mercado de trabajo protegido...” afirma que en el año 2011, había cambiado a: “48% de personas con discapacidad física, un 42% con discapacidad psíquica y un 10% con discapacidad sensorial” habiendo bajado la población de personas con discapacidad psíquica en más de 6 puntos porcentuales, en sólo 4 años. Los datos de la Consellería de Ocupación de la Generalitat Valenciana, que se expondrán en el capítulo IV, indican en la Comunidad Valenciana en el año 2011 los trabajadores con discapacidad psíquica eran un 38,44% y sólo cuatro años más tarde el año 2014 han bajado a sólo un 28,99%.

²¹ BOE núm. 289 de 3 de diciembre de 2013.

²² Sobre la expansión de los CEE desde los años 90 hasta la actualidad ver ESTEBAN LEGARRETA. R., PÉREZ AMORÓS, F., “Estudio introductorio”. En AA.VV. (Dirs. ESTEBAN LEGARRETA. R., PÉREZ AMORÓS, F.), *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009. Pág. 35.

²³ Ver informe XXVI JORNADES DE TALLERS PER A DISMINUÏTS PSIQUICS DE CATALUNYA, *El Centro Especial de Empleo en Cataluña. Una visión estratégica*. Ejemplar multicopiado. 2006. (ejemplar multicopiado) o la COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Estrategia Global de acción para el empleo de personas con discapacidad. 2007-2008. Propuesta CERMI*. Ediciones Cinca. Madrid. 2007. Pág. 147.

²⁴ Estrategia Global de Acción Para el Empleo de Personas con Discapacidad 2008-2012. “Al realizar un balance retrospectivo de los veinticinco años de vigencia de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI), que en su día constituyó una norma avanzada que sentó los cimientos de las políticas públicas de discapacidad, se percibe que en su aplicación y desarrollo posteriores ha generado disfunciones y que tiene carencias, así como innegables aciertos.” La Estrategia fue formalizada como acuerdo entre Los Ministerios de Educación, Política Social y Deporte y Trabajo e Inmigración.

que el capital que aporta el Estado por medio de subvenciones y bonificaciones, llegue a su fin último que no es otro que el de mejorar la vida de las personas con discapacidad.

Los CEE son un buen instrumento de integración laboral, pero no debe utilizarse para todas las discapacidades de forma indiscriminada, sino para quienes tienen especiales dificultades de acceder al empleo ordinario. Cualquier otra concepción o regulación, encaminada a la contratación de personas con discapacidades leves, puede convertirse en una forma de abaratar los costes de producción de las empresas. La integración laboral no puede darse contra otros sistemas productivos porque eso provoca que, desde el sector ordinario, se vea al de CEE como un sistema de dumping económico y social²⁵. Por ello estimo necesario realizar una crítica, severa y constructiva sobre el sistema actual de CEE y su promoción.

La inserción laboral de las personas con capacidades laborales bajas debe ser promocionada, desde la inactividad o desde los centros ocupacionales²⁶ o los centros de rehabilitación e integración social²⁷ hacia el empleo protegido en los CEE. Estos deben estar preparados para acogerlas y proporcionarles un empleo productivo y remunerado. El coste para la Administración, de una plaza asistencial es mayor que el de un empleado de CEE²⁸. Además los usuarios de estos recursos sociales, son habitualmente perceptores de prestaciones no contributivas y, al tener un salario dejan percibirlos, por lo que

²⁵ El sector de limpieza de edificios y locales creó en el año 2010 un observatorio en el que relacionaba a los CEE con la competencia desleal en su sector. http://www.diversas.ccoo.es/comunes/recursos/20/518242-informacion_sobre_el_Observatorio_Estatal_del_Sector_de_Limpieza_de_Edificios.pdf Consultado el 08 de enero 2014.

²⁶ Véase Capítulo IV punto 4.1.- Centros Ocupacionales.

Sobre su evolución a CEE véase HERRERA CUEVAS, E. J., “La sucesión contractual de empresas de limpieza y la relación especial de trabajo en centro especial de empleo”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*. Núm. 21. 1996. Pág. 24, el autor estima que los CEE deberían “*catapultar el máximo de asalariados al empleo común y así, dentro de una capacidad limitada, librar puestos laborales “protegidos” para quienes se hallan en el peldaño ocupacional, extendiendo el empleo del colectivo minusválido*”.

²⁷ Véase Capítulo IV, punto 4.2.- Centros de Rehabilitación e Integración Social.

²⁸ Los costes medios anuales de un usuario de CO ascienden a 6.747,84€ en la Comunidad Valenciana, unidos al coste de una pensión no contributiva por invalidez cuya cuantía media son 4.221,70€, suman un coste total de 10.969,45€ al año. En cambio, los costes anuales de un puesto de trabajo en CEE son 8.608,10€, por lo que existe un ahorro anual de 2.361,35€, sin tener en cuenta las cotizaciones del trabajador a la seguridad social que son de media 783,60€, lo que provoca un ahorro al Estado de más de 3.000€ al año por persona. Sin tener en cuenta la creación de riqueza que generará el nuevo trabajador. Datos económicos, excepto el del coste usuario/CO, extraídos de RODRÍGUEZ CABRERO, G., GARCÍA SERRANO, C., TOHARIA, L., *Evaluación de las políticas de empleo para personas con discapacidad y formulación y coste económico de nuevas propuestas de integración laboral*. Ediciones Cinca. Madrid. 2009. Pág. 78.

económicamente el Estado lograría un ahorro²⁹ en atención/integración y una mayor satisfacción³⁰ de las personas con discapacidad, confirmando y consolidando su concepción como Estado Social.

2.- OBJETIVOS

A mi modo de ver, los CEE son un instrumento para la integración laboral y social de las personas con discapacidad, y, por ello, pretendo analizar la necesidad de continuar con este tipo de empleo como creador de oportunidades laborales para personas con discapacidad, eso sí, advirtiendo de la conveniencia de modificar el modelo vigente. Por medio de esta investigación fijaré la situación actual y propondré soluciones con las que mejorar los CEE como instrumentos de integración real y efectiva.

Para ello, mostraré las importantes deficiencias de la actual regulación con el objetivo de mejorarlas en una futura actuación a nivel legislativo, sabiendo que las ayudas que se destinan para la integración laboral son limitadas. Es necesario lograr que el capital invertido por el Estado en integración repercuta directamente en las personas con discapacidad y en su calidad de vida, no debiendo desviarse.

Una regulación adecuada debería individualizar las acciones de promoción de empleo y particularizar los apoyos necesarios en función de cada persona. Puesto que la legislación no puede personalizar todas sus actuaciones, este estudio pone de manifiesto que sí que es factible, además de conveniente, que, al menos, las medidas de inserción laboral segmenten el colectivo de personas con discapacidad en función de sus necesidades, elaborando las políticas de empleo según las necesidades de los grupos de personas. Todo ello partiendo de una idea central: la integración de los trabajadores se debe realizar en el medio laboral ordinario y, sólo excepcionalmente, a través del empleo protegido.

²⁹ MALO OCAÑA, M. A., “Las personas con discapacidad en el mercado de trabajo español”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Núm. 46. 2003. Pág. 122. Señala el autor que “(...) las administraciones públicas y las organizaciones de discapacitados deberían ir volviéndose conscientes que una evaluación no es una mera colección de tablas sobre gastos y participantes, sino un análisis sistemático sobre el aumento producido en las perspectivas de empleo de las personas que participan en los programas (...)”.

³⁰ JENARO, C., FLORES, N., RODRÍGUEZ, P., afirman en su artículo, que los indicadores de calidad en los programas de empleo deben buscar no únicamente una provisión de servicios y recursos, sino que deben tener un compromiso claro con el logro de los resultados, que en este caso son la satisfacción del trabajador y su integración laboral. En “Calidad de vida laboral como marco para valorar el empleo” *op. cit.* Pág. 418.

Uno de los objetivos principales de este estudio es observar la evolución de las políticas de promoción de empleo de personas con discapacidad, tanto a nivel nacional como internacional. En este último únicamente se comprobará cómo el empleo protegido está vigente en los planteamientos de los organismos supranacionales. En el ámbito estatal se evidenciará la evolución de las bonificaciones en la promoción laboral en el medio ordinario, frente al estancamiento de las mismas en el empleo protegido. En suma, mostraré que en el empleo protegido se están primando las estructuras frente a las personas.

Propongo volver a centrar el empleo protegido en las personas, y la preocupación por la inclusión de trabajadores con especiales dificultades, reenfocando el sistema desde la exclusión hacia la inclusión.

Valorando que el empleo en sí mismo es integración, se pondrá en valor el CEE como instrumento que ayuda en la integración laboral, por medio de la prestación de apoyos a sus trabajadores realizando ajustes personales y sociales. Igualmente se analizan los enclaves para evidenciar que las pequeñas ventajas que tienen actualmente, no son suficientes frente al excesivo encorsetamiento de la figura, lo que ha provocado una escasa expansión de su uso³¹.

Una vez acreditada la diferencia existente entre capacidades dentro de la discapacidad, pretendo explicar que no se ha trasladado dicha realidad a todos los modelos de empleo que pretenden la integración. El concepto de CEE, como medio de integración laboral de personas con especiales dificultades, es bueno para los itinerarios de integración laboral y personal, y, por lo tanto, para las personas con discapacidades severas, pero se debería volver hacia los principios que lo configuraron y avanzar en su definición como instrumento de apoyo a quienes realmente lo necesitan.

En suma, una de las finalidades del estudio es resaltar que en esta sociedad, centrada en la productividad, se ha dejado al margen el derecho al trabajo para ciertas personas, teniendo que recuperarlo para volver a consolidar la idea de que es una disciplina que, entre sus objetivos, está el de insertar laboralmente a todas las personas, incluyendo a las que presentan dificultades en el acceso al empleo ordinario.

³¹ En la Comunidad Valenciana, en el año 2014 se realizaron 4.780 contratos a personas con discapacidad en CEE y únicamente había 160 trabajadores en enclaves laborales.

3.- SISTEMÁTICA DEL ESTUDIO

El propósito fundamental del estudio es distinguir, en primer lugar, dentro de la discapacidad, entre dos grupos, quienes tienen especiales dificultades de acceso al empleo y quienes no las tienen, indicando la necesidad de que los CEE atiendan únicamente a las primeras, cumpliendo así, de forma óptima, su razón de ser.

Se realiza una distinción de la discapacidad y otras situaciones administrativas, y tras analizar las distintas necesidades de apoyo laboral, se estudia la normativa internacional que recomienda, únicamente de forma subsidiaria al empleo ordinario, la creación de empleo protegido. Seguidamente se estudia la creación de este tipo de empleo en España y la legislación precedente a la actual en nuestra normativa, sentando las bases sobre la que se ha construido el actual sistema especial de trabajo de los CEE.

A continuación, el estudio de la legislación sobre bonificaciones de cuotas, en este capítulo se mostrará cómo la promoción del empleo en el mercado ordinario ha evolucionado de trabajo bonificando de forma distinta los puestos de trabajo, en función de etiologías, grados, edades e incluso por razón de sexo y que, por el contrario, el mismo sistema de bonificaciones, no ha evolucionado para los CEE y su estancamiento no beneficia a los trabajadores con especiales dificultades.

Una vez determinadas las personas con discapacidad con especiales dificultades de acceso al empleo, el origen y la finalidad del empleo protegido, y comprobado que se puede desarrollar el modelo de promoción del empleo, como lo demuestra el progreso en el mercado ordinario de trabajo, se realiza el estudio pormenorizado de los CEE para observar como son en la actualidad y después se investigan los enclaves laborales, que son un instrumento más de integración, que pueden crear los CEE, y que junto con las bonificaciones indican un camino de atención diferenciada dentro de la discapacidad.

El eje central debe ser la persona, por encima de las organizaciones y de los instrumentos de promoción de empleo. No todas las discapacidades son iguales ni las circunstancias discapacitantes dificultan de la misma forma el acceso al empleo, por lo que los instrumentos de apoyo no deben poder ser utilizados indiscriminadamente por todas las personas, sino que lo serán en función de sus necesidades.

No se abordan en el estudio las medidas de protección social a las que tienen derecho las personas con discapacidad ni las subvenciones para la promoción del empleo de éstas, al considerar que pueden desviar el objetivo del trabajo que es el del empleo protegido,

referenciándolas de forma complementaria en algún apartado, para complementar alguna información o régimen jurídico que esté tratando.

Teniendo en cuenta las líneas señaladas en los párrafos anteriores, he estructurado el trabajo en cinco partes.

En el primer capítulo, se estudia el concepto de persona con discapacidad, realizando un examen profundo de los datos estadísticos a los que se ha tenido acceso para observar la evolución del número de personas con discapacidad, pudiéndose verificar la evolución de la población a la que pretenden dar cobertura las políticas de integración laboral. Se completa con el análisis del procedimiento administrativo que se ha de tramitar para lograr el reconocimiento del grado y las diferencias entre tipos y grados. Asimismo, se incluye la delimitación de la incapacidad laboral, comparándola con la discapacidad por ser, por un lado, su figura más cercana dentro del ámbito laboral y, por otro lado, porque el legislador de forma equivocada, ha llevado a cabo una pretendida equiparación legal entre ellas, lo que como se verá más adelante provoca distorsión en los objetivos de las políticas de empleo.

Finalmente, en ese capítulo también se hace mención a la capacidad de obrar y a la dependencia, conceptos cercanos al de discapacidad pero diferentes, con el fin de su relación con la contratación laboral y de aclarar su distinción.

En el segundo capítulo se procede a estudiar la creación del empleo protegido en la normativa española y en las recomendaciones internacionales. Con ello se evidenciará que fue creado para personas con discapacidades severas y que la comunidad internacional entiende que para estas personas de forma especial deben existir canales de empleo distintos del ordinario. En su investigación expongo las corrientes legislativas aprobadas hace años y las más recientes, las que tienen carácter vinculante y también las que no lo son, pero completan las primeras. Considero relevante este apartado por la repercusión que históricamente ha tenido sobre nuestra legislación y también por las propuestas verdaderamente avanzadas y modernas del mismo.

Dentro del nivel estatal analizaré y compararé los distintos modelos históricos de empleo protegido que se generaron en los años 1981 y 1985, es decir las empresas protegidas y los centros especiales de iniciación productiva, mostrando las diversas propuestas de empleo que, una vez actualizadas, pueden ser interesantes para una nueva regulación de los CEE.

En el tercer capítulo, una vez estudiada la motivación de la creación de un empleo específico para las personas con discapacidad, se estudian las bonificaciones aplicables en la contratación de personas con discapacidad, tanto en empleo ordinario como en el protegido. Puesto que la Seguridad Social es el eje central por medio del que se definen las políticas de empleo en España, el análisis de la evolución del sistema de bonificaciones nos muestra que la promoción de empleo ordinario ha ido cambiando y progresando, de forma contraria a la creación de empleo por medio de los CEE, que se estancó en el año 1985. Evidencia también este capítulo, que en el empleo ordinario los apoyos por medio de bonificaciones se ajustan en función de la capacidad de las personas, y de forma distinta en los CEE, no importa el grado de discapacidad ni el tipo de ésta, sino que las ayudas se han centrado en el empleador, otorgando a este una bonificación sin límite, frente a las limitaciones del sistema ordinario de empleo.

En el cuarto capítulo se analiza el marco normativo actual de los CEE. Se describe la normativa que los regula y se compara su concepto y características más importantes para contrastarlas con las figuras afines, de carácter laboral y/o ocupacional. Este capítulo realiza una segmentación de los actuales CEE en función de sus características más destacables, observando los puntos a favor y en contra de los tipos de entidades existentes. Se realiza también un estudio de la relación laboral especial, por ser uno de los pilares básicos que, junto con la composición de la plantilla, debería distinguir, el empleo protegido frente al ordinario.

Por último, el quinto capítulo es un estudio de los enclaves laborales, que no sólo son una figura que se puede desarrollar dentro de los CEE, sino que fundamentalmente son una referencia obligada en la distinción entre capacidades dentro de la propia discapacidad. Creados para promocionar el empleo de personas con discapacidad con especiales dificultades de acceso al empleo, se desarrollaron por medio del RD 290/2004, instaurando un punto de inflexión en la distinción entre tipos y grados de discapacidades. La aparición a nivel laboral de una modalidad especial dentro de la discapacidad se aplicó a partir del año 2006 en la promoción del empleo ordinario de personas con discapacidad, y su legislación modificó incluso la legislación de reconocimiento de tipo de discapacidad. La realidad luego ha demostrado que su nivel de implantación ha sido escaso, casi nulo respecto del amplio uso que se realiza de los CEE. La configuración de trabajadores que deben formar los enclaves y las obligaciones de transición que dispone la norma podría servir de guía, para una nueva ordenación de los CEE.

CAPITULO I. EL FENÓMENO DE LA DISCAPACIDAD.

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS

Que la discapacidad es un asunto que incumbe únicamente a algunas personas afectadas y a sus familiares ha evolucionado. El modelo social de discapacidad, basado en la interpretación de esta, como un fenómeno que se produce a consecuencia de estructuras sociales y físicas poco sensibles a las necesidades de las personas con necesidades especiales de apoyo, está alcanzado relevancia³², no sólo a nivel académico sino también a nivel social. La consideración de que la discapacidad es algo malo está cambiando.

El concepto de discapacidad y la percepción que se tiene de ella, por la sociedad y por quienes la sobrellevan, se ha modificado, influidos tanto por el desarrollo económico y tecnológico como por la evolución social y terminológica del término. Tras un modelo de marginación se transitó una visión médica y terapéutica desde la que se ha llegado al actual modelo social.

La aceptación de que la discapacidad es una condición de la persona y no la persona en sí misma y el descubrimiento por parte de la población de los beneficios que esta situación administrativa otorga han modificado la composición de la población discapacitada en España. Resulta cuanto menos interesante destacar, que el número de personas con certificado de discapacidad se ha duplicado en sólo 10 años³³.

Las continuas reformas legales están propiciando la confusión de conceptos, y la asimilación de derechos, entre situaciones administrativas diferentes obligan a delimitar la discapacidad no sólo frente a otras situaciones administrativas, sino en si misma ante el empleo. De esta forma se podrá determinar cuál es la población que se quiere apoyar y tras ello reenfocar las políticas de inclusión laboral, determinando la prestación de ayudas

³² VAZQUEZ FERREIRA, M. A. “Una aproximación sociológica a la discapacidad desde el modelo social: apuntes caracteriológicos”. Revista Española de Investigaciones Sociológicas. Núm. 124. 2008.

³³ Véase en este Capítulo el punto 3.2.- Datos sobre «trabajo y personas con discapacidad» del INE y el 3.3- Base de Datos Estatal de Personas con Discapacidad del IMSERSO.

en función de las necesidades de las personas.

El modelo de empleo protegido, que se desarrollará en los últimos dos capítulos de esta tesis, es el objeto de este estudio, pero en la medida en que está diseñado para integrar laboralmente a trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo, considero que hay que delimitar la parte más importante de la relación laboral que nos ocupará, que son las personas con discapacidad. Este primer capítulo demarcará la amplitud y el crecimiento del fenómeno de la discapacidad por medio de estadísticas poblacionales que evidenciarán una modificación de su composición debido a un espectacular crecimiento del número de personas que obtienen certificado de discapacidad.

Posteriormente se realizará una aclaración del término discapacidad, para poder diferenciar esta situación de otras clasificaciones administrativas y judiciales. En particular y de forma extensa se definirá el concepto de incapacidad laboral, por su relación directa con la discapacidad en el empleo. Es reseñable que a partir del año 2003 se inicia una confusión legal de derechos que no beneficia a las personas con discapacidad.

A continuación, se expondrán las normas y el procedimiento administrativo para determinar el grado de discapacidad, realizando una segmentación, en función de tipos, grados y factores sociales, tal como establece la normativa reguladora sobre el reconocimiento de discapacidad.

La última parte de este capítulo, tiene como función concretar la situación de discapacidad ante el empleo. En ella se analiza la actual asimilación de los derechos de las personas con discapacidad con algunas situaciones de incapacidad laboral. También se estudia cómo debería determinarse la discapacidad a efectos laborales, utilizando el doble criterio: grado de discapacidad más discapacidad laboral y se expondrá cual es el baremo que existe en la legislación española para considerar que una persona con discapacidad tiene dificultades de acceso al empleo, y por último, puesto que algunas personas con discapacidad tienen limitada su capacidad laboral, realizaré unas notas sobre la necesaria prestación del consentimiento para que la persona con incapacidad judicial pueda trabajar.

2.- UTILIZACIÓN DE LOS TÉRMINOS ADECUADOS.

Aunque durante el desarrollo de este capítulo se analizará la evolución del concepto legal de discapacidad y el progreso del tratamiento de las situaciones discapacitantes, he de destacar la importancia que se debe conceder al lenguaje, puesto que nos encontramos en un territorio especialmente sensible a los términos equívocos y malsonantes.

Hasta finales de los años 70 era habitual encontrar normativa internacional con títulos como “Declaración de Derechos del Retrasado Mental”³⁴ o “Declaración de Derechos de los impedidos”³⁵. En la legislación estatal hasta 1981 también se pueden localizar enunciados como “Reconocimiento, declaración y calificación de las condiciones de subnormal y minusválido”³⁶.

En 1983 se produce un cambio cualitativo en la utilización de los términos, originado por la adopción del Convenio nº 159 sobre readaptación profesional de la OIT (ratificado el 17 de julio de 1989). No sólo pretende la supresión de términos como retrasado o subnormal, sino que además promueve un tratamiento personalizado de la discapacidad, es decir, la discapacidad se deja de aplicar como un calificativo de un colectivo “los discapacitados”, y se empieza a reconocer como una condición adicional y secundaria de las personas que la padecen³⁷.

La actual forma de nombrar a las personas con discapacidad, no simplemente como “discapacitadas”, da a esta situación el valor de adjetivo en lugar de sustantivo. Referencia en primer lugar lo esencial del sujeto, que es su condición de persona³⁸, poniendo por delante al individuo sobre las circunstancias que sobrelleva. Esta forma de expresarse nombrando en primer término la condición de persona de quienes tienen discapacidades, se extendió rápidamente y en la actualidad es de aplicación generalizada en los textos legales internacionales y nacionales.

³⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 2856 de 20 de diciembre de 1971.

³⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 3447 de 9 de diciembre de 1975.

³⁶ RD 1723/1981 de 24 de julio. BOE núm. 190 de 10 de agosto de 1981.

³⁷ En este sentido GARCIA QUIÑONES, J.C., “El concepto jurídico laboral de discapacitado” en AA.VV (Dir. VALDES DAL-RE, F.), *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Editorial Biblioteca Nueva. Madrid. 2005. Pág. 37.

³⁸ Juan XXIII en la Encíclica *Pacem in Terris*, afirmaba en su punto 9 que “*en toda humana convivencia bien organizada y fecunda hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y voluntad libre*” http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html Consultado el 24 de octubre 2015.

Además, la individualización del tratamiento, el nombrar a las personas como únicas, como independientes dentro de un grupo con características similares, es la mejor forma de empatizar con las situaciones del prójimo y, por lo tanto, de buscar las mejores soluciones para apoyarlas en su integración en la sociedad.

En España, el RD 348/1986 de 10 de febrero³⁹, sustituyó los términos subnormalidad y subnormal⁴⁰ que contenían las disposiciones reglamentarias vigentes, por los de minusvalía y persona con minusvalía. Posteriormente, el RD 1856/2009 de 4 de diciembre⁴¹, que regula el Procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, modificó la terminología que contenía el RD 1971/1999⁴², de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Se cambia este adjetivo, minusvalía, por considerarse peyorativo ha sido sustituido por los términos discapacidad y persona con discapacidad.

El vocablo discapacidad engloba los términos deficiencia, incapacidad y minusvalía, comprendiendo tanto las funciones y estructuras corporales como las actividades o participación en la sociedad y factores ambientales⁴³. En este trabajo utilizaré fundamentalmente el término discapacidad, aunque quizá en alguna ocasión se recurra también al término minusvalía, puesto que en muchos textos legales siguen usando ambos términos de manera indistinta.

En cualquier caso, reiterando la importancia de la cuestión analizada, comparto la filosofía manifestada por la OMS en la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud⁴⁴, cuando afirma que *“el problema no es de lenguajes*

³⁹ BOE núm. 45 de 21 de febrero (RCL 1986/524)

⁴⁰ La palabra subnormal está definida en el diccionario María Moliner en su primera acepción como *“Por debajo de lo normal”*, hay que tener claro que la segunda acepción del mismo diccionario dice *“(…) se aplica a la persona deficiente mental (...)”*, esto es, a las personas con discapacidades psíquicas y aunque sea obvio decirlo, estas personas no están por debajo de los demás, no son inferiores a “lo normal” ni a “los normales”, simplemente tienen una capacidad intelectual que se encuentra por debajo de una media estándar. La tercera y última acepción del mismo diccionario explica: *“Se usa como un insulto”*.

⁴¹ BOE núm. 311, de 26 de diciembre de 2009.

⁴² BOE núm. 22 de 26 de enero de 2000.

⁴³ ALONSO-OLEA GARCÍA, B. “Concepto de discapacidad y su distinción de otros afines, la deficiencia y la incapacidad”. En AA.VV. (Coord. ROMERO RÓDENAS, M. J.), *Trabajo y protección social del discapacitado*. Bomarzo. Albacete. 2003. Pág. 12.

⁴⁴ Organización Mundial de la Salud. Documento aprobado el 22 mayo de 2001, Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud. Pág. 263. <http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/435cif.pdf> Consultado el 24 de octubre de 2015.

sino que depende principalmente de las actitudes de los individuos y de la sociedad en relación con la minusvalía o discapacidad”.

3.- DATOS ESTADÍSTICOS.

Considero relevante analizar los siguientes datos por su relación con la materia objeto de estudio y las conclusiones a las que se pretende llegar. Para ello, se analizará el incremento de la población con certificado de discapacidad y la evolución de su tasa de actividad en España.

A pesar de que se tienen pocos datos históricos, las cifras aportadas por las distintas series estadísticas muestran que la población de personas con certificado está creciendo de forma muy rápida. Al analizar la normativa en vigor, se debe tener en cuenta que en los años 80, cuando fue creado el empleo protegido, la población de personas con certificado de discapacidad era muy inferior y sensiblemente distinta en tipos y grados a la actual.

Se analizarán en este punto los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE) que en los años 1986, 1999 y 2008 extrajo a través de encuestas. También los que ofrece este mismo organismo a partir del año 2008, preparados a través de la integración de sus encuestas, los datos de la Encuesta de Población Activa junto con los de la Base de Datos Estatal de Personas con Discapacidad. Por último se expondrán los datos del IMSERSO ofrecidos por este organismo a partir de las fichas de sus centros de evaluación y los del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE)

Dado que existen diversas series que aportan cifras similares, pero cuya matriz o forma de extracción de la información es distinta, analizaré de forma separada cada una de ellas y al final, en la medida de lo posible, realizaré un examen comparativo.

En todas las series de datos se evidencia el crecimiento de la población con discapacidad. Esta situación es cuanto menos cuestionable, pues este segmento de población debería haber descendido al encontrarnos en una sociedad que debería ser cada vez más inclusiva y dispone de mejores soluciones técnicas y médicas, que minimizan y solucionan algunos problemas causados por las diversidades físicas, psíquicas y sensoriales. Pero esto no ocurre y a pesar de tener un medio cada vez más accesible continúa creciendo el número de personas con certificado de discapacidad

3.1.- Consideraciones sobre algunos datos estadísticos referidos a las personas con discapacidad.

El Instituto Nacional de Estadística (INE), realizó tres macro-encuestas en los años 1986, 1999 y 2008: la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Minusvalías (EDDM 1986), la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud (EDDS 1999) y la Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD 2008). Los datos que ofrecen hay que tomarlos como respuestas a cuestionarios.

Poco tiempo después de la publicación de la LISMI, se realizó en el año 1986 la primera Encuesta sobre Discapacidad, Deficiencias y Minusvalías (EDDM), en la que aparecen un total de 5.700.000 personas, que era un 14,98% de la población total. Trece años después, en el año 1999, se efectuó un segundo estudio de personas con discapacidad, que se denominó Encuesta sobre Deficiencias, Discapacidades y Estado de Salud (EDDES)⁴⁵. Esta encuesta estaba dirigida únicamente a quienes residían en viviendas particulares, excluyendo por lo tanto, a las personas con discapacidad que vivían en recursos residenciales. El año 1999, el número desciende a 3.528.221 personas con alguna discapacidad que suponía un total de un 8,99% de la población española. Se aprecia una reducción notable tanto del número absoluto como del porcentaje sobre la población, aunque dejaba fuera las personas con discapacidad que no residían en sus viviendas.

En el año 2007 y el 2008 el INE volvió a elaborar otro estudio. Esta vez recibió la denominación Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD)⁴⁶. Incluía, a diferencia de la anterior, a quienes vivían en residencias familiares y establecimientos comunitarios. Variaba además, la metodología de su determinación, basándose en la nueva Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF), propuesta por la OMS, por ofrecer datos más objetivos. El resultado fueron un total de 3.787.400 personas con algún tipo de discapacidad, cuya tasa a nivel estatal era de un 8,5%, habiendo crecido en número y bajado en porcentaje sobre la población total respecto a la encuesta del año 1999.

Entre las encuestas del año 1986 y la del 1999 hay un descenso significativo de la

⁴⁵ <http://usuarios.discapnet.es/ajimenez/Documentos/AJL/epidemiologia.pdf> Consultado el 12 de octubre de 2015.

⁴⁶ <http://www.ine.es/prensa/np524.pdf> Consultado el 12 de octubre de 2015.

población con discapacidad, casi 2.200.000, reduciéndose casi a la mitad el número de personas que consideraba que tenía discapacidad. La comparación del año 1999 con la del año 2008, indica una ligera subida. Pero las diferencias metodológicas entre las diferentes encuestas del INE, desaconsejan la generalización en términos comparativos⁴⁷. Además los criterios aplicados en la definición de los conceptos básicos no son suficientemente homogéneos. De hecho la aplicación de los distintos métodos de valoración, CCDIM y CIF, tienen suficiente entidad para evitar su comparación. Por ello no los he añadido a las tablas que expondré a más adelante.

La calificación de persona con discapacidad se realizaba mediante una autoclasificación a partir de preguntas al individuo. Por ello tal como indica parte de la doctrina⁴⁸, podría estar sobreestimada la prevalencia de la discapacidad, puesto que el individuo podría autojustificar su baja o nula actividad en el mercado de trabajo o la percepción/solicitud de subsidios por sufrir una discapacidad⁴⁹.

Conclusiones similares generó un estudio que se realizó en el Reino Unido entre los años 1988 a 1996-1997. Según los datos obtenidos, se incrementó la percepción de las personas como discapacitadas partiendo de 6,2 hasta 8,6 millones⁵⁰, en sólo 8 años. El autor de dicha encuesta, estima en su estudio que la explicación más plausible para dicho aumento, descontando el aumento de la esperanza de vida, es que las respuestas reflejan las circunstancias económicas y afirma “*que en las percepciones de la discapacidad incida la aptitud para trabajar*”.

A nivel europeo, también en el año 1999 se desarrollaron encuestas sobre discapacidad, el Plan de Hogares de la Unión Europea (PHOGE) y posteriormente hasta la actualidad la Unión Europea ha desarrollado la encuesta sobre condiciones de Vida (ECV). En este trabajo no realizaré ninguna comparativa a nivel europeo puesto que no son similares los datos de un Estado con otro por la diferencia de los cuestionarios y formas de medir los grados de discapacidad.

⁴⁷ GANZENMÜLLER ROIG C., ESCUDERO MORATALLA J. F., *Discapacidad y derecho*. Editorial Bosch. Barcelona. 2005. Pág. 47

⁴⁸ MALO OCAÑA, M. A., “Las personas con discapacidad en el mercado de trabajo español”. *op. cit.*

⁴⁹ AA.VV. (Responsable CUETO IGLESIAS, B.), *Trayectorias laborales de las personas con discapacidad y centros especiales de empleo: Análisis empírico con la MCVL*. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Madrid. 2007 <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/119779.pdf> Consultado el 27 de septiembre de 2015.

⁵⁰ Datos extraídos de SPICKER, P., “Un distingo entre discapacidad e incapacidad”. *Revista internacional de Seguridad*. Wiley-Blackwell. Vol. 56. Reino Unido. 2003.

Coincido con la doctrina que estima que “*sería destacable, en la medida de lo posible, estandarizar los criterios de clasificación que faciliten el estudio a través de encuestas. Dicha clasificación habría de ser rigurosamente respetada en el diseño de los cuestionarios, de modo que, al menos en el terreno de la comparación internacional, pudieran obtenerse resultados estadísticamente fiables*”⁵¹.

En el mismo sentido se pronunció el Informe sobre la movilidad y la inclusión de las personas con discapacidad y la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020⁵². El informe solicitó a la Comisión que agilizase el proceso de seguimiento, cooperación e intercambio de buenas prácticas con los Estados miembros, en lo que se refiere a la recogida de datos comparables, desglosando por géneros e indicadores de progreso para lograr conocer los objetivos establecidos tanto a escala nacional como comunitaria.

3.2.- Datos sobre «trabajo y personas con discapacidad» del INE.

El INE a partir del año 2009 inauguró una nueva senda de investigación, en la que utilizando encuestas, incorpora también información sobre discapacidad procedente de registros administrativos⁵³.

Además de las notas de prensa en las que además de ofrecer datos, realiza análisis de las estadísticas sobre discapacidad, derivados de la encuesta de población activa, también tiene en su página web una aplicación informática de donde se pueden extraer de forma seriada, datos desde el año 2008 hasta el 2012, por medio del link, <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t22/p320/serie&file=pcaxis> “*El empleo de personas con discapacidad. Serie 2008-2012*”. Con esta aplicación informática se pueden obtener distintas series de datos.

En la fecha de presentación de este trabajo, el último año con referencias analizadas y publicadas por el INE, es el año 2013. Las series de su aplicación web cuentan con datos desde el año 2008 hasta el 2012. Se han extraído datos del año 2013 de la nota de prensa de empleo de las personas con discapacidad, que publicó el INE en diciembre de 2014, pero estos datos sólo pueden completar algunas de las tablas, las otras no tiene datos de ese ejercicio porque las notas de prensa no contienen datos completos.

Para el estudio de los datos ofrecidos por el INE debe tomarse en cuenta que

⁵¹ GANZENMÜLLER ROIG C., ESCUDERO MORATALLA J. F. *Discapacidad y derecho. op. cit.* Pág. 35.

⁵² Publicado el día 6 de julio de 2011 (2010/2272(INI)).

⁵³ http://www.ine.es/metodologia/t22/analisis_epa_epd.pdf Consultado el 9 de octubre de 2015.

dichos informes han sido elaborados integrando los datos de la Encuesta de Población Activa (EPA) junto con los datos existentes en la Base de Datos Estatal de Personas con Discapacidad (BEDP) y los del IMSERSO, por lo que es destacable, que en ellos se han integrado datos objetivos sobre emisión de certificados con datos subjetivos de encuestas.

- *Evolución del número de personas con discapacidad en edad laboral.*

El INE en su informe del mercado de trabajo de las personas con discapacidad realizado en diciembre de 2014⁵⁴ referidos al año 2013, publica una tabla de evolución del número de personas con certificado de discapacidad en edad laboral. Hay que tener en cuenta que del INE, la edad laboral que toma este instituto es desde los 16 a los 64 años, no toma la fecha de la mayoría de edad, sino aquella donde ya se puede empezar a trabajar.

Como se ve en la siguiente tabla, la evolución desde el año 2008 hasta el 2013 es un crecimiento muy importante en el número de personas con certificado de discapacidad en edad laboral.

Año	Personas con certificado de discapacidad en edad laboral
2008	873.300
2009	1.081.800
2010	1.171.900
2011	1.262.000
2012	1.450.800
2013	1.428.300

Tabla 1 Evolución del número de personas con discapacidad en edad laboral. INE.⁵⁵

- *Evolución del número de personas con certificado de discapacidad con especiales dificultades de acceso al empleo.*

Tal como se presentará con detenimiento en este mismo capítulo⁵⁶, la legislación laboral española distingue dentro del grupo de personas con discapacidad, entre quienes tienen especiales dificultades para acceder al empleo y quiénes no las tienen. En el primer grupo se encuentran personas con discapacidades psíquicas con porcentajes del 33 por

⁵⁴ <http://www.ine.es/prensa/np883.pdf>

⁵⁵ Fuente: Elaboración propia a partir de datos pág. web INE. Los datos del año 2013 extraídos de la nota de prensa de diciembre de 2014.

⁵⁶ Véase en este capítulo el punto 6.3.- Consideración de persona con discapacidad con especiales dificultades de empleo.

cien y personas con discapacidad física y sensorial superior al 65 por cien, este conjunto de discapacidades son denominadas como severas. El INE no ofrece datos comparativos de personas con discapacidad severa, pero proporciona datos por tipo de discapacidad y por tramos de grado.

Los datos de la tabla que se presenta a continuación se han extraído de la aplicación de la página web del INE, por ello sólo están desde el año 2008 hasta el 2012. Únicamente se pueden extraer, separando la evolución del número de personas con certificado de discapacidad en función de los grados y también en función de las etiologías.

En primer lugar, respecto de los grados de discapacidad se puede observar que desde el año 2008 ha crecido sensiblemente el porcentaje de personas con discapacidades leves, entre el 33 y el 64 por cien, incrementándose más de 11 puntos en 5 años, la diferencia entre grados, descendiendo el número de personas con discapacidades iguales o superiores al 65 por cien.

Año	Personas con certificado de discapacidad	De 33% a 64%	Porcentaje sobre el total	65% o más	Porcentaje sobre el total
2008	873.300	418.800	47,96%	454.500	52,04%
2009	1.081.800	619.200	57,24%	462.600	42,76%
2010	1.171.900	678.100	57,86%	493.800	42,14%
2011	1.262.000	734.200	58,18%	527.800	41,82%
2012	1.450.800	857.800	59,13%	593.000	40,87%
2013	1.428.300	857.900	60,06%	570.400	39,94%

Tabla 2 Evolución del número de personas con discapacidad en edad laboral, en conjunto y por grado de discapacidad . INE.⁵⁷

Aunque se ha incrementado el número de personas en ambos grupos, es muy evidente el aumento del número de personas con discapacidades leves. En el año 2008 sólo habían 4,08 puntos porcentuales de diferencia entre los dos grupos, pero en el año 2013 esta diferencia había subido hasta los 20,13 puntos, siendo éste un incremento muy llamativo.

⁵⁷ Fuente: Elaboración propia a partir de datos pág. web INE. Los datos del año 2013 extraídos de la nota de prensa de diciembre de 2014.

- *Evolución del número de personas con discapacidad activas e inactivas, en función del tipo o grado de discapacidad*

El INE también ofrece datos de actividad e inactividad de las personas con certificado de discapacidad en edad laboral, con ellos se puede observar cómo se incrementa la inactividad conforme aumenta el grado de discapacidad.

En las dos tablas que se presentan a continuación, se separan los datos de actividad e inactividad de personas en edad laboral, en función del grado de discapacidad. En la primera tabla muestra los datos de la población con un grado de discapacidad entre el 33 y el 64 por cien y en la segunda, el grupo de personas con un 65 por cien o más.

Al comparar las dos series expuestas, se observa que los porcentajes entre personas activas e inactivas prácticamente no han variado ,en el periodo 2008 – 2012.

Año	Personas con certificado de discapacidad de 33% a 64%	Activos	Porcentaje sobre el total	Inactivos	Porcentaje sobre el total
2008	418.800	207.000	49,43%	211.800	50,57%
2009	619.200	306.100	49,43%	313.100	50,57%
2010	678.100	336.100	49,56%	342.000	50,44%
2011	734.200	361.900	49,29%	372.300	50,71%
2012	857.800	423.600	49,38%	434.200	50,62%

Tabla 3 Evolución del número de personas con discapacidad entre el 33 y el 64 por cien activas e inactivas, en edad laboral. INE.⁵⁸

⁵⁸ Fuente: Elaboración propia a partir de datos pág. web INE. No se pueden extraer estos datos del año 2013 de la nota de prensa, por ello no hay datos de dicho año.

Año	Personas con certificado de discapacidad de 65% o más	Activos	Porcentaje sobre el total	Inactivos	Porcentaje sobre el total
2008	454.500	85.300	18,77%	369.200	81,23%
2009	462.600	85.700	18,53%	376.900	81,47%
2010	493.800	87.500	17,72%	406.300	82,28%
2011	527.800	99.800	18,91%	428.000	81,09%
2012	593.000	108.000	18,21%	485.000	81,79%

Tabla 4 Evolución del número de personas con discapacidad igual o superior al 65 por cien activas e inactivas, en edad laboral. INE.⁵⁹

Según los datos del INE, en el año 2012 la tasa de actividad correspondiente a las personas sin discapacidad se situaba en 59,80%⁶⁰, en el mismo año las personas con discapacidad leve, es decir entre el 33 y el 64 por cien, según los datos que expongo más arriba, tenían una tasa de actividad de un 49,83%, es decir estaban 9,97 puntos por debajo de quienes no tenían discapacidad.

De forma mucho más preocupante, cuando analizamos los grados de discapacidad a partir del 65 por cien, la tasa de actividad únicamente llega al 18,21%, eso significa que está 41,59 puntos por debajo de quienes no tienen discapacidad y 31,62 puntos de diferencia con quienes tienen certificado entre un 33 y 64 por cien.

Es evidente que el grado de discapacidad afecta de forma directa en la actividad de las personas. Llegando a ser cuatro veces más los inactivos que los activos dentro del grupo con discapacidades iguales o superiores al 65 por cien. Ello indica que las necesidades de apoyo para iniciarse en la actividad laboral son mayores cuanto mayor sea su grado de discapacidad, evidenciando que no requieren las mismas medidas de fomento de empleo un grupo y otro.

En las tablas que se exponen a continuación se compara en primer lugar la evolución de la población en función de los grupos de etiologías. Puesto que están consideradas como personas con especiales dificultades de acceso al empleo, las personas con discapacidades psíquicas, que engloban etiologías psíquica y mental, he agrupado ambas situaciones en la tabla siguiente. Por otro lado también he agrupado las demás etiologías, para tener de forma conjunta tanto las físicas como las sensoriales. El INE distingue entre distintos tipos de etiologías físicas y dos clases de etiologías sensoriales.

⁵⁹ Ídem anterior.

⁶⁰ Visto en <http://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0412.pdf>

En estas tablas se hace constar el número de personas que, además de tener certificado de discapacidad, están en edad laboral.

En primer lugar, se puede observar que el número de personas con discapacidad ha aumentado sustancialmente en ambas situaciones a lo largo de los años. La evolución de las proporciones de los grupos desde el año 2008 hasta el 2013 se ha mantenido, con una variación baja, incrementándose tres puntos las discapacidades físicas y sensoriales y descendiendo en la misma proporción, las psíquicas y mentales.

Año	Total personas con discapacidad en edad laboral	Discapacidad física y sensorial	Porcentaje sobre el total	Discapacidad psíquica y mental	Porcentaje sobre el total
2008	873.300	574.300	65,76%	299.000	34,24%
2009	1.081.900	750.200	69,34%	331.700	30,66%
2010	1.171.900	806.700	68,84%	365.200	31,16%
2011	1.262.000	859.000	68,07%	402.200	31,87%
2012	1.450.800	996.400	68,68%	454.400	31,32%
2013	1.428.300	973.000	68,12%	455.300	31,88%

Tabla 5 Evolución del número de personas con discapacidad en edad laboral, en conjunto y por tipo de etiología. INE.⁶¹

En las dos tablas siguientes, separadas por grupos de etiologías, se compara el número y porcentaje de las personas activas e inactivas para ver la evolución de las tasas de actividad e inactividad, en función de la etiología de la discapacidad.

	Discapacidad física y sensorial		Porcentaje sobre el total		Porcentaje sobre el total
		Activas		Inactivas	
2008	574.300	222.000	38,66%	352.300	61,34%
2009	750.200	302.200	40,28%	448.000	59,72%
2010	806.700	328.700	40,75%	478.000	59,25%
2011	859.000	355.200	41,35%	504.600	58,74%
2012	996.400	405.700	40,72%	590.700	59,28%

Tabla 6 Evolución del número de personas con discapacidad física y sensorial activas e inactivas, en edad laboral. INE.⁶²

⁶¹ Fuente: Elaboración propia a partir de datos pág. web INE. Los datos del año 2013 extraídos de la nota de prensa de diciembre de 2014.

⁶² Fuente: Elaboración propia a partir de datos pág. web INE. No se pueden extraer estos datos del año 2013 de la nota de prensa, por ello no hay datos de dicho año.

	Total personas con discapacidad intelectual y mental		Porcentaje sobre el total		Porcentaje sobre el total
		Activas		Inactivas	
2008	299.000	70.300	23,51%	228.700	76,49%
2009	331.700	89.700	27,04%	242.000	72,96%
2010	365.200	95.000	26,01%	270.200	73,99%
2011	402.200	106.500	26,48%	295.700	73,52%
2012	454.400	125.900	27,71%	328.500	72,29%

Tabla 7 Evolución del número de personas con discapacidad intelectual y mental activas e inactivas, en edad laboral. INE.⁶³

La tasa de actividad de las personas con discapacidad física y sensorial es 13 puntos superior a la tasa de las personas con discapacidad intelectual y mental es aún más baja. Ello evidencia que la inactividad también afecta de forma distinta en función del tipo de etiología. Sólo una cuarta parte de la población con discapacidad psíquica está activa frente a las tres cuartas partes inactivas.

Pese al aumento en el número de personas activas en ambos grupos, el porcentaje de actividad únicamente ascendió dos puntos en cinco años; para el grupo de personas con discapacidad entre 33 y 64 por cien, y tres puntos para el grupo de personas con discapacidad igual o superior al 65 por cien. Se comprueba que, pese haber multiplicado por dos el número de personas activas, también se ha duplicado el de inactivas.

El INE ofrece además de las tablas apuntadas, series de datos de ocupación y paro, que se permiten acercarse más a la realidad social de empleo y desempleo. En la medida en que desconoce la razón del aumento espectacular del número de personas con discapacidad, las comparaciones deben realizarse con prudencia.

En la tabla siguiente se comparan datos de personas con discapacidad ocupadas y desempleadas. Ambos grupos han aumentado en número, pero porcentualmente, desde el año 2008 hasta el 2012, ha crecido más el grupo de parados que el de ocupados.

⁶³ Ídem anterior.

Año	Total personas con discapacidad	Ocupados	Porcentaje sobre el total	Parados	Porcentaje sobre el total
2008	873.300	244.600	28,01%	47.700	5,46%
2009	1.081.800	306.500	28,33%	85.400	7,89%
2010	1.171.900	324.800	27,72%	98.900	8,44%
2011	1.262.000	337.300	26,73%	124.400	9,86%
2012	1.450.800	355.500	24,50%	176.100	12,14%
2013	1.428.300	346.600	24,26%	176.400	12,35%

Tabla 8 Evolución del número de personas con discapacidad ocupadas y paradas, en edad laboral. INE ⁶⁴

En la tabla anterior se puede observar que desde el año 2008 al 2013, en números netos, la cifra de ocupados ha subido un total de 102.000 personas, esto debería tener una valoración positiva. Pero existe un dato contrario y aparentemente contradictorio con éste en la misma tabla: El número de parados en el mismo periodo se ha incrementado en un total de 128.700 personas, esto se puede deber a dos factores añadidos, el aumento del número de personas con discapacidad y también por la crisis económica, que puede haber influido a su vez en el crecimiento de la población con discapacidad, en la búsqueda de ayudas.

El aumento del número de parados es mayor que el de ocupados. Si se compara en porcentajes el número de parados ha crecido 369,81 puntos y el número de ocupados sólo se incrementó un 63,60 puntos. Se debe tener en cuenta que el crecimiento del número de personas con discapacidad, ha provocado un aumento de ambos grupos, parados y ocupados, pero ha sido superior el crecimiento del número de parados.

En la última tabla de las series del INE que se muestran en este trabajo se observa, que entre los años 2008 al 2013, ha aumentado también el número de personas con discapacidad inactivas.

⁶⁴ Fuente: Elaboración propia a partir de datos pág. web INE. Los datos del año 2013 extraídos de la nota de prensa de diciembre de 2014.

Año	Inactivos	Parados	Porcentaje de parados sobre inactivos
2008	581.000	47.700	8,21%
2009	690.000	85.400	12,38%
2010	748.300	98.900	13,22%
2011	800.300	124.400	15,54%
2012	919.200	176.100	19,16%
2013	894.700	187.000	20,90%

Tabla 9 Evolución del número de personas con discapacidad activas y paradas, en edad laboral. INE⁶⁵

El número de personas inactivas, no ocupadas, ni inscritas en el paro, ha aumentado sobre las que figuran como paradas, tanto en número como en porcentaje, teniendo un incremento de inactivos de más de 300.000 personas desde el año 2008 hasta el 2013.

3.3.- Base de Datos Estatal de Personas con Discapacidad del IMSERSO.

El IMERSO posee los datos objetivos sobre los certificados de discapacidad solicitados y emitidos, pues dependiendo del Ministerio de Servicios Sociales se encuentran los Equipos de Valoración y emisión de certificados. Por ello no muestra cifras de terceros sino propias, no siendo encuestas, sino actuaciones de valoración profesional. El rango de edad laboral que se puede extraer de los datos del IMSERSO es distinto del que muestran las tablas del INE, siendo en este caso desde los 18 hasta los 64 años, puesto que el primero toma la mayoría de edad y el segundo la edad legal en la que se puede empezar a trabajar.

Hay que tener en cuenta que en el año 1999, del que se extraen los primeros datos de este organismo, todavía utilizaba el IMSERSO el sistema CIDDM⁶⁶ que había desarrollado la OMS para medir la discapacidad. A partir del año 2001 la OMS cambió el sistema evaluación de la discapacidad usando las tablas CIF⁶⁷, y el IMSERSO asumió dicha forma de medición, emitiendo los nuevos certificados de discapacidad en base a dicho sistema. Por lo que las valoraciones que se ofrecen a partir del año 2006 utilizan la

⁶⁵ Fuente: Elaboración propia a partir de datos pág. web INE. Los datos del año 2013 extraídos de la nota de prensa de diciembre de 2014.

⁶⁶ Véase sobre dicha clasificación el punto 5.1.- Normas y reglamentos sobre el reconocimiento de la discapacidad

⁶⁷ Ídem anterior

nueva forma de evaluación y por lo tanto de conceder estos certificados.

El IMSERSO no tiene datos del número de personas con discapacidad que había en el año 1982, fecha de publicación de la LISMI, ni de fechas cercanas al RD 2273/1985 que estableció el reglamento regulador de los CEE. Su primer informe es del año 1999, pero, aún con los datos que dispone, se evidencia que el incremento de la población con discapacidad es muy relevante. Incluso sin datos entre los años 1982 y 1999, sabemos que la población que pretendía proteger la LISMI en el año 1982 no es comparable a la del año 2015.

El IMSERSO ha publicado informes con bases de datos de los años 1999⁶⁸, 2006, 2009, 2011, 2012 y 2013. La primera base de datos publicada en el año 2000, con datos del año 1999, es la más extensa que todas las que posteriormente ha ido emitiendo. En ella encontramos además de otros datos, una distribución por etiologías y grados, detallando porcentajes incluso sobre los orígenes, sobrevenidos o no, de las discapacidades. Las posteriores publicaciones se simplificaron, divulgándose en los años 2006, 2009, 2011 y 2012 relaciones estadísticas mucho más escuetas.

Es necesario matizar que la base de datos del año 1999, tiene información completa de casi todas las comunidades autónomas, pero muestra datos parciales de Andalucía, Galicia, Comunidad Valenciana, Ceuta y Melilla, que se encontraban en proceso de grabación de los expedientes históricos y no recogía información de Canarias, ni tampoco de las Diputaciones Forales de Guipúzcoa y de Vizcaya. Aún con dichos datos parciales, por ser la base de datos más antigua para realizar una comparativa histórica, es necesario utilizarla, teniendo en cuenta dicha matización.

El concepto moderno de discapacidad el desarrollado por la Convención de la ONU de las Personas con Discapacidad del año 2006, determina que la discapacidad resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno, que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. En consecuencia el número de personas con discapacidad

⁶⁸ Año 1999 http://sid.usal.es/idocs/F8/8.1-2028/Base_datos_estatal_pcd.pdf

Año 2006 <http://sid.usal.es/estadisticas-discapacidad.asp?arg=bdestatal2006>

Año 2009 http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO26123/informe_base_datos_estatal.pdf

Año 2011 http://imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/bdepcd_2011.pdf

Año 2012 http://imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/bdepcd_2012.pdf

Año 2013 http://imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/bdepcd_2013.pdf

debería haber disminuido, puesto que los entornos son cada vez más accesibles y, al menos en principio, la sociedad cada vez es más inclusiva y está más sensibilizada.

La ONU estima que la discapacidad aumenta a nivel mundial por las guerras y otras causas⁶⁹, en España no ha habido causas físicas que provoquen dicho cambio, pero la población con discapacidad ha crecido de manera muy importante en los últimos 12 años. Se debe entender que ha contribuido a dicho crecimiento, que la administración pública haya sido "eficaz a la hora de divulgar el reconocimiento de la discapacidad y los beneficios que lleva aparejados"⁷⁰, pero con ello quizá esta misma administración debería tener en cuenta también "la importancia de coordinar los esfuerzos de lucha contra los abusos del sistema y la simulación de discapacidades" tal como recuerda a los Estados miembros el Informe sobre la movilidad y la inclusión de las personas con discapacidad y la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 (2010/2272(INI)) de 6 de julio de 2011, en su punto núm. 21.

- *Evolución del número de personas con certificado de discapacidad igual o superior al 33 por cien en España.*

Entre el año 1999 y el 2013, el número de personas con discapacidad se ha duplicado. La discapacidad es un concepto que evoluciona, pues no se tenía la misma actitud frente a ella en el año 1999 que en el 2013, pero los datos del IMSERSO son objetivos, ya que emanan de los certificados médicos funcionales.

Año	Personas con certificado de discapacidad	Población Española	Porcentajes sobre el total
1999	1.255.798	40.202.160	3,12%
2006	2.314.996	44.009.969	5,26%
2009	2.431.625	46.239.271	5,25%
2011	2.552.880	46.667.175	5,47%
2012	2.640.300	46.818.216	5,64%
2013	2.564.893	46.727.890	5,48%

Tabla 10. Evolución del número de personas con discapacidad y población española⁷¹ *Fuente: Elaboración propia a partir de Bases de Datos IMSERSO

⁶⁹ <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=1438>

⁷⁰ MABABU, R., MARTINEZ MOURE, O. NAVLET SALVATIERRA, R., "Empleo y discapacidad. Análisis evolutivo de la tasa de actividad de las personas con discapacidad: una comparativa autonómica en España". *Revista Autonomía personal*. Núm. 10. 2013.

⁷¹ Fuente: Elaboración propia a partir de Bases de Datos IMSERSO y Datos de población en España extraídos de la página web del INE, el día 05/08/15 <http://www.ine.es/prensa/np917.pdf>

Se observa que no sólo se ha duplicado el número de personas con discapacidad sino que además ha crecido casi dos puntos porcentuales respecto del total de la población española lo cual indica un cambio significativo. La base de datos del IMSERSO establece que en el año 1999 en España 1.255.798 personas tenían certificado de discapacidad. hasta el año 2006 el IMSERSO no vuelve a publicar nuevo datos y dicho año el número personas con certificado ascendía hasta un total de 2.314.996. Tras este cambio brusco de población con discapacidad, se observa que a partir del año 2009 el ascenso se mantiene de forma continuada, llegando a 2.640.300 personas en los datos del año 2012. Por primera vez en el año 2013 descendió hasta los 2.564.893. Puesto que no tenemos datos del año 2014, no sabemos si el 2013 es un punto inflexión o simplemente una excepción.

- *Evolución del número de personas que solicitaron reconocimiento de discapacidad en España:*

El aumento de personas que solicitan reconocimiento y no lo consiguen es muy superior al aumento del número de certificados. Los datos muestran que cada vez más personas intentan obtener un certificado de discapacidad y no les es concedido. Los motivos pueden estar en la pérdida del miedo a reconocer la propia discapacidad, pero fundamentalmente esta tabla evidencia, que más allá de la autoaceptación de la discapacidad, hay una búsqueda de beneficios fiscales, administrativos y laborales.

Año	Personas que fueron valoradas	Porcentaje de personas que no consiguieron certificado
1999	1.415.258	11,27%
2006	2.747.204	15,73%
2009	2.969.491	18,11%
2011	3.367.457	24,19%
2012	3.478.395	24,09%
2013	3.452.820	25,71%

Tabla 11 Evolución del número de personas que solicitaron ser valoradas para obtener certificado de discapacidad comparada con porcentaje sobre quienes lo obtuvieron. IMSERSO⁷²

Se ha incrementado en dos millones el número de personas que solicitan ser reconocidas y es necesario destacar que partíamos de 1.415.258 el año 1999.

⁷² Fuente: Elaboración propia a partir de Bases de Datos IMSERSO.

Si comparamos los datos de las personas que fueron valoradas, que constan en la primera columna de la tabla anterior, con quienes fueron valoradas y consiguieron certificado, que constan en la tabla 11, se observa que el número de fallidos ha aumentado en número y en porcentaje, pasando de únicamente un 11,27% en el año 1999, incrementándose hasta el 25,71% el año 2013.

- *Evolución del número de personas con certificado de discapacidad en edad laboral.*

En la siguiente serie de datos se observa que si bien hay un aumento muy significativo en el número de personas con discapacidad, este crecimiento no es igual en todos los tramos de edad. Como he dicho al inicio de este punto, es necesario tener en cuenta que la exposición de datos del IMSERSO no es homogénea en todos sus informes. A este respecto hay que tomar en cuenta que el año 1999 los intervalos de edad empiezan en los 15 y finalizan en los 64 años, por lo que empieza 3 años antes del inicio de la edad laboral y uno antes de la edad de jubilación y en los restantes años se cuenta desde los 18 hasta los 64 años.

Año	Personas con certificado de discapacidad en edad laboral	Porcentaje sobre el total
1999*	849.002	67,61%
2006	1.598.570	69,05%
2009	1.382.300	56,85%
2011	1.401.634	54,90%
2012	1.436.881	54,34%
2013	1.367.285	53,30%

Tabla 12: Evolución del número de personas con discapacidad en edad laboral. IMSERSO⁷³

Es reseñable que en el año 2006, había más personas en edad laboral con certificado que las que había los años siguientes, lo cual es al menos curioso puesto que, como se ha comprobado en la tabla 11, el número de personas con discapacidad ha ido aumentando de forma muy progresiva. De forma contraria al incremento general, las personas en edad laboral, pese a que se han incrementado en número, en porcentaje han ido disminuyendo, en concreto más de 13 puntos porcentuales, desde el año 1999 hasta el 2012.

⁷³ Fuente: Elaboración propia a partir de Bases de Datos IMSERSO.

- *Evolución del número de personas con certificado de discapacidad con especiales dificultades en la búsqueda de empleo.*

El RD 290/2004 de enclaves laborales diferencia dentro del grupo de personas con discapacidad entre quienes tienen especiales dificultades de acceso al empleo y quienes no sufren esa problemática de forma tan grave, como también se verá esta distinción se está aplicando en las bonificaciones de cuotas del régimen general, no en las de los CEE.

Se considera que tienen especiales dificultades de acceso al empleo las personas con discapacidad física y sensorial superior al 65 por cien y aquellas con discapacidades psíquicas iguales o mayores al 33 por cien ⁷⁴.

Las bases de datos de personas con discapacidad del IMSERSO ofrecen series sobre tipos de discapacidades de personas con grados iguales o mayores al 33 por cien según el tipo de la primera deficiencia declarada. Las divisiones por etiologías de los años 2006 a 2012 que se encuentran en las series de datos son: osteoarticular, neuromuscular, enfermedad crónica, intelectual, mental, visual auditiva expresiva, mixta y otras.

Para poder diferenciar tal como hace el RD 290/2004, de enclaves laborales, entre físicas, sensoriales y psíquicas, he realizado tres grupos sumando las discapacidades físicas y sensoriales, esto es las osteoarticulares, neuromusculares, enfermedades crónicas y visuales, auditivas y expresiva, y en el siguiente grupo, de discapacidades psíquicas, he sumado las intelectuales y mentales, dejando a un lado las mixtas y otras. Sólo en el año 1999 hay una variación respecto de un grupo con una etiología denominada “enfermedad crónica”, el resto de años, de 2006 a 2012 dicha denominación fue sustituida por “órganos internos y/o piel”, pero puesto que coinciden el resto de tipos de discapacidad he sumado dicha etiología en las físicas ese año.

⁷⁴ Véase en este capítulo el Punto 6.3.- Consideración de persona con discapacidad con especiales dificultades de empleo.

AÑO	Personas con certificado de discapacidad etiología física	Porcentaje sobre el total	Personas con certificado de discapacidad etiología psíquica o sensorial	Porcentaje sobre el total	Personas con certificado de discapacidad etiología no determinada	Porcentaje sobre el total
1999	934.925	74,54%	270.502	21,57%	48.894	3,90%
2006	1.704.995	73,65%	517.170	22,34%	92.831	4,01%
2009	1.764.467	72,56%	571.680	23,51%	95.478	3,93%
2011	1.832.183	71,77%	622.575	24,39%	98.122	3,84%
2012	1.880.446	71,22%	653.849	24,76%	106.005	4,01%
2013	1.826.778	71,22%	635.508	24,78%	102.607	4,00%

Tabla 13: Evolución del número de personas con discapacidad en función de su etiología. IMSERSO⁷⁵

Del estudio de los porcentajes totales de evolución anual se puede observar que no han variado sensiblemente, fluctuando con pequeñas modificaciones de poco más de un tres por cien. Ha disminuido ligeramente el grupo de las personas con discapacidades físicas y sensoriales sobre las psíquicas desde el año 1999 al 2013 y se ha mantenido casi igual el grupo de las etiologías no determinadas.

La media aritmética de los seis años estudiados, determina que las personas con certificado con discapacidad física y sensorial representan un grupo del 70% del total y quienes tienen etiología psíquica sólo son un 24%.

- *Personas con grado de discapacidad igual o superior al 65 por cien en España*

En la tabla que se expone a continuación he extraído el número de personas con grado de discapacidad igual superior al 65 por cien. Observamos que esta tabla evidencia un incremento del número de personas con discapacidades severas y que la proporción de personas con ese porcentaje disminuye sobre el total.

⁷⁵ Fuente: Elaboración propia a partir de Bases de Datos IMSERSO.

Año	Personas con grado igual o superior al 65%	Porcentaje sobre el total
1999	665.460	52,99%
2006	1.143.814	49,41%
2009	1.158.484	47,64%
2011	1.123.344	44,00%
2012	1.164.800	44,12%
2013	1.090.552	42,51%

Tabla 14 Evolución del número de personas con certificado de discapacidad igual o superior al 65 por cien. IMSERSO⁷⁶

Ha aumentado la proporción de las personas con grados bajos de discapacidad que logran un certificado, aumentando nueve puntos porcentuales el grupo de personas que tienen discapacidades leves. De forma contraria, en el año 1999 quienes tenían un grado igual o superior al 65 por cien eran un 52,99% del total y en el año 2013 esta cifra porcentual, bajó dichos nueve puntos porcentuales siendo sólo un 44,12% del total de personas con certificado de discapacidad.

Es reseñable que existe una variación porcentual importante, incrementándose el grupo de las personas con discapacidades con grado igual o superior al 65, como indica la tabla anterior, pero de forma distinta existen pequeñas variaciones anuales en la composición en función de la etiología, tal como se ha visto en la tabla 14.

- *Personas con especiales dificultades de acceso al empleo año 1999.*

Para terminar con los datos del IMSERSO, mostraré el único dato que tenemos conjunto sobre personas con especiales dificultades de acceso al empleo. Este dato sólo se puede extraer de las series que ofrece este instituto en el año 1999, siendo el informe de dicho año el único que proporciona de forma conjunta datos de etiología y de grado, posteriormente a dicho ejercicio el IMSERSO no ofrece al público esos datos. Sería interesante que los ofreciera para poder ver la evolución del número de personas con discapacidad física y sensorial con grado entre el 33 y el 64 por cien, así como series con dichos datos y la edad.

⁷⁶ Fuente: Elaboración propia a partir de Bases de Datos IMSERSO.

De esa forma podríamos extraer un dato importantísimo sobre la población española que está comprendida dentro del concepto de personas con graves dificultades de acceso al mercado de trabajo.

Total	Con especiales dificultades de acceso al empleo	Porcentaje sobre el total	Sin especiales dificultades de acceso al empleo	Porcentaje sobre el total
1.254.321	747.225	59,57%	507.096	40,43%

Tabla 15 Comparativa personas con especiales dificultades de acceso al empleo año 1999 datos IMSERSO^{77*}

Los datos del año 1999 determinan que en dicho año, aproximadamente un 60 por cien de la población con discapacidad estaba comprendida dentro del grupo de especiales dificultades de acceso al empleo. Sabiendo que las personas con discapacidades de grado leve han crecido sobre las severa un 10 por cien, en los últimos diez años, como se puede ver en las tablas anteriores, probablemente este dato se haya modificado sensiblemente en la actualidad.

3.4.- Datos del Servicio Público de Empleo.

- *Informes del mercado de trabajo del SEPE.*

El Ministerio de Trabajo, por medio del SEPE público en el año 2003⁷⁸ un informe del mercado de trabajo en el que particularizaba con datos sobre contratación y demandantes de empleo el colectivo de personas con discapacidad desde el año 1999 hasta el 2002. Posteriormente desde el año 2007 hasta el 2014 el mismo SEPE ha publicado anualmente informes sobre el mercado de trabajo de las persona con discapacidad⁷⁹. Es necesario hacer constar que los datos que ofrece sobre demandantes de empleo y contratos efectuados no son siempre iguales en su composición, por lo que la comparación no resulta perfecta, aunque sí muy ilustrativa.

⁷⁷ Fuente: Elaboración propia a partir de Bases de Datos IMSERSO.

⁷⁸ http://www.sepe.es/contenidos/observatorio/mercado_trabajo/301-415.pdf

⁷⁹ Disponibles en www.sepe.es

Año 2007 http://www.sepe.es/contenidos/observatorio/mercado_trabajo/963-1237.pdf

Año 2008 http://www.sepe.es/contenidos/observatorio/mercado_trabajo/975-1264.pdf

Año 2009 http://www.sepe.es/contenidos/observatorio/mercado_trabajo/1296-1648.pdf

Año 2010 http://www.sepe.es/contenidos/observatorio/mercado_trabajo/1445-3.pdf

Año 2011 http://www.sepe.es/contenidos/observatorio/mercado_trabajo/1830-1.pdf

Año 2012 http://www.sepe.es/contenidos/observatorio/mercado_trabajo/1888-3.pdf

Año 2013 http://www.sepe.es/contenidos/observatorio/mercado_trabajo/2137-1.pdf

Año 2014 http://www.sepe.es/contenidos/observatorio/mercado_trabajo/2318-2.pdf

En la tabla siguiente, única que se puede realizar con datos del año 1999 para poder tener un histórico más antiguo, se puede observar que el número de demandantes de empleo, entre los que se encuentran tanto parados como trabajadores que quieren mejorar su empleo, creció primero tímidamente hasta el año 2006 y 2007, a partir del año 2008 hasta el 2012 lo hizo una forma muy acusada. También se puede observar en la columna correspondiente que los contratos efectuados a personas con discapacidad crecieron hasta 2007 y posteriormente, probablemente debido a la crisis económica, han estancado su crecimiento, repuntando nuevamente en el año 2013.

Año	Demandantes de empleo con discapacidad	Contratos efectuados colectivo discapacidad
1999	44.862	60.016
2002	51.684	54.941
2004		126.157
2005	44.130	130.665
2006	47.665	150.824
2007	52.735	164.281
2008	65.892	153.280
2009	80.922	138.089
2010	93.245	151.500
2011	110.159	155.500
2012	131.514	150.331
2013	138.411	171.185

Tabla 16: Comparativa demandantes de empleo frente contratos efectuado desde año 1999 a 2013⁸⁰

Es de destacar que el SEPE estima que no son comparables los datos de los años 1999 y 2002 con los siguientes que aporta a partir del año 2005 y siguientes por haber modificado su sistema de gestión de datos (denominado SISPE). También es necesario conocer que los años anteriores al 2005 separan datos entre demandantes parados y no parados, a partir de ese ejercicio únicamente haré constar los datos de los parados. Por lo que al comparar los datos de los primeros ejercicios con referencias deben tenerse en cuenta con las matizaciones en cuanto a la gestión de los datos y la composición de los mismos.

El crecimiento del número de personas con discapacidad en España ha provocado que pese a que haya aumentado la contratación de este colectivo, este crecimiento ha sido

⁸⁰ Fuente: Elaboración propia a partir de datos estudios SEPE del mercado de trabajo.

mucho mayor en el número de demandantes de empleo, por lo tanto la tasa de paro se ha incrementado, multiplicándose casi por tres.

- *Contratos a personas con discapacidad según tipo de contrato.*

El mismo organismo publica en su página web un apartado de datos estadísticos⁸¹, en los que se pueden comprobar estadísticas de contratos desde el año 2006. De los que se pueden extraer datos por tipo de contrato y también por la adscripción a colectivos especiales. Se toman los datos de las tablas del mes de diciembre de cada ejercicio, puesto que muestra el acumulado del año.

En primer lugar se ofrece una tabla en la que se observa el crecimiento continuado del número de contratos realizados en los CEE y también durante el mismo periodo, la evolución, con incrementos y disminuciones del total.

Año	Contrataciones en CEE	Crecimiento respecto del año anterior	Total contratos. Con y Sin discapacidad.	Crecimiento respecto del año anterior
2006	26.290		1.386.283	
2007	28.438	8,17%	1.261.319	-9,01%
2008	29.706	4,46%	1.117.577	-11,40%
2009	30.442	2,48%	1.137.565	1,79%
2010	39.331	29,20%	1.189.818	4,59%
2011	40.970	4,17%	1.165.465	-2,05%
2012	41.738	1,87%	1.058.501	-9,18%
2013	49.608	18,86%	1.290.853	21,95%
2014	59.559	20,06%	1.384.062	7,22%

Tabla 17: Comparativa crecimiento del número de contratos CEE y general desde año 2006 a 2014⁸²

Se observa que el crecimiento del número de contratos en los CEE no ha bajado, ni siquiera en tiempos de crisis, de forma distinta a lo sucedido en el conjunto de los contratos suscritos en el Estado español.

La siguiente tabla, sirve para comprobar que los CEE no son empleo subsidiario para personas con discapacidad, sino que son la primera fuente de empleo.

⁸¹

https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/estadisticas_nuevas.html

⁸² Fuente: Elaboración propia a partir de datos estudios SEPE estadísticas de contratos.

Año	Contrataciones en CEE	Todos contratos personas con discapacidad. Incluidos CEE	Porcentaje de contratación en CEE sobre el total
2013	49.608	69.648	71%
2014	59.559	82.977	72%
Hasta Sept 15	51.762	71.564	72%

Tabla 18: Comparativa crecimiento del número de contratos de personas con discapacidad en CEE y, en empleo protegido y ordinario juntos, desde año 2013 a septiembre de 2015⁸³

Si desde el inicio de la elaboración de las tablas, el SEPE contabilizaba las contrataciones a personas con discapacidad en CEE, según tipo de contrato, y se realizaban otras tablas con datos de contratos a personas con discapacidad, en ellas no se especificaba si los contratos de CEE estaban añadidos o no, A partir del año 2013 ofrece los datos de los contratos en CEE y de forma separada los de personas con discapacidad incluyendo expresamente a los CEE en dicha tabla, por lo que desde ese año se puede comprobar que más del 70% de la contratación de personas con discapacidad se realiza en los CEE. Evidenciando que el empleo protegido no es en la actualidad subsidiario, sino preferente, al revés de lo que recomiendan las organizaciones internacionales.

3.5.- Breves conclusiones sobre las estadísticas de personas con discapacidad y empleo expuestas.

En primer lugar, es destacable que no se tienen datos anteriores a 1999, por lo que no se puede saber la evolución de la población con discapacidad anteriormente a esa fecha, pero es sorprendente el crecimiento del número de personas con discapacidad a partir de ese año. La variación en valores absolutos ha provocado que se hayan modificado los porcentajes entre etiologías y grados, por lo que evidentemente no estamos ante la misma población que la que existía a principios de siglo y mucho menos es comparable con la que había en los años 80, cuando se iniciaron de forma seria las políticas de apoyo a las personas con discapacidad.

Si tomamos los datos del INE, del INSERSO se evidencia que conforme aumenta el grado de discapacidad la tasa de inactividad y la tasa de paro siguen la misma línea y también que las personas con discapacidades psíquicas, mentales tienen unas tasas de inactividad muy superior a la de quienes tienen discapacidades físicas y sensoriales por lo que este colectivo específico, que legalmente está calificado como de especiales

⁸³ Fuente: Elaboración propia a partir de datos estudios SEPE estadísticas de contratos.

dificultades de acceso al empleo deberá tener unas políticas de apoyo a su ocupación distintas de aquellos que tienen dichas necesidades especiales.

El colectivo de personas con discapacidad es muy heterogéneo y sus necesidades de apoyo para el mantenimiento y promoción laboral son distintas. El incremento del número de personas con certificado de discapacidad, el aumento del número de parados dentro de este grupo y la reciente asimilación de derechos laborales entre las personas con discapacidad y las personas con incapacidad permanente y de clases pasivas obliga a que reevalúen y se enfoquen de nuevo los modelos de promoción laboral. La población a que estaban destinadas las políticas de empleo de los años 80 se dirigían hacia una población completamente distinta a la que existe en la actualidad.

4.- DISCAPACIDAD: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

4.1.- Consideraciones previas.

Es necesario realizar una delimitación del concepto de discapacidad y estudiar su evolución, primero como situación médica y posteriormente como realidad social que requiere de apoyo. Para concretar que la certificación de la discapacidad es, actualmente, el reconocimiento de una circunstancia personal y social que el Estado debe proteger y apoyar, por los problemas de integración sociales, educativos y laborales que genera.

Por otro lado, hay que diferenciar este concepto de otros cercanos para no confundir situaciones administrativas o judiciales que también fueron creadas para apoyar a personas, pero que no comparten los mismos intereses, ni las mismas funciones de apoyo que la discapacidad. En particular la situación de incapacidad laboral se estudia con especial extensión, tanto en su modalidad de incapacidad temporal como en la permanente puesto que se ha intentado confundir ambas situaciones y porque legalmente se han asimilado los derechos de algunas situaciones de incapacidad permanente con los de las personas con discapacidad, como se verá.

4.2.- El concepto de discapacidad en la legislación española.

4.2.1.- Antecedentes legales previos al concepto de discapacidad establecido en la LISMI.

La Orden 24 de junio de 1946⁸⁴, fue la primera norma laboral relativa a personas

⁸⁴ Orden de 24 de junio de 1946, que regula los despidos de carácter laboral de mutilados. BOE núm. 179 de 28 de Junio de 1946.

con discapacidad en la legislación española. Determinaba el proceso a seguir en las extinciones de los contratos de mutilados de guerra y accidentales, estableciendo un procedimiento especial para estas personas.

Desde el inicio de la creación del sistema de la Seguridad Social, en los años 60, se incluyó una previsión para hacer frente a los riesgos derivados de la “invalidez”. En un primer momento, estaban incluidas únicamente las situaciones de incapacidad laboral de personas activas laboralmente, regulando prestaciones económicas y médicas a través de asistencia sanitaria pública y de las mutuas patronales. Valorando y otorgando el grado de invalidez en base a los parámetros de la American Medical Association, comúnmente conocidas como tablas JAMA⁸⁵.

El RD 2421/1968 de 20 de septiembre⁸⁶ que establecía la “*asistencia a menores subnormales*”, otorgaba una prestación a quienes convivieran con menores con discapacidad. Esta fue la primera norma⁸⁷ que constituía prestaciones por discapacidad a personas no activas y que no hubiesen sido mutilados de guerra. Antes de la entrada en vigor de este RD únicamente se valoraban discapacidades sobrevenidas a la incorporación al trabajo. A partir de la entrada en vigor de este RD, todas las personas con discapacidad podían ser valoradas, puesto que para otorgar prestaciones a los familiares de quienes tenían discapacidad era necesario pasar el examen médico de valoración.

Es muy importante tomar conciencia de que el concepto de discapacidad de dicha época no coincide con el actual. Muchas de las personas que ahora consiguen un certificado de discapacidad o prestaciones por discapacidad propia o de familiares en aquel momento no habrían logrado tal declaración. Fácilmente se comprueba las diferencias entre los criterios del año 1968 y los actuales, observando el alto nivel de discapacidad que describe el artículo cuarto de dicha disposición, y también su terminología.

Esta norma consideraba menor “subnormal” a “*los menores de dieciocho años que se encuentren comprendidos en algunos de los grupos que a continuación se indican:*”

Primero. Ciegos con una visión menor de veinte/doscientos en ambos ojos, después de la oportuna corrección.

⁸⁵ Toman sus siglas de las iniciales de la revista “*Journal of American Medical Association*”, en la que eran publicadas y revisadas periódicamente.

⁸⁶ BOE núm. 241 de 7 de octubre de 1968.

⁸⁷ En el mismo sentido estudio del Ayuntamiento de las Palmas de Gran Canaria <http://www.laspalmasgc.es/views/Servicios/Empleo/RedCentrosEspeciales/legislacion.jsp> Consultado el 15/10/2013.

Segundo. Sordomudos y sordos profundos, con una pérdida de agudeza auditiva de más de setenta y cinco decibelios.

Tercero. Afectos de pérdida total, o en sus partes esenciales, de las dos extremidades superiores o inferiores o de una extremidad superior y otra inferior, conceptuándose como partes esenciales la mano y el pie.

Cuarto. Parapléjicos, hemipléjicos y tetrapléjicos.

Quinto. Oligofrénicos con retraso mental, valorado en un coeficiente intelectual inferior al Cero coma cincuenta.

Sexto. Paralíticos cerebrales”

Posteriormente a dicha orden, dentro del mismo año, se publicó la Orden de 7 de noviembre de 1968⁸⁸ que creó los Centros de Empleo Protegido para trabajadores minusválidos (CEP), estos son la primera figura de empleo protegido que existió en España y se implantaron para promover la ocupación de las personas con discapacidad en situación de desempleo.

Esta Orden, que pretendía promocionar el empleo de personas con discapacidad, inició el sistema español que graduaba en porcentaje la discapacidad. Estableció que se entendería como minusválido a efectos laborales, sólo aquellas personas con “*disminución de su capacidad física superior al 30 por cien que le impida su acceso al trabajo*”. En suma, imponía un triple requisito para que la persona fuese considerada como discapacitada a efectos laborales: que la etiología fuese física, superior al 30 por cien y por último que esta circunstancia impidiese a la persona acceder al trabajo.

El Decreto 2531/1970, de 22 de agosto⁸⁹, sobre empleo de trabajadores minusválidos amplió las etiologías que podían acceder a dicho empleo protegido, pudiendo acceder a él también las personas con discapacidad psíquica. Este Decreto también modificó el porcentaje de discapacidad aumentándolo hasta el mínimo del 33 por cien que rige en la actualidad. Matizando lo relacionado con la capacidad laboral en su art. 1, al establecer que estas limitaciones deben impedir “*obtener o conservar empleo adecuado, precisamente a causa de su limitada capacidad laboral*” (art. 1).

Es importante destacar que el art. 2 de ese mismo texto legal, establecía que la condición de minusválido se acreditaba por medio de un certificado de reconocimiento emitido por los servicios de la Seguridad Social y que además se debía inscribir en el censo de trabajadores minusválidos.

La vinculación de la discapacidad con la capacidad laboral continúa

⁸⁸ BOE núm. 288, de 30 de noviembre de 1968.

⁸⁹ BOE núm. 221, de 15 de septiembre de 1970.

encontrándose en la Orden de 24 de noviembre de 1971⁹⁰, que dicta normas de aplicación en materia de reconocimiento de la condición de minusválido, esta orden establece que serán minusválidos *“las personas en edad laboral que estén afectadas, como mínimo por una disminución de su capacidad física o psíquica del treinta y tres por ciento, que les impida obtener o conservar empleo adecuado, precisamente a casusa de su limitada capacidad laboral”*. Se vuelve a comprobar que únicamente otorgan certificado de discapacidad a quienes teniendo una discapacidad superior al 33 por cien, esta les afectaba a su capacidad laboral.

Esa misma norma determinó la composición de unidades provinciales de valoración, que debían estar formadas por especialistas para valorar en base a las tablas JAMA⁹¹. Estableciendo también dicha orden, que en el certificado de discapacidad se debía hacer constar no sólo el estado médico y funcional de la persona, sino también las causas personales y familiares, además se debía precisar el porcentaje de *“disminución”*, y determinar las aptitudes laborales existentes, así como la rehabilitación médica aconsejable.

Estas normas se desarrollaron en un etapa, incardinada en el modelo médico/terapéutico de la discapacidad, donde esta consigue cierta visibilidad legislativa, centrando la problemática en las limitaciones situaciones físicas o psíquicas de la persona, sin tomar en consideración el entorno y desvinculando estas situaciones de los derechos humanos. El denominado modelo médico de la discapacidad en el que se desarrolló esta normativa a nivel español, e internacional, es únicamente la *“transposición de los sistemas de seguridad social al ámbito de la discapacidad”*⁹² y por ello establece prestaciones familiares y pretende promover el trabajo para que la persona sea lo más productiva posible.

4.2.2- Evolución del concepto de discapacidad a partir de la LISMI.

En el año 1982 el art. 7 de la LISMI estableció que *“se entenderá por minusválido toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de*

⁹⁰ BOE núm. 287, de 1 de diciembre de 1971.

⁹¹ EGEA GARCÍA, C., y SARABIA SÁNCHEZ, A., *Experiencias de aplicación en España de la Clasificación Internacional de Deficiencias Discapacidades y Minusvalías*. Artegraf. Madrid. 2001. Pág. 31.

⁹² PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*. Aranzadi. Pamplona. 2015.

carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales". Esta ley todavía incardinada dentro del modelo médico de discapacidad subraya las situaciones personales sobre las barreras sociales, y prevé que la disminución de las posibilidades de integración vienen debidas a las deficiencias de la persona.

Es muy importante destacar que la LSIMI pretendía impulsar y fomentar la integración laboral educativa y social de las personas con discapacidad, considerando que los empleos protegidos y la educación especial deberían ser transitorios y únicamente definitivos tras una valoración.

Siendo una ley incardinada en el modelo médico que pretende que las personas superen sus deficiencias, entiende que la integración social que se desarrolla por la educación y el trabajo, debe ser un proceso integral, flexible y dinámico, concibiéndolo por medio de una aplicación personalizada.

Por ello esta ley sólo realiza una definición genérica de la discapacidad, sin determinación de grados, etiologías, ni concreción especial de las personas que deberían ser usuarias de los diversos instrumentos de apoyo. Entendía que el problema de la integración de las personas con discapacidad eran sus limitaciones, pero de una forma más avanzada que la actual, determinó que el empleo ordinario era preferente para la integración y que el empleo protegido debería ser subsidiario, y sólo para personas cuyas discapacidades les impidiesen acceder a aquel.

En el año 2003, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre⁹³, de igualdad de oportunidades y de integración para las personas con discapacidad (LIONDAU), que se instauró para promover la igualdad de oportunidades y la integración de las personas con discapacidad, estableció en su art. 1.2, que su texto era de aplicación *"a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100. En todo caso se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión e incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad"*.

Esta norma no definió la discapacidad pero sí su ámbito de aplicación. Determinó que para sus efectos formaban un todo quienes tuviesen reconocido grado de discapacidad

⁹³ BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2003.

y quienes tuviesen reconocidas algunas incapacidades laborales. Asimiló, por primera vez situaciones administrativas, que dan derecho a percibir pensiones tras haber trabajado, con la situación de discapacidad. No teniendo un concepto propio de discapacidad, confundió en derechos dos formas de valorar limitaciones que son: la discapacidad y la incapacidad laboral. Esta asimilación de derechos conduce a una confusión en los conceptos de ambas situaciones administrativas.

La reciente LGDPDIS, que se publicó enmarcada dentro del modelo social de discapacidad, la define como *“una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*. Desarrolla un concepto teórico que pone el acento en la falta de igualdad a causa de las barreras y habla de una participación plena en la sociedad.

En su labor de refundir de normas, no de crearlas ni de modificarlas, la LGPDIS olvidó hacer constar, como ya disponía la LISMI, que el empleo protegido es subsidiario y que se debe promocionar de forma preferente el empleo ordinario, pero al haber derogado la norma que lo instituyó en nuestro país, este principio de integración laboral ha sido eliminado de nuestra legislación, aunque sigue constando en toda la normativa internacional.

La LGDPDIS asimila en todos los derechos a quienes tienen discapacidad y a quienes tienen algunas incapacidades laborales, olvidando que ambas situaciones parten de conceptos distintos, y que las Incapacidades Permanentes laborales (IP) fueron creadas como sustitución de rentas y la discapacidad pretende la inclusión laboral y social de las personas, siendo ámbitos de apoyo distintos.

4.3.- Situaciones fronterizas con la discapacidad.

La incapacidad laboral, la incapacidad de obrar y la dependencia son situaciones administrativas y judiciales creadas para apoyar distintas necesidades las personas.

El mismo individuo puede requerir una de estas certificaciones de necesidad de apoyo o varias de ellas, pero aunque se superpongan en la misma persona, continúan siendo distintas tanto en su concepto, como en su finalidad. En este punto determinaré cada una de ellas y las diferenciaré de la discapacidad.

4.3.1.- Incapacidad laboral.

4.3.1.1.- Incapacidad Permanente.

El Capítulo V del Título II de la LGSS se titula “*Invalidez*” y regula las prestaciones por incapacidad permanente en su modalidad contributiva, incapacidad en su modalidad no contributiva y las lesiones permanentes no invalidantes.

Resulta de obligada mención que todavía en el año 2015 textos legales tan importantes como la LGSS continúan utilizando el término invalidez, pese a que desde el año 1997, por medio de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social ⁹⁴, se dispuso que las referencias a “*invalidez permanente*” se entendían efectuadas a los términos incapacidad permanente⁹⁵. Por lo tanto en base a una norma con rango de ley había que sustituir dichos vocablos. Lo cierto es que el título de dicho capítulo de la seguridad social continúa denominándose “*invalidez*” y algunos artículos que lo desarrollan, en particular los artículos 137 y 138 continúan utilizando indistintamente el vocablo invalidez e incapacidad.

Aunque en este capítulo me sería muy útil utilizar la terminología invalidez para denominar dicha situación referida a la incapacidad laboral, deslindando este término, incluso fonéticamente al de discapacidad, entiendo que por imperativo legal desde el año 1997, no debería utilizarse el término invalidez y por ello la utilizaré únicamente en el caso de referencia a la gran invalidez, pues su mención en dichos términos en los textos legales obliga a ello.

La incapacidad laboral no contributiva tiene como finalidad cubrir las necesidades básicas del beneficiario ante la ausencia de ingresos suficientes, no es una prestación de servicios sociales, tampoco una ayuda de la LISMI, es una prestación de Seguridad Social desarrollada en los arts. 144 a 149 de la LGSS. Centra su atención en la carencia de rentas y en la disminución de la capacidad física, psíquica o sensorial que padezca la persona, no pone el foco de atención en la incidencia sobre el trabajo, pero exige carecer de rentas, lo cual supone un reconocimiento a la falta de capacidad de generar sus propios recursos.

⁹⁴ Art. 8.5. BOE núm. 169 de 16 de julio de 1997.

⁹⁵ En la colección legislativa de Aranzadi, en *El Derecho*, en Tirant lo Blanch, así como en el texto legal del ministerio en fecha 12/02/2014 http://www.seg-social.es/Internet_1/Normativa/095093 continúa denominándose invalidez y habla de la recuperación de la capacidad laboral del inválido, y dentro de los textos legales la palabra invalidez está plenamente vigente en multitud de artículos, siendo tratada de forma indistinta en los textos con el término incapacidad.

No toma en cuenta la existencia o no de trabajos previos, y no requiere de periodos de carencia.

Tienen derecho a prestaciones de IP no contributiva las personas con discapacidades superiores al 65 por cien en cualquiera de sus etiologías y las personas con sentencia de incapacidad de obrar⁹⁶. Los perceptores de esta prestación deben carecer de rentas o ingresos suficientes, estableciendo la norma mínimos en función de ingresos en la unidad familiar. De forma distinta las IP contributivas no son incompatibles con la percepción de ningún tipo de salario.

La incapacidad permanente contributiva, se regula en los Arts. 137 a 143 de la LGSS. Inicialmente fue desarrollada por la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969 y fue parcialmente derogada por otras disposiciones posteriores. Su definición se encuentra en el art. 136.1, definiéndola como la *“situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y probablemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”*.

De dicha definición se pueden extraer los requisitos básicos:

1) La persona ha de presentar reducciones anatómicas o funcionales graves que no podrán ser anteriores al alta a la Seguridad Social, sino que habrán sobrevenido con posterioridad a ella⁹⁷.

Las reducciones congénitas o anteriores al alta darán lugar a la calificación de IP únicamente cuando, con posterioridad a la afiliación, tales reducciones se hubieran agravado por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías que supongan una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación⁹⁸.

2) Las reducciones que se aleguen deben ser susceptibles de valoración objetiva, pudiendo ser de naturaleza física, psíquica o sensorial⁹⁹.

⁹⁶ La Disposición adicional novena de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (BOE núm. 291 de 5 de diciembre de 2007), establece que *“A los efectos de la aplicación de la Ley General de la Seguridad Social, se entenderá que están afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento, aquellas personas que judicialmente hayan sido declaradas incapaces”*

⁹⁷ STS de 30 de noviembre de 1988, de 26 de enero y de 27 de febrero de 1989 o de 28 de diciembre de 1991, Rec. 889/1991.

⁹⁸ STS de 26 de febrero de 1987, de 27 de julio de 1992 y de 26 de enero de 1999.

⁹⁹ STSJ de la Rioja, de 30 de diciembre de 1997, Rec. 104/1999.

3) Estas dolencias o secuelas han de ser previsiblemente definitivas, se puede prever médicamente la recuperación del interesado si esta es incierta o a largo plazo¹⁰⁰

4) Las dolencias o secuelas han de provocar una disminución o anulación de la capacidad laboral¹⁰¹. Este requisito es la razón por la que, en el caso de la IP contributiva, existan grados en su calificación¹⁰², en función de su incidencia sobre la misma.

5) De forma extraordinaria, también tendrá la calificación legal de IP, en el grado que corresponda, la situación de incapacidad que subsista después de extinguida la incapacidad temporal por el transcurso del plazo máximo de duración de la misma.

Las situaciones de IP laboral, en lugar de graduarse por porcentaje como las discapacidades, dividen en cuatro las situaciones en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo siendo IP Parcial la menor de las situaciones incapacitantes, seguida por IP Total e IP Absoluta y la situación de mayor incapacidad laboral es la Gran Invalidez¹⁰³.

Para encuadrar cada una de estas incapacidades laborales se tiene en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que estaba encuadrado, antes de producirse el hecho causante y el momento de la calificación de la incapacidad permanente, esto es la fecha de efectos de dicha situación, es la de la emisión de la Resolución del Director Provincial del INSS.

De la calificación de situación de IP, en cualquiera de sus clases, se derivan pensiones de carácter vitalicio, Art. 139.2, 3 y 4 de la LGSS, aunque dichas prestaciones pueden extinguirse por revisión de la situación incapacitante según el art. 22 de la Orden de 15 de abril de 1969, y además pueden ser anuladas y suspendidas en algunos supuestos¹⁰⁴.

¹⁰⁰ STS de 30 de enero de 1990 o de 13 de marzo de 1991, Rec. 783/90.

¹⁰¹ STS de 28 de marzo de 1979, de 4 de octubre de 1980 o de 8 de abril de 1989

¹⁰² PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T., VALLEJO ORTE, A. *La incapacidad permanente y las lesiones no invalidantes*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010.

¹⁰³ Art. 137.1 LGSS.

¹⁰⁴ El art. 23 de la Orden de 15 de abril de 1969 determina los supuestos de denegación, anulación y suspensión:

1) Cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar el derecho a las mismas.

2) Cuando la incapacidad permanente sea debida o se hubiera agravado a consecuencia de imprudencia temeraria del beneficiario.

3) Cuando la incapacidad permanente sea debida o se hubiese agravado a consecuencia de haber rechazado o abandonado el beneficiario, sin causa razonable, el tratamiento sanitario que le hubiera sido

Para poder disfrutar de una IP contributiva, en el grado que corresponda, el trabajador debe acreditar un periodo de carencia que variará en función su edad y la fecha del hecho causante (art. 139 apartados 2, 3 y 4 de la LGSS), excepto que la IP sea consecuencia de accidente de trabajo, accidente no laboral o enfermedad profesional, donde no se requiere periodo de carencia (art. 124.4 y 138.1 in fine, de la LGSS).

Es importante determinar que no hay resolución de IP sin prestación asociada. Desde el año 1991 el TS¹⁰⁵ estima que si la resolución del INSS no fuera a reconocer el derecho a pensión por IP porque el trabajador no puede acreditar un período de cotización mínimo necesario para causar derecho a la misma no se puede establecer la incapacidad, pues conllevaría declarar al interesado incapacitado permanente (total, absoluto o gran inválido), lo que le privaría de trabajar de nuevo. El TS interpretó que el sujeto no si no va a percibir prestación económica la calificación de IP únicamente sería una “etiqueta” que perjudicaría al interesado para encontrar un trabajo. Esta interpretación del alto tribunal realizada en el año 1991, debería ser revisada en función de la nueva jurisprudencia que emana del mismo tribunal respecto de la compatibilidad de realizar trabajo en situación de IP y también por las asimilaciones de derechos que produjeron la LIONDAU y la LGDPDIS.

Lo cierto es que la situación de IP no sólo es un acto administrativo con efectos económicos, sino que certifica que médica y funcionalmente se han valorado las capacidades residuales del trabajador, y estas determinan su imposibilidad para trabajar, por lo que aporta datos objetivos al interesado sobre su estado de salud y las interacciones de esta con su capacidad laboral. Pero además la jurisprudencia, que un poco más adelante estudiaré, sobre la compatibilidad del percibo de la prestaciones de IP con la realización de nuevos trabajos, declarada por el mismo TS, implica que la declaración de IP no debería ser una situación negativa sino únicamente una certificación de incompatibilidades laborales con el estado de salud del individuo. La postura que sobre esta prestación mantiene la sala de lo Social puede dejar entrever que para este tribunal la IP no determina una situación incapacitante de los solicitantes con la actividad laboral sino que simplemente establece el derecho de cobro de una prestación.

indicado durante las situaciones de incapacidad temporal.

4) Cuando el beneficiario, sin causa razonable, rechace o abandone los tratamientos o procesos de readaptación y rehabilitación procedentes.

¹⁰⁵ SSTS de 14 de octubre de 1991, RCUUD 344/1991, y 19 y 26 de noviembre de 1991(RCUUD 1507/1990 y RCUUD 993, /1991)

Tras la asimilación parcial de derechos que realizó la LIONDAU y posteriormente la igualación total que determinó la LGDPDIS entre las situaciones de IP total, absoluta y gran invalidez y la discapacidad, la declaración de IP, aunque no lleve aparejada una prestación, es una fuente de derechos. Por ello, dicha postura jurisprudencial debería revisarse a la luz de la actual legislación.

Los trabajadores declarados en IP, sin derecho a prestación por carecer de periodo de carencia, podrían ser contratados de forma preferente en empresas que deben cumplir el cupo de contratación de personas con discapacidad o por un CEE, y sus posibles empleadores podrían beneficiarse de bonificaciones. Por lo que esa declaración de incapacidad laboral, realizada sin derecho de cobro de prestación, podría facilitar el acceso al empleo, aunque ello parezca una contradicción.

Tal como se ha dicho, la pensión de IP total para la profesión habitual es compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta¹⁰⁶ También la calificación de IP absoluta y gran invalidez y el cobro de las pensiones asociadas pueden compatibilizarse con el ejercicio de actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado laboral que no representen un cambio en su capacidad de trabajo¹⁰⁷. Además, a partir de las sentencias del TS de 30 de enero de 2008¹⁰⁸ y de 23 de abril de 2009¹⁰⁹, el alto tribunal confirmó que las personas con una declaración de gran invalidez pueden compatibilizar el cobro de la pensión de IP con cualquier actividad compatible con su estado físico, siempre que lo comuniquen oficialmente.

El TS determinó que una abogada con una paraplejía determinada por lesión medular, con necesidad de silla de ruedas y ayuda de tercera persona para atender sus necesidades vitales, podía trabajar y compatibilizar la pensión de IP de Gran Invalidez con un salario, de esa forma potenciaba la integración laboral y social de los individuos en situación de IP. El alto tribunal, estimó que no debía revisarse el grado de IP como consecuencia de la realización de cometidos laborales por cuenta ajena compatibles con la capacidad residual de la beneficiaria, si el cuadro patológico de la trabajadora había permanecido inalterado desde la fecha de su reconocimiento y no se había producido una

¹⁰⁶ Arts. 141.1 de la LGSS y 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969.

¹⁰⁷ Arts. 141.2 de la LGSS y 24.4 de la Orden de 15 de abril de 1969.

¹⁰⁸ RCUUD 480/2007.

¹⁰⁹ RCUUD 2512/2008.

mejora que justificase dicha revisión.

Se podría entender que, por medio de estos pronunciamientos, el alto tribunal relativizó el riguroso concepto de gran invalidez que la propia LGSS establece en su art. 141.2 y que apunta a la imposibilidad jurídica de realizar trabajos en tal situación¹¹⁰. Pero lo cierto es que el TS demostró respeto por aquellas personas cuya voluntad de superación es muy superior a la media, compensado dicho esfuerzo con el derecho al cobro del salario del nuevo empleo y manteniendo el derecho de la prestación. Hay que reconocer en muchas personas con discapacidades severas que sus ganas de trabajar y sentirse útiles a sí mismos y a la sociedad, les lleva a esforzarse hasta puntos que no se pueden requerir de forma genérica a todas las personas.

Pero aprovechando la relativización del concepto de capacidad de ganancia establecida por la jurisprudencia del TS, cuando declara la posibilidad de compatibilizar trabajo y pensión, esta situación se ha convertido en casi una burla a la voluntad de superación. Como ejemplo encontramos a muchos deportistas profesionales que solicitan IP y después cobran durante toda la vida una prestación, mientras trabajan sin ninguna incapacidad laboral real en otros puestos de trabajo.

Se encuentran numerosas sentencias como la de la Sala de lo Social del TSJ de Islas Baleares, de 28 de septiembre de 2012, donde concede una IP a un futbolista profesional, afirmando que hay que hacer una interpretación de la inhabilidad para los deportistas profesionales de alto rendimiento, en el mismo sentido, la STSJ de Murcia, de 14 de marzo de 2013, habla de la necesidad de valorar *“la necesidad de esfuerzos físicos constantes que exige la profesión”*. También la STSJ de Castilla y León (Burgos), de 17 de julio de 2013, entiende al valorar a un ciclista profesional que al solicitar una incapacidad permanente, no se debe esperar el desempeño de su labores con un mínimo de diligencia y profesionalidad sino que la plenitud requerida al deportista de elite que *“le exige prestar servicios a un grado superior de condiciones físicas”*¹¹¹ y como no está en un grado superior de condiciones físicas le otorga una IP total y la LGPDIS lo asimila a persona con discapacidad.

Este tipo de pronunciamientos, no sólo otorgan a deportistas profesionales derecho a prestaciones vitalicias, en la mayoría de ocasiones con altas bases de cotización,

¹¹⁰ SSTS de 30 de enero 2008, RCU 480/2007 y 14 de octubre de 2009, RCU 3429/2008.

¹¹¹ En este sentido VIDAL LÓPEZ P. “El desgaste y la edad en los deportistas profesionales: retirada o invalidez”. *Actualidad jurídica Aranzadi*. Núm. 873. 2013.

sino que además les da la oportunidad de acceder a todos los derechos que se otorgan a las personas con discapacidad. Tienen derecho a trabajar en CEE, y a ocupar puestos de las cuotas de reserva de empleo, donde se debería emplear a personas cuyas discapacidades les impiden o dificultan el acceso al trabajo, puesto que la asimilación de la IP a la discapacidad y la relativización de los términos provoca distorsiones en las medidas de fomento de empleo.

El caso de los deportistas profesionales declarados en situación de IP, por pequeñas lesiones que impiden que continúen sus carreras pocos años, evidencia de una forma muy clara que no son personas con discapacidad y que la asimilación de la LGPDIS al menos en estas circunstancias es, cuanto menos, errónea. Pero lo cierto es que dichas situaciones a menor escala suceden todos los días con muchas personas, por ejemplo peluqueros a los que les sobreviene una alergia a la laca y pasan a tener una IP y por lo tanto a tener grado de discapacidad del 33 por cien por la asimilación de la LGPDIS cuando una valoración médica no les otorga ni un 1 por cien de discapacidad.

4.3.1.2.- Diferencias entre discapacidad e incapacidad laboral.

El concepto de IP es distintivo del de discapacidad aunque la jurisprudencia en ocasiones haya mantenido una cierta confusión entre las dos situaciones¹¹². Son conceptualmente diferentes aunque en numerosas normas¹¹³ utilicen ambos términos como palabras sinónimas¹¹⁴, la más reciente el art. 75 bis. de la Ley 35/2014¹¹⁵ que modifica el texto refundido de la TGSS en relación con el régimen jurídico de las MATEPSS, donde establece que las mutuas destinarán parte de su excedente a favor de trabajadores con discapacidad sobrevenida. Lo cierto es que las mutuas de trabajo deberán dedicar dichos excedentes a las personas con incapacidad laboral.

¹¹² STS de 4 de noviembre de 1997 RCU 335/1997 y de 18 de mayo de 2009 RCU 3520/2007, ambas sobre prestación de orfandad, asimilando la primera una grave discapacidad a la incapacidad laboral y determinando la segunda que pese a que la prestación de orfandad para mayores de 18 años no requiera del reconocimiento explícito de IP, estima necesario examinar los padecimientos de cada uno de los solicitantes.

¹¹³ En el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 aprobado por el Decreto 2065/1974 de 30 de mayo, título primero capítulo V sección cuarta denominado “*Reeducación y rehabilitación de inválidos*” que tenía como antecedente más antiguo la Ley de bases de 28 de diciembre de 1963, utiliza el término inválidos para conceder una prestación, que desde 1994 son las prestaciones no contributivas para personas con discapacidades superiores al 65 por cien, valiéndose del mismo término para quienes perciben prestaciones contributivas por “*invalidez permanente*” ahora incapacidad permanente que quienes tenían una discapacidad grave y con ello derecho a una prestación. Esta norma fue derogada por el RDLeg 1/1994.

¹¹⁴ En este sentido TAPIA HERMIDA, A., “Discapacidad, invalidez y trabajo”. *Revista de trabajo y seguridad social. CEF*. Núm. 370. 2014.

¹¹⁵ BOE núm. 314, de 29 de diciembre de 2014.

La discapacidad y la IP son similares en la forma de lograr su declaración, en ambas se deben determinar objetivamente por un equipo de valoración unas deficiencias¹¹⁶ o reducciones anatómicas y funcionales graves¹¹⁷ que deben estar presentes de forma previsiblemente definitiva.

Pero si la discapacidad puede estar desde el nacimiento o ser sobrevenida, de forma distinta la incapacidad laboral únicamente puede darse en caso de que las deficiencias se manifiesten posteriormente a la incorporación de la persona a la actividad laboral.

La discapacidad se ocupa de las situaciones que limitan o impiden la participación plena y efectiva de las personas que las padecen en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás y la IP es una situación laboral que protege a las personas que tras haber iniciado una actividad laboral no pueden continuar trabajando a causa de su estado de salud. La primera evalúa la reducción de las capacidades de la persona y su relación con el entorno¹¹⁸ y la segunda valora la capacidad profesional de quienes se encuentran en edad laboral, se podría decir que la discapacidad se ocupa de la persona en general, y IP presta atención a la persona trabajadora.

Para determinar la IP se atiende “*más que a la índole y naturaleza de los padecimientos determinantes de las limitaciones que ellos generen, a éstas en sí mismas en cuanto impedimentos.... en el desempeño de su actividad con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia*”¹¹⁹ y para determinar la discapacidad se tiene en cuenta los padecimientos y las dificultades de integración en la sociedad de las personas. Por lo que el modelo de respuesta apropiado para cada una de las situaciones y los beneficios y protección que la declaración de cada una de ellas puede otorgar deben ser distintos.

¹¹⁶ Art. 2.a) LGDPDIS de 2013: “*Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”.

¹¹⁷ Art. 136 Texto Refundido de la LGSS, RDLeg 1/1999 “*La incapacidad permanente es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas y funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas que disminuyen o anulan su capacidad laboral, dando lugar a distintos grados de incapacidad*”

¹¹⁸ En este sentido ARIAS DOMINGUEZ. A., “De nuevo sobre la (no deseable) eficacia jurídica de la automática concesión de la condición de minusválido a los perceptores de prestaciones de incapacidad permanente por obra del art. 1.2 de la Ley 5/2003”. *Aranzadi Social*. Núm. 3. 2008.

¹¹⁹ STSJ de Navarra de 21 de septiembre de 2011.

La doctrina ha evidenciado una y otra vez que precisamente en la ocupación laboral, existe una tensión entre ambas situaciones, puesto que no “a diferencia de la discapacidad, la incapacidad legitima el retiro del mercado de trabajo”¹²⁰. Además a quienes tienen IP, en principio se les debe separar del trabajo pues así lo indican las resoluciones y sentencias que les dan derecho a una prestación, y por el contrario para las personas con discapacidad se buscan empleos que mejoren su integración y su participación en el mercado de trabajo¹²¹, siendo el ámbito laboral uno de los objetivos preferentes, y pendientes, de la integración social.

4.3.1.3.- Incapacidad Temporal y Enfermedad

Las enfermedades, generalmente, impiden o dificultan el trabajo; cuando incapacitan para trabajar, nuestro ordenamiento, en un primer momento, les otorga el tratamiento de Incapacidad Temporal (IT), denominando de esa forma la imposibilidad transitoria de un trabajador, en situación de alta o asimilada al alta.

Afirma GANZENMÜLLER ROIG que “La condición de discapacidad es siempre fruto de un procedimiento de evaluación médica y exige una cierta estabilidad en las secuelas o deficiencias del individuo. Por el contrario la enfermedad es una circunstancia extremadamente variada.”¹²², así hay que tomar en cuenta la temporalidad de las situaciones incapacitantes y también las diferentes circunstancias médicas y sociales que rodean a la enfermedad y las situaciones de incapacidad temporal.

El art. 128.a) de la LGSS establece que tendrán la condición de situaciones determinantes de incapacidad temporal “las debidas a enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.” Por lo que se desprende que para calificar una incapacidad temporal se requieren tres requisitos,

- 1) que la enfermedad o accidente precise atención médica,

¹²⁰ SPICKER. P. “Un distingo entre discapacidad e incapacidad”. *op. cit.*

¹²¹ Extraído, casi literalmente, de SPICKER. P. “Un distingo entre discapacidad e incapacidad”. *op. cit.* Pág. 46.

¹²² GANZENMÜLLER ROIG C., ESCUDERO MORATALLA J. F. *Discapacidad y derecho.* *op. cit.*

2) que el trabajador esté impedido para el trabajo y

3) que estas situaciones sean temporales, no definitivas con el plazo de duración de un año prorrogable medio más si se presume que el trabajador se va a curar.

De manera distinta, de las definiciones de discapacidad de la LISMI, la LIONDAU y de la LGDPDIS se puede extraer que la situación de discapacidad

1) no tiene porqué requerir asistencia sanitaria,

2) no tiene porqué impedir el trabajo, aunque las barreras pueden limitar o impedir su acceso al mismo y que

3) la situación es “previsiblemente permanente”.

El rasgo diferencial más acusado de la IT es la temporalidad.

En España la cuestión sobre si la enfermedad debe tener un trato similar a la discapacidad ha sido resuelta por la jurisprudencia del TS en sentencias como la de 29 de enero de 2001¹²³ y STS 27 de enero de 2009¹²⁴, entre otras que determinan que no son conceptos asimilables. Es imprescindible tener en cuenta que las demandas que desestiman las sentencias antedichas se refieren a tratos discriminatorios por circunstancias de salud, y tienen que ver con casos de despido.

Antes de estudiar las sentencias que abordan esta cuestión sobre si la situación de IT es asimilable a los supuestos de especial protección por derechos fundamentales como la discapacidad, es necesario estudiar la relación entre la extinción de la relación laboral y la IT en nuestra la legislación.

El Estatuto de los Trabajadores, Ley 8/1980, de 10 de marzo de¹²⁵,(ET) desde su promulgación en el año 1980, prevé la extinción por causas objetivas de trabajadores en base a la situación de IT siempre que esta sea intermitente. Pese que en la última modificación del art. 52.d) ET, realizada por el art. 18.5 de la Ley 3/2012 de 6 de julio¹²⁶ se excluye expresamente del cómputo de ausencias las “*que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave*”, eliminando de esa forma algunos despidos por enfermedad, continúan siendo una causa justificativa de despido objetivo las faltas de asistencia debidas a IT, por lo que la situación de enfermedad intermitente del trabajador

¹²³ RCU 1566/2000.

¹²⁴ RCU 602/2008.

¹²⁵ BOE núm. 64, de 14 marzo de 1980.

¹²⁶ BOE núm. 132, de 7 de julio de 2012.

da derecho al empresario a extinguir el contrato con una indemnización de 20 días por año trabajado, inferior a la del despido improcedente.

La enfermedad puede ser un preámbulo de la IP, y en nuestro ordenamiento jurídico laboral también está prevista la extinción del contrato por dicha situación, en el art. 49.1.e) del ET que legaliza la extinción de un contrato de trabajo por causa de la permanencia de unas lesiones invalidantes.

La jurisprudencia del TS que a la que se ha hecho referencia en el primer párrafo de este punto, determinó que las situaciones de enfermedad no pueden ser asimiladas a la discriminación por discapacidad, pero el TC el 26 de mayo de 2008, por medio la sentencia núm. 62/2008¹²⁷ pese a compartir el grueso de la doctrina del TS, afirmó que *“no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 de la CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contempladas en el mismo... así ocurrirá singularmente, cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada...”* sembrando, por medio de dicha sentencia, dudas en la interpretación de la doctrina firme del alto tribunal¹²⁸.

En base a una interpretación similar a la del TC, en un caso en el que los hechos probados evidenciaban que el despido del que se ocupaba un asunto judicial únicamente se había producido por el motivo de la IT de la trabajadora y que además de esta circunstancia no había ningún otro motivo para despedirla (situación que sucede en demasiadas ocasiones en la realidad laboral), el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid presentó una cuestión prejudicial¹²⁹ ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El juzgador madrileño pretendía que el TJUE interpretara la Directiva 2000/78/CE sobre igualdad de trato en el empleo¹³⁰ cuyo objeto es establecer un marco general para luchar contra la discriminación incluye entre los motivos exclusión la discapacidad aunque no

¹²⁷ Recurso de Amparo núm. 3912/2005.

¹²⁸ En este sentido AZAGRA SOLANO M., “Reflexiones sobre el despido del trabajador enfermo”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Núm. 4. 2011.

¹²⁹ STJUE 11/07/2006 asunto C13/2005 Chacón Navas.

¹³⁰ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOL 303, de 2 de febrero de 2000).

define esta situación¹³¹. Pretendió el juzgador madrileño que el TJUE determinara si a la luz de dicha directiva los despidos debidos a la enfermedad de los trabajadores, se podrían entender realizados como discriminación por razón de la salud del trabajador despedido.

En dicho asunto, denominado “Chacón Navas”, desde un primer momento las conclusiones del Abogado General del TJUE¹³², fueron contrarias a la solicitud del juzgador accionante, estimando dicha abogacía general que el despido por enfermedad sólo puede constituir un acto discriminatorio “*cuando se pueda demostrar que dicho despido no ha sido motivado por la enfermedad, sino por las limitaciones duraderas o permanentes derivadas de la misma*”. Dicha postura, chocaría con el derecho español en sus dos pilares fundamentales, en primer lugar como se ha dicho el art. 49.1.e) ET entiende como procedente el despido por haber sobrevenido una IP al trabajador, por lo que se puede despedir, de forma más económica, por las limitaciones duraderas del trabajador.

No es aplicable dicha interpretación en base a contundentes sentencias de instancia¹³³ y de pronunciamientos del TS¹³⁴ que han determinado la nulidad de algunos despidos basados únicamente en la enfermedad, en particular trabajadores con VIH, aunque es destacable que además de los debidos a este padecimiento no se ha dado, o no se conoce, ningún otro caso de nulidad por enfermedad¹³⁵.

La Sentencia del TJUE que resolvió el asunto Chacón-Navas finalmente desestimó la petición de asimilación de concepto, pero por medio de argumentos distintos a los empleados por el Abogado General. En primer lugar realizó una definición de discapacidad definiéndola como “*una limitación derivada de las dolencias físicas, mentales o psíquicas*” que suponen “*un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional*”. En segundo lugar, estableció que como Tribunal Europeo su misión no es estudiar los casos particulares, sino únicamente comprobar si los Estados por medio de normas vigentes discriminan de forma velada contra la

¹³¹ La norma europea que define la discapacidad es la Recomendación 86/379/CE de 24 de julio de 1986, sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad¹³¹, que establece que “*el término minusválidos comprende a todas aquellas personas seriamente incapacitadas por motivos físicos mentales o psicológicos*”.

¹³² Conclusiones presentadas para el asunto C13/2005, el 16 de marzo de 2006.

¹³³ Sentencia Juzgado núm. 3 de Castellón de 7 de junio de 2005.

¹³⁴ STS 29 de enero de 2001 F.J.2º, también STS 26/5/2008.

¹³⁵ En este sentido, GINES FABRELLAS, A., “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo”. *Aranzadi Social*. Núm. 2. 2010. , la autora tras un estudio exhaustivo de la jurisprudencia el TS entiende que dicho tribunal hasta ahora sólo considera el SIDA o VIH como enfermedad discriminada a los efectos del art. 14 CE.

discapacidad, basando ciertas actuaciones o selecciones en criterios que estuviesen indisociablemente ligados a la discapacidad y que perjudiquen a las personas que la padecen. Tras el estudio de nuestra legislación estimó el TJUE que no sucede en el caso español.

En el año 2013, el mismo tribunal europeo volvió a resolver una nueva cuestión prejudicial¹³⁶ con el mismo resultado que la anteriormente mencionada, determinó que la enfermedad no es asimilable a la discapacidad y que los tratamientos legales puestos a su consideración no habían infringido las normas Europeas dictadas frente a la discriminación por discapacidad.

Ambas sentencias recuerdan que la Directiva Europea 2000/78/CE sobre la que se basaban las cuestiones prejudiciales “*no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada, sin perjuicio de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad*”¹³⁷. El TJUE resalta la necesidad de tener en cuenta los ajustes razonables, estableciendo la obligatoriedad del empresario en la adopción de las medidas adecuadas para adaptar los puestos de trabajo a las necesidades de la persona concreta, siendo obligatorios tanto en casos de discapacidad como de enfermedad, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. Entiende el tribunal que si realizados los ajustes razonables la persona no es competente o adecuada su despido no es discriminatorio¹³⁸.

Volviendo a la legislación nacional se comprueba que los factores de discriminación establecidos en el art. 14 de la CE están referidos a la pertenencia a grupos social e históricamente victimizados por diferencias de trato desfavorables “*nacimiento, raza, sexo religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”. Puesto que todas las personas hemos estado o estaremos enfermos en alguno o en varios momentos de nuestras vidas, no se puede estimar que la situación de enfermedad pueda incardinarse en esa perspectiva de grupo. Entiendo al igual que el profesor ESTEBAN LEGARRETA, que quizá si podría entenderse que son asimilables la discapacidad y la enfermedad en ese aspecto cuando nos referimos a enfermedades

¹³⁶ STJUE 11/04/2013 asuntos acumulados C335/11 y C337/11 Ring y Skouboe Werge.

¹³⁷ Decimoséptimo considerando Directiva 2000/78/CE.

¹³⁸ CORDERO GORDILLO. V., “El concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Núm. 16. 2006.

prolongadas, aquellas con duraciones superiores al año “*donde la temporalidad está más cerca de la incapacidad permanente –o discapacidad- que de la incapacidad temporal –o enfermedad*”¹³⁹.

Dejando de lado la temporalidad de ambas situaciones, teleológicamente la enfermedad considerada como IT impide el trabajo y la discapacidad afecta a las relaciones sociales y a la integración en el empleo.

La mayoría de planteamientos judiciales en los que se pretende establecer una similitud entre la discapacidad y la enfermedad, no buscan una equiparación relativa entre los dos conceptos porque ambas impiden la realización de trabajos, ni tampoco porque en algunos casos la enfermedad es un estadio previo a la discapacidad, sino que pretenden que el estado de salud, estudiado de forma objetiva, sea causa discriminatoria.

Respecto del nexo de unión entre enfermedad y discapacidad, comparto como la más acertada postura doctrinal aquella que defiende un concepto flexible de discapacidad¹⁴⁰ en el que se incluyan supuestos en los que una persona es tratada de forma diferente a causa de una circunstancia fronteriza con la discapacidad.

4.3.2.- Incapacidad de obrar.

4.3.2.1.- Concepto.

La capacidad jurídica y la personalidad son una exigencia de la naturaleza y dignidad de la persona que el derecho no tiene más remedio que reconocer¹⁴¹. El reconocimiento de la personalidad en el ordenamiento jurídico no es constitutivo, sino declarativo, la capacidad no es o empieza con el derecho, si no que le precede, puesto que ya existe en la realidad¹⁴².

En el derecho español, así como en otros ordenamientos jurídicos, se diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

¹³⁹ ESTEBAN LEGARRETA. R., “Cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Discriminación por enfermedad”. *Aranzadi Social*. 2005.

¹⁴⁰ Ídem anterior.

¹⁴¹ DIEZ-PICAZO. L y GULLÓN BALLESTEROS A. *Sistema de Derecho Civil. Vol. I*. Editorial Tecnos. Madrid. 1989. Pág. 351 y ss.

¹⁴² GÁZQUEZ SERRANO, L. y MÉNDEZ SERRANO, M.M., “Tratamiento jurídico de la discapacidad desde la perspectiva del Derecho civil”. En AA.VV. (Coord. ALCÁIN MARITNEZ, E., GONZALEZ-BADÍA FRAGA, J. y MOLINA FERNADEZ), *Régimen Jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, Granada. 2006. Comares.

La capacidad jurídica corresponde a la persona desde su nacimiento¹⁴³ y es invariable hasta su muerte. La capacidad de obrar, se refiere a la aptitud de la persona para realizar actos jurídicos de manera directa y válida, esto es la capacidad para poder realizar voluntariamente actos jurídicos con plenos efectos¹⁴⁴, esta capacidad es variable, pues se exige para gozar de este estatuto un mínimo de madurez y aunque tras la mayoría de edad se presume capacidad de obrar plena para todas las circunstancias, existen excepciones y limitaciones legales como incapacitación judicial, entre otras¹⁴⁵.

Los menores de edad, pese a tener capacidad jurídica por ser personas, al no haber alcanzado un desarrollo pleno de sus facultades mentales, volitivas, y físicas, están afectados por una incapacidad natural¹⁴⁶ que afecta a su capacidad de obrar, y una vez llegados a la mayoría de edad, se presume por presunción *iuris tantum* la plenitud de esta.

El Código Civil establece que para ser declarado incapaz es necesaria una sentencia judicial¹⁴⁷, siendo causas de incapacitación “*las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”¹⁴⁸. En su redacción el art. 200 CC no enumera enfermedades ni patologías que constituyan por sí solas causas de incapacitación, sino que exige la concurrencia de unos efectos de estas que impidan a una persona gobernarse por sí misma total o parcialmente. Aunque haya una declaración de incapacidad de obrar la persona nunca cesará en la titularidad de sus derechos, puesto que la personalidad jurídica le es inherente.

La interpretación de nuestra legislación civil, debería aplicarse teniendo en cuenta que España incorporó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁴⁹ a su derecho interno por medio de su transposición.

La Convención establece que se ha de presumir la capacidad de las personas con

¹⁴³ El art. 29 del CC establece “El nacimiento determina la personalidad”.

¹⁴⁴ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M.C., “Comentario a la Sentencia de 29 de abril de 2009”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Núm. 82. 2010. He cambiado de su definición la palabra aptitud por la palabra capacidad, no sólo por no repetirla con la definición anterior, siendo un sinónimo, sino por la transcendencia que tiene hablar de capacidades en este tema, como se verá en el desarrollo del asunto.

¹⁴⁵ El art. 175.1 del CC exige que para los casos de adopción, los adoptantes deben ser mayores de 25 años. Declaraciones de prodigalidad.

¹⁴⁶ En este sentido GÁZQUEZ SERRANO, L. y MÉNDEZ SERRANO, M.M. “Tratamiento jurídico de la discapacidad desde la perspectiva del Derecho civil”. *op. cit.*

¹⁴⁷ El art. 199 del CC establece que “*Nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*”, redactado por Ley 13/1983, de 24 octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela (BOE núm. 256, de 26 octubre de 1983).

¹⁴⁸ Artículo 200 CC, redactado por Ley 13/1983.

¹⁴⁹ Aprobada por la ONU el día 13 de diciembre de 2006.

discapacidad y que se deben establecer los apoyos necesarios para respetar las capacidades residuales de los individuos, por lo que tras la ratificación de esta Convención el 23 de noviembre de 2007¹⁵⁰ debería coincidir el derecho español con lo establecido en ella. En este sentido se manifestó de forma contundente el ministerio fiscal en los dos recursos que presentó y que dieron lugar la STS núm. 282/2009 de 29 de abril de 2009¹⁵¹. Estima la Fiscalía General del Estado que a la vista de la Convención de Nueva York la declaración de incapacidad tal como está configurada en España “*vulnera la dignidad de la persona incapaz y su derecho a la igualdad en cuanto la priva de capacidad de obra y la discrimina respecto de las personas capaces*”¹⁵².

Para la fiscalía y también para parte de la doctrina¹⁵³, la Convención unifica la capacidad jurídica y la de obrar en un todo inseparable, como ya sucede en las personas sin discapacidad, a partir de esa necesaria unificación el Estado está obligado a proporcionar los mecanismos de apoyo necesarios para asegurar a las personas con discapacidad su plena capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

La jurisprudencia, desde el año 2009, ha sido heterogénea en cuanto al reconocimiento de la capacidad de la persona sin sentencia de incapacitación. El TS en su sentencia de 29 de abril de 2009 afirmó que por medio de la incapacitación, por la eliminación de derechos, se protege a las personas, recordando que “*la tradición interpretativa de esta Sala ha sido siempre favorable a las personas con necesidad de ser protegidas por falta de capacidad*”, pero por medio de esta separación entre incapaces de obrar y “capaces”, el TS pretendía distinguir a las personas con discapacidad que tienen una sentencia de incapacitación y aquellos que no la tienen señalando que en caso de necesidad, quienes no tengan sentencia no podrían obtener su protección.

En este sentido dictó la STS de 19 de enero de 2010¹⁵⁴, donde entendía que únicamente se debía proteger a aquellas personas a los que previamente un juzgado había declarado incapaces. Basando su juicio sobre prestación válida de consentimiento únicamente en el dato objetivo de la existencia o inexistencia de una previa declaración judicial de incapacidad, no analizando la realidad del caso en el que se prestó el

¹⁵⁰ BOE núm. 96 de 21 de abril de 2008.

¹⁵¹ RECUR 1259/2006.

¹⁵² Recurso del Ministerio Fiscal a la sentencia de la Audiencia de 20 de mayo de 2006, que dio lugar a la STS Sala civil de 29 de abril de 2009, RECUR 1259/06.

¹⁵³ MARIN CALERO, C., *El derecho a la propia discapacidad*. Editorial centro de estudios Ramón Areces. Madrid. 2013.

¹⁵⁴ RECUR 747/2006.

consentimiento, ni si la persona que lo prestó tenía conciencia de a que se estaba obligando¹⁵⁵. Cambió el criterio que venía aplicando en pronunciamientos menos discriminatorios como los expuestos en la STS de 19 de noviembre de 2004¹⁵⁶ o en la STS de 14 de febrero de 2006¹⁵⁷, en las que declaraba nulos actos de disposición realizados por personas con alzhéimer, estableciendo que "*la causa de la nulidad no es el estado civil de la vendedora, sino la demostración de una falta de entendimiento y voluntad que son precisos para consentir*"¹⁵⁸.

Pero la sentencia citada del año 2010 fue recurrida ante el TC que modificó el pronunciamiento del TS a quien hizo volver a su interpretación anterior por medio de la STC núm. 208 de 2013, de 16 de diciembre, que salvaguarda los derechos de las personas con discapacidad no incapacitadas, afirmando que "*la valoración de si existe o no el consentimiento expreso exigido como causa excluyente de la ilicitud de un derecho irrenunciable [en este caso el derecho al honor y a la propia imagen] ¹⁵⁹, no puede hacerse depender únicamente de una declaración judicial de incapacidad*", dando por lo tanto el apoyo necesario a quien lo requiere, mirando los casos en su contexto y a las personas en su situación.

La STC de 16 de diciembre de 2013, hacía abandonar una interpretación formalista de la prestación del consentimiento¹⁶⁰ por personas no incapacitadas, frente a la postura rígida que el TS pretendía imponer la presunción de la aceptación plena de las responsabilidades contractuales, en caso de que no hubiese declaración judicial de incapacidad.

Conforme la convención de los Derechos de las personas con Discapacidad y bajo el amparo de la interpretación del Tribunal Constitucional, sin necesidad de incapacitación civil las personas con discapacidad están protegidas partiendo de que hay que valorar cada obligación contraída en su situación determinada para saber si el

¹⁵⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "Intromisión ilegítima en la imagen y en el honor de un discapacitado, por la emisión de una entrevista y difusión de la misma en una página web, debido a la falta de consentimiento expreso del mismo. Comentario a la STC 208/2013, de 18 de diciembre". *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*. Núm. 35. 2014.

¹⁵⁶ RCUUD 1511/2000.

¹⁵⁷ RCUUD 1813/1999.

¹⁵⁸ STS de 19 de noviembre de 2004 RCUUD 1511/2000.

¹⁵⁹ Lo escrito entre corchetes es mío.

¹⁶⁰ En este sentido CABEZUELO ARENAS, A.L., "Discapacitado no incapacitado judicialmente: intromisión ilegítima en su honor e imagen. Consentimiento no válido aunque no medie sentencia de incapacitación." *Aranzadi Social*. 2014.

consentimiento prestado es válido o no.

Como afirma la profesora CABEZUELO ARENAS¹⁶¹, la grandeza de la sentencia del TC del año 2013 reside en que realiza una hermenéutica de la legislación que aplica¹⁶², a la luz de los principios de dignidad y protección de las personas con discapacidad, salvaguardando los derechos de quienes presumiéndose plenamente capaces por no haber sido incapacitados, no eran conscientes del significado y alcance de las determinaciones que adoptaron.

En la misma línea de promover derechos y no eliminarlos, volvió a pronunciarse la STS de 24 de junio de 2013¹⁶³, señalando que la curatela se ajusta más a los requerimientos de la Convención Internacional en materia de apoyos, puesto que en virtud del art. 287 del CC la figura de la curatela se prevé para aquellos casos en los que no se aprecie en la persona una grave incapacidad de gobernarse, pero en los que puede entenderse necesario el acompañamiento en la toma de decisiones, según el grado de discernimiento de las personas determinando en dicha figura, que debe ser tomada como apoyo en la capacidad de obrar¹⁶⁴.

4.3.2.2.- *Distinción entre incapacidad de obrar y discapacidad.*

En el ámbito del Derecho Civil el término incapacidad se equipara en muchas ocasiones al de discapacidad “*siendo ambos utilizados de acuerdo con su significado de manera errónea e indiscriminada*”¹⁶⁵. La discapacidad, como se ha visto, se refiere a las dificultades de interacción de las personas con su entorno y con la sociedad, y la incapacidad de obrar limita la capacidad de la persona para poder realizar voluntariamente actos jurídicos con plenos efectos.

Es reseñable que, en general, no se pone "en tela de juicio" la capacidad de obrar de las personas con discapacidad física o sensorial, ni se confunde la discapacidad que sobrellevan con una incapacidad judicial. En cambio, a las personas con discapacidad

¹⁶¹ Ídem anterior.

¹⁶² Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982).

¹⁶³ RECOD 1220/2012.

¹⁶⁴ Esta ayuda esporádica en la toma de decisiones es evidente por la redacción del art. 290 del CC, en el que establece para la curatela que si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que esta se extiende únicamente los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial, regulados en el art. 271, que son actos jurídicos de envergadura.

¹⁶⁵ GÁZQUEZ SERRANO, L. y MÉNDEZ SERRANO, M.M. “Tratamiento jurídico de la discapacidad desde la perspectiva del Derecho civil” *op. cit.*

psíquica o mental, se les cuestiona, constantemente y se confunde en demasiadas ocasiones que tengan un certificado de discapacidad con la falta de capacidad de obrar.

La incapacidad de obrar tiene su punto de inflexión en la comprensión de los actos y la voluntad de la persona para realizarlos y las sentencias que la declara suprimen o limitan derechos inherentes a la persona. De forma distinta la discapacidad intelectual y mental señala la dificultad en la integración de las personas en su entorno por problemas de comunicación, adaptación y destrezas sociales y su calificación, otorga derechos adicionales a los individuos.

La discapacidad es una situación administrativa y la incapacidad de obrar determina un estado civil. La primera deriva de un expediente administrativo (que puede ser recurrido o no en vía judicial) y sólo tiene efectos cuando es alegado por el titular o su representante legal. La incapacidad de obrar requiere de un procedimiento judicial que corresponde al Orden Civil, depende de la existencia de una sentencia firme¹⁶⁶ que debe ser inscrita en el Registro Civil y tiene efectos, con terceros sea o no alegada por la persona incapacitada.

4.3.3.- Dependencia.

4.3.3.1.- Concepto y caracterización.

El Consejo de Europa en su recomendación núm. (98) 9, de 18 de septiembre de 1998 relativa a la dependencia la delimita como “*un estado en el que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, tienen la necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos en la vida diaria*”. La RAE de una forma más sencilla la define como “*situación de una persona que no puede valerse por sí misma*”.

Pero es importante darse cuenta que la diversidad de expresiones terminológicas –legales y doctrinales- que se refieren al fenómeno de la dependencia como: cuidados de larga duración, permanentes, apoyos extensos y generalizados, o falta de autonomía personal. Con ello se intuye la dificultad de denominar una realidad compleja y muy heterogénea, que no está ligada siempre a situaciones de discapacidad sino también al

¹⁶⁶ En este sentido FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación” *Revista General de Derecho Romano*. Núm. 17. 2001. Añade el autor que la LIONDAU, Ley 51/2003, introdujo un nuevo sistema de protección para personas con discapacidad sin que exista resolución de incapacitación, que se configura como una situación administrativa y no un estado civil.

envejecimiento o por entornos discapacitantes.

La actual Ley 39/2006 de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia¹⁶⁷. define la dependencia en su art. 2.2 como *"el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal"*

La Ley se centra en la realización de las actividades básicas de la vida diaria, valorando las necesidades de apoyos y la graduación de los mismos que necesitarán algunas personas mayores o con discapacidad para, que por medio de estos, logren la máxima autonomía.

El objeto de la norma, es garantizar la igualdad básica en el acceso a las prestaciones de todas las personas mayores o personas con discapacidad, sea cual sea su residencia y tiene los siguientes principios:

- a) Carácter universal y público de las prestaciones,
- b) acceso a prestaciones en condiciones de igualdad y
- c) participación de todas las Administraciones en el ejercicio de sus competencias.

El sistema de la dependencia está organizado como un catálogo de servicios y de prestaciones, establecidos en los arts. 14 y 15 de la ley. Servicios de promoción a la autonomía personal, de prevención de situaciones de dependencia, y de atención residencial, centros de día, centros de noche, teleasistencia, ayudas a domicilio y centros ocupacionales, entre otros.

La ley también ofrece prestaciones económicas vinculadas a los servicios para financiar los costes de los servicios establecidos en los catálogos. La norma contiene prestaciones para cuidados en el entorno familiar, que siendo excepcionales, se pueden conceder para que las personas puedan ser atendidas por cuidadores de su entorno no profesionales. Las prestaciones de asistencia profesional tienen como finalidad apoyar a la persona beneficiaria en el acceso a la educación, al trabajo, a una vida más autónoma

¹⁶⁷ BOE núm. 229, de 15 de diciembre de 2006.

mediante la contratación de una asistencia personalizada profesional durante un número de horas diarias.

Los requisitos para acceder a las prestaciones en virtud del Art. 5 de la Ley 39/2006 son:

- a) ser español,
- b) residir territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud, para los menores de cinco años el periodo de residencia se exigirá a quien ejerza su guarda y custodia,
- c) encontrarse en situación de dependencia, independientemente de la edad, pero con peculiaridades para los menores de 5 años.

El ciudadano que cumpla los requisitos anteriores, y pretenda acceder a las prestaciones tiene que ser declarado “persona en situación de dependencia” por el equipo de valoración que corresponda. Ese mismo equipo diseñará un programa individual de atención en el que se determine, en función del grado y nivel de dependencia, que servicios necesita. En el caso de no conformidad con la resolución administrativa, tras el procedimiento administrativo interno, la impugnación en vía judicial se realiza en los Tribunales de lo Social.

Para acceder al sistema de la dependencia no se exige a los beneficiarios obligación de afiliación o cotización. La financiación tiene su origen en los impuestos estatales, pero los servicios de dependencia también se apoyan en el copago de los servicios recibidos por parte de los usuarios, para ello la administración valora los ingresos del beneficiario.

Los grados de dependencia que reconoce la ley son tres:

- Grado I, dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria al menos una vez al día, o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.
- Grado II, dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere apoyo permanente de un cuidador, o tiene necesidades de apoyo

extenso para su autonomía personal.

- Grado III, gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona, o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

Cada uno de los grados se clasifican a su vez en dos niveles en función de la autonomía, atención y cuidado que requiere la persona, siendo el nivel 2 el de mayor necesidad de apoyo.

4.3.3.2.- *Distinción entre dependencia y discapacidad.*

Por más que discapacidad y dependencia sean conceptos próximos¹⁶⁸ y aunque algunas personas con discapacidad por sus necesidades de apoyo en la vida diaria se encuentren en situación de dependencia, los términos no son en absoluto intercambiables.

Los grupos de personas en situación de dependencia no se corresponden sólo con personas con discapacidad, también pueden ser personas mayores o sufrir una enfermedad de larga duración. No todas las personas con discapacidad están en situación de dependencia.

Las personas con discapacidad, en general, no requieren de asistencia sino de apoyos y su asistencia no debe ser pasiva y dependiente, sino que debe ser activa y reactivadora. No sólo “*el termino dependencia resulta ingrato pues pone el énfasis en el aspecto negativo, en la limitación; acentúa la visión más tradicional de la discapacidad*”¹⁶⁹, sino que La Ley 39/2006 de promoción de la autonomía personal y atención a la dependencia, está orientada a colectivos con necesidades y aspiraciones de futuro muy distintas.

Discapacidad y dependencia son situaciones administrativas que conllevan un proceso administrativo de valoración. La primera se refiere a la interacción de las personas con deficiencias con su entorno y la dependencia certifica la pérdida de la capacidad de controlar, afrontar o tomar por propia iniciativa, decisiones personales acerca del desarrollo de las actividades básicas de la vida diaria.

¹⁶⁸ TAPIA HERMIDA. A. “Discapacidad, invalidez y trabajo”. *op. cit.*

¹⁶⁹ PÉREZ BUENO, L. C. y DE LORENZO GARCÍA, R. “La promoción de la autonomía personal...” *op. cit.* Pág. 1045.

Sus diferencias conceptuales, sus estructuras de atención y apoyo y las diversas estrategias y dispositivos de intervención en las situaciones de dependencia evidencian un nivel alto de distancia entre estas realidades, aunque parte de la doctrina entiende que estas diferenciaciones “*las hacen parecer más distintas de lo que son*”¹⁷⁰.

5.- RECONOCIMIENTO Y DISTINCIÓN DENTRO DE LA DISCAPACIDAD.

5.1.- Normas y reglamentos sobre el reconocimiento de la discapacidad.

El RD 2421/1968 de 20 de septiembre¹⁷¹ por medio de la constitución de prestaciones para personas con discapacidad no activas, inició el derecho de todos los españoles a ser valorados en su grado de discapacidad, antes de esta norma únicamente se valoraba a quien habiendo tenido un trabajo o habiendo sido mutilado de guerra pretendiese acceder a algún derecho o prestación.

El año siguiente, por medio de la Orden de 15 de abril de 1969¹⁷², se establecieron normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social determinando que correspondían, a las comisiones técnicas calificadoras las declaraciones de invalidez. Estas comisiones que formaban las unidades de valoración, también debían determinar las posibilidades de recuperación de los trabajadores valorados, tasando cada una de las pérdidas de órganos, miembros o limitaciones de movilidad¹⁷³. Ambas normas, la del 68 y la del 69, fueron refundidas por la Orden de 8 de mayo de 1970¹⁷⁴.

La Orden de 24 de noviembre de 1971, dictó normas de aplicación en materia de reconocimiento de la condición de minusválido, determinando que bajo la dependencia de un órgano nacional deberían crearse unidades provinciales de valoración. Esta norma fue modificada por el Real Decreto 1723/1981, de 24 de julio¹⁷⁵, sobre reconocimiento, *declaración y calificación de las condiciones de subnormal y minusválido*, ordenando el

¹⁷⁰PÉREZ BUENO, L. C. y DE LORENZO GARCÍA, R., “La promoción de la autonomía personal y la protección en casos de dependencia por razón de discapacidad”. En AA.VV. (Dir. CAYO PÉREZ BUENO, L. y DE LORENZO GARCÍA, R.), *Tratado sobre discapacidad*. Aranzadi, Pamplona. 2007. Pág. 1047.

¹⁷¹ BOE núm. 241 de 7 de octubre de 1968.

¹⁷² BOE núm. 110 de 8 de mayo de 1969.

¹⁷³ A modo de curiosidad, se aplica en el baremo la siguiente el punto tercero “*Deformaciones del rostro, siempre que afecten a la estética facial o impidan alguna de las funciones de los órganos externos de la cara. 13. Tratándose de varones ... 12.000 a 24.000 14. Tratándose de mujeres 18.000 a 75.000*”.

¹⁷⁴ BOE núm. 121, de 21 de mayo de 1970.

¹⁷⁵ BOE núm. 190, de 10 de agosto de 1981.

proceso de reconocimiento de la “*condición de minusválido*”.

El año 1982 la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 5 de enero de 1982¹⁷⁶ reguló las actuaciones técnicas de los centros base del Instituto Nacional de Servicios Sociales para la emisión de dictámenes sobre las circunstancias físicas, mentales y sociales de las personas con minusvalía, determinando que sus valoraciones no sólo servirían para lograr prestaciones sino también para “*guiar los procesos de rehabilitación e integración de las personas afectadas de deficiencias y discapacidades*”¹⁷⁷

Pese a estar determinado normativamente quién valoraba, bajo que dependencia orgánica, cuál era el procedimiento administrativo y que datos debían constar en el certificado de discapacidad sobre recuperación y afectación a las posibilidades de empleo, hasta el año 1984, no se determinó legalmente las escalas a tener en cuenta para baremar el grado de discapacidad. La Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 8 de marzo de 1984¹⁷⁸, ratificó la relación pre-existente entre las valoraciones de grado de discapacidad que se habían hecho hasta ese momento con las determinaciones especificadas en las tablas JAMA. Estableció, por primera vez, de forma directa, que para realizar las baremaciones serían de aplicación tablas “*elaboradas por la Asociación Médica Americana ... utilizadas por el Servicio Social de Minusválidos desde sus comienzos*”¹⁷⁹.

El Real Decreto 1711/1999¹⁸⁰, de 23 diciembre, para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, unificó en el Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO), las competencias y facultades en orden al reconocimiento, declaración y calificación de la condición de minusválido y estableció los nuevos baremos aplicables para la calificación del grado, aplicando a partir de ese momento la terminología y las normas de valoración CIDDM, que publicó la OMS, en mayo de 1976, por medio de la Resolución WHA 29.35. “*El cometido de la CIDDM era servir de complemento a la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades, Traumatismos y Causas de Defunción (más conocida por Clasificación Internacional de*

¹⁷⁶ Por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1723/1981, de 24 de julio. BOE núm. 60, de 11 de marzo de 1982.

¹⁷⁷ Preámbulo de la Orden de 5 de enero de 1982.

¹⁷⁸ BOE núm. 65, de 16 de marzo de 1984.

¹⁷⁹ Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 8 de marzo de 1984. Consideraciones Generales.

¹⁸⁰ BOE núm.22, de 26 de enero de 2000.

las Enfermedades o CIE¹⁸¹) de cara a poder establecer un catálogo de las consecuencias de la enfermedad, más allá de la mera recopilación de cuáles son las causas de la misma”¹⁸².

A partir del año 2002, los equipos de valoración empezaron a utilizar la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), que había sido publicada con carácter experimental por la OMS en 1980¹⁸³, y sus trabajos de revisión concluyeron en el año 2001. Publicándose por medio de la Resolución 54.21¹⁸⁴, de 22 de mayo de 2001. La CIDDM estaba enmarcada en el modelo médico de discapacidad y la CIF en el modelo social, que toma en consideración factores medioambientales, adoptando una terminología positiva en lugar de oponer la discapacidad a la normalidad, se estipula como un grado relativo de funcionamiento.

Los anexos del Real Decreto 1971/1999, que son los baremos para determinar la discapacidad, han sido modificados en varias ocasiones, las más importantes para adaptar las normas de valoración a nuevas circunstancias discapacitantes corresponden al Real Decreto 1169/2003, de 12 de septiembre de 2003¹⁸⁵ que cambió las normas de valoración de la discapacidad añadiendo los casos de VIH.

A partir de la entrada en vigor de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre¹⁸⁶ de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia también se realizaron varias adaptaciones, en dichos anexos para utilizarlos para las valoraciones de dependencia, lo cual necesitó de dos ocasiones sucesivas para una adaptación correcta¹⁸⁷.

Tanto la CIF del año 2001 redactada por la OMS como la Ley 39/2006 de 14 de diciembre de promoción de autonomía personal disponían que todas las referencias a

¹⁸¹ La CIE es publicada desde 1948 por la OMS, y su finalidad claramente estadística tiene su origen en la primera edición la “Lista de causas de muerte” del año 1893 que realizó el Instituto Internacional de Estadística.

¹⁸²EGEA GARCÍA, C., Y SARABIA SÁNCHEZ, A. *Experiencias de aplicación en España de la Clasificación Internacional de Deficiencias Discapacidades y Minusvalías*. Madrid. 2001. Artegraf, SA. Pág. 18.

¹⁸³ http://www.insor.gov.co/descargar/ciddm_deficiencia_minusvalias.pdf Consultado en fecha 29/08/2015.

¹⁸⁴ <http://www.imsero.es/InterPresent2/groups/imsero/documents/binario/435cif.pdf> Consultado en fecha 29/08/2015.

¹⁸⁵ BOE núm. 238, de 4 de octubre de 2003.

¹⁸⁶ BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006.

¹⁸⁷ En un primer momento por medio del RD 504/2007 de 20 de abril, que aprueba el baremos de valoración de la situación de dependencia y una modificación de este por el RD 1197/2007 de 14 de septiembre. Posteriormente en el año 2011 se volvió a modificar el Anexo I por medio del Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero.

textos normativos que se efectuasen a minusválidos y a personas con minusvalía se entenderían realizadas a personas con discapacidad, pero hubo que esperar hasta el año 2009, para que en la legislación española por medio del RD 1856/2009¹⁸⁸ de 4 de diciembre, se estableciese legalmente que la denominación de grado de minusvalía pasaba a designarse como grado de discapacidad.

5.2.- Procedimiento administrativo para el reconocimiento de la discapacidad.

El reconocimiento del grado de minusvalía es un procedimiento que se inicia a instancia de parte, por el interesado, su representante legal o la persona que se encuentre de hecho a su cargo¹⁸⁹, mediante un impreso o modelo normalizado de solicitud. Una vez iniciado el procedimiento, por la parte interesada, el impulso del mismo es de oficio en todos sus trámites, reconocimiento, emisión del dictamen y trámite de audiencia determinando asimismo que el resultado se certificará por medio de resolución y los recursos existentes contra dicha resolución administrativa. El procedimiento está establecido en el RD 1971/1999.

Los órganos competentes donde dirigir los trámites son los correspondientes de las CCAA a quienes hubiesen sido transferidas las funciones, esto es, actualmente a todas las comunidades autónomas, y a las Direcciones Provinciales del IMSERSO en Ceuta y Melilla, en cuyo ámbito residan habitualmente los interesados¹⁹⁰.

Los equipos técnicos de valoración que emiten los dictámenes, están compuestos por al menos un médico, un psicólogo y un trabajador social¹⁹¹, quienes tras efectuar las pruebas y reconocimientos y tras el estudio de los informes pertinentes (que pueden ser aportados por los interesados) emitirán su Dictamen Técnico Facultativo en el que se detalla el diagnóstico, el tipo y el grado de minusvalía de la persona valorada.

Antes de redactar la propuesta de resolución, la administración competente pone de manifiesto al interesado lo instruido permitiéndole, por medio del trámite de audiencia, establecido en el art. 84 de la Ley 30/1992¹⁹², de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, realizar

¹⁸⁸ BOE núm. 311, de 26 de diciembre de 2009.

¹⁸⁹ En este sentido, TORRES LÓPEZ, M. A., “Derecho Administrativo. Régimen jurídico administrativo de las personas con discapacidad”. En AA.VV. (Coords. ALCAÍN MARITNEZ, E., GONZALEZ-BADÍA FRAGA, J. y MOLINA FERNADEZ), *Régimen Jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, Comares Granada. 2006.

¹⁹⁰ Art. 7 del RD 1971/1999.

¹⁹¹ Art. 8 del RD 1971/1999.

¹⁹² BOE núm. 285, de 27 de noviembre 1992.

alegaciones y/o aportar nuevos documentos que puedan variar la propuesta de resolución antes de la resolución administrativa definitiva del expediente.

Conforme el art. 8 del RD 1971/1999, el responsable del órgano competente, deberá dictar resolución expresa sobre el reconocimiento de grado, comúnmente denominado Certificado de Discapacidad, que tendrá efectos desde la fecha de solicitud.

En dicha resolución deberá constar no sólo el grado de discapacidad sino también la puntuación obtenida en los baremos que determinan la necesidad del concurso de otra persona o dificultades de movilidad, si procede. Se debe informar al solicitante en dicha resolución, la fecha en que puede tener lugar la revisión del grado, los recursos que procedan contra ella y los plazos en los que presentarlos, así como también el órgano ante el cual deberán interponerse los recursos pertinentes, siendo los Juzgados de lo Social la jurisdicción competente desde el año 2011¹⁹³.

La falta de resolución expresa en el plazo de tres meses desde la presentación de la solicitud, tiene efectos de declaración negativa, por el régimen del silencio administrativo con el derecho a interponer recurso, en los mismos plazos y órgano que las resoluciones expresas, contados a partir del tercer mes de registro de presentación.

El Real Decreto 290/2004 por el que se regulan los Enclaves Laborales, añadió por medio de su disposición final tercera una disposición adicional al RD 1971/1999. Por medio de esta norma se estableció la obligación de hacer constar en las resoluciones de discapacidad el tipo de minusvalía en las categorías de psíquica, física y sensorial, según correspondiese, para de esa forma poder determinar junto con el grado si la persona estaba o no incluida en los grupos de discapacidad de especial protección, esto es, si la persona tiene la consideración de persona con discapacidad con especiales dificultades de empleo.

En el año 2012, el RD 1364/2012, de 27 de septiembre¹⁹⁴ modificó nuevamente el RD 1971/1999 eliminando la obligatoriedad de señalar el tipo de deficiencia en los certificados de discapacidad, dicha modificación se basa en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁹⁵ de Naciones Unidas del año 2006, en la que se hace mención a la protección de la privacidad de la información personal, evitando

¹⁹³ Art. 2.o) Ley 36/2011, de 10 de octubre, de la Jurisdicción Social (BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011)

¹⁹⁴ BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2012.

¹⁹⁵ <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> Consultado en fecha 29/08/2015

que quien vea una resolución de grado de discapacidad sepa el tipo de discapacidad de quien ostenta dicho certificado. Así la obligatoriedad impuesta en el año 2004 para poder catalogar de forma más eficiente las discapacidades ha sido eliminada y el tipo de deficiencia únicamente consta en la resolución “*a instancia de la persona interesada o de quien ostente su representación*”.

Esta modificación, al menos a nivel laboral, perjudica la privacidad que pretendía proteger, pues no sólo en RD 290/2004 que regula los enclaves laborales (que fue el que estableció la disposición adicional modificada) no ha sido derogado y establece obligaciones de contratación de personas con especiales dificultades de acceso al empleo, sino que en el caso de pretender aplicarse bonificaciones o subvenciones de personas con discapacidades severas, el empresario que pretenda beneficiarse de dichas ayudas deberá acreditar el tipo de discapacidad de los trabajadores que contrata y si no consta el en la resolución, no sólo deberá pedir dicho documento al trabajador, sino que también se verá obligado a pedir además el Dictamen Técnico Facultativo establecido en el art. 9.3 del mismo RD 1971/1999, en el que constan además del simple tipo de discapacidad, también todas las deficiencias, enfermedades y situaciones personales que han dado lugar al certificado, puesto que dicho dictamen es la propuesta de puntuaciones y baremos de cada una de las exploraciones y estudios realizados a la persona valorada. Perjudicando con ello la privacidad de estos asuntos.

La persona valorada puede solicitar expresamente en su solicitud que quiere que se haga constar el tipo de discapacidad. Pero la realidad demuestra que por desconocimiento de la norma y de las consecuencias de las mismas, en muy pocas ocasiones se solicita la inclusión expresa del tipo de discapacidad en la resolución. Por ello se puede afirmar que el RD 1364/2012 pretendiendo proteger la privacidad de la etiología eliminando dicho dato del texto de la resolución, ha provocado que habitualmente las personas con discapacidad tienen que mostrar a empresas y administraciones datos mucho más sensibles que la simple etiología de su discapacidad al presentar el Dictamen del Técnico Facultativo¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Algunos colectivos de personas con discapacidad, como los afectados por VIH, se están movilizand para que las empresas no soliciten el Dictamen Técnico Facultativo. Puesto que al constar en dicho dictamen que alguno de los motivos que han provocado su discapacidad, es su enfermedad VIH, en ocasiones son discriminados. Pero dicho dictamen, además de hacer constar el tipo de discapacidad, también especifica el estado de salud y es utilizado por los servicios de prevención para adaptación de puestos de trabajo, aunque para realizar dicha adaptación puede utilizarse el Certificado de Capacidades.

5.3.- Segmentos diferenciadores en la discapacidad.

Las situaciones de discapacidad se clasifican en tipos y grados, los primeros hacen referencia a las etiologías de las deficiencias y los segundos determinan el porcentaje de afectación de la discapacidad. También deben constar en los certificados de discapacidad los factores sociales complementarios de la persona relativos a su edad, entorno familiar y situación laboral o nivel educativo, baremando la posible afectación de estas circunstancias para la integración social de la persona valorada.

Cuando coexisten dos o más circunstancias discapacitantes en una misma persona, los equipos de valoración pueden combinar los porcentajes, para poder determinar lo más fielmente la situación de discapacidad de la persona en su entorno. Si esa combinación de discapacidades se potencian entre ellas, produciendo una mayor interferencia en la realización de las actividades de la vida diaria, darán derecho a un grado de discapacidad superior al que origina cada uno de ellas por separado.

5.3.1.- Grados.

El grado de discapacidad se determina por medio de un porcentaje que se obtiene por la valoración de las limitaciones en la actividad de la persona valorada. En dichos porcentajes el 0 por cien es no tener ninguna discapacidad y el 100 por cien, padecer circunstancias discapacitantes que dificulten de forma extrema el desarrollo de la vida diaria.

Los baremos establecidos en el RD 1971/1999 son uniformes en todo el Estado para garantizar la igualdad de condiciones para el acceso de los ciudadanos a los beneficios, derechos económicos y servicios que los organismos públicos otorguen. El Anexo I describe las pautas para la determinación de la discapacidad y la evaluación de las consecuencias de las mismas fijando situaciones que pueden impedir o dificultar la actividad normal de la vida diaria, (vestirse, comer, desplazarse, etc.) y el Anexo II establece los baremos que determinarán la necesidad o no de la asistencia de una tercera persona para la realización de los actos más esenciales de la vida.

Tal como ya se ha hecho mención, la Orden de 7 de noviembre de 1968¹⁹⁷ determinaba la condición de persona con discapacidad a partir de un grado del 30 por cien, pero desde el año 1970 para ser titular de derechos se debe tener reconocido un

¹⁹⁷ BOE núm. 288, de 30 de noviembre de 1968.

grado igual o superior al 33 por ciento (excepto las asimilaciones legales que más adelante detallaré¹⁹⁸).

En la actualidad muchas normas dan cobertura y prestan especial atención a quienes tienen una discapacidad igual o superior al 65 por cien, ya que cuando las circunstancias discapacitantes son especialmente severas, de forma proporcional han de incrementarse los apoyos que se deben prestar por los poderes públicos, por ejemplo en descuentos en la matriculación de vehículos o acceso a prestaciones no contributivas. Además, en el ámbito laboral son mayores las bonificaciones que reciben los empresarios para su contratación¹⁹⁹, excepto en el empleo protegido donde todas las bonificaciones son iguales, independientemente del grado de discapacidad del empleado.

Las normas de valoración determinan las deficiencias desde un punto de vista médico y evalúan las situaciones de la vida diaria afectadas por dichas circunstancias discapacitantes. Los porcentajes a partir de los cuales se generan derechos están fijados por políticas legislativas y en la actualidad quienes tienen discapacidades comprendidas entre el 1 y el 32 por cien no tienen condición de persona con discapacidad, por lo tanto se entiende que no necesitan apoyo legal para acceder de forma completa la vida diaria, y por ello no son objeto de ayudas ni de beneficios.

Dichos límites porcentuales son únicamente barreras o cotos que se deben establecer para poder determinar los grupos que van a percibir los apoyos o ayudas y son necesarios para poder sistematizar y delimitar donde empiezan y donde acaban las coberturas y los derechos. El derecho debe categorizar situaciones más allá de las peculiaridades infinitas de las personas a las que se dirige.

Los límites porcentuales deberían ir modificándose en función del grado de inserción social y de las necesidades de las personas, debiendo revisarse periódicamente y aplicarse de forma distinta en función de los derechos a los que se quiera dar cobertura. El acceso al transporte público y privado, y a los inmuebles y lugares de trabajo, y las adaptaciones que actualmente se pueden realizar a los puestos de trabajo gracias a la tecnología, no son comparables a las existentes en el año 1970, pero se mantiene el mismo

¹⁹⁸ Véase en este capítulo el punto 6.3.- Consideración de persona con discapacidad con especiales dificultades de empleo.

¹⁹⁹ Véase Capítulo III. punto 4.- SISTEMA DE INCENTIVACIÓN ACTUAL: LA LEY 43/2006 PARA LA MEJORA DEL CRECIMIENTO Y DEL EMPLEO

grado porcentual de discapacidad para entender que una persona necesita apoyo en su inserción laboral y en el mantenimiento de su puesto de trabajo.

Los grados de discapacidad indican las distintas necesidades de apoyo, por lo que las políticas de empleo, que son modificadas periódicamente con mucha facilidad por el legislador, deberían cambiar los apoyos que prestan a los individuos en función del grado de discapacidad, tanto para reducir los apoyos de quienes no los necesitan, como para fomentar aquellos que estadísticamente no logran consolidar el empleo.

También para incluir a grupos por debajo del umbral del 33 por cien, que requieren de un apoyo especial, en este sentido en el año 2010, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo²⁰⁰, afirmó que “*el Gobierno estudiará, en el marco de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012, las medidas oportunas para mejorar la empleabilidad de las personas con capacidad intelectual límite que no alcancen un grado de discapacidad mínimo del 33 por ciento*”²⁰¹, demostrando que las personas con discapacidad intelectual tienen problemas especiales de accesibilidad al mercado laboral y que los límites porcentuales podrían cambiarse en ciertas condiciones.

5.3.2.- Tipos: físico, psíquico y sensorial.

La primera norma laboral española relativa a personas con discapacidad únicamente estaba referida a personas con discapacidad física, regulaba los despidos de mutilados de guerra y mutilados accidentales. También la Orden de 7 de noviembre de 1968²⁰², que inició el sistema español de valoración de la discapacidad, sólo afectaba a personas con “*disminución de su capacidad física*”.

La primera norma referida a personas con discapacidad intelectual, mental y sensorial es el RD 2421/1968 que establecía la “*asistencia a menores subnormales*”²⁰³. Es el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto²⁰⁴, sobre empleo de trabajadores minusválidos el que inicia la valoración de las discapacidades psíquicas y sensoriales.

Actualmente las discapacidades se dividen en tres grandes grupos: físicos,

²⁰⁰ Hasta la fecha no ha realizado ninguna reforma al respecto.

²⁰¹ BOE núm. 227, de 18 septiembre 2010. Disposición adicional vigésimo cuarta.

²⁰² BOE núm. 288, de 30 de noviembre de 1968.

²⁰³ La descripción que realiza dicha norma sobre la discapacidad está en el punto 3.2 de este capítulo donde, por su crudeza, reproduzco el artículo que determinaba quien era “*menor subnormal*” a sus efectos.

²⁰⁴ BOE núm. 221, de 15 de septiembre de 1970.

psíquicos y sensoriales. Las discapacidades físicas además de describir las deficiencias que afectan a la movilidad también incluyen a las que afectan a los órganos internos, las discapacidades psíquicas comprenden no sólo las disminuciones en la capacidad intelectual sino también a las enfermedades mentales, y por último las discapacidades sensoriales abarcan principalmente limitaciones de la visión, del oído y la garganta.

El Anexo I del RD 1971/1999 establece los baremos que deben utilizar los equipos de valoración para determinar el grado de discapacidad en función de las circunstancias discapacitantes que afectan a las personas y las normas para evaluar las consecuencias de las mismas en su vida diaria. En dicho Anexo I, los tipos de discapacidades están separados por grupos, las discapacidades físicas están desarrolladas en los capítulos I a XI, las discapacidades sensoriales se están descritas en los capítulos XII y XIII, y las discapacidades psíquicas las encontramos en los últimos tres capítulos, números XIV, XV y XVI.

Las discapacidades físicas comprenden las anomalías orgánicas del aparato locomotor y las extremidades (cabeza, columna vertebral, extremidades superiores y extremidades inferiores), e incluyen las deficiencias del sistema nervioso referidas a las parálisis de extremidades superiores e inferiores, paraplejías y tetraplejías y a los trastornos de coordinación de los movimientos, entre otras. También contienen las alteraciones viscerales, referidas a los aparatos respiratorio, cardiovascular, digestivo, genitourinario, sistema endocrino-metabólico y sistema inmunitario.

En los casos de discapacidades de carácter físico, el eje en torno al cual se estructuran los problemas de integración y por lo tanto las carencias que se deben apoyar son la autonomía personal, refiriéndose ésta a ámbitos tan variados como el laboral, el educativo, la comunicación social y por supuesto la accesibilidad, que está incluida en todos los espacios anteriores.

Las discapacidades sensoriales se refieren al aparato visual y oído, garganta y a estructuras relacionadas con estos, que incluyen las alteraciones en los órganos sensoriales, que impiden a quienes las padecen una correcta percepción auditiva o visual. Estas discapacidades limitan la actividad las personas en su participación en la sociedad debido a factores socio-ambientales, siendo la principal necesidad de sus afectados el acceso a la información y la comunicación.

Las discapacidades psíquicas incluyen el retraso mental, la enfermedad mental y

los trastornos del lenguaje. La discapacidad psíquica producida por las limitaciones de la capacidad intelectual (bajo Cociente Intelectual) afecta a las habilidades de comunicación, adaptación, y al cuidado personal y destrezas sociales. Las enfermedades mentales son un conjunto de síntomas psicopatológicos de personas que no tienen retraso mental sino que padecen alteraciones de tipo emocional o del comportamiento, que afectan a procesos psicológicos básicos como la emoción, la motivación, la conciencia y la conducta, entre otras, dichas alteraciones dificultan la adaptación de la persona en el entorno cultural y social en que se desarrolla. Los trastornos del habla o lenguaje, también comprendidos dentro del término discapacidad psíquica, se refieren problemas de la comunicación, sus causas son diversas abarcando desde la pérdida auditiva, trastornos neurológicos, o lesiones cerebrales que dificultan la comunicación de quien las padece.

Siendo heterogéneas las situaciones dentro de cada grupo, en función no sólo del grado de afectación, sino también del tipo de dolencia, cada uno de ellos por separado tiene necesidades distintas y sus problemas de integración son diferentes:

- A nivel laboral las personas con discapacidad física, en función del grado, pueden tener problemas de acceso al medio físico, incluyendo en ello no sólo el transporte y las rampas dentro de los inmuebles, sino también a los medios y equipos de trabajo.

- Las personas con discapacidad sensorial tienen problemas en la comunicación que es un factor muy importante en el desarrollo del trabajo, que en la mayoría de los casos es colaboración e interacción con otras personas.

- De forma muy distinta para las personas con discapacidad intelectual y mental, el acceso al medio y la comunicación no suele ser el hándicap. Quienes poseen etiologías intelectuales tienen problemas de integración por las dificultades en la comprensión de cada uno de los problemas que surgen diariamente y las personas con discapacidad mental pueden tener dificultades en el mantenimiento de los hábitos laborales.

Los apoyos laborales en caso de personas con discapacidad física y sensorial pueden prestarse por medio de medios técnicos o con modificaciones de la forma de trabajo, se realizan al inicio de la prestación de servicios y únicamente deberían revisarse cada cierto tiempo. De forma muy distinta, en el caso de las personas con discapacidad intelectual además de ciertas adaptaciones en la forma de trabajo, en función del grado y otras circunstancias, han de recibir apoyos laborales intermitentes, que en muchos casos deben mantenerse durante toda la relación laboral. Los ajustes personales y sociales de

los CEE, fueron diseñados para atender durante toda la vida laboral a este colectivo, como se verá más adelante²⁰⁵.

5.3.3.- Factores sociales y ayuda de tercera persona.

Además de graduar la discapacidad en cada una de las circunstancias física, psíquica o sensorial, también se valoran en los certificados de discapacidad los factores sociales de su entorno habitual, evaluando el entorno familiar, la situación laboral y profesional, y los niveles educativos y culturales de la persona con discapacidad, pues dichas circunstancias sociales podrán modificar la valoración de la discapacidad con una puntuación adicional por “*factores sociales complementarios*”²⁰⁶, tal como establece el art. 5 del RD 1971/1999 en sus apartados 2 y 3, determinando las normas de baremación de estas circunstancias en el Anexo I- 1.B.

Dentro del certificado de discapacidad también se debe hacer una referencia obligada a la posible necesidad de ayuda por terceras personas para los quehaceres de la vida diaria, puesto que las personas valoradas pueden tener derecho, en su caso, a las ayudas previstas en la LGSS²⁰⁷ y en su caso a un complemento de pensiones por gastos familiares o bien si existen dificultades de movilidad la posibilidad de ser acreedores de ayudas para movilidad en transportes colectivos²⁰⁸.

6.- LA SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD ANTE EL EMPLEO.

6.1.- Equiparación legal de los derechos de la discapacidad al incapacitado laboral.

De forma equívoca, en muchas ocasiones se había equiparado la discapacidad con la incapacidad laboral, pero desde el año 2003²⁰⁹, la confusión empezó a tener rango de

²⁰⁵ Véase Capítulo IV punto 3.3.- Prestación de servicios de ajuste personal y social.

²⁰⁶ Para valorar los factores complementarios se aplica el baremo contenido en el Anexo I, apartado. B). Los factores sociales no pueden sobrepasar los 15 puntos y no se puede aplicar dicho baremo complementario a valoraciones sobre discapacidad inferiores al 25 por cien.

²⁰⁷ La determinación por el órgano técnico competente de la necesidad del concurso de tercera persona a que se refieren los artículos 148 y 186 del texto refundido de la LGSS, se realizará mediante la aplicación del baremo que figura en el Anexo II del RD 1979/1999. Se considerará la necesidad de asistencia de tercera persona, siempre que se obtenga en el baremo un mínimo de 15 puntos.

²⁰⁸ La relación exigida entre el grado de discapacidad, y la determinación de la existencia de dificultades de movilidad que dificultan el uso de transportes colectivos, a que se refiere el párrafo b) del artículo 25 del Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, se fijará por aplicación del baremo que figura como Anexo III del RD 1979/1999.

²⁰⁹ La única norma previa que equiparaba derechos entre personas con grado de discapacidad y quienes tenían reconocida una incapacidad permanente era el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto. En su art. 20 estableció que los trabajadores que tuviesen reconocida una incapacidad permanente total o parcial podrían hacer uso de los beneficios que, para las personas con discapacidad establece dicho Decreto, pero

ley, primero por medio de la LIONDAU y en el año 2013 la LGDPDIS culminó el galimatías considerando que *“presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”* (Art. 4.2), asimilando por lo tanto de forma completa la situación de IP con la certificación de discapacidad. Favoreciendo con dicha equiparación únicamente a las personas con incapacidad laboral y a los pensionistas de clases pasivas. Perjudicando con ello a las personas con discapacidades reales, no asimiladas, en particular a aquellas con verdaderas necesidades de apoyo en el empleo.

Es lógico que se promoció los derechos de las personas que han visto mermada su capacidad de ganancia por su estado de salud y también es loable que la jurisprudencia amplíe las posibilidades de inclusión en el mundo del trabajo de quienes fueron excluidos de él de forma permanente, modificando los parámetros iniciales que en un principio asimilaban la incapacidad laboral a la incapacidad de ganancia²¹⁰. Pese a que ambos términos en ocasiones se superpongan²¹¹ y tengan espacios de coincidencia²¹² son conceptualmente distintos, por ello no deberían estar totalmente equiparados. No se deberían otorgar los mismos derechos a las personas con IP que a las personas con discapacidad puesto que ambas situaciones no tienen los mismos problemas.

La LIONDAU estableció en el año 2003 que, a sus efectos, se entenderían afectados por una discapacidad en grado igual o superior al 33 por cien los pensionistas de la Seguridad Social que tuviesen reconocida una pensión por incapacidad permanente en grado total, absoluta o gran invalidez (art. 1.2)²¹³. La mezcla de conceptos que realizó

limitando sólo a quienes hubiesen tenido reconocida una incapacidad absoluta o gran invalidez el uso de los *“centros especiales piloto”* que son los centros previos a los actuales CEE reservados para personas con discapacidades severas.

²¹⁰ *“En Francia, el examen de incapacidad consiste en saber si una persona puede o no ganar dos tercios de un salario previo”* SPICKER. P. “Un distinguo entre discapacidad e incapacidad”. Revista internacional de Seguridad Social. Wiley-Blackwell. Reino Unido. 2003. Vol. 56. Pág. 40.

²¹¹ En este sentido SPICKER. P. “Un distinguo entre discapacidad e incapacidad”. Revista internacional de Seguridad Social. Wiley-Blackwell. Reino Unido. 2003. Vol. 56.

²¹² STSJ del País Vasco de 29 de enero de 2008.

²¹³ En particular dicho art. 1.2. establece *“A los efectos de la presente Ley tendrán la condición de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100. En todo caso se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión e incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas*

el legislador en dicha norma, que había costado separar jurisprudencialmente por los derechos económicos que genera dicha confusión, provocó una gran cantidad de solicitudes de reconocimiento de grado de discapacidad por aquellos pensionistas que veían de esa forma aumentar sus derechos.

En el año 2006, el gobierno para intentar paliar la confusión provocada por la LIONDAU, publicó el RD 1414/2006, de 1 de diciembre²¹⁴ que determinaba la consideración de personas con discapacidad a efectos de la Ley 51/2003. Este RD reconoció en su parte expositiva que la equiparación de derechos de la LIONDAU había provocado multitud de reclamaciones que conllevaron *“decisiones administrativas heterogéneas y, en algunas ocasiones, contradictorias, emanadas de los distintos órganos de las administraciones públicas, en relación con la forma de acreditar la asimilación al grado de minusvalía prevista en el citado artículo”* y pretendía limitar los problemas creados estableciendo que los pensionistas a los que daba consideración de personas discapacidad, podían solicitar del IMSERSO u órgano competente de la CCAA correspondiente, el reconocimiento de grado de minusvalía. La norma preveía que en muchos casos los solicitantes no llegarían al grado mínimo exigible y determinaba que si una vez valorados *“no se alcanzara un grado de minusvalía superior al 33 por cien, la correspondiente resolución o certificado se limitará a establecer esta circunstancia”*²¹⁵.

Unos días más tarde, todavía dentro del año 2006, se publicó la Ley 43/2006²¹⁶ de mejora y crecimiento del empleo, cuyo art. 2.2.5 fomentaba el empleo de las personas en situación de IP bonificando de la misma forma las cuotas patronales en caso de contratación de personas con incapacidad laboral, que las personas con discapacidad física o sensorial con una discapacidad entre un 33 y un 64 por cien. Esta ley continuaba la equiparación de las situaciones de IP y de discapacidad incidiendo en la difuminación de las diferencias entre ambas situaciones y beneficiando con ello la contratación de trabajadores con bajo o nulo grado de discapacidad por empresas ordinarias. Pero además incluyó a trabajadores sin grado médico/funcional de discapacidad dentro del colectivo de personas que se pueden beneficiar del empleo protegido, que había sido creado para trabajadores con discapacidad con especiales dificultades de acceso al empleo.

que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

²¹⁴ BOE núm. 300, de 16 de diciembre de 2006.

²¹⁵ Art. 2.2c) RD 1414/2006.

²¹⁶ BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2006

Con el RD 1414/2006 y con la ley 43/2006 ya publicados, las reclamaciones de derechos generadas a raíz de la entrada en vigor de la LIONDAU llegaron al Tribunal Supremo. Que en el año 2007, por medio de la STS de 21 de marzo de 2007, dictada en Sala General, fijó criterio e inició una sólida doctrina unificada que fue objeto de numerosos pronunciamientos²¹⁷, que desestimaban las pretensiones de reconocimiento directo de grado de discapacidad por afectación de una incapacidad laboral.

El alto tribunal basándose en la interpretación de los diferentes principios generales que inspiraron las dos normas estableció que no competía a la LIONDAU la determinación de la situación legal de discapacidad, que estaba regulada por la LISMI y su normativa de desarrollo. Puntualizó que la LIONDAU únicamente había pretendido una cercanía con los art. 137 y concordantes de la LGSS para proteger a un sector más amplio de la población frente a la discriminación en materias laborales y para para prestarle medidas de acción positiva equiparándolos, sólo en eso, las personas con discapacidad.

La sentencia de 21 de marzo 2007²¹⁸, señaló en su fundamento de derecho tercero que con independencia de la existencia de espacios de coincidencia entre ambas normativas *“hay otros que corresponden privativamente a bien a la Seguridad Social bien a la protección de los discapacitados y cuyos beneficiarios deben ser determinados, en principio, mediante los procedimientos establecidos en uno y otro sector del ordenamiento social”*, determinando la diferencia entre las dos situaciones.

También la doctrina, estimó que la normativa de seguridad social en lo referente a la incapacidad laboral y la legislación referida a la discapacidad comprenden *“espacios diversos que teleológicamente no comparten el mismo fin. Uno se conecta directamente con la realidad del trabajo con el que se encuentra íntimamente vinculada en cuanto mecanismo de sustitución de rentas, mientras que la minusvalía se asocia con otros aspectos más generales del desarrollo e integración”*²¹⁹.

Toman en cuenta dichos posicionamientos doctrinales, que la protección social de la discapacidad pretende valorar aspectos relativos a la realización personal e integración

²¹⁷ STS sala 4ª 21 de marzo de 2007, RECUD 3872/2005, 19 de julio de 2007 RECUD 1872/2006, 18 de octubre de 2007, RECUD 3911/2006 y 30 octubre 2007, RECUD 4767/2006, entre otras.

²¹⁸ RECUD 3872/2005.

²¹⁹ VALDÉS ALONSO, A., “Minusvalía e incapacidad: sobre la automaticidad del reconocimiento de minusvalía al incapacitado permanente total (Comentario STS 4ª de 21 de marzo de 2007)”. *Relaciones Laborales*. Núm. 4. 2008.

aportando los apoyos que mejoren y refuercen la autonomía personal de las personas con discapacidad, no debiendo confundir esa situación protegida con la de la incapacidad laboral que pretende sustituir las rentas que el trabajador venía percibiendo, por haber sobrevenido una situación discapacitante, puesto que dicha asimilación de los conceptos provoca “*notables incongruencias y serios problemas interpretativos a la hora de su efectiva integración*”²²⁰.

El legislador en el año 2013, pasando por alto las diferencias conceptuales entre ambas situaciones, haciendo caso omiso lo expuesto en la jurisprudencia del TS y no escuchando tampoco a la doctrina, que ponía de manifiesto la inmiscibilidad de los conceptos de discapacidad e incapacidad laboral, derogó tanto la LISMI como la LIONDAU, y refundió ambas leyes en la LGPDIS, que determinó por ley la asimilación de todos los derechos de las personas con discapacidad para aquellas personas con “*incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad*”.

En esta refundición el Gobierno fue más allá de la potestad reglamentaria²²¹ establecida por el art. 97 de la CE, puesto que no realizó aportaciones adicionales para precisar el sentido de la norma refundida, ni pretendió lograr coherencia y sistemática de las normas que derogó para unirlas por medio de dicha habilitación legal, tal como el TC²²² interpreta que deben aprobarse los textos refundidos. El Gobierno fue más allá de la potestad que tenía para refundir y modificó cuestiones de peso como es en este caso el concepto de persona con discapacidad²²³, optando, en contra de la doctrina y la jurisprudencia por un concepto extremadamente flexible de persona con discapacidad, además de eliminar, por medio de la misma ley, la subsidiariedad del trabajo protegido, como se explicará en el capítulo siguiente.

Con esta asimilación de situaciones de discapacidad e incapacidad laboral el

²²⁰ Ídem anterior.

²²¹ En este sentido también se manifestó ESTEBAN LEGARRETA. R., en la ponencia de fecha 17/02/2014, en la que desgranaba un análisis comparativo entre el RD 1/2013 y la normativa anterior.

²²² STC 166/2007 y STC 13/1992.

²²³ La misma LIONDAU, elimina también la obligación que imponía el art. 44 de la LISMI a contratar en CEE a personas con discapacidad con especiales necesidades dejando estos centros especiales para todas las personas que acrediten grado “legal” de discapacidad, esto es el médico y el asimilado. Eliminando por lo tanto la especialidad de los mismos y el derecho a utilizar de esos servicios un determinado colectivo de personas con discapacidades severas. Aunque es cierto que la práctica ya había llevado a esa situación, el legislador en lugar de intentar corregirla la consolidó.

legislador ha provocado la confusión de conceptos que legalmente deberían permanecer separados, puesto que la finalidad de las ayudas y el objetivo de las normas de promoción laboral no pueden ser los mismos para personas con grado de discapacidad que para personas “asimiladas” a la discapacidad, esta situación que se analiza conlleva también una incorrecta distribución de los recursos económicos.

A partir de la entrada en vigor de dicha norma el Estado deberá atender a personas sin discapacidad (con situación asimilada), con los recursos económicos que ya estaban otorgados para atender únicamente al colectivo de personas con discapacidad real, no dotando a dichas partidas presupuestarias de mayores cuantías de dinero, por lo que en el reparto entre muchos más beneficiarios, resultarán perjudicados quienes estén en peor situación de ganancia, y es evidente que este colectivo es el de aquellas personas con discapacidades severas.

Es quizá anecdótica, pero evidencia la diferencia existente entre la discapacidad y la incapacidad laboral, la situación explicada anteriormente de los deportistas profesionales que son declarados como incapaces para su profesión habitual por no poder prestar servicios a un grado superior de condiciones físicas²²⁴. El legislador por medio del LGPDIS ha provocado que personas que únicamente han bajado su rendimiento profesional de élite no teniendo ningún grado de discapacidad valorable, sean consideradas como personas con discapacidad, compartan las ayudas y sean competencia de las prestaciones y derechos de reserva de empleo contra aquellas personas cuyas discapacidades les dificultan, no sólo no poder ocupar un puesto de trabajo, sino relacionarse normalmente en la sociedad. Dicha situación legal debería revisarse.

6.2.- Determinación de la discapacidad a efectos laborales.

Como se ha visto en el desarrollo de este capítulo, en sus inicios legislativos, hasta los años 70, el concepto de discapacidad estaba completamente ligado a la deficiencia y se encontraba en las normas laborales, por su vinculación con las normas de seguridad social.

En las Ordenes del año 1968, se intuye la concepción del trabajo como parte importante, casi inherente, de la persona, y por ello se concedían prestaciones a personas cuya discapacidad les “*impida su acceso al trabajo*”²²⁵ o que “*les impida obtener o*

²²⁴ STSJ de Castilla y León (Burgos) de 17 de julio de 2011. Rec. Supl. núm. 359/2013.

²²⁵ Orden de 7 de noviembre de 1968. BOE núm. 288, de 30 de noviembre de 1968.

*conservar empleo adecuado, precisamente a causa de su limitada capacidad laboral*²²⁶. Esta vinculación a la laboralidad, determinó que los certificados de discapacidad debían relatar las capacidades laborales residuales que tuviesen las personas valoradas²²⁷.

La LISMI, en su art. 41, determinó quienes podían ocupar puestos trabajo en los CEE, estableciendo que los centros se creaban para emplear a personas con discapacidad “*que por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no puedan, provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales*”, imponiendo por lo tanto un doble requisito para ocupar una plaza en un CEE: tener reconocida una discapacidad, y que dicha discapacidad provocase en la persona una dificultad especial para trabajar.

No sólo el vigente RD 1971/1999, de reconocimiento de declaración y calificación de grado de discapacidad, en sus criterios de valoración relaciona la misma con las capacidades profesionales del trabajador, determinando las posibilidades laborales de las personas con etiología intelectual²²⁸, sino que también la Orden de 8 de marzo de 1984²²⁹ estableció un baremo para la evaluación de la imposibilidad de obtener un empleo adecuado a causa del grado de minusvalía.

En el año 2001, siguiendo la misma línea, las normas dedicadas a la promoción del empleo de las personas con discapacidad²³⁰, determinaban que el trabajador que se pretendiese contratar debía cumplir con el requisito del grado de discapacidad mínimo del 33 por cien y además dicha situación discapacitante debía producir en él un grado de disminución de su capacidad de trabajo al menos en igual porcentaje.

²²⁶Decreto 2531/1970, de 22 de agosto. BOE núm. 221, de 15 de septiembre de 1970.

²²⁷ Orden de 24 de noviembre de 1971. BOE núm. 287, de 1 de diciembre de 1971.

²²⁸ Sirva como ejemplo: “*Clase IV: discapacidad grave (60-74%) (a+b+c) Grave restricción de las actividades de la vida cotidiana. Precisa supervisión intermitente en ambientes protegidos y total fuera de ellos. Y Grave disminución de su capacidad laboral, puesta de manifiesto por deficiencias importantes en la capacidad para mantener la concentración, continuidad y ritmo en la ejecución de las tareas y repetidos episodios de deterioro o descompensación asociados a las actividades laborales, como consecuencia del proceso en adaptarse a circunstancias estresantes. No puede mantener una actividad laboral normalizada. Puede acceder a centros y/o actividades ocupacionales, aunque incluso con supervisión el rendimiento suele ser pobre o irregular*”.

A mi juicio, esta calificación está anticuada y es claramente mejorable pero está vigente e indica la relación legal existente entre la discapacidad y la capacidad laboral.

²²⁹ BOE núm. 65 de 16 de marzo de 1984. Por la que establece el baremo para la determinación del grado de minusvalía y la valoración de diferentes situaciones exigidas para tener derecho a las prestaciones y subsidios previstos en el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero.

²³⁰ Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. BOE núm. 313, de 31 de diciembre. Disposición adicional sexta.

Este doble requisito, que se exigía en toda la legislación sobre promoción laboral de personas con discapacidad, desde el año 1968 hasta el 2001, encuentra su justificación en la pretendida promoción de contratación de quienes tienen dificultades para ser contratados a causa de su discapacidad. Se quería apoyar por medio de subvenciones o bonificaciones la contratación de aquellas personas que tuviesen disminuida su capacidad laboral. Eliminando este requisito se apoyaría la contratación de quienes la discapacidad les causa ciertos problemas sociales, con el medio físico u otros, pero que no requieren de apoyos para acceder al mercado laboral, ni para mantenerse en él.

La LIONDAU inició un camino que concluyó con la reciente LGDPDIS, en el que se ha transformado completamente la situación de la discapacidad a efectos laborales, esto ha sido calificado muy acertadamente por ESTEBAN LEGARRETA²³¹ como *“contrarreforma en el concepto de persona con discapacidad ante el empleo”*.

El Gobierno en virtud de lo acordado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales (MTAS) y el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) el 3 de diciembre de 2002²³², suprimió por medio de la LIONDAU²³³, el requisito de “disminución de la capacidad de trabajo en la determinación de grado mínimo de minusvalía”, para poder acceder a medidas de fomento de empleo.

Además de ello, la LGPDIS, sin potestad legal para ello pudiendo sólo realizar un texto refundido sin autorización legislativa para modificar, suprimir o crear derechos nuevos, eliminó también la obligación que imponía el art. 41 de la LISMI para contratar en los CEE únicamente a personas con cuyas discapacidades les *“impidiesen provisional o definitivamente ejercer una actividad laboral en condiciones habituales”*.

La nueva ley únicamente menciona que los CEE se crearán para la inclusión laboral de las personas con discapacidad pero no especifica nada sobre las personas que en ellas deban trabajar dejando por lo tanto estos centros especiales para todas las personas que acrediten grado “legal” de discapacidad, esto es el médico y el asimilado, eliminando por lo tanto la especialidad de los mismos y el derecho a utilizar de esos servicios un determinado colectivo de personas con discapacidades severas. Aunque es

²³¹ ESTEBAN LEGARRETA. R., “Un análisis en perspectiva jurídica del II Acuerdo MTAS-CERMI”. *Boletín del Real Patronato sobre Discapacidad*. Núm. 53 2003.

²³² <http://usuarios.discapnet.es/disweb2000/lex/IIacuerdo.htm> Consultado el 11 de octubre de 2015.

²³³ Modificó por medio de su disposición adicional cuarta, la disposición adicional sexta de la Ley 24/2001.

cierto que la práctica ya había llevado a esa situación el legislador, en lugar de intentar corregirla, la consolidó.

La eliminación del doble requisito discapacidad y disminución de la capacidad laboral, junto con la asimilación del grado de discapacidad del 33 por cien con los pensionistas de la seguridad social y de clases pasivas, que se ha explicado en el apartado anterior provoca un cambio completo en la concepción de la promoción laboral de las personas con discapacidad y una distorsión completa del concepto de persona con discapacidad a efectos del empleo.

Estas modificaciones pueden parecer, en una visión apresurada y simplista, una ampliación de derechos para otros sectores de la población, pero suponen una discriminación hacia las personas con verdaderas necesidades de apoyo laboral. Si las empresas, que se benefician de ayudas y deben reservar empleos para personas con discapacidad²³⁴, contratan a trabajadores con situaciones que no afectan lo más mínimo a su productividad, perjudican la inserción de quienes tienen necesidades reales de apoyo para acceder a dichos puestos de trabajo, debido a la limitación de las ayudas estatales y del número de empleos vacantes.

6.3.- Consideración de persona con discapacidad con especiales dificultades de empleo.

Es evidente que no todos los tipos de discapacidad son iguales, ni en sus grados ni en sus tipos. No tiene los mismos problemas de integración laboral una persona con una discapacidad física de un 33 por cien que una persona con una discapacidad intelectual del mismo grado puesto que al primero no le afectan en casi nada su acceso al mundo del trabajo y el segundo tiene un difícil acceso a casi todos los tipos de trabajo por su dificultad de solucionar rápidamente algunas situaciones, de hecho las personas con discapacidad intelectual límite, por debajo del umbral de 33 por cien aun no siendo personas discapacitadas administrativamente, también tienen problemas de empleabilidad por su discapacidad intelectual, tal como ha sido reconocido por el gobierno²³⁵.

El legislador, habiendo tomado conciencia de que no afecta por igual todas las

²³⁴ Véase Capítulo V punto 2.3.5.1.- Cuota de reserva punto de la tesis donde se habla de la reserva de empleo.

²³⁵ Ley 35/2010, de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. (BOE núm. 227, de 18 septiembre 2010) Disposición adicional vigésimo cuarta.

situaciones discapacitantes, desde distintos textos legales, ha querido distinguir dentro de la discapacidad a un grupo formado por quienes tienen una etiología psíquica igual o superior al 33 por ciento y quienes tienen una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento, entendiendo que los que se encuentran dentro de este grupo tienen una dificultad mayor para socializarse, para integrarse y para conseguir ingresos.

Las personas afectadas de una discapacidad física o sensorial con grados entre el 33 y el 64 por cien, que están fuera del grupo anteriormente descrito, se encuentran mejor posicionadas laboralmente para conseguir y mantener cualquier tipo de ingreso económico.

La primera vez que encontramos de forma conjunta esta combinación de tipos y grados de discapacidad, es en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria²³⁶, que desarrolló los conocidos patrimonios protegidos para personas con discapacidad, creando una fiscalidad y una relación civil especial para preservar bienes en favor de un grupo de personas con discapacidad en base a que el grupo beneficiado por dicha medida tiene una capacidad de ganancia y de mantenimiento de su patrimonio inferior a los demás.

La primera norma laboral que, de forma expresa, determinó que no tenían los mismos problemas de empleabilidad un grupo y otro, fue el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero por el que se regulan los Enclaves Laborales. Este RD se dictó con el fin de *“lograr la mayor integración de los trabajadores con discapacidad con especiales dificultades en el mercado de trabajo ordinario”*, determinando el mismo grupo poblacional que el especificado para los patrimonios protegidos. Estableciendo que los trabajadores que tuviesen los grados y etiologías referidos en el segundo párrafo de este punto, presentan especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo.

Es reseñable que los enclaves laborales, de forma similar a los patrimonios protegidos, pero en el ámbito laboral se crean principalmente para *“promover el empleo, preferentemente de las personas con discapacidad que por el grado o la índole de su discapacidad presentan especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo”*. El legislador se da cuenta que dentro de la discapacidad, hay un sector con

²³⁶ BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003.

problemáticas laborales distintas a otro y establece que en los enclaves, al menos un 60% de la plantilla debe estar comprendido dentro de dicho grupo²³⁷.

El RD-Ley 5/2006, de 9 de junio²³⁸, empezó a distinguir, entre el tipo y grado de discapacidad de los trabajadores contratados, otorgando mayores o menores descuentos de la cuota patronal, en función de las dificultades de empleabilidad de los trabajadores que se contratasen. Denominando como discapacidades severas el conjunto de etiologías y grados que el RD 290/2004 determina como con dificultades de acceso al empleo ordinario. De esta forma se consolida legalmente un grupo especial dentro de la discapacidad, que es favorecido con mayores bonificaciones para su contratación por sus especiales dificultades de acceso al empleo.

Curiosamente el fomento del empleo ordinario distingue entre discapacidades, pero no se practica dicha distinción en el empleo protegido. Como se verá en el capítulo tercero, la actual normativa de incentivos a la contratación regulada por la el RD Ley 43/2006, distingue bonificaciones por la contratación de trabajadores con discapacidades severas para el empleo ordinario, beneficiando a este colectivo.

De forma diferente no lo hace en el empleo protegido, dejando esta promoción en manos de la buena voluntad de los empresarios propietarios de los CEE. Por lo que los centros constituidos sin ánimo de lucro son los que contratan a personas con especiales dificultades, puesto que aunque su productividad es menor no buscan los beneficios, sino fomentar el empleo. Los empresarios que buscan la productividad, lógicamente se centran en la contratación de personas con leves o nulas discapacidades, contratando de forma esporádica a personas con especiales dificultades de acceso al empleo.

El empleo protegido se debería utilizar para promoción laboral de personas con discapacidades severas, no sólo por la obsolescencia de actual sistema, ni es subsidiario del empleo ordinario, ni distingue entre discapacidades, ni necesidades de apoyo, sino fundamentalmente porque los centros especiales de empleo (lo pongo con palabras y no en acrónimo para resaltar la palabra especial) pierden su esencia, cuando la mayoría de

²³⁷ Véase Capítulo V.

²³⁸ RD-Ley 5/2006, de 9 de junio. BOE núm. 141 de 14 de junio de 2006.

las personas con discapacidad que contratan no tienen necesidades especiales para acceder al empleo ordinario.

6.4.- Comentarios sobre la prestación del consentimiento para trabajar del incapacitado judicial.

El art. 7 del ET establece que podrán contratar la prestación de su trabajo, como trabajadores por cuenta ajena, quienes tengan plena capacidad de obrar. Nada dice sobre las personas sometidas a juicios sobre su capacidad.

El art. 3 del RD 1368/1985 de 17 de julio²³⁹, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en CEE, regula de forma un poco más extensa este asunto. Se refiere en primer lugar al ET y determina que también podrán concertar contratos de trabajo aquellas personas que teniendo la capacidad de obrar limitada, hubiesen obtenido la autorización expresa o tácita de quien ostente su representación legal. Este RD completa lo establecido en el ET conforme las normas del CC y lo que establece, por ser un resumen de las normas civiles, es aplicable a las demás relaciones ordinarias.

En virtud del art. 8.1 del ET, la prestación de la actividad laboral puede darse previa firma de un contrato laboral o habiendo exteriorizado el consentimiento de palabra. Una vez iniciada esta, se presume otorgado el consentimiento por las dos partes, empleador y trabajador.

En el caso de que el trabajador hubiese prestado su consentimiento estando incapacitado judicialmente para ello, sin la intervención obligatoria de quien ejerza la tutela o la curatela, la contratación será nula de pleno derecho en aplicación del art. 1300 del CC²⁴⁰ por falta de consentimiento, pero la nulidad, que deberá ser declarada judicialmente²⁴¹, y no elimina del derecho de cobro de salarios por el trabajo realizado, conforme señala el art. 9 del ET.

Quienes estando incapacitados judicialmente, no tengan limitaciones en la contratación laboral podrán firmar y obligarse por sí mismos. Pero quienes tengan dicha

²³⁹ BOE núm. 189, de 8 de agosto de 1985.

²⁴⁰ Respecto de la nulidad ab initio que determina que no ha existido relación laboral véase STSJ Castilla y León, Burgos, de 20 de julio de 2005 Rec. Supl Núm. 687/2005 y STSJ Murcia de 1 de diciembre de 2009 Rec. Supl. 938/2008.

²⁴¹ ESTEBAN LEGARRETA, R., “Guía sobre la regulación de empleo para personas con discapacidad en la empresa ordinaria”. Edición Obra social “la Caixa” Año 2015. <http://incorporasaludmental.org/index.php/es/content/view/447> Consultado el 27 de septiembre de 2015.

limitación contractual impuesta por sentencia, deberán firmar los contratos y obligarse junto con sus tutores o curadores, puesto que los contratos de trabajo dan derechos y obligan a la persona a realizar voluntariamente su trabajo conforme el art. 1 del ET, por lo que el tutor o curador no pueden obligar unilateralmente a la prestación laboral, sino que requieren del consentimiento del que será el trabajador para perfeccionarse,.

La obligación de trabajar, no puede ser tomada como una puesta a disposición del tutor hacia el empleador. Aunque la persona tenga incapacidad de obrar total se ha de contar con su consentimiento para trabajar. Respecto de este asunto el art. 162 del CC que está referido a la representación de hijos menores, determina en su último párrafo que para celebrar contratos que obliguen al representado a realizar prestaciones personales, será necesario el previo consentimiento del tutelado “*si este tuviese suficiente juicio*”²⁴². Teniendo presente que no es la misma situación la del menor que la del incapacitado judicial, su regulación puede utilizarse como guía²⁴³.

Quien tiene la capacidad de trabajar y conservar su puesto de trabajo tiene la capacidad para dar su consentimiento y obligarse al mismo, aunque necesite apoyo en la toma de decisiones. Se debe suponer que quienes posean unos hábitos laborales básicos y puedan trabajar con una productividad suficiente para tener derecho a percibir un salario, tienen capacidad suficiente para entender y comprender, el contrato de trabajo en sus líneas generales²⁴⁴. El trabajo es una obligación de hacer personalísima²⁴⁵, por lo que ineludiblemente el discapaz deberá prestar su consentimiento junto con el tutor en el momento de concertar una prestación laboral.

En base a lo anteriormente expuesto, se entiende que los trabajadores con incapacidad judicial expresa de contratar, en el caso de prestar servicios laborales deben otorgar su consentimiento contractual junto con el tutor que les represente, y deben firmar sus contratos prestando su propio consentimiento.

En el caso de personas sometidas a curatela no debería firmar más que el trabajador que se obliga, pues no hay sustitución de la capacidad de la persona sino un

²⁴² Un resumen de las diferentes opiniones doctrinales respecto a la prestación del consentimiento del menor no emancipado en relación al contrato de trabajo se puede ver en RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “Prestaciones personales del menor de edad”. *Aranzadi Social*. Núm. 9. 2013.

²⁴³ Así lo hace ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*. Ibídem Ediciones. Madrid. 1999. Pág. 316.

²⁴⁴ Más allá de la comprensión completa del contrato de trabajo y de las obligaciones recíprocas, que escapan a la mayoría de los trabajadores y empleadores, con y sin discapacidad.

²⁴⁵ En este sentido ESTEBAN LEGARRETA, R., “Guía sobre la regulación de empleo...” *Op Cit*.

asistencia de la misma²⁴⁶. Deberá firmar y consentir el curador únicamente en caso de que en la sentencia que la determine, expresamente, haga constar que existe una limitación de la capacidad respecto de la firma de contratos genéricos, o específicamente contratos laborales.

7.- CONSIDERACIONES FINALES.

La población de personas con discapacidad el año de publicación de la LISMI, no es comparable, ni en número ni en composición por grados y etiologías con la que existe en la actualidad. El grupo poblacional de personas con discapacidad, desde el año 2008 hasta el 2013, ha duplicado su número y en cuanto a ocupados y parados, ha cambiado de tal forma que incluso se podría afirmar que no estamos hablando del mismo colectivo.

Las personas con discapacidad física y sensorial con un grado igual o superior al 65 por cien y quienes tienen una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por cien, tienen mayores dificultades de acceso al mercado ordinario que quienes tienen una discapacidad física o sensorial entre el 33 y el 64 por cien, por lo que su promoción para el empleo ordinario y protegido debe estar diferenciado.

Sería aconsejable tener una cuantificación precisa de la población discapacitada con especiales dificultades de acceso al trabajo, para poder medir los efectos y los costes de las políticas de empleo sobre este grupo poblacional, de manera diferenciada del grupo de discapacidades leves y de quienes tengan asimilaciones de derechos.

La discapacidad, la incapacidad laboral, la incapacidad de obrar y la dependencia, son figuras jurídicas que se diseñaron para dar cobertura a situaciones diferentes. La asimilación de situaciones y de derechos creados para dar cobertura a distintas necesidades produce desorden, no sólo en la filosofía teórica de cada una de las figuras jurídicas, sino también confusión en los sistemas de reparto de ayudas. El actual caos jurídico a este respecto, beneficia a los trabajadores que no necesitan apoyos y a las empresas que los contratan, perjudicando a las personas con especiales dificultades de acceso al empleo, por la competencia que genera con los primeros, mejor posicionados laboralmente pero con las mismas ayudas para el empleador.

La asimilación, casi total, de la incapacidad laboral a la discapacidad en cuanto a derechos en el fomento del empleo, y la supresión del doble requisito que obligaba a que

²⁴⁶ STSJ Asturias de 21 de febrero Rec. Supl. 274/2014.

las personas a contratar tuvieran no sólo grado de discapacidad igual o superior al 33 por cien, sino también una disminución de su capacidad de trabajo, obliga a repensar el modelo de promoción de empleo de personas con discapacidad.

En la actualidad la desviación existente entre quienes necesitan apoyos para encontrar y mantener un empleo por causa de su discapacidad y quienes resultan beneficiados por subvenciones y bonificaciones es preocupante, puesto que personas sin disminución de capacidad de integración y sin necesidades de apoyos especiales para su incorporación al mercado laboral se aprovechan de una normativa que otorga derechos de forma homogénea a una población muy heterogénea.

Puesto que discapacidad e incapacidad laboral son espacios diversos, los beneficiarios de cada una de las situaciones deben ser determinados mediante los procedimientos establecidos en cada uno de los sectores del ordenamiento social a que pertenecen, sería lógico que los pensionistas, que lo estimen conveniente, soliciten del IMSERSO o del organismo de su CCAA correspondiente el reconocimiento de grado de discapacidad y se atengan a la baremación establecida en él que les dará, o no, derechos como personas con discapacidad.

CAPÍTULO II.

EL TRABAJO PROTEGIDO. NORMATIVA REGULADORA.

1.- EL TRABAJO PROTEGIDO EN LAS NORMAS INTERNACIONALES.

1.1.- Consideraciones previas.

La normativa internacional sobre personas con discapacidad, en particular la relativa al trabajo protegido merece un estudio detallado y previo al de la normativa española puesto que, como ha apuntado SEMPERE NAVARRO, esta *“seguramente no es la vertiente jurídica más importante”*, pero la regulación internacional *“constituyen expresión inmejorable de las concepciones (políticas, económicas, ideológicas, religiosas, etc.) dominantes en cada momento y no pueden marginarse, bajo el pretexto de que no provocan el cambio de las cosas”*²⁴⁷.

El derecho internacional de forma directa e indirecta ha influido de manera notoria en nuestra normativa provocando además la evolución de las formas de expresión del legislador.

Por ello en este apartado analizo la normativa internacional, realizando una selección de legislación genérica en materia de personas discapacitadas, estudiando sus principales normas. Analizaré convenios, tratados y recomendaciones y también instrumentos menos relevantes pero necesarios para dar una visión global de las actuaciones legislativas relacionadas con el trabajo y la discapacidad. El análisis se centrará fundamentalmente en las menciones que los instrumentos y documentos

²⁴⁷ SEMPERE NAVARRO, A. V., “Sobre la OIT y su acción normativa”. *Aranzadi Social*. Núm. 15. 2002.

internacionales realizan sobre el trabajo en medios protegido, destacando que todas las normas internacionales insisten en el carácter subsidiario y e incluso transitorio de estos empleos para las personas con discapacidad²⁴⁸.

La normativa relacionada no ha tenido ningún tipo de derogación, pero sí una continua evolución, por lo que los antecedentes continúan en vigor, aunque superados por las mejoras legislativas posteriores.

Se puede observar el desarrollo de un modelo “médico” o “asistencial” de la discapacidad²⁴⁹ que la interpreta como un problema centrado en causas individuales, deficiencias, lesiones, daños fisiológicos mentales o anatómicos contraídas desde el nacimiento u ocasionadas por enfermedades, accidentes o por el estado de salud de las personas, estando por lo tanto únicamente asociadas a la persona que las padece, quedando únicamente la sociedad obligada a prestar un control clínico o/y tratamiento terapéutico y ayudarlas por medio de prestaciones sociales.

Este modelo fue superado por el actual modelo social²⁵⁰ basado en la consideración de que la diferencia entre personas con o sin discapacidad es un fenómeno no natural sino construido por la sociedad, por las relaciones de poder y/o prestigio. El anterior modelo, centrado en las consecuencias de utilizar unos estándares dominantes provoca segregación en lugar de inclusión. En base a este razonamiento, se colige que es la sociedad, la que debe adoptar medidas que supriman barreras y obstáculos - arquitectónicos y jurídicos - para situar a todas las personas, con discapacidad o sin ella, en el mismo plano de igualdad. La evolución de la normativa y del modelo internacional

²⁴⁸ En este sentido, RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., “El empleo de las personas con minusvalía”. *Relaciones laborales*. Núm. 1. 1999. y ESTEBAN LEGARRETA. R., PÉREZ AMORÓS, F., “Estudio introductorio”. En AA.VV. (Dir. ESTEBAN LEGARRETA. R., PÉREZ AMORÓS, F.), *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009. Pág. 36. VALDÉS DAL-RÉ, F., “Derechos en serio y personas con discapacidad”. *Relaciones laborales*. Núm. 1. 2005.

²⁴⁹ Una visión amplia de esta evolución en: VALDÉS DAL-RÉ, F., “Del modelo asistencial al modelo social de discapacidad” *Relaciones laborales*. Núm. 1. 2005. En el mismo sentido CORDERO GORDILLO, V., “Evolución y perspectivas de futuro de la política social comunitaria en relación con las personas con discapacidad”. Comunicación presentada al XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*. Logroño, 28 y 29 de mayo de 2009. Ministerio de trabajo e inmigración. Madrid. 2010.

²⁵⁰ CABRA DE LUNA, M.A. y GAZTELU SAN PIO, C., “Derecho Internacional y Comunitario. La protección jurídica e las personas con discapacidad en la normativa comunitaria y en los instrumentos internacionales”. En AA.VV. (Coords. ALCAÍN MARITNEZ, E., GONZALEZ-BADÍA FRAGA, J. y MOLINA FERNADEZ), *Régimen Jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*. Comares. Granada. 2006. Pág. 20.

cobra especial importancia no sólo por sus principios rectores sino también porque ha sido trasladada a nuestra legislación nacional.

La evolución terminológica respecto de la discapacidad en la normativa internacional es muy perceptible, se ha pasado, como apunté anteriormente²⁵¹, de títulos como la “*Declaración de derechos del Retrasado Mental*”²⁵², a enunciados más avanzados como las “*Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad*”²⁵³, también este aspecto ha sido trasladado, a nuestra normativa.

Los tratados internacionales de derechos humanos, pretenden establecer estándares internacionales aplicables a todos los individuos o a grupos específicos, lo que se materializa en que las personas con discapacidad pueden hallar en ellos una aplicación concreta del principio de universalidad de los derechos humanos y de los principios de igualdad así como la prohibición de discriminación.

La dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, y el derecho a la igualdad y al trabajo son Derechos Fundamentales de las personas, también de las personas con discapacidad. Por ello como señala CABRA DE LUNA²⁵⁴ en la moderna forma de abordar la discapacidad, esta se considera desde la perspectiva de los derechos humanos, puesto que muchas personas con discapacidad no tienen acceso a estos derechos básicos²⁵⁵.

Considerar la discapacidad como una condición de la persona “sospechosa” de discriminación, ayuda a denunciar la existencia de violaciones de las cláusulas antidiscriminatorias establecidas en los diferentes tratados.²⁵⁶

²⁵¹ Vid. *supra* Capítulo I, punto 2.- UTILIZACIÓN DE LOS TÉRMINOS ADECUADOS.

²⁵² Asamblea General de las Naciones Unidas Resolución 2856 de 20 de diciembre de 1971.

²⁵³ Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 48/96 20 de diciembre de 1993.

²⁵⁴ “Más allá de las consideraciones filosóficas e ideológicas, desde una perspectiva legal, el hecho de considerar la discapacidad y por ende a los instrumentos o documentos que la abordan como una cuestión de derechos humanos tiene importantes consecuencias jurídicas tanto a nivel internacional como en el derecho interno.” CABRA DE LUNA, M.A. y GAZTELU SAN PIO, C., “Derecho Internacional y Comunitario. La protección jurídica...” *op. cit.* pág. 21.

²⁵⁵ En este sentido, CABRA DE LUNA, M.A., “Discapacidad y empleo”. En AA.VV. (Dir. LAORDEN FERRERO, J.), *Los derechos de las personas con discapacidad*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007. Pág. 605.

²⁵⁶ En este sentido, COURTIS C., “Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas”. En AA.VV. (Dir. DE LORENZO GARCIA. R, PEREZ BUENO, L. C.), *Tratado sobre Discapacidad*. Aranzadi. Pamplona. 2007. Págs. 282 y 283.

Entiende CANESSA MONTEJO²⁵⁷, que en el específico caso que nos ocupa, discapacidad unida al trabajo, los actos unilaterales que estuviesen en oposición a las normas de *ius cogens* laboral, y de los derechos humanos laborales (la prohibición de la esclavitud, de la discriminación racial y de cualquier discriminación en sus diferentes modalidades dentro del ámbito laboral) son nulos para el ordenamiento internacional, configurándose el establecimiento de una norma contraria al *ius cogens* laboral como la violación de una obligación internacional.

Según esta doctrina, cualquier norma que discrimine a las personas con discapacidad en el ámbito laboral, derivaría en la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito y en el deber de derogar dicha norma.

La normativa internacional es vinculante para los Estados, en tanto hayan ratificado los tratados y acuerdos internacionales a los que se acojan, pudiendo, salvo excepciones, formular reservas a parte de los mismos. Se determinará cuáles de estos textos son vinculantes y han creado obligaciones y generado derechos en nuestro ordenamiento. Los documentos no vinculantes también serán valorados puesto que pueden haber realizado un papel de guía en la planificación y desarrollo de las políticas laborales²⁵⁸.

Realizaré una primera exposición de los textos de Naciones Unidas como generadores de derechos humanos a nivel internacional. Posteriormente desarrollaré el estudio de la vinculación de los convenios y recomendaciones de la OIT respecto del derecho del trabajo de las personas con discapacidad y para cerrar este tema me centraré en el derecho internacional europeo, tanto el aprobado por el Consejo de Europa, como el de la Unión Europea.

1.2.- Naciones Unidas.

La Carta de las Naciones Unidas se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, entrando en vigor el 24 de octubre del mismo año, reemplazando la ONU a la Sociedad de Naciones fundada en 1919.

²⁵⁷ Muy interesante el amplio desarrollo del *Jus cogens* laboral que realiza en su último Capítulo del libro CANESSA MONTEJO, M.F., *La protección internacional de los derechos humanos laborales*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008.

²⁵⁸ ESTEBAN LEGARRETA. R., *Derecho al trabajo de las personas con discapacidad*. Real Patronato sobre Discapacidad. Madrid. 2003. Pág. 19.

Hay que destacar que muchos textos de Naciones Unidas como la Declaración de derechos del Retrasado Mental o la Declaración de Derechos de los Impedidos, que más adelante se expondrán, tienen valor de recomendaciones y, por lo tanto, no son vinculantes, aunque los órganos internacionales de derechos humanos trabajan en la necesidad de vincular los tratados internacionales de carácter obligatorio con los estándares no vinculantes, también llamados *soft law*²⁵⁹. Estos documentos realizan un reconocimiento del derecho de las personas con discapacidad a desarrollar una actividad profesional.

1.2.1.- Declaración Universal de Derechos Humanos.

La Asamblea Mundial de Naciones Unidas, reunida en París 10 de diciembre de 1948, proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁶⁰ como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse. En sus primeros artículos se encuentra el derecho de todos los seres humanos a nacer libres e iguales en dignidad y derechos²⁶¹, sin distinción de condición alguna²⁶² y en igualdad ante la ley²⁶³.

Respecto al derecho del trabajo se declara el derecho de toda persona a la seguridad social, a obtener la satisfacción de todos los derechos económicos y sociales indispensables a su dignidad, al libre desarrollo de su personalidad²⁶⁴, a elegir un trabajo y a percibir una remuneración equitativa y satisfactoria sin discriminación salarial²⁶⁵.

Si ponemos en el centro del discurso que las personas con discapacidad, como seres humanos, son iguales en dignidad a las que carecen de discapacidad, y no puede ser concebido de otra forma, el resto de los derechos también les son aplicables y por lo

²⁵⁹ “Los estándares no vinculantes de *soft law* constituyen un referente fundamental para interpretar el contenido de los derechos consagrados de modo genérico en su aplicación a personas con discapacidad”. COURTIS C. “Los derechos de las personas con discapacidad...” *op. cit.* Pág. 287.

²⁶⁰ <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm> Consultado el 24 de diciembre de 2008.

²⁶¹ Art. 1. “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

²⁶² Art. 2.1. “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”

²⁶³ Art. 7. “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”

²⁶⁴ Art. 22. “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”

²⁶⁵ Art. 23.2. “Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.”

tanto son merecedoras por igual del derecho al libre desarrollo de su personalidad y del derecho al trabajo.

1.2.2.- Declaración de los Derechos del Retrasado Mental.

Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2856 (XXVI) de 20 de diciembre de 1971²⁶⁶, a ella se remite el art. 2 de la LISMI modificando su nombre denominándola “*Declaración de Derechos del deficiente mental*”²⁶⁷.

Su art. 1 declara que los derechos que asisten a la personas con discapacidad intelectual, hasta el máximo grado de viabilidad, han de ser los mismos que para el resto de seres humanos. Ese aspecto se concreta en los arts. 2 al 6, reconociendo derechos como la atención médica, tratamientos físicos, la seguridad económica y un nivel de vida decoroso, la residencia con su familia o en un hogar que reemplace al propio, la atención de un tutor para la protección de su persona y bienes y la protección frente a cualquier explotación y abuso o trato degradante.

Respecto del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, su art. 3 establece en primer lugar que las personas con discapacidad psíquica tienen derecho “*a la seguridad económica y a un nivel de vida decoroso*”, relacionando dicho derecho no únicamente con subsidios o pensiones si no reconociendo su derecho a “*desempeñar un empleo productivo o alguna otra ocupación útil ... en la medida de sus posibilidades*”.

1.2.3.- Declaración de Derechos de los Impedidos.

Esta Declaración, también citada por la LISMI como “*Declaración de derechos de los minusválidos*”, fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 3447 (XXX) de 9 de diciembre de 1975²⁶⁸. En ella, las personas con discapacidad son denominadas “*impedidos*”, y los define en su art. 1, como “*toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o parte, a las necesidades*

²⁶⁶ http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/m_mental_sp.htm Consultado el 23 de diciembre de 2008.

²⁶⁷ Al parecer, “retrasado mental” no era una denominación mal sonante en 1971 y por ello se usó en el título de una declaración de derechos. Pero en 1982, año de la publicación de la LISMI, se modificó en esta, el nombre de la norma, ya que había sido superada dicha forma de denominar a las personas con discapacidad intelectual.

²⁶⁸ http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/72_sp.htm Consultado el 23 de diciembre de 2008.

de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia congénita o no de sus facultades físicas o mentales”

La definición es muy interesante puesto que diferencia si la discapacidad afecta a la totalidad o a parte de las necesidades de la vida de la persona, clasificando en grados de discapacidad. También distingue entre las necesidades de la vida individual y la social, matizando la diferencia entre ambos aspectos de la vida y las posibilidades de afrontarlos si se tiene discapacidad. Por último, se puede observar que en dicha definición se distingue entre las discapacidades físicas y psíquicas, habiendo dejado de lado las discapacidades sensoriales, que subsume dentro de las físicas.

Este texto que enumera aproximadamente los mismos derechos proclamados en la *“Declaración de derechos del retrasado mental”*, en su punto séptimo consagra el derecho al empleo de las personas con discapacidad. En primer lugar, determina que el trabajo debe ser *“remunerativo”*, distinguiéndolo de las labores ocupacionales, y en segundo lugar establece o recuerda el derecho de las personas con discapacidad a *“formar parte de organizaciones sindicales”*. De esta manera sitúa los derechos laborales de las personas con discapacidad al mismo nivel que los derechos de quienes no tienen discapacidad.

1.2.4.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, fue firmado por España el 28 de septiembre de 1976, ratificado el 13 de abril de 1977, entró en vigor en España el 27 de abril de 1977²⁶⁹.

Este Pacto obliga a los Estados signatarios a prestar una serie de medios para que sus ciudadanos puedan ganarse la vida y, en particular, refuerzan las obligaciones constitucionales de nuestros poderes públicos en la búsqueda de la consecución de la ocupación plena, puesto que el pleno empleo también es un logro que se debe buscar para las personas con discapacidad²⁷⁰.

El art. 6 titulado *“Derecho al trabajo”*, establece el derecho a *“tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”*, en condiciones laborales dignas y equitativas, así como el derecho a un salario. Declara

²⁶⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York. Instrumento de ratificación 27-4-1977. BOE núm. 103, de 30 abril de 1977.

²⁷⁰ ESTEBAN LEGARRETA. R., Derecho al trabajo de las personas con discapacidad. *op. cit.* Pág. 9.

para todas las personas el derecho al trabajo, en consecuencia, quedan incluidas aquellas que tienen alguna discapacidad, estableciendo específicamente el reconocimiento a la igualdad de oportunidades.

El derecho al trabajo es asignatura no superada para este colectivo, tal y como indican sus tasas de desocupación muy por encima de la media²⁷¹.

1.2.5.- Programa de Acción Mundial para las personas discapacitadas.

El 3 de diciembre de 1982 en su 90ª sesión plenaria, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el Programa de Acción Mundial para los impedidos.

En la Resolución 37/52²⁷², configura la igualdad de oportunidades como uno de los ejes centrales de la acción a favor de las personas con discapacidad²⁷³. Si hasta el año 1975 se hacía hincapié en las “deficiencias” de las personas, centrándose en las actividades que estas no podían realizar, a partir de este texto, Naciones Unidas asume que la discapacidad proviene de una negación de oportunidades por parte de la sociedad hacía las personas con discapacidad²⁷⁴.

Por ello, centra su discurso sobre discapacidad en las acciones que la comunidad debe realizar para que las personas que la padecen no tengan menos oportunidades, ni impedimentos para realizar su vida plenamente, y puedan disfrutarla como quienes no tienen discapacidad.

²⁷¹ Las tasas de desocupación de las personas con discapacidad son entre un 12,1% y un 32,6% más elevadas que las personas sin discapacidad en función del tipo de discapacidad. RODRÍGUEZ CABRERO. G., GARCÍA SERRANO. C., TOHARIA. L., *Evaluación de las políticas de empleo... op. cit.* Pág. 23. En el mismo sentido MALO OCAÑA, M. A., “Las personas con discapacidad en el mercado de trabajo español” *op. cit.* pág. 114. En la que tras analizar los datos de tasa de actividad de la Unión Europea, comprueba que las tasas de actividad son menores entre la población discapacitada que entre la población no discapacitada en todos los países. El mismo sentido se manifiesta VALDÉS DAL-RÉ, F., “Del modelo asistencial al modelo social de discapacidad” *op. cit.*, pág. 117, donde el autor afirma que “*la situación laboral de las personas con discapacidad dista de poder calificarse como mínimamente satisfactoria. El porcentaje de personas con discapacidad inactivas dobla al de las personas inactivas no discapacitadas*”. En este estudio se han trabajado esos datos de forma directa, véase Capítulo I punto 3.2.- Datos sobre «trabajo y personas con discapacidad» del INE: Tabla 10.

²⁷²<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/432/92/IMG/NR043292.pdf?OpenElement> Consultado el 23 de diciembre de 2008.

²⁷³ En este sentido VALDÉS DAL-RÉ, F. “Derechos en serio y personas con discapacidad”. *op. cit.* Pág. 137.

²⁷⁴ “Una persona es minusválida cuando se le niegan las oportunidades de que se dispone en general en la comunidad y que son necesarias para los elementos fundamentales de la vida, incluida la vida familiar, la educación, el empleo, la vivienda, la seguridad financiera y personal, la participación en grupos sociales y políticos, las actividades religiosas, las relaciones íntimas y sexuales, el acceso a instalaciones públicas, la libertad de movimientos y el estilo general de la vida diaria”. Apartado 21 Programa de Acción Mundial para las Personas. ONU 1982.

El apartado 69 dedicado al empleo, denuncia que a las personas con discapacidad se les continúa negando el trabajo o se les ofrece uno “*servil y mal remunerado*”, a pesar de haberse demostrado que con una correcta “*labor de evaluación, capacitación y colocación*” pueden realizar casi todo tipo de tareas. El mismo apartado, señala que para crear puestos de trabajo para personas con discapacidad se podían establecer “*talleres protegidos y de producción, enclaves protegidos*”. Estos ya se estaban aplicando en algunos países, no obstante los considera como una medida insuficiente.

La Resolución, también propone las acciones a emprender, señalando a los Estados miembros que deberían adoptar medidas que fomenten la integración de las personas con discapacidad en el “*mercado laboral abierto*”, refiriéndose al empleo ordinario o no protegido, aconsejando que las medidas a adoptar podrían ser, entre otras, “*planes de cuotas con incentivos, empleos reservados o designados*”(apartado 129).

Es de resaltar que la Resolución reconoce que “*El número efectivo de trabajadores impedidos empleados en establecimientos ordinarios o especiales está muy por debajo del número de los impedidos empleables (...)*” recordando que “*(...) la aplicación más amplia de principios ergonómicos permite la adaptación, a costo relativamente reducido, del lugar de trabajo, las herramientas, la maquinaria y el equipo, y ayuda a aumentar las oportunidades de empleo para los impedidos*” (apartado 69), estableciendo que los Estados Miembros deben crear “*empleo protegido para aquellos que, debido a necesidades especiales o incapacidad particularmente grave, no puedan hacer frente a las exigencias del empleo competitivo.* (apartado 132).

Respecto al empleo protegido, añade que debería realizarse en “*talleres de producción, trabajo en el hogar y planes de autoempleo*”, así como también en “*pequeños grupos de personas gravemente incapacitadas en condiciones protegidas dentro de la industria competitiva*” (apartado 132)²⁷⁵.

²⁷⁵ En este sentido la doctrina, entiende que esa estrategia estaba basada en una visión de la discapacidad más readaptativa que integradora. GARRIDO PÉREZ, E., “El trabajo de discapacitados en centros especiales de empleo: replanteamiento sobre la necesidad de una relación laboral especial. En AA.VV. (Coord. ROMERO RÓDENAS, M. J.), *Trabajo y protección social del discapacitado*. Albacete. 2003. Bomarzo. Pág. 27.

1.2.6.- Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

Con la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1993²⁷⁶, se aprueban las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

De su contenido destaca el art. 7, que establece como obligación de los Estados miembros el reconocimiento de que las personas con discapacidad deben poder ejercer todos sus derechos que como personas poseen, es decir, los que se entienden como Derechos Humanos. Concreta en particular, que se les debe reconocer el derecho al trabajo, entendiendo que deben tener igualdad de oportunidades para obtener un *“empleo productivo y remunerado en el mercado de trabajo”*

En el mismo artículo, en su segundo párrafo, concreta que el objetivo primario es que las personas con discapacidad deben tener ocupación en el *“mercado de trabajo abierto”*. Puntualiza que en ocasiones, existen algunas personas con limitaciones para acceder al mercado ordinario, por lo que establece *“la opción de crear pequeñas dependencias con empleos protegidos o reservados”*, para aquella personas que no puedan acceder al empleo ordinario²⁷⁷.

1.2.7.- Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad de Nueva York.

El 13 de diciembre de 2006 fue aprobada la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, junto con su Protocolo Facultativo por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Quedó abierta a la firma el 30 de marzo de 2007 y afirma la ONU que *“en esa fecha firmaron la convención 81 Estados Miembros y la Comunidad Europea, lo que representa el mayor número de firmas conseguido jamás por un instrumento de derechos humanos en el día de su apertura a la firma”*²⁷⁸. Fue

²⁷⁶ <http://www.un.org/esa/socdev/enable/dissres0.htm> Consultado el 23 de diciembre de 2008.

²⁷⁷ En el artículo de VALDÉS DAL-RÉ F., “Derechos en serio y personas con discapacidad” *op. cit.*, se analiza este instrumento determinando que se basa en tres pilares, siendo el primero la subsidiariedad del empleo protegido respecto del ordinario, el segundo la pluralidad de medidas que los Estados pueden apoyar a favor de la integración y por último el deber de los Estados de animar a los empleadores a que lleven a cabo ajustes razonables para integrar a las personas con discapacidad.

²⁷⁸ <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=534> Consultado el 4 de agosto de 2009.

ratificada en España por Instrumento de 23 noviembre 2007²⁷⁹, entrando en vigor en España el 3 de mayo de 2008.

Los Estados firmantes se comprometen a prohibir toda discriminación por motivos de discapacidad, de forma explícita se establece una prohibición de discriminación en el empleo, art. 27. En los arts. 5 y 26, se comprometen a proporcionar servicios de habilitación y rehabilitación para el empleo “*con el fin de permitir a las personas con discapacidad lograr la máxima independencia y capacidad*”. La convención se basa en el modelo de los derechos, su primer fundamento teórico es focalizar las capacidades, y no las discapacidades, “*una capacidad no es lo que una persona hace sino lo que una persona puede hacer o puede ser, por lo que se debe conceder libertad para decidir a que sea o lo haga*”²⁸⁰.

Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar y a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno que sean abiertos, inclusivos y accesibles, en igualdad de condiciones con las demás. El actual modelo de empleo protegido español cumpliría los requisitos que la convención establece, excepto la subsidiariedad, pero no forma parte de su prioridad²⁸¹.

La Convención anima a los Estados a promover “*oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia y de inicio de empresas propias*”, también deben los Estado emplear a personas con discapacidad en el sector público y fomentar su empleo en el sector privado, velando por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en los lugares de trabajo.

1.3.- **Organización Internacional del trabajo.**

La Organización Internacional del Trabajo, creada tras la primera guerra mundial, es la agencia tripartita de la ONU, que convoca a gobiernos, empleadores y trabajadores de los Estados miembros, para que estos promuevan acciones conjuntas destinadas a

²⁷⁹ BOE núm. 96, de 21 abril 2008.

²⁸⁰ SEOANE RODRIGUEZ, J.A., “La convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: perspectiva jurídica”. *Siglo Cero. Revista Española sobre discapacidad intelectual*. Vol. 42. Núm. 237. Año 2011.

²⁸¹ En este sentido ESTEBAN LEGARRETA. R., “La relación laboral especial. Algunas cuestiones...” *op. cit.* Pág. 37.

“promover el trabajo decente en el mundo”²⁸². La OIT se creó con 15 países miembros iniciales y se ha ido ampliando hasta tener 178 miembros en la actualidad²⁸³.

Las normas que emite, se clasifican en convenios y recomendaciones. Los primeros son tratados internacionales jurídicamente vinculantes, que están abiertos a la ratificación por parte de los Estados miembros de la organización. Las recomendaciones, ajenas al trámite de ratificación, no son vinculantes, teniendo la función de señalar pautas y directrices técnicas para orientar la acción de los Estados, pudiendo complementar a los convenios o siendo autónomas, es decir, no vinculadas a ningún convenio²⁸⁴.

España formó parte de la OIT desde su fundación en 1919, con un largo paréntesis que empezó en 1941, incorporándose de nuevo en 1956, después de haber ingresado en la ONU.

1.3.1.- Convenios.

La primera alusión referida a personas con discapacidad que encontramos en un convenio de la OIT es en el año 1948, en el Convenio 88 sobre el servicio de empleo²⁸⁵. En él se estableció la obligación de los Estados de garantizar un servicio de colocación público y gratuito, en el que se debe “tomar nota” de las aptitudes profesionales de las personas que buscan empleo y si fuese necesario de sus aptitudes físicas²⁸⁶, instaurando en su art. 7 b), que se deben garantizar unos

²⁸² <http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm> Consultado el 18 de abril de 2009.

²⁸³ Datos extraídos de la página web http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/lang-es/index.htm Consultado el 23 de diciembre de 2008.

²⁸⁴ En este sentido, ESTEBAN LEGARRETA. R., *Derecho al trabajo de las personas con discapacidad. op. cit.* Pág. 19.

²⁸⁵ Convenio 88 OIT sobre el servicio de empleo de 9 de julio de 1948. Ratificado por España por Instrumento de 14 de enero de 1960.

²⁸⁶ “Artículo 6

El servicio del empleo deberá estar organizado de suerte que garantice la eficacia de la contratación y de la colocación de los trabajadores, y a estos efectos deberá:

a) ayudar a los trabajadores a encontrar un empleo conveniente, y a los empleadores a contratar trabajadores apropiados a las necesidades de las empresas, y más especialmente deberá, de conformidad con las reglas formuladas de acuerdo con un plan nacional:

i) llevar un registro de las personas que soliciten empleo; tomar nota de sus aptitudes profesionales, de su experiencia y de sus deseos; interrogarlas a los efectos de su empleo; evaluar, si fuere necesario, sus aptitudes físicas y profesionales, y ayudarlas a obtener, cuando fuere oportuno, los medios necesarios para su orientación o readaptación profesionales;

ii) obtener de los empleadores una información detallada de los empleos vacantes que hayan notificado al servicio, y de las condiciones que deban cumplir los trabajadores solicitados para ocupar estos empleos;

iii) dirigir hacia los empleos vacantes a los candidatos que posean las aptitudes profesionales y físicas exigidas;

iv) organizar la compensación de las ofertas y demandas de empleo de una oficina con otra, cuando la oficina consultada en primer lugar no pueda colocar convenientemente a los candidatos o cubrir adecuadamente las vacantes, o cuando otras circunstancias lo justifiquen”.

servicios que satisfagan adecuadamente las necesidades especiales de solicitantes de empleo tales como los “inválidos”²⁸⁷.

Posteriormente, en 1958, el Convenio 111²⁸⁸ dedicado en exclusiva a la discriminación en el empleo, la define en su artículo primero²⁸⁹ como “*la distinción, exclusión o preferencia que alteren el principio de igualdad de oportunidades o de trato en el acceso*” a la formación profesional y en la admisión al empleo y en las diversas ocupaciones.

Este convenio no sólo obliga a los Estados a actuar contra la discriminación, también la provocada por razones de discapacidad, sino que autoriza a los Estados a definir como no discriminatorias cualesquiera medidas especiales destinadas a satisfacer necesidades particulares de las personas a las que por razones tales como invalidez se les reconozca la necesidad especial de protección o asistencia. En consecuencia, reconoce la necesidad de tomar medidas especiales para el empleo de las personas con discapacidad, como el empleo protegido.

No siendo un convenio específico de personas con discapacidad, el convenio 122²⁹⁰ sobre política de empleo adoptado en 1964, estableció la obligación para los Estados miembros de desarrollar y formular políticas activas destinada a fomentar “*el pleno empleo, productivo y libremente elegido*”, también para las personas con discapacidad, estableciendo que también para ellas se debe promocionar el empleo libremente elegido.

También realiza referencias al trabajo de las personas con discapacidad el Convenio 128²⁹¹, publicado el año 1967, sobre prestaciones de invalidez, vejez y

²⁸⁷ ESTEBAN LEGARRETA. R., Derecho al trabajo de las personas con discapacidad. *op. cit.* Pág. 10.

²⁸⁸ Convenio 111 OIT, sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958. Adoptado con fecha 25 de junio de 1958 y ratificado por Instrumento de 26 de octubre de 1967. BOE núm. 291 de 4 diciembre 1968.

²⁸⁹ Art. 1.1. A los efectos de este Convenio, el término [discriminación] comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.”

²⁹⁰ Convenio 122 sobre la política del empleo, de 9 de julio de 1964, ratificado por Instrumento de 21 de julio de 1970. BOE núm. 124, de 24 mayo 1972.

²⁹¹ Convenio 128 OIT, sobre prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967. Fue adoptado con fecha 29 de junio de 1967 <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C128> Consultado el 24 de diciembre de 2008.

sobrevivientes. En su artículo 13²⁹² establece que los Estados miembros deben proporcionar servicios de readaptación profesional que preparen a una persona “*incapacitada*” para reanudar sus actividades anteriores, o si no fuera posible para ejercer otra actividad lucrativa, tomando medidas para facilitar la colocación efectiva de trabajadores “*incapacitados*”.

Hay que tener en cuenta que el Convenio, por su origen regulador de prestaciones sobrevenidas, fundamentalmente está referido casi exclusivamente a personas con discapacidades ocurridas posteriormente a su incorporación al mundo laboral.

En 1983, se adoptó el Convenio 159²⁹³ sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas). Siendo un convenio específico de empleo y personas con discapacidad²⁹⁴, su artículo primero²⁹⁵ determina cuales son, a sus efectos, las personas con discapacidad, no realizando una definición de la discapacidad en general, sino que relaciona a las personas discapacitadas con la reducción de posibilidades que estas tienen de obtener y conservar un empleo debido a su discapacidad física o psíquica. Hay que destacar que, aunque en general, su terminología es inadecuada²⁹⁶ porque a la discapacidad la denomina invalidez y las personas con discapacidad, personas inválidas, estando dicha terminología en desuso actualmente²⁹⁷, este texto por primera vez en un convenio de la OIT realiza un tratamiento personalizado de la discapacidad, y esta deja de ser un calificativo de grupos, “los discapacitados”, para empezar a ser una característica que se aplica al individuo, “la persona con discapacidad”²⁹⁸.

Asimismo reconoce el Convenio 159 en su artículo tercero que los Estados miembros deben adoptar medidas positivas, adecuadas para favorecer las oportunidades

²⁹² “Art. 13.1. *Todo Miembro para el cual esté en vigor la presente parte de este Convenio deberá, en las condiciones prescritas:*

a) proporcionar servicios de readaptación profesional que, cuando sea posible, preparen a una persona incapacitada para reanudar sus actividades anteriores o, si esto no fuera posible, para ejercer otra actividad lucrativa que se adapte en la mayor medida posible a sus calificaciones y aptitudes; y

b) tomar medidas para facilitar la colocación adecuada de trabajadores incapacitados”.

²⁹³ Convenio 159 OIT, sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) de 20 de junio de 1983. Instrumento de ratificación de 17 de julio de 1990. BOE núm. 28, de 23 de noviembre 1990.

²⁹⁴ El Convenio núm. 159 ha sido ratificado por 83 países, dato en vigor a fecha 24 de octubre de 2015.

²⁹⁵ Art. 1 “persona inválida” a aquella cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo quedan sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida”.

²⁹⁶ En este sentido COURTIS C., “Los derecho de las personas con discapacidad...” *op. cit.* Pág. 303.

²⁹⁷ *Vid. supra* Capítulo I. punto 3.

²⁹⁸ En este sentido, GARCIA QUIÑONES, J.C., “El concepto jurídico laboral...” *op. cit.* Pág. 37.

de todas “*las personas inválidas*”, con el objeto de que obtengan y conserven un empleo en el “*mercado regular de empleo*” a través de la preadaptación profesional, promoviendo, así su integración o reintegración en la sociedad como persona trabajadora.

En el año de aprobación de dicho convenio, la mayoría de Estados firmantes ya cumplían con los genéricos deberes impuestos²⁹⁹, en cualquier caso, el convenio reafirma las políticas a seguir para quienes ya cumplían esta normativa y son un estímulo para quienes no contaban con ellas. Además, en su art. 4 recuerda que “*Las medidas positivas especiales encaminadas a lograr la igualdad efectiva (...) no deberán considerarse discriminatorias*”, tal como ya estableció el Convenio 111.

En el mismo convenio 159, se crean obligaciones para que los Estados realicen tareas de readaptación profesional para las personas con discapacidad y estableciendo necesidad de promover de oportunidades de empleo de las personas con discapacidad en el mercado regular de empleo. Ambas obligaciones están basadas en el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores con discapacidad y los trabajadores sin ella. Este convenio debe interpretarse de conformidad con las Recomendaciones número 99 y número 168 que complementan las medidas de readaptación profesional y que serán comentadas en el punto siguiente.

En junio de 1997 se adoptó el Convenio 181³⁰⁰, de Agencias de Empleo Privadas, dicho convenio determina que estas agencias deberán facilitar servicios especiales o aplicar programas destinados a ayudar a los trabajadores más desfavorecidos en sus actividades de búsqueda de empleo determinando que la discapacidad es un factor potencial de discriminación³⁰¹ y que, por lo tanto, necesita de una protección cualificada³⁰² en la búsqueda de empleo.

²⁹⁹ En este sentido, ESTEBAN LEGARRETA. R., *Derecho al trabajo de las personas con discapacidad*. op. cit. Pág. 12.

³⁰⁰ Convenio 181 OIT, sobre las Agencias de Empleo Privadas. Adoptado el 19 de junio de 1997. Instrumento de ratificación de 19 de mayo de 1999. BOE 13 septiembre 1999, núm. 219.

³⁰¹ Convenio 181 OIT. Art. 5:

“1. *Con el fin de promover la igualdad de oportunidades y de trato en materia de acceso al empleo y a las diferentes profesiones, todo Miembro velará por que las agencias de empleo privadas traten a los trabajadores sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social o cualquier otra forma de discriminación cubierta en la legislación y la práctica nacionales, tales como la edad o la discapacidad.*

2. *Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo no serán obstáculo a que las agencias de empleo privadas faciliten servicios especiales o apliquen programas destinados a ayudar a los trabajadores más desfavorecidos en sus actividades de búsqueda de empleo.*”

³⁰² GARCIA QUIÑONES, J.C., “El concepto jurídico laboral...” op. cit. Pág. 38.

1.3.2.- Recomendaciones.

La importancia de Recomendaciones número 99 y 168 de la OIT viene determinada de manera formal porque el Convenio 159 de la misma Organización, estudiado en el punto anterior, se refiere a las mismas para su interpretación. Además, por su nivel de implicación con la laboralidad de las personas con discapacidad y las ideas interesantes y novedosas que exponen, es necesario desarrollarlas en este estudio.

La Recomendación 99³⁰³, sobre la adaptación y readaptación profesionales de los inválidos, plantea en 1955, la adopción de las medidas necesarias para crear o desarrollar servicios especializados de orientación profesional destinados a los “*inválidos*” que necesiten ayuda para elegir o cambiar de profesión, haciendo hincapié en la formación, que estima que debería realizarse junto con los trabajadores “*no inválidos*”.

En su art. 8 realiza una precisión muy importante a los efectos de este trabajo, puesto que señala que hay un colectivo de personas que “*por la naturaleza o gravedad de su invalidez*” no pueden recibir formación junto con los demás trabajadores, estableciendo que deberían crearse medios de formación profesional para ellas.

Es importante destacar que esta Recomendación entiende que lo mejor y más aconsejable es la integración, también en la formación laboral, pero deja un hueco para aquellas personas que no pueden lograrla al no poder adaptarse a los estándares formativos. Advierte la Recomendación, que se deberían crear y desarrollar medios especiales para la formación, de esa manera, las personas con discapacidad no quedarían marginadas

La Recomendación 99, pretende la colaboración entre empleadores y trabajadores con discapacidad gracias a la normativa de reserva de empleo, fomentando “*la reserva de ciertos empleos determinados para los inválidos*” (art. 31.b), puesto que así aumentarían las oportunidades de empleo. Es favorable a promover estímulos y ayudas para la creación y la promoción de empleo de las personas “*inválidas*” que necesiten ayudas para elegir o cambiar de profesión³⁰⁴.

Asimismo, el art. 29 de la misma Recomendación, se refiere a los principios sobre los que deberían basarse las medidas a adoptar para la creación de puestos de trabajo y en

³⁰³ Recomendación 99 OIT, sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, de 22 de junio de 1955. <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R099> Consultado el 24 de diciembre de 2008.

³⁰⁴ GARCIA QUIÑONES, J.C. “El concepto jurídico laboral...” *op. cit.* Pág. 38.

él se estima que “*se debería hacer hincapié en las aptitudes y en la capacidad para el trabajo de los interesados y no en su invalidez*”. Esta recomendación se adoptó en 1955 y todavía forma parte de la teoría, que no la práctica, de las capacidades.

El artículo 32.1 de la Recomendación 99 refiere que hay personas que no están “*capacitados para competir en el mercado normal de empleo*”, determinando para ellas la creación de “*talleres protegidos*”. Concreta que en dichos talleres debería proporcionarse, “*no sólo trabajo útil y remunerado*”, sino que además deberían aplicarse las mismas disposiciones que se apliquen a los trabajadores en general sobre salarios y condiciones de trabajo.

Finalmente añade la Resolución que los talleres aún vigilados médica y profesionalmente, deben dar “*oportunidades de adaptación al empleo y de ascenso y siempre que sea posible, de traslado a un empleo normal*” (art. 33).

En 1983 se aprobó la Recomendación 168³⁰⁵, sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), continua la línea del Convenio 159, que coincide con la Recomendación 99 en plantear la adopción de las medidas necesarias para crear o desarrollar servicios especializados de orientación profesional destinados a las personas con discapacidad que necesiten ayuda para elegir o cambiar de profesión³⁰⁶. Además pretende la colaboración entre empleadores y trabajadores con discapacidad mediante la creación de normativa destinada a las personas “*inválidas*” que necesiten ayudas para elegir o cambiar de profesión³⁰⁷, fomentando la creación de: a) puestos de reserva de empleo, b) la elaboración de estímulos para la creación de empleo y c) ayudas para la promoción de empleo.

Esta Recomendación al igual que la anterior, entiende que el “*trabajo protegido*” es una oportunidad para aquellas personas que no tengan las capacidades suficientes para competir en el “*mercado regular del empleo*”. Para ello propone crear talleres protegidos y de producción, que a la vez que proporcionen trabajo útil y remunerado concedan oportunidades de adaptación al empleo, de ascenso y también posibilidades de traslado a un “*empleo regular*”.

³⁰⁵ Recomendación 168 OIT, sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), de 20 de junio de 1983 <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R168> Consultado el 24 diciembre de 2008.

³⁰⁶ TUSET DEL PINO, PEDRO. *La contratación de trabajadores minusválidos*. Elcano, Navarra. 2000. Aranzadi Editorial, pág. 56.

³⁰⁷ GARCIA QUIÑONES, J.C., “El concepto jurídico laboral...” *op. cit.* Pág. 38.

Es necesario destacar que dicha obligación de mantener el empleo protegido como subsidiario del ordinario recogida ya en el año 1955 por la OIT y reafirmada por el mismo organismo en la recomendación del año 1983, estaba vigente en la legislación española por la LISMI, que en su art. 37 afirmaba “*Será finalidad primordial de la política de empleo de trabajadores minusválidos su integración en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto, su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo protegido*”. Como se verá la administración española, por la vía del hecho, potenció el empleo protegido por encima del ordinario y mientras eliminaba el requisito de tener necesidades especiales para acceder a los CEE la LGPDIS, ha suprimido la primacía de un empleo sobre otro³⁰⁸.

La recomendación de la OIT del año 1983, propuso que serían convenientes incentivos económicos a los empleadores del “*mercado regular de empleo*”, para que promoviesen “*empleo protegido*” y estimaba que se debería promover que “*los diversos tipos de empleo protegidos*” deberían crearse o mantenerse dentro de las empresas y que estas deberían tener servicios de readaptación profesional.

También promueve, la Recomendación del año 1983, ayuda gubernamental e incentivos para facilitar la transición al mercado regular para aquellas personas que trabajen en los empleos protegidos³⁰⁹. En España estos incentivos fueron previstos, por primera vez, veinte años más tarde en el art. 12 del RD 290/2004, y únicamente para las transiciones desde los enclaves laborales, estando enfocados hacia las empresas colaboradoras de estos³¹⁰.

1.4.- Normativa Europea.

1.4.1.- El Consejo de Europa.

Creado el 5 de mayo de 1949 tiene como fin “*lograr una unión más estrecha entre sus miembros*”³¹¹ y favorecer en Europa un espacio democrático y jurídico común organizado fundamentalmente alrededor del Convenio Europeo de los Derechos

³⁰⁸ Véase en este Capítulo el punto 2.2.2.5.- Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

³⁰⁹ Recomendación 168 OIT. Art. 11.m) y 41.

³¹⁰ Este tema se tratará con extensión el Capítulo V punto 5.5.- Incentivos a la transición.

³¹¹ Art. 1 Estatuto Consejo de Europa. Instrumento de 22 noviembre 1977 de adhesión al Estatuto del Consejo de Europa de 5 de mayo de 1949. BOE núm. 51, de 1 de marzo 1978.

Humanos³¹². Lo forman un total de 47 Estados, todos los de Europa menos Bielorrusia y Kazajistán (por no cumplir los mínimos democráticos exigidos).

1.4.1.1.- Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Fue firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España el 26 de septiembre de 1979³¹³.

Es una declaración que pretende asegurar el reconocimiento y la aplicación de los derechos humanos universales de forma efectiva. No cita directamente los derechos de las personas con discapacidad, ni siquiera el derecho al trabajo, ni tan siquiera el derecho del trabajo en general, excepto el reconocimiento del derecho a fundar sindicatos o de afiliarse a los mismos, pero asegura el derecho al respeto a la vida privada y establece la prohibición de discriminación en base a cualquier tipo de situación. En base a dichos derechos podemos fundamentar los derechos al trabajo y la igualdad de oportunidades que se expresan en las demás declaraciones y convenios específicos.

1.4.1.2.- Carta Social Europea.

La primera Carta Social Europea, también llamada Carta de Turín, firmada el 18 de octubre de 1961 entró en vigor el 26 de febrero de 1965 y fue ratificada por España el 29 de abril de 1980³¹⁴.

Fue refrendada por 27 Estados miembros del Consejo de Europa y sólo 16 de ellos siguen vinculados a este instrumento internacional puesto que los otros 11 Estados miembros que la firmaron han ratificado la Carta Social Europea revisada de 1996, que sustituye su aplicación.

La Carta Social Europea fue elaborada de manera independiente a la Convención Europea de Derechos Humanos, siendo un complemento de esta para garantizar la protección internacional de los derechos económicos y sociales dentro del Consejo de Europa. Fue el primer tratado internacional sobre protección y desarrollo de los derechos

³¹² http://www.coe.int/t/es/com/about_coe/ Consultado el 22 abril 2009.

³¹³ BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979. Revisado de conformidad con el Protocolo N° 11, convirtiéndose en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1998.

³¹⁴ Carta Social Europea. Firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, entra en vigor el 26 de febrero de 1965. Ratificada por España por instrumento de 29 de abril de 1980. BOE núm. 153, de 26 de junio 1980.

sociales que vinculaba a los Estados que lo ratificaban³¹⁵. Es una de las normas que representan dentro del sistema regional Europeo la evolución³¹⁶ del modelo médico de la discapacidad al actual modelo social³¹⁷.

En la Carta, los Estados firmantes reconocen como objetivos de su política el establecimiento de los medios para que todas las personas tengan la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido, además de fijar que todos los trabajadores tienen derecho a unas condiciones de trabajo equitativas³¹⁸. En el ámbito específico de la discapacidad, establece como uno de los objetivos, el derecho “*a la formación profesional y a la readaptación profesional social*”³¹⁹ de todas las personas con discapacidad, cualquiera que sea el origen o naturaleza de esta.

Con la finalidad de garantizar los derechos mencionados en el párrafo anterior para las personas con discapacidad, la Carta de Turín insta a los firmantes se comprometen a adoptar las medidas apropiadas que faciliten los medios para la formación profesional y el empleo, a través de servicios especiales de colocación, posibilidades de empleo protegido y medidas destinadas a alentar a los empleadores a su contratación (art. 15), por ello se entiende que la Carta Social Europea establece importantes obligaciones prestacionales en materia de protección al empleo³²⁰.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa en su 562ª sesión de Delegados celebrada en abril de 1996 procedió a revisar la Carta Social Europea del año 1961 con el fin de adaptarla y actualizarla. La nueva Carta Social Europea se denomina también Carta de Estrasburgo y realiza una nueva redacción del art. 15.2 estableciendo que se debe impulsar el fomento del empleo en empresas ordinarias para las personas con discapacidad, añadiendo que cuando no fuera posible el empleo ordinario a causa del origen de la discapacidad se deberán crear empleos protegidos, atendiendo al grado de discapacidad de cada una de las personas.

³¹⁵ En este sentido y de forma extensa CANESSA MONTEJO, M. F., *La protección internacional de los derechos humanos laborales...* op. cit. Págs. 138 a 141.

³¹⁶ Véase Capítulo I el punto 4.2.2- Evolución del concepto de discapacidad a partir de la LISMI.

³¹⁷ En este sentido, CABRA DE LUNA, M.A. y GAZTELU SAN PIO, C., *Derecho Internacional y Comunitario. La protección jurídica...* op. cit. Págs. 28 y 29.

³¹⁸ Puntos 1 y 2, Parte I de la Carta Social Europea.

³¹⁹ Punto 15, Parte I de la Carta Social Europea.

³²⁰ ESTEBAN LEGARRETA. R. Derecho al trabajo de las personas con discapacidad. op. cit. Pág.

Adoptada el 3 de mayo de 1996³²¹, la modificación establecida en el art. 15.2 referida al impulso del empleo protegido, no es válida en España hasta que no ratifiquemos la Carta de Estrasburgo, excepto en la Comunidad Valenciana, donde sí es de aplicación, puesto que tras la firma de la modificación del Estatuto de Autonomía³²², los poderes públicos valencianos están vinculados por la Carta de Estrasburgo.

1.4.2.- La Unión Europea.

A nivel comunitario el tratamiento del concepto de la discapacidad y, en general, del régimen jurídico aplicable a las personas con discapacidad, ha evolucionado desde la consideración como anomalía social hasta la creación de una noción del derecho a la igualdad de oportunidades³²³.

Durante la década de los años ochenta, aunque la importancia que se da a las cuestiones referidas al empleo de las personas con discapacidad es bastante marginal³²⁴, se empieza a cambiar el enfoque del asistencial, por otro más promocional, procurando la salvaguarda del derecho de la persona discapacitada a la igualdad de oportunidades³²⁵, siendo la orientación actual de la política comunitaria, la integración de las personas con discapacidad en la vida ordinaria, por ello se ha abandonado, en parte, la promoción del empleo protegido³²⁶.

El tratamiento de la discapacidad dentro de la Unión Europea continua siendo una cuestión nacional, es decir, competencia de los Estados miembros, pero a partir del

³²¹ España firmó la Carta Social de Derechos revisada el 23 de octubre de 2000, pero no ha ratificado la Carta Social Europea de 1996, como tampoco lo ha hecho con el Protocolo de 1995 sobre Reclamaciones Colectivas. A ese respecto, son muy interesantes las reflexiones de JIMENA QUESADA, L., *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (Sistema de reclamaciones colectivas Vol. I: 1998-2005)*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007. En las que en su Capítulo segundo desgrana la falta de voluntad política de los gobiernos que han podido ratificarlo y el reto que supondría su ratificación como avance en los derechos sociales.

³²² La Ley Orgánica 1/2006, en su art. 11 modifica el anterior Art. 8 del Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana. BOE 86/2006 de 11 de abril.

³²³ En este sentido, GARCIA QUIÑONES, J. C., “El concepto jurídico laboral...” *op. cit.* Pág. 39 y GARRIDO PÉREZ, E., “El tratamiento Comunitario de la discapacidad...” *op. cit.* Pág. 169.

³²⁴ En este sentido, GARCÍA QUIÑONES, J. C., “El concepto jurídico laboral...” *op. cit.* Pág. 41 y GARRIDO PÉREZ, E., “El tratamiento Comunitario de la discapacidad: desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades”. *Temas laborales*. Núm. 59. 2001.

³²⁵ “*Todos los cambios conceptuales sobre el tratamiento de las discapacidades fueron bien visibles en la Declaración de Madrid, aprobado en el Congreso Europeo de las Personas con Discapacidad, celebrado en Madrid en marzo de 2002 y que puede sintetizarse en la consigna: No discriminación + acción positiva = integración social.*” CABRA DE LUNA, M. A., “Discapacidad y empleo” *op. cit.* Pág. 609.

³²⁶ GARRIDO PÉREZ, E. “El tratamiento Comunitario de la discapacidad...” *op. cit.*

Tratado de Ámsterdam³²⁷ la lucha contra todo tipo de discriminación, incluida la discriminación debida a la discapacidad, está compartida con los Estados miembros³²⁸ por medio de directivas que armonizan las legislaciones.

1.4.2.1.- Derecho Originario.

1.4.2.1.1.- Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

En mayo de 1950, la Declaración de Schumann propuso la creación de una Comunidad Europea del Carbón y del Acero que se constituyó con el Tratado de París de 1951. Esto marcaba la apertura de un mercado común de estas materias primas entre los seis países fundadores (Bélgica, la República Federal de Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos). Estos países decidieron con el Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957, construir una Comunidad Económica Europea, la CEE, basada en un mercado común que abarcara toda una gama de bienes y servicios.

España se adhirió a ella en la modificación y ampliación de esta por medio del Tratado de Adhesión de España y Portugal, formando la Europa de los doce, ratificado el 1 de enero de 1986³²⁹, por ello está obligada, conforme al art. 93 del Tratado de la Comunidad Europea, a incorporar a su derecho nacional las directivas y reglamentaciones que en materia social forman parte del denominado acervo comunitario³³⁰.

³²⁷ Es una revisión del Tratado de la Comunidad Europea. Véase más abajo punto 1.4.2.1.3.- Tratado de Ámsterdam.

³²⁸ En este sentido, ALONSO SOTO, F. “Tratamiento de la discapacidad en la Unión Europea”. En AA.VV. (Dir. DE LORENZO GARCIA. R. y PEREZ BUENO, L.C.), *Tratado sobre Discapacidad*. Aranzadi. Pamplona. 2007. Pág. 399.

³²⁹ Tratado de 25 marzo 1957, constitutivo de la Comunidad Económica Europea. BOE núm. 1, de 1 enero 1986.

³³⁰ Podemos encontrar la definición de acervo comunitario en la página web de la Comunidad Europea, http://europa.eu/scadplus/glossary/community_acquis_es.htm Consultado el 30 de julio de 2009.

“El Acervo comunitario comprende la base común de derechos y obligaciones que vincula al conjunto de los Estados miembros de la Unión Europea, está en evolución constante y engloba:

el contenido, los principios y los objetivos políticos de los Tratados;

la legislación adoptada en aplicación de los Tratados y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia;

las declaraciones y resoluciones adoptadas en el marco de la Unión;

los actos en materia de Política Exterior y de Seguridad Común;

los actos acordados en materia de Justicia y Asuntos de Interior;

los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad y los celebrados por los Estados miembros entre sí en el ámbito de las actividades de la Unión”.

1.4.2.1.2.- Tratado de Maastricht.

En el Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992³³¹, también conocido como Tratado de Maastricht, se firmó un Protocolo sobre Política Social por todos los Estados, con excepción de Reino Unido, en el que se fijaban como objetivos de la Comunidad y de los Estados miembros “*el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo*” “*y la lucha contra las exclusiones*”.

Para la consecución de dichos objetivos se estableció que la Comunidad apoyaría y completaría la acción de los Estados miembros en materia de “*igualdad de oportunidades en el mercado laboral*” y de “*integración de las personas excluidas del mercado laboral*”. Referidas al empleo y por lo tanto aplicables al empleo de las personas con discapacidad, la acción de la UE se dirigirá a “*mejorar la formación profesional inicial y permanente, para facilitar la inserción y la reinserción profesional en el mercado laboral*”.

1.4.2.1.3.- Tratado de Ámsterdam.

El Tratado de Ámsterdam³³² revisó el Tratado de la Comunidad Europea se firmó el 2 de octubre de 1997³³³ y entrando en vigor el 1 de mayo de 1999. La función inicial de este texto era la ampliación de las competencias de la Comunidad en materias tradicionalmente reservadas a la soberanía nacional, pero se consiguió introducir la reivindicación de los colectivos que representan a las personas con discapacidad³³⁴ realizando una variación en el antiguo art. 6.A, que pasará a ser el art. 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. En él se estableció que el Consejo “*podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación*” por motivos de discapacidad, permitiendo hacer más visibles a los ciudadanos con discapacidad³³⁵ y las posibles discriminaciones que sufran.

³³¹ Instrumento de ratificación Ley Orgánica 10/1992, de 28 de diciembre. BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 1992.

³³² DOC 10 noviembre 1997, núm. 340/1997.

³³³ Tratado de Ámsterdam de 2 octubre 1997. BOE núm. 109, de 7 de mayo 1999; rect. BOE núm. 188, de 7 de agosto de 1999.

³³⁴ En este sentido, CABRA DE LUNA, M. A. y GAZTELU SAN PIO, C., “Derecho Internacional y Comunitario...” *op. cit.* Pág. 39, también VILLARINO VILLARINO, P., “Las organizaciones representativas de las personas con discapacidad a nivel internacional: el Foro Europeo de Discapacidad y las organizaciones representativas a nivel mundial”. En AA.VV. (Dir. DE LORENZO GARCIA. R, PEREZ BUENO, L.C.), *Tratado sobre Discapacidad*. Aranzadi. Pamplona. 2007. Pág. 254.

³³⁵ VILLARINO VILLARINO, P., “Las organizaciones representativas...” *op. cit.* Pág. 255.

El tratado de Ámsterdam es considerado como el tratado social³³⁶ frente al economicista de Maastricht, porque, entre otras razones, incorpora íntegro el Protocolo Social de Maastricht, que explícitamente incluye dentro de sus objetivos la “*lucha contra las exclusiones*”, en su art. 136 (antiguo 117), la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en la “*integración de las personas excluidas del mercado laboral*”, art. 137 (antiguo 118) y sus acciones se encaminarán a “*facilitar la inserción y reinserción profesional en el mercado laboral*” art. 150 (antiguo 127).

El titulado como gran Tratado Social, que incorpora íntegro el Protocolo Social de Maastricht, supone un punto de inflexión entre los modelos médicos y sociales de la discapacidad³³⁷ dentro de la Unión Europea, introduciendo un título sobre el empleo y definiendo como objetivo a conseguir la no discriminación, siendo dichas disposiciones altamente positivas. No obstante, hay que reconocer que no aborda con la misma intensidad la discriminación por razón de nacionalidad que la realizada por discapacidad, primando la primera sobre la segunda y englobando esta segunda junto con las motivadas por razón de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, y edad u condición sexual.

1.4.2.1.4.- Constitución Europea.

El 29 de octubre de 2004 se firmó en Roma el Texto del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Este debía ser ratificado por parte de todos los Estados miembros, adhiriéndose España mediante referéndum en el año 2005, pero el rechazo al Tratado constitucional que realizaron Francia y Holanda provocó se modificara por medio del Tratado de Lisboa. Este último fue firmado por los representantes de todos los Estados miembros de la UE en Lisboa el 13 de diciembre de 2007³³⁸ y entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, por medio de este tratado la UE tiene personalidad jurídica propia para firmar acuerdos internacionales a nivel comunitario

El Tratado Constitucional en su parte segunda, reservada, a los Derechos Fundamentales, contempla la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales aprobada en Niza en el año 2000 y explicita el principio de no discriminación y de aplicación de medidas de acción positiva. Si su art. 124 recoge la prohibición de discriminación ya recogida en el artículo 7 del tratado de Ámsterdam, es de señalar el art.

³³⁶ En este sentido, ALONSO SOTO, F., “Tratamiento de la discapacidad...” *op. cit.* pág. 329.

³³⁷ En este sentido, CORDERO GORDILLO, V., “Evolución y perspectivas de futuro ...” *op. cit.*

³³⁸ Diario oficial de la Unión Europea C 306/1 de 17 de diciembre de 2007.

86 que reconoce el derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas para la integración laboral.

La Constitución Europea firmada en Roma, respecto a las personas con discapacidad y sus derechos laborales, realizaba un refundido de normas que ya estaban en vigor por otros tratados y legislaciones vinculantes, esta situación aunque pobre fue considerada positiva puesto que reforzaba los derechos existentes³³⁹. Pero el Tratado de Lisboa no hace mención a la discapacidad, únicamente proclama valores fundamentales como la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad y el respeto de los derechos humanos, que son aplicables pero no refuerza ninguno de forma especial para el colectivo de personas con discapacidad.

1.4.2.2.- Derecho Derivado.

1.4.2.2.1.- Instrumentos vinculantes.

La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores³⁴⁰ fue adoptada por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Comunidad Europea reunidos en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, y tenía por objeto “*consagrar los progresos realizados en el ámbito social, por la acción de los Estados miembros, de los interlocutores sociales y de la Comunidad*”.

En su art. 26 realiza un reconocimiento explícito a los derechos de las personas con discapacidad poniendo una especial atención en la integración social y profesional de estas, resaltando la importancia del estudio de las capacidades de las personas para mejorar su formación profesional, ergonomía, accesibilidad y transporte, con el fin de mejorar su integración³⁴¹.

Aunque en un principio “*no se trata(ba) de una norma jurídica comunitaria, sino de una nueva proclamación política solemne*”³⁴², por medio de su inclusión en el Tratado de la Unión Europea, en su art. 6, pasó a tener valor de tratado y por lo tanto a ser vinculante desde el día 1 de diciembre de 2009.

³³⁹ En opinión de ALONSO SOTO, F., “*Es cierto que la Constitución no es perfecta. También se puede afirmar que no existen avances importantes. Pero tampoco hay retrocesos en ningún campo y se consolida el nivel de derechos existentes*”, en “Tratamiento de la discapacidad...” *op. cit.* Pág. 403.

³⁴⁰ <http://www.incipe.org/ensayo3b.htm> Consultado el 22 de abril de 2009.

³⁴¹ ESTEBAN LEGARRETA. R., Derecho al trabajo de las personas con discapacidad. *op. cit.* Pág. 13.

³⁴² En este sentido, ALONSO SOTO, F., “Tratamiento de la discapacidad...” *op. cit.* Pág. 327.

El Tratado de Ámsterdam otorgó al Consejo potestad para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por discapacidad y en base a ello en 1999 la Comisión propuso un paquete de medidas integral³⁴³ contra la discriminación, que supuso un programa de acción, adoptado el 27 de noviembre de 2000, con la Directiva 2000/78/CE relativa a la prohibición de cualquier tipo de discriminación en el empleo y la ocupación³⁴⁴. La directiva introdujo un componente de obligatoriedad sobre las actuaciones de los Estados miembros reforzando las acciones a favor de la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo de las personas con discapacidad y prohibiendo la discriminación en el empleo y la ocupación³⁴⁵.

La Directiva 2000/78/CE que fue transpuesta al derecho español a través de la Ley 51/2003 y de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Prohíbe cualquier tipo de discriminación directa o indirecta por discapacidad (art. 1) y determina en su art. 5³⁴⁶ que el hecho de no realizar ajustes razonables para permitir acceder al empleo a las personas con discapacidad puede constituir discriminación. Estos ajustes incluyen medidas para adaptar el lugar de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad adaptando para estas personas los equipos, los locales o la jornada laboral, etc., a fin de facilitar su acceso al empleo, pero la obligación de realizar los ajustes no es ilimitada, sino que está condicionada a que estos no constituyan una carga excesiva para el empresario³⁴⁷.

1.4.2.2.2.- Instrumentos no vinculantes.

El 27 de junio de 1974 se dictó la Resolución del Consejo de Europa, relativa al establecimiento del programa de acción comunitaria para la readaptación profesional de los minusválidos³⁴⁸ que establecía que la finalidad general de las iniciativas comunitarias relativas a personas con discapacidad debía ser: ayudarles a que pudiesen llevar una vida normal independiente y plenamente integrada en la sociedad, así como la mejora de las

³⁴³ El 26 de noviembre de 1999 (COM(99)564 y 567).

³⁴⁴ DOL 303 de 2.12.2000, p. 16.

³⁴⁵ VILLARINO VILLARINO. P., “Las organizaciones representativas...” *op. cit.* Pág. 256.

³⁴⁶ Art. 5 *Ajustes razonables para las personas con discapacidad.*

A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.

³⁴⁷ CORDERO GORDILLO, V., “Evolución y perspectivas de futuro...” *op. cit.*

³⁴⁸ DOC 80, de 9 de julio de 1974.

posibilidades de readaptación profesional, constituyendo el precedente más importante de la política comunitaria en materia de discapacidad³⁴⁹.

Esta Resolución en primer lugar, realiza una definición en la que estima que minusvalía es “*La limitación de las capacidades físicas o mentales, congénita o adquirida, que repercute en las actividades corrientes y en el trabajo de una persona, reduciendo su contribución a la vida social, su empleo profesional, y su capacidad de utilizar los servicios públicos*”. En segundo lugar, define readaptación como “*El conjunto de medidas dirigidas a establecer y a mantener relaciones lo más satisfactorias posibles entre una persona y su entorno tras la aparición de una minusvalía, de una lesión o de una enfermedad generadoras de una minusvalía*” entendiéndose por lo tanto que la discapacidad comprende tanto la parte médica, la profesional y la social.

Por medio de esta Resolución, la Comunidad Europea empieza a tomar conciencia de la existencia de una realidad que es la discapacidad. Desarrolla un programa que implicaba que los Estados miembros mediante acciones temporales, y a largo plazo, debían favorecer la creación y el mantenimiento de relaciones de trabajo o actividades profesionales independientes para las personas con discapacidad. En estos programas deberían darse las mismas condiciones o similares a las que tuviesen los demás trabajadores para intentar garantizar a las personas con discapacidad un paso gradual desde la orientación profesional, a la formación profesional, y desde esta al puesto de trabajo.

En la Recomendación del Consejo de 24 de julio de 1986, relativa al empleo de los minusválidos en la Comunidad³⁵⁰ se acordó invitar a los países comunitarios a elaborar un código de buen proceder, para promocionar la igualdad de oportunidades, recomendando a los Estados miembros a que adoptaran todas las medidas convenientes para garantizar un trato equitativo para las personas con discapacidad en materia de empleo y de formación profesional.

La Recomendación de 1986 entiende³⁵¹ que los Estados miembros deberían revisar la situación del empleo protegido, y que se deberían definir planes de futuro con el fin de mejorar los talleres o centros de menos éxito, e introducir nuevos modos de

³⁴⁹ CORDERO GORDILLO, V., “Evolución y perspectivas de futuro...”. *op. cit.*

³⁵⁰ Recomendación 1986/379/CEE. DOL 225, de 12 de agosto de 1986. Pág. 43.

³⁵¹ En el punto segundo del Anexo de la Recomendación.

actividad y aumentar las posibilidades de formación en los talleres. La comisión estima que se debería desarrollar un periodo de transición entre las etapas de educación o paro y la entrada en el mercado general del trabajo, así como realiza un llamamiento “*hacia la entrada en las plantillas de trabajadores sin discapacidad (empresas mixtas) o con reivindicación de itinerarios de transición hacia el mercado ordinario de trabajo*”³⁵²

La Resolución del Consejo de 20 de diciembre de 1996, relativa a la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalías³⁵³, incide en la tendencia a la transversalidad³⁵⁴ del Tratado de Ámsterdam aconsejando a los Estados miembros, a incorporar la perspectiva de la discapacidad en todos los sectores de formulación de políticas.

Dicha Resolución, reconoce que incumbe fundamentalmente a los Estados miembros la responsabilidad en el ámbito de la formación y el empleo, además realiza un llamamiento para que estos analicen si sus políticas nacionales tienen en cuenta la capacitación de las personas con discapacidad, para su participación en la sociedad. Es de destacar que insta a tomar en cuenta la participación social a las personas seriamente discapacitadas para que los Estados analicen si incorporan la perspectiva de discapacidad en todos los sectores pertinentes, así como aconseja observar si permiten mediante la supresión de obstáculos la plena participación en la sociedad de las personas con discapacidad.

Además de ello la Resolución de 1996 invita a la Comisión a que tome en consideración, cuando proceda, el fomento de la cooperación entre los Estados miembros para que se produzca un intercambio de la información y experiencia de políticas innovadoras. También invita a la comisión a presentar informes periódicos al Parlamento Europeo elaborados a partir de la información suministrada por los Estados miembros en los que se describan los progresos realizados y los obstáculos surgidos en la aplicación de dicha Resolución

³⁵² ESTEBAN LEGARRETA. R., PÉREZ AMORÓS, F., “Estudio introductorio” *op. cit.* Pág. 37.

³⁵³ Resolución del Consejo de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo de 20 de diciembre de 1996 DOC núm. 12, de 13 enero 1997; rect. DOC 19 febrero 1997, núm. 49; rect. DOC núm. 321, de 22 octubre 1997.

³⁵⁴ En este sentido, GARCÍA QUIÑONES, J. C., “El concepto jurídico laboral...” *op. cit.* Pág. 44 y GARRIDO PÉREZ, E., “El tratamiento Comunitario...” *op. cit.* Pág. 176 y ss.

El Consejo, por medio de la Resolución de 17 de junio de 1999, relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con minusvalías³⁵⁵, realizó un llamamiento a los Estados para que desarrollaran, evaluaran y revisaran los programas de apoyo en el ámbito de empleo, con el fin de establecer la igualdad de oportunidades laborales tanto en el acceso, la conservación y la promoción del empleo.

Otro de los fines de la Resolución de 1999, era que los Estados miembros, en el marco de sus políticas nacionales de empleo, fomentasen de forma específica las oportunidades de empleo de las personas con discapacidad, tanto en el sector privado como en el sector público. Para el fomento de la igualdad de oportunidades laborales pone el Consejo a disposición de los Estados los Fondos Estructurales europeos y en particular el Fondo Social Europeo y estima que se debían realizar iniciativas comunitarias que promoviesen la igualdad de oportunidades, prestando especial atención a las posibilidades que ofrece la sociedad de la información a la hora de buscar nuevas oportunidades de empleo para las personas con discapacidad.

La Resolución del Consejo de 15 de julio de 2003, relativa al fomento del empleo y de la inclusión social de las personas con discapacidad³⁵⁶, se dictó dentro del año Europeo de las personas con discapacidad³⁵⁷. Promueve en especial la integración en el mercado laboral “normal”³⁵⁸, mediante acciones legales, invitando a los interlocutores sociales a fomentar acuerdos colectivos que fomenten el empleo de las personas con discapacidad

También invita a los Estados miembros a eliminar obstáculos que impidan la integración laboral y social, así como a recoger material estadístico sobre la situación de las personas con discapacidad.

1.4.2.2.3.- Otros Instrumentos.

- *Programas Helios y Horizon, 1988- 1990.*

Debido a la configuración de la Unión Europea, la normativa que de ella emana conduce a la concesión de subvenciones para el cumplimiento de las directrices marcadas. Las acciones que realiza la unión se canalizan primordialmente por el Fondo Social

³⁵⁵ DOC núm. 186, de 2 julio 1999.

³⁵⁶ DOC 24 julio 2003, núm. 175.

³⁵⁷ Véase en este Capítulo punto 1.4.2.2.3.- Otros Instrumentos.

³⁵⁸ En mi opinión, no se debe denominar el trabajo no protegido como “normal”, puesto que si la denominación de las discapacidades puede ser peyorativa para las personas, la denominación de los trabajos también puede afectar a las personas que lo desarrollan.

Europeo, que tiene por misión mejorar las condiciones de empleo de los trabajadores y se proyectan en los campos de formación y orientación profesional. En el tema que aquí se estudia el Fondo Social Europeo ha prestado ayudas destinadas a la integración social y laboral de la población con discapacidad, que se han canalizado primordialmente, a través de las acciones emprendidas promoviendo la contratación y el apoyo salarial e integración socio profesional por medio de los programas Helios y Horizon.

Algunos autores³⁵⁹ entienden que la aprobación de los programas Helios y Horizon dentro de la Unión Europea, forman parte fundamental de una “tercera etapa”³⁶⁰ encuadrada dentro de la década de los noventa. Estos programas son considerados como “derecho anterior al artículo 13 del Tratado” de Ámsterdam que establece la competencia de la CE para “adoptar las acciones adecuadas” en la lucha contra la discriminación, o “como normativa derivada, anterior a la existencia de una base legal en el Tratado”³⁶¹. Fueron realizados en base a actos comunitarios no vinculantes y decisiones del Consejo que permitieron la creación de los programas.

Los programas Helios aprobados por Resolución del Consejo de 18 de abril de 1988³⁶² y por Decisión del 18 de diciembre de 1989³⁶³, fomentaban la formación y rehabilitación profesional, así como la integración económica, social y la vida autónoma de las personas con discapacidad.

En 1990, la Comisión aprobó un nuevo programa, denominado Horizon, que buscaba promover la formación profesional y además que las personas con discapacidad se aprovecharan de los avances tecnológicos para conseguir un menor sacrificio en su ejecución de trabajos. En el año 1993 se aprobó el programa Helios II, posteriormente, en 1994, se ratificó el programa “Employment-Horizon”, ambos referentes al tratamiento de la discapacidad. En ellos se realiza un tratamiento personalizado de la misma y se potencia la formación y empleo de las personas con discapacidad.

- Consejo Europeo extraordinario sobre el Empleo de Luxemburgo, 1997.

³⁵⁹ GARCÍA QUIÑONES, J.C., “El concepto jurídico laboral...” *op. cit.* Pág. 41.

³⁶⁰ La primera desarrollada entre los años 60 y 70, consistiría en la elaboración de una política común sobre formación profesional para lograr una reintegración profesional de las personas con discapacidad. La segunda etapa se desarrollaría a lo largo de los años 80 promueve la igualdad de oportunidades e intenta sustituir el nivel meramente asistencial por la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

³⁶¹ En este sentido, ALONSO SOTO, F., “Tratamiento de la discapacidad...” *op. cit.* pág. 333.

³⁶² Decisión 1988/231/CEE, de 18 abril. Adopta un segundo programa de acción de la Comunidad en favor de los minusválidos (HELIOS) DOL 23 abril 1988, núm. 104.

³⁶³ Decisión 1989/658/CEE, de 18 diciembre DOL 30 diciembre 1989, núm. 393.

La Cumbre Extraordinaria de Empleo, celebrada en Luxemburgo en el año 1997, buscó impulsar las disposiciones relativas a la coordinación de las políticas de empleo establecidas en el Tratado de Ámsterdam. Dentro de su Parte II en la que se establecen las Directrices para 1998³⁶⁴, establece que para reforzar la política de igualdad de oportunidades, los Estados miembros *prestarán especial atención a la situación de las mujeres y de los hombres que desean reincorporarse a la vida activa remunerada*, y con el fin de favorecer la inserción de las personas con discapacidad, los Estados miembros prestarán *“especial atención a las dificultades que puedan experimentar las personas minusválidas para incorporarse a la vida activa”*.

Las directrices de dicha cumbre se basan en cuatro pilares, refuerzo de la política de igualdad de oportunidades en el mercado laboral, mejora de la capacidad de inserción profesional, desarrollo del espíritu empresarial en la inserción y fomento de la capacidad de adaptación de trabajadores y empresas³⁶⁵.

- *Declaración de Madrid. Año Europeo de las personas con discapacidad, 2003.*

La Declaración de Madrid³⁶⁶ titulada como *“no discriminación más acción positiva es igual a inclusión social”* es la referencia obligada del Año Europeo de las personas con discapacidad, siendo un instrumento político que realizó propuestas legislativas, políticas y administrativas.

Posteriormente a esta Declaración, en el año 2003, declarado año Europeo de la discapacidad, se realizaron diversas declaraciones y comunicaciones, así como la Resolución de 15 de julio.

El 30 de octubre de 2003, se acuerdo la firma de la Comunicación 650 de Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad que desarrolla un plan de acción Europeo³⁶⁷ que potencia la integración de las personas con discapacidad física, dejando a las personas con discapacidad psíquica en un segundo plano, por lo que entiende que hay que enfocarse hacía ese sector de la población, en base a esta comunicación, los Estados miembros deberían estudiar su potencial de empleo.

³⁶⁴ Resolución del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, sobre las directrices para el empleo en 1998 (DOC 30.1.1998 nº 30).

³⁶⁵ En este sentido CORDERO GORDILLO, V., “Evolución y perspectivas de futuro...” *op. cit.*

³⁶⁶ <http://www2.uca.es/huesped/down/declarmadrid.pdf> Consultado el 2 de agosto de 2009.

³⁶⁷ Comunicación COM (2003) 650.

La Comisión reconoce que hay, y habrá siempre, personas con discapacidad con necesidades especiales, y entiende que hay que responder a estas necesidades, incluso, mediante políticas de mercado de trabajo específicas, por ello, dentro del marco de la política comunitaria de la competencia, se autoriza a los Estados miembros a conceder ayudas para la creación de puestos de trabajo, y financiación de costes salariales, así como ayudas para compensar la menor productividad de los trabajadores discapacitados³⁶⁸.

En las conclusiones del año europeo de la Discapacidad, presentadas por la Presidencia italiana del Consejo, se invita a los Estados miembros a integrar la discapacidad en sus políticas y a tenerlas en cuenta en la aplicación de sus planes³⁶⁹.

- *Comunicación de propuesta de informe sobre protección social e inclusión social 2007.*

El 19 de enero de 2007 se realizó la Comunicación de propuesta de informe sobre protección social e inclusión social³⁷⁰. En ella, la Comisión advierte que las personas con discapacidad figuran entre las categorías prioritarias designadas por el Consejo Europeo para una mayor participación en el mercado laboral y entiende que algunos Estados facilitan el acceso al empleo de las personas con discapacidades físicas, pero prestan menos atención a las enfermedades mentales y a la discapacidad intelectual.

Respecto del trabajo protegido, la Comisión entiende que el empleo con apoyo proporciona asistencia personal, así como adaptaciones del lugar de trabajo, teniendo en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad en el mundo del empleo competitivo. Pero entiende también que aún no ha alcanzado su pleno potencial, por lo que va a seguir facilitando el empleo con apoyo mediante la simplificación de las normas sobre ayudas estatales y una política de inclusión activa de las personas con discapacidad.

- *Estrategia europea sobre Discapacidad 2010-2020.*

El objetivo general de esta Estrategia³⁷¹ es apoyar la capacidad de las personas con discapacidad, para que puedan participar plenamente en la vida económica y social. El documento identifica medidas complementarias a actuaciones nacionales que debe

³⁶⁸ Reglamento nº 2204/2002. DOL 337 de 13 de diciembre 2002.

³⁶⁹ ALONSO SOTO. F. "Tratamiento de la discapacidad..." *op. cit.* Pág. 357.

³⁷⁰ COM(2007) 13 final.

³⁷¹ Comunicación COM (2010) 636 Final.

prestar exponiendo que se debe prestar el apoyo necesario para la financiación, la investigación, la sensibilización, la recopilación de datos y la elaboración de estadísticas.

La Estrategia se centra en la supresión de barreras. La Comisión ha identificado ocho ámbitos primordiales de actuación: accesibilidad, participación, igualdad, empleo, educación y formación, protección social, sanidad y acción exterior.

Determina que los empleos de calidad aseguran una independencia económica, fomentan los logros personales y ofrecen la mejor protección frente a la pobreza. El documento destaca que se debe posibilitar las actividades laborales en el mercado de trabajo “abierto”, y destaca que hay que luchar para evitar que las personas con discapacidad “caigan en la trampa o entren en la cultura de las prestaciones por discapacidad que les disuaden de entrar en el mercado laboral”.

- Informe sobre la movilidad y la inclusión de las personas con discapacidad y la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020.

La comisión de empleo y asuntos sociales de la EU publicó el Informe sobre la movilidad y la inclusión de las personas con discapacidad y la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020³⁷², por el que se particularizan las estrategias de empleo de la UE y donde se sitúan las líneas a seguir por los Estados miembros: los ajustes razonables establecidos en la Directiva 2000/78/CE.

Es muy interesante leer que el informe subraya la excepcional importancia de emplear a personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo, entendiendo que cualquier otra forma de empleo debe ser subsidiaria e insta a la Comisión Europea y a los Gobiernos de los Estados miembros a que adopten medidas legislativas y financieras que fomenten efectivamente el empleo de las personas con discapacidad. Pero en su punto 10 recomienda desarrollar talleres protegidos, así como introducir contratos adaptados a la situación de las personas con discapacidad.

La comisión pide a los Estados Miembros que mejoren y adapten sus políticas activas de empleo de tal forma que permitan no sólo el acceso de las personas con discapacidad al mercado laboral, sino también su permanencia en él, estima que deben introducirse iniciativas adaptadas a las necesidades de los distintos tipos de discapacidad, con planes de orientación laboral.

³⁷² (2010/2272(INI)) de 6 de julio de 2011.

También en el punto 50, subraya que los talleres protegidos y los puestos de trabajo integrados, aunque no son equiparables a la participación en el mercado de trabajo general, son soluciones valiosas para acompañar y apoyar a personas con distintas discapacidades y en distintas etapas vitales, entre otros medios, a través de ajustes razonables en la transición hacia el mercado laboral general. Destacando que los Estados miembros, pueden utilizar talleres protegidos y cuotas para promocionar la transición hacia el mercado laboral general, proporcionando a las personas con discapacidad estructuras específicas y personal adecuado a sus necesidades. Establece la necesidad de apoyar a los asistentes personales, pues con ello mejorarían significativamente las oportunidades de las personas con discapacidad para introducirse en el mercado laboral

También el punto 51 señala la importancia de los programas de transición que ofrecen oportunidades laborales, empezando por talleres protegidos que conduzcan hacia el mercado laboral general, creando de esa forma un marco más flexible para transitar a otras formas de empleo.

2.- LEGISLACIÓN ESTATAL.

2.1.- Aproximación histórica al trabajo protegido en España.

2.1.1.- Consideraciones previas.

En el año 1968³⁷³, encontramos la primera norma de fomento del empleo de las personas con discapacidad³⁷⁴, y precisamente constituye el antecedente más próximo a los actuales CEE, que son los Centros de Empleo Protegido, creando por primera vez en España una figura de empleo especial que busca promover la ocupación de las personas con discapacidad en situación de desempleo.

Pasados 13 años, se crearon los actuales CEE, por medio del Real Decreto 620/1981 de Régimen Unificado de Ayudas a Minusválidos³⁷⁵, y posteriormente a estos,

³⁷³ De forma distinta opina TUSET DEL PINO, P., “El centro especial de empleo. Naturaleza y clases. Constitución y Registro. Gestión y Financiación”. En AA.VV. (Coord. ROMERO RÓDENAS, M. J.), *Trabajo y protección social del discapacitado*. Bomarzo. Albacete. 2003, que señala en un primer momento que “*la fórmula del empleo protegido (...) no se iniciará hasta el Decreto de 22 de Agosto de 1970*”, con posterioridad en la misma obra afirma que los CEP para minusválidos creados en 1968 son el “*embrión de los actuales centros especiales de empleo*”.

³⁷⁴ Entienden ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ AMORÓS, F., que los últimos años de la década de los sesenta se caracterizan por pretender impulsar el empleo de las personas con discapacidad, “*en paralelo con el entusiasmo rehabilitador del texto articulado de la Seguridad Social*” “*Estudio introductorio...*” *op. cit.* Pág. 27.

³⁷⁵ BOE núm. 82, de 6 abril de 1981.

en 1982³⁷⁶ se creó un nuevo tipo de empleador para personas con discapacidad que fueron los Centros Especiales de Iniciación Productiva, que poco después, en 1985³⁷⁷ se refundieron, junto con los Centros de Empleo Protegido, y los CEE ya existentes en un único empleador de trabajo protegido que son los actuales CEE.

2.1.2.- Los centros de empleo protegido (1968-1976).

La Orden de 15 de enero de 1968³⁷⁸ es la primera en la que se contempla una regulación específica para el trabajo de las personas con discapacidad³⁷⁹, promoviendo la primera forma de empleo protegido que existe en España, constituyendo un modelo de empresa donde debían trabajar fundamentalmente personas con discapacidad, realizando tareas productivas de forma remunerada y bajo la legislación laboral. En esencia nos encontramos ante el actual concepto de los CEE³⁸⁰, aunque con variaciones, puesto que podían ofrecer hospedaje y manutención a sus trabajadores y no estaban concebidos como medio de acceso al mercado ordinario de trabajo.

Dicha Orden de enero de 1968 estaba enmarcada dentro del VII Plan de Inversiones del Fondo Nacional de Protección al Trabajo³⁸¹, se preveían ayudas para la “*creación de centros de trabajo especializados*”, para “*facilitar la colocación de minusválidos en situación de desempleo*”. En la línea del fomento de empleo para las personas con discapacidad, se dictó la Orden de 7 de noviembre de 1968³⁸² de creación de Centros de Empleo Protegidos para trabajadores minusválidos (CEP) y a continuación, se dictó la Resolución de 18 de noviembre³⁸³ que creaba un registro de estos Centros.

³⁷⁶ Orden de 22 de enero de 1982. BOE núm. 33, de 8 febrero de 1982.

³⁷⁷ Los Centros de Empleo Protegido fueron derogados por la Orden de 12 de marzo de 1985. BOE núm. 72, de 25 marzo 1983 y los Centros Especiales de Iniciación Productiva mediante la Disposición transitoria del Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, que se aprueba el reglamento de los centros especiales de empleo. BOE núm. 294, de 9 diciembre de 1985 obliga a estos centros a convertirse en CEE.

³⁷⁸ BOE núm. 23, de 26 de enero de 1968 .

³⁷⁹ En este sentido ESTEBAN LEGARRETA. R., PÉREZ AMORÓS, F., adjetivan los CEP como “*primeras experiencias de empleo en Centros Especiales*”. “*Estudio introductorio...*” *op. cit.* Pág. 28.

³⁸⁰ En este sentido GARRIDO PÉREZ, E., *El trabajo de minusválidos en centros especiales de empleo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000. Pág. 41.

³⁸¹ Los Planes de Inversiones anuales del Fondo Nacional de Protección al Trabajo, son gestados por la Ley 45/1960, de 21 julio, de Creación de Fondos Nacionales. Estos fondos estaban destinadas “*a atender problemas específicos de paro, cuando sean consecuencia de la aplicación de planes de racionalización del trabajo o mejoramiento de instalaciones, así como a facilitar los movimientos migratorios de la población obrera*”, tal y como se disponía en su Título tercero de Protección al Trabajo, y con la creación de estos Fondos se pretendía “*disponer de un instrumento adecuado para estimular la elasticidad en el empleo de la mano de obra, en beneficio de ésta, de los empresarios y en general, de la actividad económica del país*”.

³⁸² BOE núm. 288, de 30 de noviembre de 1968.

³⁸³ Ídem anterior.

2.1.2.1.- Definición, evolución y características.

En la Orden del Ministerio de Trabajo de 7 de noviembre de 1968, que creó los primeros Centros de Empleo Protegido para trabajadores minusválidos, son definidos en su art. 2 como “*toda entidad laboral de carácter público o privado, cuya plantilla esté integrada por trabajadores minusválidos, aunque formen parte de la misma trabajadores con capacidad normal que desempeñen puestos de instructores, capataces, monitores y otros de carácter técnico o que requieran para el desarrollo de su función la plena capacidad física y mental*”.

Más tarde, la Orden de 26 de Julio de 1976³⁸⁴, de Centros de Empleo Protegido, vuelve a definir los CEP, esta vez como “todo centro de producción de bienes o servicios cuya plantilla esté integrada mayoritariamente por trabajadores minusválidos y figure inscrito en el correspondiente registro de la Dirección General de Servicios Sociales”, siendo esta definición muy parecida a la que actualmente se podría utilizar para los CEE.

La característica más importante de los CEP es que su plantilla debía “*estar integrada por trabajadores minusválidos*”³⁸⁵, aunque podían figurar minoritariamente otros trabajadores con capacidad laboral “*normal*”, tales como instructores, capataces monitores u otros de carácter técnico, necesarios para el funcionamiento del centro y para posibilitar su rentabilidad.

Es de destacar que su finalidad principal era “la producción de bienes o servicios”, “funcionando normalmente en el desarrollo de una actividad económica”³⁸⁶, determinándose específicamente que no era “su finalidad principal la formación profesional de trabajadores discapacitados”. De esta manera, mediante la determinación clara de sus funciones como actividad económica y no formativa, se diferencian totalmente de los centros protección asistencial y los sitúa como entidades laborales, no como entidades de atención social para las personas con discapacidad, sino que forman parte de un ciclo productivo.

Los CEP eran entidades laborales que podían tener carácter público o privado³⁸⁷ y también podían ser creados por empresas para dar ocupación a trabajadores con

³⁸⁴ BOE núm. 189, de 7 de agosto de 1976.

³⁸⁵ Art. 2 de la Orden de 7 de noviembre de 1968 y Art. 2 de la Orden de 26 de abril de 1973.

³⁸⁶ Art. 2 de la Orden de 26 de abril de 1973. BOE núm. 112, de 10 de mayo de 1973.

³⁸⁷ Art. 2 de la Orden de 7 de noviembre de 1968.

discapacidad³⁸⁸. El empleo que proporcionaban debía ser remunerado y cotizado³⁸⁹ y estaban “*sujetos al cumplimiento de la legislación laboral y de Seguridad Social*”³⁹⁰.

En su creación en 1968, se considera que podrá ser trabajador de los CEP “*todo trabajador en edad laboral (...), que, encontrándose en situación de desempleo, se vea además afectado por una disminución de su capacidad física superior a un 30% que le impida el acceso a puestos de trabajo en empresas de régimen de trabajo normal, precisamente a causa de tal merma de capacidad*”³⁹¹. Posteriormente, en 1970, en el art. 1 del Decreto 2531/1970³⁹² de empleo de trabajadores minusválidos, el porcentaje de disminución de capacidad física fue modificado aumentando el mínimo del 30% al 33% de minusvalía, añadiéndose también como beneficiarios de estos centros a las personas con discapacidad psíquica, que anteriormente no estaban incluidas.

La regulación de los CEP fue escasa y simplificada “*en consonancia con el escaso volumen de actividad del sector protegido*”³⁹³. En la Orden de 26 de abril de 1973³⁹⁴, se amplían las ayudas que se prestaban a estos centros para la creación de puestos de trabajo y estableciendo ayudas para la creación o ampliación de instalaciones, adquisición de maquinaria, ayuda salarial, préstamos bonificados etc. El mismo día 26 de abril, se dictó la Resolución de 26 de abril de 1973 de Registro de centros³⁹⁵, cancelando el anterior registro de centros de empleo protegido³⁹⁶ añadiendo nuevos requisitos para estar inscrito como CEP, debiendo acompañar a los requisitos ya establecidos, la necesidad de aportar los estatutos o normas particulares del centro, así como la obligación de aportar informes anuales.

A las ya existentes ayudas para la creación de puestos de trabajo y de pago de salarios, la Orden de 24 de enero de 1976³⁹⁷ añadió unas nuevas ayudas para “*adaptación ergonómica*” y para el establecimiento de “*servicios complementarios*”. En el mismo año, en virtud de la Orden de 26 de Julio de 1976³⁹⁸, se vuelve a reformar el Registro de

³⁸⁸ Art. 17.3 de la Orden de 22 agosto de 1970.

³⁸⁹ Art. 17.4 de la Orden de 22 agosto de 1970.

³⁹⁰ Art. 1.2 de la Orden 26 de Julio de 1976.

³⁹¹ Art. 1 de la Orden de 7 de noviembre de 1968.

³⁹² Decreto 2531/1970 de 22 de agosto. BOE núm. 221, de 15 de septiembre de 1970.

³⁹³ En este sentido ESTEBAN LEGARRETA. R., PÉREZ AMORÓS, F. “*Estudio introductorio...*” *op. cit.*, Pág. 28.

³⁹⁴ BOE núm. 112, de 10 de mayo de 1973.

³⁹⁵ BOE núm. 114, de 12 de mayo de 1973.

³⁹⁶ Por Resolución de 18 de noviembre de 1968, se creó el primer Registro de Centros de Empleo Protegido para minusválidos. BOE núm. 288, de 30 de noviembre de 1968.

³⁹⁷ BOE núm. 38, de 13 de febrero de 1976.

³⁹⁸ BOE núm. 189, de 7 de agosto de 1976.

CEP³⁹⁹, reafirmando que son centros laborales y no centros de formación, y obligando a los centros que recibieron ayudas para comprar inmuebles, a mantenerlos durante un mínimo de diez años.

Siguiendo dicha línea de fomento del trabajo protegido, en 1976, el XV Plan de Inversiones⁴⁰⁰, con el fin de fomentar y mantener los CEP, estableció ayudas para la creación de puestos de trabajo, la adaptación de los mismos y el pago de salarios, entre otras.

Las bonificaciones de las cuotas de la Seguridad Social es una de las notas más variables de los CEP. En su creación en 1968, no aparece ningún tipo de bonificación de la cuota empresarial, posteriormente, en el Decreto 2531/1970, establece bonificaciones en la creación de empleo, de un 60% para los dos primeros años, del 50% el tercer y cuarto año y del 30% los siguientes (art. 17.4). En 1975, en el Decreto de 12 de junio⁴⁰¹ se modificó el art. 17 y estableció que la bonificación en la cuota empresarial sería de un 75% para los trabajadores que tuviesen menos de 50 años y del 100% a partir de dicha edad (art. 17). Al año siguiente el Decreto de 7 de junio de 1976⁴⁰², vuelve a modificar, en su art. único, las ayudas y establece una bonificación del 75% para los empleados menores de 55 años y del 100% para los mayores de esa edad⁴⁰³.

El Real Decreto 620/1981⁴⁰⁴, de 5 de febrero, sobre régimen unificado de ayudas a minusválidos, estableció nuevas figuras para el fomento del empleo protegido⁴⁰⁵ y el Real Decreto 1327/1981⁴⁰⁶ de 19 de junio, de Empleo de trabajadores minusválidos derogó la normativa que regulaba los CEP.

2.1.2.2.- Diferencias y similitudes de los CEP con los CEE.

Similitudes más importantes:

³⁹⁹ Con anterioridad a 1976, tras la creación del Registro para los CEP, en 1968, la inscripción en el Registro se había modificado por medio de la Resolución 26 de abril de 1973 (BOE núm. 114, de 12 de mayo de 1973), en el que se cancelan las anteriores inscripciones, solicitando documentación notarial, memorias y estatutos de los CEP, así como otros documentos que en la creación del Registro no estaban previstas.

⁴⁰⁰ Orden de 24 de enero de 1976. Ministerio de Trabajo. Fondo Nacional de Protección al Trabajo. XV Plan de Inversiones. BOE núm. 38, de 7 de febrero de 1976.

⁴⁰¹ BOE núm. 152, de 26 de junio de 1975.

⁴⁰² BOE núm. 161, de 6 de julio de 1976.

⁴⁰³ Ver GARRIDO PÉREZ, E., *El trabajo de minusválidos ... op. cit.* Pág. 42.

⁴⁰⁴ BOE núm. 82, de 6 abril de 1981.

⁴⁰⁵ Véase punto 2.1.3.- Las empresas protegidas y los centros especiales de iniciación productiva (1981-1985)

⁴⁰⁶ BOE núm. 162, de 8 de julio de 1981.

a) Plantilla integrada por trabajadores con discapacidad:

La plantilla de los CEP debía estar integrada en su totalidad por trabajadores con certificado de minusvalía, aunque podía contratar los trabajadores necesarios sin discapacidad para el funcionamiento y la rentabilidad del centro, sin limitación en la cantidad estos⁴⁰⁷. También, como se tratará posteriormente, la LISMI establecía que *“la totalidad de la plantilla de los Centros Especiales de Empleo estará constituida por trabajadores minusválidos, sin perjuicio de las plazas en plantilla del personal no minusválido imprescindible para el desarrollo de la actividad”*⁴⁰⁸, aunque posteriormente en diciembre de 1997 se modificó dicho punto, estableciendo que debe haber el mayor número de personas con discapacidad y en todo caso un mínimo de un 70% de la plantilla⁴⁰⁹.

b) Condición laboral de sus trabajadores

Los CEP, al igual que los actuales CEE⁴¹⁰, debían contratar y por lo tanto remuneraban a los trabajadores por su trabajo, cotizando por sus salarios a la Seguridad Social, siendo aplicable tanto para los CEE como para los CEP, la legislación Laboral vigente y la de Seguridad Social.

c) Obligación de inscribirse en un registro para adquirir la condición de CEP

Pudiendo constituirse con carácter público o privado⁴¹¹, como los CEE, los CEP adquirirían tal condición cuando, además de reunir las condiciones establecidas en la citada Orden Ministerial de 7 de noviembre de 1968, se inscribían en el Registro de Centros de Empleo Protegido creado al efecto. Sólo a partir de dicha inscripción tenían derecho a ayudas establecidas, la obligación de inscripción es similar a la establecida para los CEE.

d) Ayudas

Los CEP recibían importantes ayudas por medio de subvenciones para la creación y mantenimiento de puestos de trabajo y, tras un periodo de evolución, también se

⁴⁰⁷ *“Aunque en la misma figuren otros trabajadores con capacidad laboral normal, necesarios para el funcionamiento del centro y para posibilitar su rentabilidad”* Art. 2 de la Orden Ministerial de 26 de abril de 1973.

⁴⁰⁸ Art. 42, Ley 13/1982 LISMI. BOE núm. 103, de 30 abril 1982.

⁴⁰⁹ Disposición Adicional 39.2, Ley 66/1997, de 30 diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social de 1998. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1998.

⁴¹⁰ Véase Capítulo IV, punto 3.5.- Plantilla integrada por personas con discapacidad.

⁴¹¹ Art. 2 de la Orden de 7 de noviembre de 1968.

beneficiaron de importantes bonificaciones de cuotas. Actualmente las ayudas que reciben los CEE son similares⁴¹².

Las diferencias son las siguientes:

a) Los CEE se crearon como medio de acceso al trabajo ordinario y no lo estaban los CEP, estos creaban empleo para trabajadores con discapacidad como un fin en sí mismo, no teniendo como objeto la capacitación de los trabajadores para entrar en una empresa ordinaria o para volver al trabajo del que proviniesen. Se crearon para aquellos trabajadores cuya discapacidad *“le impida el acceso a puestos de trabajo en empresas de régimen de trabajo normal, precisamente a causa de tal merma de capacidad”*⁴¹³. De forma contraria, al menos en su concepción, los CEE actuales debían ser un puente hacia el empleo ordinario y fueron creados como centros de trabajo transitorios, para promover la inserción social y laboral en la empresa ordinaria⁴¹⁴.

b) Los CEP además de trabajo podían prestar alojamiento y manutención a sus trabajadores, no estando contempladas dichas prestaciones accesorias en los CEE. Dicha característica se puede observar en las subvenciones que recibían los CEP, donde constaba que *“podrán otorgarse subvenciones a los mencionados centros cuando proporcionen a los trabajadores minusválido alojamiento, manutención o ambas prestaciones”*⁴¹⁵ y los CEE no llevan aparejada estas obligaciones.

2.1.3.- Las empresas protegidas y los centros especiales de iniciación productiva (1981-1985).

Posteriormente a la aprobación de la Constitución Española de 1978⁴¹⁶, no existe desarrollo normativo de las figuras de empleo protegido hasta el RD 620/1981⁴¹⁷ de 5 de febrero, sobre régimen unificado de ayudas a minusválidos, que crea la figura de las empresas protegidas estableciendo ayudas para la promoción socio-laboral de las

⁴¹² En la actualidad existe una dispersión normativa en el tema de ayudas a CEE debida a la descentralización, pero en casi todas las CCAA se convocan las mismas ayudas o parecidas. En concreto en la Comunidad Valenciana, para el año 2009, la Orden de 30 de diciembre de 2008 (DO Generalitat Valenciana núm. 5943, de 29 de enero de 2009) convoca ayudas para CEE, para mantenimiento de puestos de trabajo, para la creación de puestos de trabajo fijos, para unidades de apoyo y para proyectos de inserción.

⁴¹³ Art. 1. Orden 7 de noviembre de 1968.

⁴¹⁴ Véase Capítulo IV, punto 3.4.- Medio de integración al mercado ordinario de trabajo.

⁴¹⁵ Art. 3 Orden 7 de noviembre 1968.

⁴¹⁶ Constitución de 27 diciembre 1978. BOE núm. 311, de 29 diciembre de 1978.

⁴¹⁷ BOE núm. 82, de 6 abril de 1981.

personas con discapacidad en “Empresas especiales, protegidas u ocupacionales y los Centros especiales de empleo”⁴¹⁸.

En la Orden de 22 de enero de 1982⁴¹⁹, que desarrolla programas de protección al trabajo, reaparecen las ya citadas Empresas Protegidas junto con los CEE como medios de integración laboral de los minusválidos, pero es la Orden de la Presidencia del Gobierno de 5 de marzo del mismo año⁴²⁰, la que desarrollando de nuevo el RD 620/1981, de 5 de febrero, dictó las normas de inscripción en los Registros de Empresas Protegidas. Dicha Orden creó un nuevo tipo de empleador para personas con discapacidad, distinto de los creados hasta el momento que se denominará “Centro Especial de Iniciación Productiva”⁴²¹.

En el mes de enero de 1982 se desarrollaron las Empresas Protegidas, en el mes de marzo se crearon los Centros Especiales de Iniciación Productiva, y en el mes de abril del mismo año, se dictó la LISMI, que clarificó, por medio de una norma con rango de ley la confusa regulación de integración laboral.

2.1.3.1.- *Empresas Protegidas.*

El RD 620/1981 sobre régimen unificado de ayudas públicas a disminuidos definió las Empresas Protegidas como “*aquellas cuyos recursos humanos estén mayoritariamente integradas por trabajadores minusválidos*” (art. 16). Sus trabajadores, mayoritariamente, debían ser personas con discapacidad al igual que en los CEE. Aunque dentro de las diferencias encontramos que no tenían determinado el porcentaje mínimo de personas con discapacidad⁴²², y al contrario que los CEE, no era necesario que tuviesen una actividad productiva ni una participación regular en operaciones de mercado⁴²³.

En la Orden de 5 de marzo de 1982, se determinan las ayudas destinadas a este tipo de empresas, siendo las más notables las ayudas para la creación de puestos de trabajo, la asistencia técnica y contratación de gerentes, así como la bonificación de las cuotas empresariales de los trabajadores con discapacidad.

⁴¹⁸ Art. 19 Real Decreto 620/1981.

⁴¹⁹ BOE núm. 33, de 8 febrero de 1982.

⁴²⁰ BOE núm. 57, de 8 marzo de 1982.

⁴²¹ Apunta GARRIDO PÉREZ, que los centros especiales de iniciación productiva “*aparecerían como unas estructuras de tercer nivel, de colocación de aquellos minusválidos quizás con menos capacidad laboral*”, en *El trabajo de minusválidos... op. cit.* Pág. 45.

⁴²² En la primera regulación de CEE la plantilla debía estar compuesta al 100% de personas con discapacidad y posteriormente se limitó a un mínimo de un 70%. *Vid. infra* Capítulo V, punto 3.5.

⁴²³ En este sentido GARRIDO PÉREZ, E., *El trabajo de minusválidos... op. cit.* pág. 45.

La Orden de Presidencia de 15 de febrero de 1983⁴²⁴ y la Orden del Ministerio de Trabajo de 16 de marzo de 1983⁴²⁵, de régimen de ayudas públicas a disminuidos, fijaban las subvenciones que se daban por creación y adaptación de puestos, así como las condiciones que debían de reunir los empleadores existentes en ese momento. Las condiciones que debían de reunir estos empleadores para obtener su calificación e inscripción en el registro correspondiente, las encontramos en la Orden de 16 de marzo de 1983⁴²⁶, no habiéndose dictado su normativa de desarrollo, tras el despliegue reglamentario de la LISMI⁴²⁷

Las Empresas Protegidas se extinguen con la publicación de la Orden de 12 de marzo de 1985⁴²⁸ por la que se crean diversos Programas de Apoyo a la Creación de Empleo que en su Disposición Transitoria, establece que *“Las Empresas protegidas que durante el año 1985 no soliciten y obtengan -cualquiera que sea su causa- la calificación e inscripción como Centro especial de empleo en el Registro correspondiente, perderán su condición de protegidas a partir del día 1 de enero de 1986.”*

2.1.3.2.- Centros Especiales de Iniciación Productiva.

Creados por la Orden de 5 de marzo de 1982, son entidades que desarrollaban una actividad productiva, participando en operaciones de mercado, teniendo como finalidad el desarrollo de la capacidad laboral de la persona con discapacidad.

Entre las similitudes encontramos las siguientes:

- a) la totalidad de su plantilla debía estar formada por personas con discapacidad (excepto las estrictamente necesarias para el desarrollo de la actividad),
- b) el desarrollo de una actividad productiva, participando en operaciones de mercado y

⁴²⁴ BOE núm. 40, de 16 febrero de 1983.

⁴²⁵ BOE núm. 72, de 25 marzo de 1983.

⁴²⁶ La documentación a aportar para lograr la calificación era sencilla, datos de la empresa, memoria de situación y actividad a desarrollar, relación detallada de la plantilla de la empresa con grados y certificados de minusvalía para el personal que tuviese discapacidad, así como estudios económicos (art. 3.1).

⁴²⁷ En este sentido ESTEBAN LEGARRETA. R., PÉREZ AMORÓS, F., “Estudio introductorio” op. cit. Pág. 31.

⁴²⁸ BOE núm. 71, de 35 marzo de 1985.

c) debían desarrollar las capacidades laborales de la persona con discapacidad, siendo una de las funciones de los CEE, la integración de los trabajadores con discapacidad en el mercado ordinario⁴²⁹.

Las diferencias más notables que se encuentran son:

a) en estas empresas la discapacidad de sus trabajadores debía ser únicamente psíquica, lo que diferencia de los CEE donde trabajan personas con todo tipo de discapacidades,

b) la carencia de ánimo de lucro⁴³⁰ frente a la indiferencia de ánimo o no de lucro de los actuales CEE.

Se encuentra en estos centros una particularidad, que es la previsión de su evolución hacia estructuras empresariales que permitiesen su transformación en Centros Especiales de Empleo, esto es son una figura intermedia entre la asistencia social y el CEE. Se concibió como instrumento de integración no únicamente desarrollando las capacidades laborales de sus trabajadores, sino también incluso pensando que una vez desarrolladas estas capacidades de todos sus empleados, la entidad podía desarrollarse empresarialmente como CEE y de esa manera (secundariamente cumpliendo una de las finalidades del CEE) integrar a sus trabajadores en el mercado ordinario.

La Orden de 16 de marzo de 1983, obligó que este tipo de centros careciesen de ánimo de lucro, dicho requisito aparece en esta Orden, por primera vez y desde hace un tiempo se reclama dicha cualidad para los CEE por algunas organizaciones de representantes de personas con discapacidad⁴³¹.

Se extinguieron en 1985 por la Disposición transitoria del RD 2273/1985⁴³², de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los centros especiales de empleo, que estableció que estos centros debían solicitar su calificación e inscripción como CEE en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor del nuevo Real Decreto.

⁴²⁹ Vid. *infra* Capítulo V, punto 3.4.

⁴³⁰ “Privándoles así indirectamente de una naturaleza estrictamente empresarial” GARRIDO PÉREZ, E., El trabajo de minusválidos... *op. cit.* Pág. 45.

⁴³¹ En la propuesta CERMI 2007-2008, se estima que podría modificarse la legislación actual de CEE, para que los nuevos CEE sean entidades sin ánimo de lucro. COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *Estrategia Global... op cit.* Pág. 148.

⁴³² BOE núm. 294, de 9 diciembre de 1985.

Con la extinción de estos centros, que parecen un escalón intermedio entre los Centros Ocupacionales (en adelante CO)⁴³³ y los actuales CEE, tras una fugaz vigencia de tres años, la idea de tener unos empleadores especialmente diseñados para trabajadores con discapacidad psíquica se extinguió, no pudiendo siquiera sedimentar este concepto de empleo protegido.

2.2.- Marco normativo.

2.2.1.- Constitución Española.

La Constitución de 1978 es la primera que en nuestro país, contiene una mención expresa a los derechos de las personas con discapacidad⁴³⁴. El Título Primero aborda los derechos y los deberes fundamentales y cuenta con dos artículos importantísimos relacionados con este tema, el artículo 10 y el 49, este último expresamente dedicado a la discapacidad.

El artículo 10 establece como fundamentos del orden político, el respeto a la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes y la garantía del libre desarrollo de la personalidad. Coincidiendo con la afirmación de que “*la dignidad de la persona es junto con el derecho a la vida, el primero y más importante derecho humano*”⁴³⁵. Aunque este artículo no está dedicado exclusivamente a las personas con discapacidad es, a mi parecer, el más importante de la Constitución para ellas, y para todos los demás.

Desde la perspectiva constitucional, la dignidad humana es el presupuesto básico de todos los derechos reconocidos a la persona por el mero hecho de serlo, a través de ella llegamos al reconocimiento de todos los demás derechos fundamentales de la persona y de todos aquellos otros derechos que reconoce el ordenamiento jurídico⁴³⁶ para las

⁴³³ Véase Capítulo IV punto 4.1.- Centros Ocupacionales.

⁴³⁴ Las otras referencias constitucionales a la discapacidad no son reseñables, pues la Constitución de Cádiz, de 19 de marzo de 1812, en su art. 25 establece la suspensión de derechos “*En virtud de interdicción judicial por incapacidad física o moral*”. Y en la Constitución de la II República, de 9 de diciembre de 1931, su art. 46 únicamente asegura “*a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte*”.

⁴³⁵ GANZENMÜLLER ROIG C. y ESCUDERO MORATALLA J. F., *Discapacidad y derecho*. *op. cit.* Pág. 66.

⁴³⁶ En este sentido VARELA AUTRÁN, B., “La discapacidad en el Derecho Español y en la Constitución Española”. *IV Jornadas Fundación Aequitas. Discapacidad Intelectual Y Derecho*. Colección la Llave. Madrid. 2004. Pág. 93.

personas con o sin discapacidad. Siendo dicho artículo totalmente necesario para la integración social de las personas discapacitadas..

Además de titulares de los derechos fundamentales que ostentan, como personas que son, para el art. 49 de la Constitución las personas con discapacidad constituyen un colectivo al que hay que prestar una especial protección por el Estado dentro de su política social. Este artículo, declara expresamente que los poderes públicos deben realizar políticas de rehabilitación e integración para las personas con discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales, para que puedan disfrutar de los derechos que tienen todos los ciudadanos. Amparándolos especialmente para el disfrute de los derechos que se encuentran en el Título Primero de la Constitución que abarca los derechos y deberes fundamentales⁴³⁷.

Al hablar de igualdad⁴³⁸ de derechos de las personas con discapacidad se deben tener en cuenta también otros preceptos constitucionales que representan distintos enfoques del mismo asunto dentro de la norma. El art. 1.1 que la estima la igualdad como principio básico, el art. 9.2 como derecho exigible y el art. 14 prohíbe la discriminación.

La igualdad se encuentra enumerada dentro los valores superiores del ordenamiento jurídico español, nombrándola el art. 1.1 como uno de los principios básicos de nuestro Estado social y democrático. En este plano, la igualdad conlleva un tratamiento sin distinciones en el reconocimiento y la protección de los derechos humanos y no se solicita para las personas con discapacidad en base a la especial protección que merecen, sino que se debe aplicar a las personas con discapacidad *“lisa y llanamente, en su condición de seres humanos que son”*⁴³⁹.

Cuando en el art. 9.2, la Constitución establece que *“corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo (...) sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”*, la igualdad pasa de ser una declaración de principios a ser un derecho exigible por todos,

⁴³⁷ Algunos autores estiman, que por medio de la LISMI el legislador desarrolló el Art. 49 de la CE, en este sentido: DE LORENZO GARCIA. R, CABRA DE LUNA, M. A., “El empleo de las personas con discapacidad”. En AA.VV. (Dir. DE LORENZO GARCIA. R, y PEREZ BUENO, L. C.), *Tratado sobre Discapacidad*. Aranzadi. Pamplona. 2007. Pág. 1169.

⁴³⁸ Respecto al tema de la proyección del concepto de igualdad de la Constitución Española en las personas con discapacidad es muy ilustrativo por su claridad DE ASIS ROIG. R., CAMPOY CERVERA I. y BENGOCHEA GIL M. A., “Derecho a la igualdad y a la diferencia: Análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva”. En AA.VV. (Dir. DE LORENZO GARCIA. R, y PEREZ BUENO, L. C.), *Tratado sobre Discapacidad*. Aranzadi. Pamplona. 2007. Págs. 119 a 137.

⁴³⁹ VARELA AUTRÁN B., “La discapacidad en el Derecho Español...” *op. cit.* pág. 94.

siendo este artículo uno de los pilares en la legislación española de las medidas de discriminación positiva⁴⁴⁰.

La igualdad formal establecida en el art. 14 prohíbe la discriminación, “*sin que pueda prevalecer discriminación alguna por (...) cualquier condición o circunstancia personal*”. No impone una prohibición absoluta de establecer diferencias de tratamiento, sino únicamente aquellas que sean discriminatorias por no estar justificadas, por lo que se puede tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

Continúa la Constitución estableciendo más derechos que protegen la igualdad, en el derecho al trabajo, recogido en el art. 35. Por medio de este, se puede llegar a igualdad material, que “*pretende equiparar a los individuos en sus condiciones materiales de existencia, no sólo para garantizar su seguridad, sino además para permitir el ejercicio efectivo de su libertad individual*”⁴⁴¹. Hay que tener en cuenta que una de las características del trabajo protegido u ordinario es que está retribuido, dicha retribución va ligada a la promoción de la igualdad material, y ayuda a la integración social.

Los tratamientos diferenciados, que se desarrollan en las políticas laborales como las bonificaciones de cuotas en contratos de grupos desfavorecidos o la creación de empleos protegidos para personas con discapacidad, se encuentran al margen de la prohibición de discriminación. Dicho tratamiento diferenciado se encuentra justificado en un argumento redistributivo, por medio de ellos se puede promocionar entre los más desfavorecidos el trabajo que no obtendrían en condiciones de mercado, cumpliendo así con el derecho y la obligación de trabajar de todos los españoles establecido en el art. 35 de la Constitución, así como son el derecho a la libre elección de profesión y oficio.

En virtud del modelo descentralizado de Estado consagrado en los arts. 148 y 149 de la Constitución Española, se han realizado transferencias de competencias de la Administración Central hacia las CCAA, por lo que las funciones de la gestión y registro de los CEE, se han traspasado del Estado a las CCAA, excepto a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

⁴⁴⁰ En este sentido, DE LORENZO GARCIA, R., CABRA DE LUNA, M. A., “El empleo de las personas con discapacidad...” *op. cit.* Pág. 1173.

⁴⁴¹ DE ASIS ROIG, R., CAMPOY CERVERA, I. y BENGOCHEA GIL, M.A., “Derecho a la igualdad y a la diferencia...” *op. cit.* Pág. 124.

2.2.2.- Normativa con Rango de Ley.

2.2.2.1.- Estatuto de los Trabajadores.

La Ley 8/1980, de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores⁴⁴², proclamó la igualdad de los trabajadores con discapacidad en sus relaciones laborales estableciendo que los trabajadores “*tampoco podrán ser discriminados por razón de disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales, siempre que se hallen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o el empleo de que se trate*” (art. 4.2.c)⁴⁴³. Esta disposición junto con la establecida en el art. 20.3 ET, en el que se obliga al empresario a tener en cuenta la capacidad real de los trabajadores con discapacidad, refuerza el derecho a la igualdad.

Reguló el Estatuto en su artículo segundo las relaciones laborales de carácter especial, en su apartado primero enumeraba seis tipos de relaciones especiales ya existentes, y preveía que además de las expresamente declaradas en dicho artículo podrían añadirse más categorías, cuando así lo declarase expresamente una Ley.

El ET no realizó menciones específicas que modularan las condiciones laborales de las personas con discapacidad, quizá motivado por la primigenia idea de realizar una relación laboral especial para las personas con discapacidad independientemente de su centro de trabajo⁴⁴⁴, tal y como venía establecida en el art. 3.c) de la Ley de Relaciones Laborales⁴⁴⁵.

En 1982, el art. 41 de la LISMI⁴⁴⁶ dispuso que se debía fijar como relación laboral de carácter especial la de los trabajadores minusválidos que prestaran sus servicios en CEE. El Gobierno estableció en la Ley 32/1984⁴⁴⁷ que dicha relación especial, junto con otras relaciones especiales, debían tener una regulación específica en el plazo máximo de doce meses.

En base a dicho plazo, se dictó el Real Decreto 1368/1985⁴⁴⁸, de 17 de julio por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen

⁴⁴² BOE núm. 64, de 14 marzo de 1980.

⁴⁴³ Respecto de las deficiencias en la formulación de este artículo, ver ESTEBAN LEGARRETA. R., *Una perspectiva histórica...* op. cit. Pág. 127.

⁴⁴⁴ GARRIDO PÉREZ, E., “El trabajo de discapacitados...” op. cit, Pág. 31.

⁴⁴⁵ Ley 16/1976 de 25 de abril. De Relaciones Laborales. BOE núm. 96 de 21 de abril de 1976.

⁴⁴⁶ BOE núm. 103, de 30 abril 1982.

⁴⁴⁷ Disposición adicional primera de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 186, de 4 agosto de 1984.

⁴⁴⁸ BOE núm. 189, de 8 agosto de 1985.

en los CEE y ese mismo año se dictó el Real Decreto 2273/1985⁴⁴⁹, por el que se aprobaba el Reglamento de los centros. Pero no es hasta la promulgación del Real Decreto Legislativo 1/1995⁴⁵⁰, de 24 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, cuando se añade al art. 2 titulado “Relaciones laborales de carácter especial” el apartado g) “*la de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en los centros especiales de empleo*”.

2.2.2.2.- Ley de Empleo.

La Ley de Empleo de 1980⁴⁵¹, realiza la primera mención legal de los actuales CEE. Establece la obligación del gobierno de facilitar la colocación y empleo de las personas con discapacidad y pretende el fomento de la su contratación ofreciendo beneficios especiales para empresas ordinarias, en su art. 13 realiza una declaración de principios sobre la razón de ser de los actuales CEE: “*Con el objeto de facilitar el empleo a personas cuya deficiencia les imposibilite emplearse en empresas normales, el Gobierno dictará normas para fomentar el trabajo en los centros especiales de empleo.*”

Es necesario destacar la creación de los CEE en la legislación española viene motivada con el fin de facilitar el empleo para personas cuya discapacidad les imposibilite acceder al empleo ordinario, no fueron creados para todas las personas con discapacidad.

2.2.2.3.- Ley de Integración Social de los Minusválidos

El 30 de abril de 1982 se aprobó la Ley 13/1982 de Integración Social de los Minusválidos⁴⁵², LISMI. Esta Ley marca un punto de inflexión en el tratamiento de la discapacidad por parte de los poderes públicos en España.

Los principios que inspiran esta Ley se fundamentan en los derechos recogidos en el art. 49 de la CE, que declara expresamente que se deben realizar políticas de integración social para las personas con discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales para su completa realización personal en razón de la dignidad que les es propia. Se inspiró en la Declaración de Derechos del retrasado mental⁴⁵³, aprobada por las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1961, y en la Declaración de derechos de los minusválidos⁴⁵⁴, aprobada

⁴⁴⁹ BOE núm. 294, de 9 diciembre de 1985.

⁴⁵⁰ BOE núm. 75, de 29 marzo de 1995.

⁴⁵¹ Ley 51/1980, de 8 de octubre. Ley de Empleo. BOE núm. 250, de 17 de octubre de 1980.

⁴⁵² BOE núm. 103, de 30 de abril de 1982.

⁴⁵³ Véase Capítulo II, punto 1.2.2.- Declaración de los Derechos del Retrasado Mental.

⁴⁵⁴ Véase Capítulo II, punto 1.2.3.- Declaración de Derechos de los Impedidos.

por la Resolución 3447 de dicha Organización, de 9 de diciembre de 1975, estableciendo que esta normativa internacional inspirará la futura legislación y se amoldará a ella la actuación del Estado.

Introduce un concepto de discapacidad, en su art. 7, en el que tiene en cuenta las dificultades laborales, educativas y sociales de las personas que las padecen, partiendo de considerar la discapacidad en base a las situaciones de dificultad o discriminación⁴⁵⁵, y no sobre el tipo de discapacidad. Distingue entre grados de discapacidad en su art. 1, en el que realiza una distinción entre los “*disminuidos profundos*”, a los cuales les reconoce el derecho de tutela y asistencia necesaria, de los demás a quienes en virtud de la dignidad que les es propia, les reconoce derechos “*para su completa realización personal y su total integración social*”, siendo elaborada para dar una respuesta integral a la situación de las personas con discapacidad⁴⁵⁶. Esta ley fue un gran logro en el reconocimiento de derechos y un hito en la evolución de muchos conceptos, que desde entonces incluso han retrocedido, como son la inclusión educativa y laboral.

En referencia al trabajo de las personas con discapacidad la LISMI entiende que la integración se debería llevar a cabo en el sistema ordinario de trabajo⁴⁵⁷, excepto cuando a las personas que se intenta integrar laboralmente, por las características de sus discapacidades, requieran una atención peculiar, ya que, en ese caso, esas labores se realizarán a través de las diversas formas de empleo protegido, por lo que configura este tipo de empleo como subsidiario del ordinario⁴⁵⁸. La LGPDIS que derogó la LISMI eliminó dicha subsidiariedad del empleo ordinario, por eso he afirmado en el párrafo anterior que a partir de la LISMI se ha retrocedido en la integración social y laboral que debería ser preferente.

La LISMI consideró a los CEE como un elemento básico que podría integrar a la persona con discapacidad en el mundo ordinario del trabajo y por ello, en sus artículos 41 a 46, definió las líneas básicas sobre las que se iba a fundamentar su regulación,

⁴⁵⁵ En este sentido ESTEBAN LEGARRETA. R., *Contrato de trabajo y discapacidad. op. cit.* Pág. 47.

⁴⁵⁶ MARTINEZ RIVERO, A., “El estatus jurídico de las personas con discapacidad”. En AA.VV. (Dir. DE LORENZO GARCIA. R, PEREZ BUENO, L. C.), *Tratado sobre Discapacidad.* Aranzadi. Pamplona. 2007. Pág. 557.

⁴⁵⁷ Art. 37: “*Será finalidad primordial de la política de empleo de trabajadores minusválidos su integración en el sistema ordinario de trabajo*” y art. 41: “*Los minusválidos que por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no puedan, provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales*”.

⁴⁵⁸ LAHERA FORTEZA. J., “Acceso al Mercado Laboral...” *op. cit.* pág. 121.

estableciendo que la normativa que desarrollara estos centros necesitaba un impulso, fijando un plazo de dos años para su elaboración.

La LISMI, al igual que la Ley de Empleo, determinaba que los CEE son para aquellos trabajadores que debido a la “*naturaleza o de las consecuencias*” de su minusvalía no pueden “*ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales*”, ya sea de forma provisional o definitiva. Aclaraba que los CEE son para personas con discapacidades de nacimiento y también para aquellas con discapacidad sobrevenida, regulando que deben acceder a los puestos de empleo protegido aquellas personas que debido a sus capacidades “*residuales de trabajo*” no pueden entrar en las empresas ordinarias.

No establece los CEE para todas las personas con discapacidad, ni tampoco para todas las personas con incapacidades laborales, sino sólo para personas cuya discapacidad les provoca especiales dificultades de acceso al empleo y para aquellas que habiendo trabajado en el medio ordinario han sido expulsadas de este, no por una incapacidad laboral sino por su discapacidad sobrevenida, siendo ambos conceptos muy distintos como se ha explicado en el capítulo I⁴⁵⁹.

El artículo 41.1⁴⁶⁰ de la LISMI establece que las personas con discapacidad que no puedan trabajar en *condiciones habituales*, serán empleados en los CEE, siempre que su “*capacidad de trabajo sea igual o superior a un porcentaje*”, es decir, fija la entrada de los CEE con un límite máximo de discapacidad que “*se fijará por la correspondiente norma reguladora*”. No establece un determinado grado de minusvalía, sino que delimita los CEE para las personas con discapacidad que no pudiesen ejercer una actividad en las condiciones habituales, es decir, no puedan trabajar en un empleo ordinario. Sólo a partir de esa limitación de capacidad laboral derivada de su discapacidad deberían ser empleados en los CEE, estableciendo también que se fijará normativamente una discapacidad límite para trabajar en ellos.

⁴⁵⁹ Véase Capítulo I punto 4.3.1.2.- Diferencias entre discapacidad e incapacidad laboral

⁴⁶⁰ Artículo 41.1: “*Los minusválidos que por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no puedan, provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales, deberán ser empleados en Centros Especiales de Empleo, cuando su capacidad de trabajo sea igual o superior a un porcentaje de la capacidad habitual que se fijará por la correspondiente norma reguladora de la relación laboral de carácter especial de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en Centros Especiales de Empleo*”.

En su art. 42 instauró los objetivos y finalidades⁴⁶¹ de los CEE, siendo los siguientes: a) la realización de un trabajo productivo, b) la participación en operaciones de mercado, c) el aseguramiento de un empleo remunerado, d) la prestación de servicios de ajuste personal y social, y e) que sean medio de integración al mercado ordinario.

Si bien originariamente la totalidad de la plantilla debía estar constituida por personas con discapacidad, excepto algunos trabajadores sin discapacidad que se necesitasen para el desarrollo de la actividad, este artículo fue modificado por la Disposición adicional trigésimo novena de la Ley 66/97 de 30 de diciembre⁴⁶², de medidas fiscales y sociales de 1998, determinando el mínimo de trabajadores con discapacidad en el 70% de la plantilla para facilitar que los CEE fuesen empresas productivas⁴⁶³.

Según la literalidad de la LISMI la inclusión de trabajadores con certificado de minusvalía en CEE o su adscripción como usuario en un CO vendría determinada por su grado de discapacidad, la ley preveía que se fijarían en los reglamentos límites máximos y mínimos de discapacidad para la entrada en los CEE.

No se llegó a regular ningún grado de discapacidad máxima para trabajar en los CEE como pretendía inicialmente la ley, de esa forma muchas personas con discapacidades severas pueden hoy trabajar en CEE y cobrar sus merecidos salarios, puesto que la interpretación literal de la LISMI, hubiese podido conducir a que algunos trabajadores con discapacidades elevadas sólo podrían haber accedido a plazas de CO, CRIS y no se deben poner límites a la capacidad de superación de las personas, menos aún en empleos protegidos.

Según lo explicado anteriormente, puede parecer que la LISMI intentara crear grupos homogéneos para trabajar en empresas ordinarias, CEE o CO, pero en contraposición a esta idea, creó los equipos multiprofesionales de valoración (art. 10) para que, mediante una atención interdisciplinar, de forma completamente personal, se determinasen las posibilidades de integración real de las personas con discapacidad. Esta

⁴⁶¹ TUSET DEL PINO, P., “El centro especial de empleo. Naturaleza...” *op. cit.* Pág. 150, entiende que los objetivos son rasgos característicos frente a la verdadera finalidad que son la prestación del empleo remunerado y la prestación de ajustes que requieran los trabajadores con discapacidad.

⁴⁶² BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1997.

⁴⁶³ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., “Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía” *Relaciones laborales*. Núm. 1. 2000. Pág. 53.

es una idea avanzada que pretendía personalizar las aptitudes que es la forma natural y optima de valorar a los trabajadores, pero nunca se crearon tales equipos⁴⁶⁴.

Las funciones que otorgó dicha ley a los equipos multiprofesionales abarcaban desde emisión de diagnósticos personalizados de la persona y su entorno, la orientación terapéutica que determinase necesidades y aptitudes y la clasificación de las presuntas discapacidades. Estableció en el mismo art. 10 que la composición y funcionamiento de estos equipos debía regularse reglamentariamente en el plazo máximo de dieciocho meses, pero no llegaron a reglamentarse.

Ello ha llevado, como se verá más adelante⁴⁶⁵, a que parte de sus funciones, las de emisión de diagnóstico y clasificación las realizan actualmente los EVO (Equipos de Valoración y Orientación) de cada CCAA.

La orientación terapéutica, que era la otra de las tareas que tenían encomendadas no las realiza nadie, por lo que se ha perdido una figura que podría servir para apoyar en la inserción laboral y también para ahorrar costes a la administración, por medio de controlar que quien trabaja en el empleo protegido en realidad lo necesita y no es una conveniencia económica empresarial y/o del trabajador.

2.2.2.4.- *Ley de igualdad de oportunidades no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.*

La Ley 51/2003⁴⁶⁶, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU) se publica veinte años después de la promulgación de la LISMI para complementarla⁴⁶⁷. El legislador en la exposición de motivos, da cuenta del incremento del número de personas con discapacidad en España, aportando la cifra de 3,5 millones de personas con alguna discapacidad⁴⁶⁸ en el primer párrafo de la exposición de motivos, justifica la

⁴⁶⁴ “(...) unos Equipos a los que el reglamento de la relación hará omnipresentes, si bien la experiencia práctica ha demostrado su total ausencia”, ESTEBAN LEGARRETA, R., PÉREZ AMORÓS, F., “Estudio introductorio...” *op. cit.* Pág. 29. En el mismo sentido IGARTUA MIRÓ, M. T., *Visión panorámica de las relaciones laborales de carácter especial*. Laborum. Murcia. 2003. Pág. 129.

⁴⁶⁵ Véase Capítulo IV punto 7.4.- Equipos multiprofesionales.

⁴⁶⁶ BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2003.

⁴⁶⁷ En este sentido CABRA DE LUNA, M. A., “Discapacidad y empleo...” *op. cit.* Pág. 610.

⁴⁶⁸ Basada en la encuesta del INE de 1999. denominó Encuesta sobre Deficiencias, Discapacidades y Estado de Salud (EDDES), expuesta en el Capítulo I punto 3.1.- Consideraciones sobre algunos datos estadísticos referidos a las personas con discapacidad.

necesidad de dictar dicha norma por la persistencia de desigualdades y por los cambios en la forma de entender la discapacidad⁴⁶⁹.

Por medio de la entrada en vigor de la LIONDAU, al empleo le son aplicables las normas básicas de accesibilidad y no discriminación. Respecto a la accesibilidad de los centros de trabajo es aplicable el concepto de ajuste razonable del art. 7.c), por el que se deben adoptar medidas de adecuación del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad, sin que estas supongan una carga desproporcionada, facilitando la accesibilidad y/o la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos y respecto a la discriminación el art. 10.2d) dispuso que las empresas debían adoptar normas internas que promoviesen y estimularan la eliminación de desventajas o situaciones de discriminación a las personas con discapacidad.

Es significativo el cambio de orientación, no radica exclusivamente en la fijación de un cuadro de prestaciones dirigidas a la integración social de la persona con discapacidad, que fue la orientación preferente de la LISMI, sino que el objetivo en esta segunda norma era que las personas con discapacidad pudiesen disfrutar del conjunto de todos los derechos humanos: civiles, sociales, económicos y culturales⁴⁷⁰, buscando la transversalidad en las políticas de discapacidad⁴⁷¹.

La LIONDAU, además de lo anterior, también es la norma que inicia la difuminación del concepto de discapacidad y que a efectos laborales a provocado efectos no deseados, pues amplía la definición de persona con discapacidad en su art. 1.2 en el que reconoce como tales a todas aquellas que tengan un grado de minusvalía superior o igual al 33% y asimilando a dicha situación a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan una incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran Invalidez y a los pensionistas de las clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, aunque dicha asimilación legal no es completa⁴⁷².

⁴⁶⁹ Exposición de motivos.

⁴⁷⁰ PÉREZ BUENO, L. C. y DE LORENZO GARCÍA, R., “La promoción de la autonomía personal...” *op. cit.*

⁴⁷¹ CABRA DE LUNA, M. A., “Discapacidad y empleo...” *op. cit.* Pág. 611.

⁴⁷² Respecto de la difuminación del concepto de discapacidad y la respuesta jurisprudencial, véase Capítulo I punto 6.1.- Equiparación legal de los derechos de la discapacidad al incapacitado labora

La disposición adicional cuarta de la LIONDAU modificó la disposición adicional sexta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social⁴⁷³, en la que se establecía que con carácter general el grado mínimo de discapacidad necesario para generar derecho en las medidas de fomento de empleo, en general “*deberá ser igual o superior al 33 por cien, con una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje*”. Esta norma rebajó dicha obligación para el empleo ordinario, eliminando que la disminución de capacidad de trabajo también debía ser de, al menos un 33 por cien.

Se puede afirmar que la LIONDAU pretendió cambiar el concepto de persona con discapacidad a efectos laborales, al equiparar derechos con otras situaciones administrativas y al eliminar el doble requisito de tener discapacidad y disminución de la capacidad de trabajo y evidenció un cambio de preferencia política respecto de las medidas de empleo.

Como se ha dicho en el capítulo anterior, si a la difuminación del concepto de persona con discapacidad que propone la norma, en la que también podrán ser considerados como afectados por una discapacidad del 33 por cien muchos pensionistas de la seguridad social y de clases pasivas, se le suma que en relación al empleo ordinario que ya no será exigible que la persona con certificado de discapacidad también tenga disminución en su capacidad de trabajo, se observa una voluntad del legislador de redefinir la situación de la discapacidad frente a otros colectivos y en relación con el empleo. Iniciando por medio de esta ley la contrarreforma del concepto de persona con discapacidad a efectos laborales⁴⁷⁴, que se está produciendo de forma silenciosa.

La finalidad de estos cambios podría pretender beneficiar a un colectivo más amplio, pero tiene un efecto perverso sobre las personas que necesitan más apoyos. Si no se amplían las coberturas económicas, no se amplían o modifican los cupos de reserva de empleo y no se redefinen las políticas afinando los objetivos y las preferencias sobre quienes tienen necesidades especiales, el resultado de los cambios es que se reparte el mismo dinero y los mismos puestos de trabajo entre más gente, dejando por lo tanto con una cobertura menor a quien más necesidad tiene, además esta nueva situación permite que muchas personas sin problemas especiales de acceso al empleo sean contratados por

⁴⁷³ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2001.

⁴⁷⁴ En este sentido ESTEBAN LEGARRETA. R., “Un análisis en perspectiva jurídica del II Acuerdo MTAS-CERMI”. *Boletín del Real Patronato sobre Discapacidad*. Núm. 53 2003.

su mayor rentabilidad frente a quienes verdaderamente los tienen por su disminución en la capacidad de trabajo.

2.2.2.5.- Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

El año 2013 se publicó el Real Decreto Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre que promulga la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social⁴⁷⁵, LGDPDIS. Según su exposición de motivos, se publica en aplicación de lo previsto en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación de normativa estatal a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad⁴⁷⁶. Y como es un texto refundido de la LISMI y de la LIONDAU, derogó estas dos normas de forma expresa.

La exposición de motivos de la ley, y su art. 17, establecen que los apoyos para la actividad profesional se realizarán tomando en consideración la formación, las posibilidades de empleo y las capacidades de cada persona. Pero la norma se desarrolla de forma distinta, incluso contraria a ese espíritu, ampliando la población a la que da cobertura y eliminando las diferencias entre las discapacidades, e incluso da cobertura a quienes no tienen discapacidad.

En su capítulo IV, de Derecho al trabajo, desarrolla por medio de 13 artículos disposiciones generales y de empleo ordinario y protegido. No detallaré todo lo que determinan los artículos del 35 al 47 porque, a mi juicio, la mayoría de lo expuesto en esta norma no progresa en los derechos consolidados, sino que únicamente rellena con palabras huecas y sonoras derechos vacíos de contenido, por lo que desarrollaré únicamente las variaciones sobre normativa anterior.

En su art. 4 asimila por completo los derechos de las personas con discapacidad igual o superior al 33 por cien, con aquellas personas que sin tener discapacidad o con discapacidades inferiores al 33 por cien se encuentre dentro de los siguientes supuestos: 1) Pensionistas de la seguridad social, que tengan reconocida una incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y 2) pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Por medio de este artículo la LGPDIS modifica

⁴⁷⁵ BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013.

⁴⁷⁶ Instrumento de ratificación. BOE núm. 96, de 21 abril 2008.

la situación anterior y destroza la construcción doctrinal y jurisprudencial que deslindaba la discapacidad con la incapacidad⁴⁷⁷ confundiendo ambos conceptos y sobrepasa, a mi juicio y al del profesor ESTEBAN LEGARRETA⁴⁷⁸, la habilitación que tienen los legisladores para refundir textos legales.

La nueva LGPDIS ahonda en el cambio de concepto de discapacidad tanto a nivel general como laboral, consolidando la asimilación de otras situaciones a la discapacidad pero también eliminando para los trabajadores de empleo protegido la necesidad de acreditar disminución de la capacidad de trabajo. Como se ha visto en el apartado anterior, la LIONDAU suprimió de forma expresa este requisito en el empleo ordinario, por medio de una disposición adicional, la LGPDIS, de una forma más discreta concluyó el trabajo iniciado en el año 2003 y suprimió esta especialidad también en el empleo protegido, que está altamente bonificado y subvencionado, eliminando la especialidad establecida en el art. 41 de la LISMI.

La LGPDIS eliminó la subsidiariedad del empleo protegido establecida en la normativa española desde el año 1982 por la LISMI, olvidando que tanto la OIT, NU como también la UE, aconsejan este únicamente para personas con especiales dificultad de acceso al empleo y además que este sea subsidiario del ordinario.

Determina la norma en su art. 37.2 que existen tres tipos de empleo para personas con discapacidad, a) el ordinario en empresas y administraciones públicas, b) el empleo protegido y c) el empleo autónomo. No estableciendo ninguna distinción entre ellos, ni de preeminencia, ni de subsidiariedad, cuando desarrolla el empleo protegido en los artículos 43 a 46, olvida mencionar que deberían ser un tipo de trabajo secundario, según establece la normativa internacional, suprimiendo esta característica por la vía del hecho.

La LGPDIS no establece que los CEE sean para personas con especiales dificultades de acceso al empleo ordinario, ni tampoco que este tipo de empleo debe estar restringido únicamente para personas con discapacidades severas, ni tampoco que su acceso deba ser subsidiario al empleo ordinario, sino que lo determina como un empleo más. Sólo en los enclaves laborales del art. 46 hace mención a trabajadores con

⁴⁷⁷ Véase Capítulo I, punto 6.1.- Equiparación legal de los derechos de la discapacidad al incapacitado laboral.

⁴⁷⁸ En este sentido también se manifestó ESTEBAN LEGARRETA. R., en la ponencia de fecha 17/02/2014, en la que desgranaba un análisis comparativo entre el RD 1/2013 y la normativa anterior.

discapacidad con especiales dificultades de acceso al empleo determinando que los enclaves se constituirán para facilitar la transición al empleo ordinario de estos.

Si a la eliminación de la preferencia del empleo ordinario sobre el protegido, dejando ambos al mismo nivel, le sumamos que también se ha eliminado la necesidad de que los trabajadores acrediten la disminución de la capacidad de trabajo para acceder al empleo protegido y se deduce claramente qué tipo de empleo quiere promocionar esta nueva etapa el legislador y si a ello añadimos que todas las personas con una incapacidad laboral de las expresadas al principio este punto podrán ser personas con discapacidad y entrar a trabajar en lo CEE, sabemos que estos empleadores tendrán mucha más mano de obra disponible.

La LGDPDIS, incluye definiciones de los diferentes tipos de discriminación, pero estas ya estaban contempladas en la anterior Ley 49/2007 de 26 de septiembre⁴⁷⁹, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, por lo que tampoco representa ningún avance.

El espíritu de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la que basaba su publicación no se encuentra en esta norma, por el contrario en lugar de avanzar en los derechos de las personas con discapacidad, retrocede en el reconocimiento del derecho al trabajo en el mercado ordinario como preferente para las personas con discapacidad.

2.2.3.- Acuerdos MTAS-CERMI.

El Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales (MTAS) y el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) firmaron dos acuerdos en los años 1997 y 2002, referidos a planes para la promoción del empleo de personas con discapacidad. El primer acuerdo firmado el 15 de octubre de 1997⁴⁸⁰ se refería a un plan de actuación de cuatro años, los comprendidos entre el año 1997 hasta el 2000 y el acuerdo firmado el 3 de diciembre de 2002⁴⁸¹ correspondía al periodo comprendido entre

⁴⁷⁹ 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. BOE núm. 310, de 27 de diciembre.

⁴⁸⁰ http://www.discapnet.es/Castellano/comunidad/websocial/Recursos/Documentos/Planes/Paginas/plan_19.aspx Consultado el 26 de septiembre de 2015.

⁴⁸¹ <http://usuarios.discapnet.es/disweb2000/lex/IIacuerdo.htm> Consultado el 26 de septiembre de 2015.

los años 2002 a 2004, aunque parte de lo acordado se realizó posteriormente, no repitiéndose los acuerdos posteriormente al del año 2002.

Pese a estar negociando acuerdos que pretenden la mejora del empleo, el único interlocutor con el ministerio fue el CERMI, no formando parte de la negociación ni las centrales sindicales ni las organizaciones empresariales. Dicha exclusión puede deberse a que el art. 7 de la Constitución determina que los sindicatos las patronales contribuyen a la defensa de los intereses de trabajadores y empresas cuando se realicen reformas laborales, pero no monopolizan la defensa de dichos intereses⁴⁸² y en este caso se debatían intereses de un sector muy determinado de la población.

Ambos acuerdos se derivan de dos documentos de trabajo previos redactados por el CERMI, la calidad técnica y los conocimientos específicos del CERMI, en materia de discapacidad eran manifiestos por lo que sus aportaciones debían ser tenidas en cuenta.

Aunque en el primer acuerdo ya se nombra el empleo con apoyo como propuesta de “*sistema de empleo semiprotegido*”, es el segundo el que determina de forma más clara este tipo de empleo y destaca una propuesta de legislación estatal de empleo con apoyo, que aunque ya se estaba realizando por las Comunidades Autónomas no vio la luz como norma Estatal hasta el año 2007, una vez superado el periodo de los acuerdos. En la propuesta del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) el empleo con apoyo se reserva únicamente para los CEE, aunque no se reflejó así en el RD 870/2007⁴⁸³, de 2 de julio que regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad. También se desprende del segundo acuerdo la regulación de los enclaves labores que vieron la luz en el año 2004 por medio del Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero. Ambas propuestas de empleo son mecanismos que facilitan la transición al mercado ordinario de trabajo.

Del segundo pacto es muy destacable observar lo que el profesor ESTEBAN LEGARRETA denomina “contrarreforma en el concepto de persona con discapacidad ante el empleo”⁴⁸⁴, puesto que si todas las normas dedicadas a la promoción del empleo de las personas con discapacidad, venían determinando que no únicamente se debía cumplir con el requisito del grado de discapacidad mínimo del 33% sino que añadían que dicha situación debía producir un grado de disminución del trabajo al mismo igual al

⁴⁸² En este sentido ESTEBAN LEGARRETA R. “Un análisis en perspectiva jurídica ...” *op. cit.*

⁴⁸³ BOE núm. 168, de 17 de julio de 2007.

⁴⁸⁴ ESTEBAN LEGARRETA R. “Un análisis en perspectiva jurídica ...” *op. cit.*

33%, el CERMI propuso, y el MTAS aceptó, modificar la disposición adicional sexta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, sobre grado de minusvalía para acceder a los beneficios de los programas de empleo⁴⁸⁵.

Esta propuesta del CERMI, sin duda bien intencionada fue, a mi juicio, una bomba de relojería en los sistema de promoción de empleo, y puesta junto con la actual distorsión del concepto de persona con discapacidad iniciado por la LIONDAU ha generado que muchas personas sin discapacidad medico funcional, pero con un certificado asimilado al 33% se beneficien de unos empleos de más fácil acceso para quienes por su discapacidad real no pueden trabajar en el empleo ordinario. Es necesaria el retorno en la legislación del doble requisito de grado de discapacidad y disminución de la capacidad de trabajo y la creación de baremos que determinen la disminución del grado de capacidad del trabajador y, en su caso, la necesidad de acceder a un empleo protegido.

3.- VALORACIÓN DE LA SITUACIÓN ACTUAL DEL EMPLEO PROTEGIDO EN EL MARCO INTERNACIONAL Y ESTATAL.

La normativa internacional entiende que debe crearse empleo protegido como un instrumento de integración y de transición al mercado ordinario de trabajo, determinándolo como un empleo subsidiario a la integración en el mercado ordinario, y sólo destinado para trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo. Lo determinan en muchas ocasiones como pequeño y como talleres, dando a entender que no debe generarse de manera indiscriminada sino que debería crearse mediante pequeñas unidades que puedan atender de forma individualizada a quienes allí trabajen.

En España, entre los años 70 y 80 se iniciaron varios modelos de empleo protegido siguiendo las recomendaciones internacionales, en particular se creó un modelo denominado de Centros Especiales de Iniciación Productiva dedicado a personas con discapacidad intelectual y que únicamente podían crear entidades sin ánimo de lucro.

Pero para tener un único tipo de empleador especial se determinó que todos los empleos protegidos deberían conjugarse en los CEE. Tanto en la Ley de empleo de 1980, como en la LISMI, la creación de los CEE viene motivada con el fin de facilitar el empleo

⁴⁸⁵ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2001.

para personas cuya discapacidad les imposibilite acceder al empleo ordinario. No fueron creados para todas las personas con discapacidad.

La modificación lenta, pero determinada, de todos los condicionantes para el acceso al empleo protegido ha conducido a que nos encontremos, 30 años después de su creación, con la sombra de lo que se había creado y con la desaparición de la motivación para la que fue concebido.

La supresión de la consideración del empleo protegido como subsidiario del empleo ordinario, la modificación de las exigencias para acceder al empleo protegido, eliminando el doble requisitos de tener discapacidad y disminución de la capacidad de trabajo junto con la asimilación de otras situaciones discapacitantes a la discapacidad con esta, y la multiplicación de la población de las personas con certificado de discapacidad, obliga a un replanteamiento completo de la situación actual del empleo protegido y a una modificación de las condiciones del acceso al mismo.

En primer lugar debería volverse a la consideración de que el empleo protegido es subsidiario del ordinario, y promover la inserción laboral en el mercado abierto como finalidad última de las políticas laborales. Sólo así se puede retomar el principio de transición, que también aconsejan las normas internacionales, puesto que si no hay un empleo prevalente, no se debería promover un camino hacia otras metas.

Deberían redefinirse las políticas de empleo en el sistema ordinario, y delimitar la discapacidad a sus efectos. Pero es más urgente determinar quiénes deben acceder al mercado protegido de trabajo, puesto que en lugar de tener centros especiales de empleo, ahora tenemos empresas con muchos trabajadores con certificado de discapacidad.

Para cumplir con la normativa internacional y con el espíritu para el que fueron creados y para potenciar la inclusión en empleo ordinario, las plazas de personas con discapacidad en los CEE deberían ser ocupadas únicamente por personas con especiales dificultades de acceso al empleo ordinario, determinadas en el RD 290/2004, puesto que quienes no tienen esa especial dificultad por medio de la promoción en el empleo ordinario debería superar sus dificultades, menores que las de quienes tienen discapacidades severas.

Deberíamos superar el punto de inflexión que supone fijarnos en que la mayoría de personas con discapacidad pueden realizar un sinnúmero de trabajos, para ello únicamente habría que realizar un estudio personalizado de capacidades y necesidades y tener

voluntad de conciliar aptitudes y empleos ofertados. Esto sería enormemente más económico para la administración que pagar subvenciones y bonificaciones a personas que no lo requieren y además potenciaría las capacidades y las posibilidades de las personas que necesitan más apoyos para acceder al empleo.

CAPÍTULO III. BONIFICACIONES EN LA CONTRATACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS.

Las personas con discapacidad, tal como se ha dicho en el capítulo anterior tienen una menor inserción laboral que las personas sin discapacidad, esta situación es el resultado del rechazo que existe por parte de los empleadores a dicho colectivo, debido en parte a factores discriminatorios, nunca reconocidos, y en parte a una menor productividad de algunas personas.

El Estado, por medio de leyes, pretende fomentar la contratación de colectivos con dificultades de inserción laboral y utiliza diversos instrumentos, en su mayoría incentivos económicos para activar la contratación de personas con discapacidad.

Para promocionar el empleo de personas con discapacidad, existen dos mecanismos. Uno de ellos, el más antiguo, es la obligatoriedad de cumplimiento de una cuota de reserva del 2 por cien en las empresas de más de 50 trabajadores, esto supone una obligación directa a los empleadores que superen dicho número de empleados, para que dentro de su plantilla tengan contratadas personas con alguna discapacidad. Esta obligación, no siempre cumplida por las empresas, viene a paliar las enormes barreras que tienen las personas con discapacidad para acceder al medio ordinario.

Pero con más frecuencia se promociona dicho empleo con subvenciones directas e indirectas, fomentando por medio de ayudas dinerarias, deducciones fiscales o rebajas en los seguros sociales, el incremento y mantenimiento de puestos de trabajadores con discapacidad, siendo estos apoyos importantes para lograr una inclusión real, tanto social como laboral.

Quizá la forma más importante de incentivación de la contratación laboral, que en la actualidad está siendo utilizada para fomentar la contratación de personas con discapacidad, es la bonificación de cuotas de seguridad social. Estas, junto con las cuotas de reserva, son una de las formas más tradicionales de promoción laboral de los trabajadores con discapacidad de la legislación española. Su antigüedad junto con su característica de ser el único incentivo dinerario que se aplica igual en todo el Estado la convierte en un instrumento ideal para poder realizar un estudio en el que se pueda comprobar la evolución de las políticas de promoción de empleo de las personas con discapacidad.

En este capítulo se pretende estudiar la evolución de la normativa española que regula las bonificaciones aplicables a los empleadores por la contratación de trabajadores con discapacidad. En su desarrollo se evidenciará que, si bien ha evolucionado esta herramienta de promoción en el empleo ordinario, no lo ha hecho en el empleo protegido, donde continúa igual que hace treinta años.

Con respecto al empleo ordinario, se podrá observar que la Administración, para promocionar el empleo de las personas con discapacidad, ha ido cambiando tanto las cuantías que ofrecía para incentivar su contratación, como a la tipología de trabajadores de los que pretende su inclusión laboral. El legislador en un primer momento únicamente distinguía entre personas que tenían discapacidad y quienes no la tenían; más adelante añadió diferencias debidas a la edad y posteriormente en función del sexo y de las necesidades especiales de apoyo.

De forma distinta, para el empleo protegido hay que constatar el inmovilismo que afecta a su promoción. Su forma de incentivación ha quedado petrificada desde el año 1981, sin realizar distinciones dentro del grupo de personas con discapacidad, ni por edad, ni por sexo, ni tan siquiera por personas con especiales dificultades de acceso al empleo, beneficiando con ello a los centros y no a las personas en sí.

El inmovilismo de la regulación de las ayudas a los CEE, que se comprobará en este capítulo, junto con la variación sustancial de la población con discapacidad que se ha constatado en el capítulo anterior, ha provocado la pérdida del enfoque del objetivo buscado cuando se crearon estos centros. Los CEE fueron instituidos con la finalidad de apoyar a las personas con discapacidad que tuviesen dificultades para acceder al mercado ordinario a causa de la misma.

En el año 1981 el legislador promocionó el empleo protegido con más ayudas que el ordinario en función de las necesidades de los trabajadores que en dichos centros se debía atender. La población con discapacidad se ha incrementado sensiblemente, y no teniendo datos anteriores, sabemos que casi se ha duplicado desde el año 1999 hasta 2013.

Se realiza el estudio de las bonificaciones, no sólo con la finalidad de comparar la evolución de la legislación con los objetivos que se pretenden en la promoción de empleo de personas con discapacidad, sino también porque la cuantía económica de las bonificaciones provoca una influencia en la toma de decisiones de los empleadores y tiene sus efectos en la evolución del mercado de trabajo.

Han cambiado tanto las circunstancias económicas de la sociedad como la percepción social de las personas con discapacidad, por ello la Administración ha cambiado su estrategia de promoción en el empleo ordinario, pero de forma distinta, para los CEE las ayudas se mantuvieron, por lo que el inmovilismo en la legislación puede haber provocado que las personas con discapacidad tengan más dificultades en su tránsito del empleo protegido al ordinario, de manera contradictoria con lo que en principio la LISMI pretendía, puesto que en la actualidad los CEE se benefician de mayores ayudas contratando personas con discapacidades leves, pudiendo beneficiarse de las mejores condiciones económicas.

Esta situación parece pasar desapercibida para la doctrina “*salvo contadas excepciones analíticas*”⁴⁸⁶, encontrándose pocos estudios sobre la bonificación de trabajadores con discapacidad y menos aún sobre las aplicables en los CEE, que han sido estudiadas en menor extensión ⁴⁸⁷ por ser un tema demasiado específico.

Hasta el año 2006, las bonificaciones en la contratación de personas con discapacidad se realizaban por medio de normas distintas y la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2006 y su corta vigencia, supuso el inicio de un periodo donde se unieron los programas de incentivos, además de un paréntesis legislativo en el que se trató de igual forma, a efectos de bonificaciones, a los CEE y al empleo ordinario. Pero esta norma

⁴⁸⁶ GARRIDO PÉREZ, E., “Los enclaves laborales: ¿una nueva modalidad de subcontratación de obras y servicios para los trabajadores discapacitados? Comentarios al RD 290/204, de 20 de febrero”. *Revista IUSLabor. Núm. 3. 2005.* (<http://www.upf.edu/iuslabor/pdf/2005-3/GarridoPerezEnclavesLaborales.pdf>)

⁴⁸⁷ Una excepción muy meritoria en ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PÉREZ, J., “Los incentivos laborales a la actividad en centros especiales de empleo”. En AA.VV. (Dir. ESTEBAN LEGARRETA, R., PÉREZ AMORÓS, F.), *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009. Págs. 313 a 331 y la reciente publicación de PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad. op cit.*

fue derogada, a los seis meses de vigencia, por su relevancia, como hito normativo, por no estar en vigor, se trata en un punto separado dentro de la evolución donde se estudian normas incentivadora ya derogadas.

La vigente Ley 43/2006, se trata de forma separada y extensa, regula por medio de un solo programa ambos tipos de empleo, ordinario y protegido, aunque no lo hace de forma unitaria, por ello además del desarrollo de las diferencias entre los dos sistema de incentivos, se cuantificará la diferencia dineraria que supone emplear a la misma persona en un CEE o en una empresa no protegida, para comparar en cifras reales los beneficios y costes de un tipo de empleo frente a otro.

Por último se explicarán dos supuestos especiales, la creación de un supuesto especial de bonificación para el grupo ONCE y la aplicación del contrato de fomento de empleo en los CEE.

2.- EL SISTEMA DE BONIFICACIONES EN EL ORDENAMIENTO LABORAL ESPAÑOL. CUESTIONES GENERALES.

2.1.- El sistema de cotización a la Seguridad Social y su bonificación.

Por medio de las cotizaciones, los sujetos obligados al pago, contribuyen al sostenimiento de las cargas económicas de la seguridad social⁴⁸⁸. En el régimen general el obligado al pago es el empresario, que ingresa en las cuentas de la TGSS tanto las cuotas que le corresponden a él como aquellas que son de recaudación conjunta. El empleador debe cotizar para cubrir las contingencias comunes de sus empleados y las primas por accidente de trabajo. También las cuotas de recaudación conjunta que corresponden con las cuotas de desempleo, formación profesional y el fondo de garantía salarial, deben ser ingresadas por el empleador quien descontará el coste de la cuota que corresponde al empleado en su salario.

Las cuotas que resultan de aplicar los tipos de contingencias comunes, las primas por accidente de trabajo y las cuotas de recaudación conjunta, aplicadas a la base de cotización del trabajador pueden ser objeto de reducción o bonificación para estimular la contratación de distintos grupos de trabajadores⁴⁸⁹, se pretende la incentivación del empleo por medio de la minoración de los costes laborales directos.

⁴⁸⁸ AA.VV. (Dir. MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J.), *Tratado práctico de derecho de la seguridad social. Tomo I*. Aranzadi. Pamplona. 2008. Pág. 522.

⁴⁸⁹ Ídem cita anterior. Pág. 586.

Las bonificaciones de las cuotas de la Seguridad Social, no son simples rebajas de cuantías de las cotizaciones a pagar, sino que son ayudas dinerarias que el Estado otorga. Tras reducirse la cuantía bonificada de las cantidades a pagar por el empleador, la TGSS comprueba la existencia de los derechos que el empresario alega y carga este gasto al INEM, este organismo es quien paga el importe dichas ayudas⁴⁹⁰. Es importante saber que “*la financiación de las prestaciones y de las bonificaciones procede de la misma caja de la seguridad social*”⁴⁹¹, por lo que las ayudas de incentivación laboral que disfruta el empleador por la aplicación de la bonificación de cuotas son un coste para la Seguridad Social. Su finalidad no es el beneficio empresarial, sino que están diseñadas para producir efectos positivos en el nivel de empleo de los grupos a los que están enfocadas⁴⁹², como se verá en el punto siguiente, en la actualidad, se están aplicando bonificaciones que benefician a unos empleadores frente a otros.

Es necesario tener en cuenta que las cotizaciones, bonificadas o no, generan derechos de pensiones o de subsidios para los trabajadores en función de lo cotizado. Cuando se calcula el coste de una bonificación estatal, no sólo debería tomarse en cuenta el importe de las cantidades no pagadas por los empleadores, pero abonadas por la TGSS al INEM, sino que a esta cuantía se le deberían sumar los derechos generados para los empleados a los que se está cotizando de forma bonificada.

2.2.- Tipos de bonificaciones.

Las bonificaciones de cuotas del sistema español de la Seguridad Social, se dividen entre específicas y genéricas y entre las que se realizan por porcentajes sobre la cuota o por cuantías fijas anuales.

⁴⁹⁰ Circular 3/2003/004, de 24 marzo de 2003 que regula la bonificación de cuotas a CEE por ocupación de personas con discapacidad. DIRECCIÓN GENERAL TESORERÍA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL. B.O. Mº Sanidad y Seguridad Social de 31 de marzo de 2003.

⁴⁹¹ AA.VV. (Dir. TOHARIA CORTES, L.), *El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la seguridad social para el empleo en la afiliación a la seguridad social: un intento de evaluación macroeconómica, macroeconómica e institucional*. Diciembre 2008. <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/115801.pdf> Consultado el 21 de septiembre 2010. Pág. 250.

⁴⁹² Comparecencias con relación al «Informe de Evaluación de los Resultados del Actual Sistema de Bonificaciones a la Contratación», a los efectos previstos en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre (BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2009), de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas. Por acuerdo de la comisión de trabajo e inmigración. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Núm. 47, de 23 de febrero de 2010. <http://www.congreso.es> Consultado el 26 de junio de 2010.

2.2.1.- Bonificaciones genéricas y específicas.

Las bonificaciones se regulan de forma genérica por medio de los programas de fomento de empleo, que los gobiernos van cambiando cada muy poco tiempo. Agrupan en ellos una serie de medidas normativas que pretenden incentivar el empleo, agrupando los colectivos de personas cuya inserción laboral se quiere mejorar: mujeres, trabajadores desempleados de larga duración, personas con discapacidad, etc.

El tratamiento por medio de un programa de fomento de empleo conjunto unifica los criterios y ofrece una idea de conjunto sobre cuáles son los sectores de población y los empleos que quiere incentivar el Estado.

Por otro lado las bonificaciones específicas son aquellas que se establecen fuera de los programas de fomento de empleo con el fin de incentivar la contratación de grupos específicos de trabajadores y/o en momentos puntuales.

Los CEE históricamente tuvieron una bonificación integral establecida fuera de los programas de fomento de empleo, que se instauró para beneficiar a este empleador frente al empleador ordinario, prueba de ello es que la contratación de las mismas personas determina bonificaciones distintas, siempre mejores para los CEE.

Además el legislador, en el año 2011, estableció una bonificación especial para la ONCE, también con la única finalidad de beneficiar a dicho grupo empresarial⁴⁹³, esto es promocionando también al empleador en lugar de fijar las preferencias sobre el trabajador con discapacidad.

2.2.2.- Bonificaciones por porcentajes o por cuotas anuales.

Las bonificaciones de las cuotas empresariales de la Seguridad Social, se establecían desde un principio por medio de la aplicación de porcentajes sobre las cuotas, rebajando o eximiendo al empleador del pago de partes porcentuales: 50, 60 o 100 por cien, de sus seguros sociales⁴⁹⁴. Esta forma de bonificación de cuotas establece de forma clara y sencilla para el empresario el ahorro del que se beneficia, puesto que al estar determinada sobre un porcentaje del coste de sus seguros sociales, simplemente debe restar a la cuota patronal la parte porcentual bonificada.

⁴⁹³ Véase en este Capítulo el punto 5.1.- Bonificaciones para la ONCE.

⁴⁹⁴ Así sucede en la Ley 22/1992, de 30 julio (BOE núm. 186 de 14 de agosto de 1992), en la Ley 64/1997 de 26 de diciembre (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1997) y también en la Ley 30/2005 de 29 de diciembre (BOE núm. 312 de 30 de diciembre de 2005).

El sistema porcentual provoca distorsión en la finalidad de la promoción del empleo, puesto que si las bonificaciones pretenden introducir en el mercado de trabajo a grupos de personas que tienen dificultades en el acceso al mundo laboral, ayudando al empleador a pagar parte del coste de las cotizaciones, la bonificación de salarios elevados desvía el sistema, puesto que no es acorde con el fin pretendido. Un empleado cuya base de cotización es la máxima, o cercana a ella, no necesita que se incentive su empleo, por lo que la bonificación por porcentajes únicamente le beneficiará a él o/y al empleador, para poder ganar/pagar más salario con menor coste, pero no como medida de inserción laboral.

También respecto de los costes para la administración genera desviaciones en los presupuestos, puesto que la aplicación del sistema porcentual al aplicarse tanto en salarios bajos como en los altos, variará el gasto del Estado para promocionar un empleo, no en función del número de trabajadores a los que llega la medida, sino en función del salario del trabajador. Las arcas de la tesorería tendrán un coste bajo en la incentivación del empleo de personas contratadas con salarios cercanos al SMI, que son la mayoría de las personas con discapacidades severas, y su cuantía será elevada cuando se mantienen puestos de trabajo de personal con salarios cercanos al tope máximo de cotización⁴⁹⁵.

Otra forma de bonificar la cuotas patronales es hacerlo sobre cuantías fijas, esto es, establecer cuantías máximas anuales que el empresario puede descontarse de la cotización, de esta manera el gobierno establece el salario máximo que quiere bonificar en la cuota empresarial y fija los topes máximos de bonificación que incentivan la contratación. En este caso el Estado bonifica para todos los trabajadores únicamente parte del primer tramo de cotización (en la mayoría de ocasiones corresponde cuantías ligeramente superiores al SMI) y una vez superado dicho salario bonificado, el empleador abonará el resto de las cotizaciones que correspondan, en función de los salarios de sus trabajadores.

Esta forma más compleja de bonificación permite a la administración presupuestar los gastos que va a tener en incentivos al empleo, no dejando dicha determinación al albur de los salarios pactados entre las partes. Además es un mecanismo de incentivación del empleo y no de los salarios, por lo que está más cercano a la filosofía de promoción y creación de empleo.

⁴⁹⁵ El SMI para el año 2015 son 648,60€ y el tope máximo de cotización son 3.606€.

Aunque la fórmula de cuantía fija relaciona un mejor aprovechamiento de las ayudas con el fin de la inserción laboral de desempleados, su mayor hándicap es la promoción salarial. Es conveniente no fijar la cuantía bonificada en cuantías salariales mínimas, sino elevarlas lo suficiente como para fomentar la promoción salarial de los colectivos sobre los que se pretende incentivar el empleo.

Como se verá, el Gobierno, en el año 2006⁴⁹⁶ entendiendo que las bonificaciones establecidas en porcentajes sobre cuotas de cotización beneficiaban más a los trabajadores de salarios altos⁴⁹⁷, empezó a aplicarlas sobre cuantías fijas. En la actualidad esta forma de incentivación del empleo se aplica para todos los supuestos bonificables, excepto para los CEE y la ONCE.

2.3.- Bases legales para la discriminación positiva laboral por medio de las bonificaciones de cuotas.

En España, la promoción del empleo por medio de ayudas tiene una base constitucional establecida en la conjugación de los arts. 35, 40 y 49⁴⁹⁸.

El art. 35 proclama el deber de trabajar y el derecho al trabajo de todos los españoles y el art. 40 promulga una política orientada tanto al progreso social y económico como al pleno empleo. Estos dos artículos deben interpretarse junto con el art. 49 que establece que los poderes públicos deben realizar una política de integración de las personas con discapacidad, a las que se debe prestar asistencia especializada y amparo para el disfrute de los derechos que se otorgan a todos los ciudadanos.

El ET en su art. 17.3, habilita al Gobierno para que pueda regular las medidas de reserva de empleo, subvenciones o cualquier otra como las bonificaciones, con el objetivo de fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo y facilitar la colocación de trabajadores demandantes de ocupación⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ Real Decreto-ley 5/2006, de 9 junio, de mejora del crecimiento y del empleo (BOE núm. 141, de 14 de junio de 2006).

⁴⁹⁷ PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T., VALDÉS DAL-RE, F., *La Reforma laboral de 2006*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2006.

⁴⁹⁸ ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LUCAS DURÁN, M., MARTÍN DÉGANO, I., *La protección de las personas con discapacidad en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*. Aranzadi. Pamplona. 2006. Pág. 308.

⁴⁹⁹ En este sentido ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LUCAS DURÁN, M., MARTÍN DÉGANO, I., *La protección de las personas con discapacidad ... op. cit.*, Pág. 308. Afirman los autores que “estas medidas se caracterizan por una política global de ayudas ... cuyo objetivo es incentivar la contratación

También en la Ley de empleo del año 2003, Ley 56/2003⁵⁰⁰ de 16 de diciembre, podemos encontrar, en su art. 25, una habilitación al Gobierno para desarrollar reglamentariamente un marco legal de políticas activas de empleo dirigidas a favorecer la inclusión laboral de las personas con discapacidad.

Tanto en normas generales como la Constitución, el ET y la Ley de Empleo, así como en disposiciones específicas de discapacidad encontramos la habilitación y el pronunciamiento a favor de promocionar el empleo de personas con discapacidad por medio de bonificaciones en las cuotas empresariales.

La LISMI en el año 1983, de forma expresa, dispuso que se debía fomentar el empleo de los trabajadores con discapacidad mediante el establecimiento de ayudas que facilitaran su integración. La misma obligación consta en el art. 39 de la LGDPDIS, donde se incluyen expresamente como ayudas que facilitan su inclusión laboral las bonificaciones de las cuotas de la seguridad social.

2.4.- Evaluación y evolución del impacto de las bonificaciones.

Las bonificaciones son ayudas dinerarias que se ofrecen a los empleadores, para que estos ahorren dinero al contratar a personas con dificultades de acceso al empleo al pagar menos dinero en las cuotas de los seguros sociales, y esa disminución del coste laboral debería incentivar las contrataciones.

Puesto que son ayudas que paga el Estado, éste tiene que hacer dos cosas, en primer lugar cuantificarlas para saber el coste que dichos incentivos tienen para el contribuyente y en segundo lugar realizar un seguimiento del impacto que dicha inversión tiene en el empleo, puesto que es necesario conocer el importe real anual de la ayuda del Estado y la incidencia real de dicha inversión sobre la promoción del empleo.

Señala TOHARIA CORTES que *“las políticas de mercado de trabajo, en general, y las políticas activas en particular, deben verse sometidas a una evaluación sistemática y concienzuda ... la evaluación de estas políticas resulta imprescindible no sólo porque a través de ella es posible conocer el grado de cumplimiento de los objetivos propuestos sino también la eficiencia de los programas, esto es, si las acciones diseñadas,*

de los trabajadores desempleados, especialmente de aquellos que tienen mayor dificultad para acceder (o consolidar) al empleo y de entre ellos los discapacitados como grupo específico de protección.”.

⁵⁰⁰ BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 2003.

llevadas a la práctica tienen los efectos deseados, y todo ello es necesario para mejorar su diseño y lograr mejores resultados.”⁵⁰¹.

Respecto del coste que actualmente tienen las políticas de incentivación del empleo de personas con discapacidad, se verá en este capítulo en su último punto, que en la actualidad los contratos de personas con discapacidad que trabajan en CEE, tienen una bonificación del 100 por cien de la cuota empresarial y la cuantía de dicha bonificación, en función del salario del trabajador, es muy superior a las cuantías fijas con las que se bonifica el empleo ordinario por lo que el coste del empleo protegido para personas con salarios altos es para el Estado, es mayor que en el empleo ordinario.

Puesto que el empleo ordinario debería ser preferente en la legislación nacional y continúa siendo preferente en la normativa comunitaria, como se ha visto, el resultado de la actual legislación es paradójico ya que promueve el empleo de personas con discapacidades leves en el empleo protegido.

Tal como afirma el informe ODISMET⁵⁰² *“Si atendemos al tipo de empresa en las que se produce la contratación de las personas con discapacidad (empresa ordinaria o CEE), podemos observar que el peso principal de la contratación específica ha pasado de la empresa ordinaria al Centro Especial de Empleo. La contratación en este tipo de centros no ha dejado de crecer durante los últimos seis años, lo que ha compensado la caída de las contrataciones específicas en la empresa ordinaria. De hecho, en 2013 las contrataciones en CEE han llegado a representar el 71% de los contratos específicos realizados a las personas con discapacidad, con 2,5 contratos en CEE por cada contrato específico en empresa ordinaria”*

Los trabajadores cualificados con remuneraciones medias y altas que prestan sus servicios en CEE tienen unos costes laborales más bajos que en el empleo ordinario. Esto dificulta el tránsito del empleo protegido al ordinario, debido tanto a las ventajas empresariales, como a la posibilidad de una mejor remuneración del trabajador en su empleo protegido.

La situación actual genera un lucro indebido para el empleador como resultado contrario a la pretendida integración laboral en el mercado ordinario, pues las empresas protegidas y la ONCE pueden ofrecer a trabajadores con un perfil salarial medio y alto,

⁵⁰¹ AA.VV. (Dir. TOHARIA CORTES, L.), *El efecto de las bonificaciones op. cit.* Pág. 27.

⁵⁰² <http://www.odismet.es/es/informes/> pág. 37. Consultado el 26 de septiembre de 2015.

mejores condiciones que el mercado ordinario, lo que puede inducir incluso al efecto llamada de quienes trabajando en el mercado ordinario pueden acceder a mejores salarios con estos empleadores y seguro que es uno de los motivos por los que más de un 70% de los contratos de personas con discapacidad desde el año 2013 hasta el año 2015 se estén realizando en empleo protegido, conforme evidencia la tabla 18 expuesta en el Capítulo I.

Este escenario debería ser corregido por la administración para dar la finalidad correcta al dinero de los contribuyentes y también para determinar no sólo el tipo de empleo que se pretende fomentar sino fundamentalmente a que personas se quiere ayudar para que consigan integrarse en el mercado laboral y con ello incluirlas en la sociedad.

3.- EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE BONIFICACIONES.

3.1.- Contratación de personas con discapacidad en el empleo ordinario hasta el año 2006.

La promulgación del Decreto 2531/1970 de empleo de trabajadores minusválidos de 22 de agosto⁵⁰³ inició la legislación española de fomento de la contratación de personas con discapacidad. Este Decreto estableció una cuota de reserva para personas con discapacidad del 2 por ciento en las plantillas que excedan de 50 trabajadores⁵⁰⁴ y una bonificación del 25 por cien de las cuotas, excepto las de accidentes de trabajo.

Esta bonificación únicamente podían disfrutarla aquellas empresas una vez superada la obligación legal de reserva de empleo. Esta distinción entre la bonificación de los contratos una vez cumplida la obligación legal es, a mi juicio, completamente lógica y no se aplica en la actualidad, pero si la bonificación pretende apoyar el empleo de las personas con discapacidad, lo que pensó el legislador en el año 1970 es que primero la empresa debe cumplir la obligación de cumplir la cuota de reserva impuesta en esta norma y una vez cumplida la obligación legal, se promocionan más contrataciones por medio de las bonificaciones.

El Decreto 2531/1970 no tenía previsto bonificar la contratación de personas con discapacidad en empresas de menos de 50 trabajadores, pues habla de que son ayudas

⁵⁰³ BOE núm. 221, de 15 de septiembre de 1970.

⁵⁰⁴ Es triste comprobar que las cuotas de reserva de empleo, se iniciaron en el año 1970 y continúan siendo una obligación de segunda o tercera clase, no teniendo muchas empresas conocimiento de esta obligación.

para las empresas que superen la proporción obligatoria. Fue modificado por el Decreto 1378/1975 de 12 de junio⁵⁰⁵, previendo este último una bonificación para las empresas de menos de 50 trabajadores en la que se graduaba el mayor o menor derecho a bonificación en función de la edad de la persona con discapacidad que se contratara, entendiendo que las necesidades de apoyo para conseguir un trabajo son crecientes conforme el trabajador va avanzando en edad.

Posteriormente el RD 1327/1981 de 19 de junio⁵⁰⁶, denominado “*Programa de empleo para trabajadores minusválidos*” modifica las bonificaciones establecidas anteriormente, aumentándolas y simplificándolas. Estableció bonificaciones en la cuota empresarial para todas las empresas y todos los trabajadores, independiente de que las empresas tuviesen que cumplir o no la cuota de reserva eliminando las limitaciones a la bonificación de los trabajadores que formasen parte del 2 por ciento obligatorio.

Este programa de empleo del año 1981 estableció bonificaciones de un 70 por ciento por cada trabajador con discapacidad contratado menor de 45 años y el 90 por ciento para la contratación de trabajadores con 45 años o más. Este RD simplificó la norma anterior pero continuaba entendiendo que las necesidades de apoyo en el empleo son mayores conforme va aumentando la edad y por lo tanto establece ayudas distintas para cada una de las situaciones de edad descritas.

A partir del RD 1327/1981 se iniciaron los programas de empleo separados entre empresas ordinarias y empleo protegido, puesto que si hasta el año 1975 se regulaban dentro de los decretos de promoción de empleo de personas con discapacidad, tanto las normas a aplicar en el empleo ordinario como las de los Centros de Empleo Protegido, aunque con bonificaciones distintas, en el año 1981 se dictó este programa de fomento de empleo únicamente para el empleo ordinario y se publicó, como se verá en el punto siguiente, la Orden de 27 de marzo⁵⁰⁷ en la que se establecen las bonificaciones para las distintas formas de empleo protegido que convivían en dicho momento. Desde ese año hasta el 2006 no se volvieron a publicar normas de bonificaciones de empleo protegido y ordinario de forma conjunta.

⁵⁰⁵ BOE núm.155, de 26 de junio de 1975.

⁵⁰⁶ BOE núm. 162, de 8 de julio de 1981.

⁵⁰⁷ BOE núm. 76, de 30 de marzo de 1981.

El RD 1451/1983 de 11 de mayo⁵⁰⁸, regula el empleo selectivo de trabajadores minusválidos estableciendo bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social por la contratación indefinida de trabajadores con discapacidad y reducciones de las cuotas en el caso de readmisiones de trabajadores con una IP total o absoluta que hubiesen recuperado su capacidad laboral.

Este programa contenía dos tipos de incentivos a la contratación, además de las bonificaciones también detalla subvenciones por la contratación, esto ya sucedía en otras normas anteriores, tratando de forma conjunta los apoyos al empleo. Así el futuro empleador podía ver de una forma más clara los beneficios que obtendría por contratar a una persona con discapacidad.

El Real Decreto 1451/1983 estableció las bonificaciones en las cuotas empresariales a la seguridad social por la contratación de trabajadores con discapacidad o por la incorporación de estos como socios a cooperativas de trabajo, que no fuesen CEE, y estuvo vigente, con modificaciones parciales, hasta su derogación por el RD- Ley 5/2006 de 9 de junio.

En su regulación inicial, tal y como ya estableció el RD 1327/1981, las bonificaciones eran de un 70 o un 90 por cien en función de la edad de la persona contratada y dichos porcentajes no fueron modificados hasta la entrada en vigor del Real Decreto 170/2004 de 30 de enero⁵⁰⁹, que pretendió incentivar de forma especial el empleo de las mujeres con discapacidad por la doble discriminación que sufren en su acceso al empleo. A partir del año 2004 se ofrecía una bonificación mejorada por contratar a una mujer apoyando su contratación con un porcentaje superior al establecido para los hombres, bonificando con un 90 y un 100 por cien⁵¹⁰, en función de si eran mayores o menores de 45 años.

El mismo año 2004, se publicó el RD 290/2004 de 20 de febrero de creación de enclaves laborales⁵¹¹, que promocionó la contratación de trabajadores de los enclaves por las empresas colaboradoras, instituyendo una bonificación del 100 por cien de la cuota

⁵⁰⁸ BOE núm. 133, de 4 de junio de 1983.

⁵⁰⁹ BOE núm. 27, de 31 de enero de 2004.

⁵¹⁰ La modificación del art. 7 de la Ley 1451/1983 llevada a cabo por el RD 170/2004, dejó este de la siguiente forma: "*a) 70 por 100 por cada trabajador minusválido contratado menor de 45 años. En el caso de contratación de mujeres minusválidas, dicho porcentaje será del 90 por 100. b) 90 por 100 por cada trabajador minusválido contratado de 45 o más años. En el caso de contratación de mujeres minusválidas, dicho porcentaje será del 100 por 100*".

⁵¹¹ BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2004.

patronal en la contratación de personas con discapacidad con especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo, no ofreciendo bonificaciones adicionales por la contratación de personas que no estuviesen dentro de ese grupo.

Desde el inicio de la aplicación bonificaciones en la cuota patronal, como incentivo para la contratación de personas con discapacidad, se diferenciaban los apoyos en función de la edad de los trabajadores, entendiéndose que ésta es un factor que provoca una mayor dificultad de acceso al empleo. En el año 2004 se implantaron dos nuevas distinciones: el sexo, promoviendo la contratación de mujeres con discapacidad y la condición de persona con especiales dificultades de acceso al empleo⁵¹², aportando una ayuda adicional a la incorporación de quienes más difícil lo tienen para ser contratados.

Las normas de incentivación para el fomento de la contratación colectivos especiales se estableció de forma independiente de los demás programas de fomento de empleo hasta el año 2006⁵¹³, y por lo tanto se encontraban fuera de los programas generales de empleo las bonificaciones de las personas con discapacidad que trabajaban en los CEE. Esta separación, se realizaba de forma explícita en algunos casos⁵¹⁴ y de manera implícita en otros⁵¹⁵.

3.2.- Contratación de personas con discapacidad en empleo protegido hasta el año 2006.

3.2.1.- Bonificaciones en los CEE antes del RD 1368/1985.

Los Centros de Empleo Protegido y los Centros Especiales de Iniciación Productiva⁵¹⁶, eran las dos figuras de inserción laboral calificadas como empleo protegido preexistentes a la creación de los CEE.

Para la promoción del empleo en ambos tipos de centros se concedieron altas bonificaciones⁵¹⁷, es importante destacar que en los años en los que se desarrollaron tanto

⁵¹² Véase Capítulo I punto 6.3.- Consideración de persona con discapacidad con especiales dificultades de empleo.

⁵¹³ En este sentido LUJÁN ALCARAZ, J., “El nuevo programa de fomento de empleo”. *Aranzadi Social*. Núm. 20. 2006. Pág. 6.

⁵¹⁴ Ley 64/1997 de 26 de diciembre, BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1997, en su disposición adicional segunda.

⁵¹⁵ La Ley 30/2005 de 29 de diciembre (BOE núm. 312, de 30 de diciembre 2005), al igual que sus predecesoras, no regula las bonificaciones de las personas con discapacidad, no las excluye expresamente, únicamente no la cita.

⁵¹⁶ Véase Capítulo II, punto 2.1.3.- Las empresas protegidas y los centros especiales de iniciación productiva (1981-1985).

⁵¹⁷ Los Centros de Empleo Protegido, establecidos en la Orden 7 de noviembre de 1968, tuvieron que esperar hasta el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores minusválidos que

los Centros de Empleo Protegido como los Centros de Iniciación Productiva, los descuentos en las cuotas de seguridad social eran casi inexistentes para el empleo ordinario, por lo que su creación inició no sólo una forma de promocionar el empleo de personas con discapacidad y con dificultades de acceso al mercado ordinario, sino también el camino por el que se desarrollarían las bonificaciones para los CEE.

Encontramos la primera ocasión en que aparecen normas de bonificación de los CEE en la Orden de 27 de marzo de 1981⁵¹⁸, que ejecutaba el plan de inversiones de protección al trabajo, en su art. 14, el derecho a bonificarse el 100 por cien de las cuotas empresariales que correspondiesen a las cuotas patronales.

Es evidente la mejora de los CEE sobre el resto de empleos y la diferencia de trato que en la actualidad se mantiene, en función del tipo de empleador. Se puede comprobar en la citada Orden de 1981, que se bonifica la totalidad de las cuotas empresariales para los CEE y para las empresas protegidas únicamente la bonificación es de un 50 por cien.

Sin haberse derogado la Orden de 27 de marzo de 1981, la Orden de 5 de marzo de 1982⁵¹⁹, que desarrollaba el RD 620/1981, de ayudas públicas a personas con discapacidad, determinó que los CEE disfrutarían de bonificaciones, no concretaba la cuantía ni el porcentaje, pero manifestaba la voluntad del legislador de beneficiar de forma especial el trabajo de personas con discapacidad en estos centros.

En 1983, la Orden de 16 de marzo de ayudas de entidades protegidas⁵²⁰, vuelve a bonificar al máximo las cuotas a cargo del empleador, por la contratación de personas con discapacidad en CEE. Y unos meses más tarde el Real Decreto 1451/1983⁵²¹ de 11 de mayo, por vez primera empezará a promocionar la contratación de personas con discapacidad en el empleo ordinario, por medio de unas bonificaciones que descuentan

ampliaba y mejoraba las ayudas para los CEP, para tener bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social. Este Decreto en su art. 17.3 instauró una bonificación del 60% durante los dos primeros años 50% durante el tercer y cuarto año, el 40% del quinto al sexto y un 30% a partir del séptimo, con posterioridad la norma fue modificada.

Dichas bonificaciones fueron ampliadas por el Decreto 1378 /1975, de 12 de junio, que modifica los escalones de las bonificaciones, estableciendo únicamente dos tramos, que son, una bonificación de un 75 % para los minusválidos con menos de 50 años y un 100% de bonificación para los mayores de esa edad. GARRIDO PÉREZ, E., *El trabajo de minusválidos ... op. cit.* Pág. 42.

⁵¹⁸ BOE núm. 76, de 30 de marzo de 1981.

⁵¹⁹ BOE núm. 57, de 8 de marzo de 1982.

⁵²⁰ BOE núm. 72, de 25 de marzo de 1983.

⁵²¹ BOE núm. 133, de 4 de junio de 1983.

cuotas de recaudación conjunta entre un 70 y un 90 por cien, en función de la edad del trabajador con discapacidad contratado⁵²².

Dicha situación se mantuvo tanto en la Orden de 16 de marzo de 1984⁵²³ de programas a desarrollar por la unidad administrativa, como en la Orden de 12 marzo 1985⁵²⁴ de programas de apoyo a la creación de empleo, figurando entre las ayudas para mantener los CEE, la bonificación del 100 por cien de la cuota empresarial.

Es evidente por lo tanto que los CEE, desde el primer momento, tuvieron un marco regulador propio en relación con las bonificaciones de las cuotas de la seguridad social⁵²⁵, dicha situación ha sido conservada, independientemente de la continua variación de la normativa reguladora de bonificaciones para el empleo ordinario, no sufriendo variaciones a pesar de los cambiantes programas de fomento de empleo.

Desde su inicio, los CEE han mantenido la bonificación del 100 por cien de la cuota empresarial, excepto unos meses, como se explicará más adelante. Dicha bonificación especial, diferenciada del resto de incentivos a la contratación de personas con discapacidad, permite afirmar que se ha constituido en “*una mejor condición para el empleador*”⁵²⁶, que es independiente del colectivo que se pretende promocionar.

3.2.2.- Mantenimiento de las bonificaciones después del RD 1368/1985.

Cumpliendo el mandamiento del art. 41.1 de la LISMI se aprobó el Real Decreto 1368/1985⁵²⁷, de 17 de julio, que regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los CEE. Este RD, todavía en vigor, fijó como sujetos de esta relación laboral especial a aquellas personas que cumplan dos requisitos:

- a) Una discapacidad⁵²⁸ reconocida en grado igual o superior al 33 por 100 y,

⁵²² “a) *Setenta por ciento por cada trabajador minusválido contratado menor de 45 años. b) Noventa por ciento por cada trabajador minusválido contratado mayor de 45 años.*” Art. 7. Real Decreto 1451/1983

⁵²³ BOE núm. 77, de 30 de marzo de 1984.

⁵²⁴ BOE núm. 71, de 23 de marzo de 1985.

⁵²⁵ ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PÉREZ, J., “Los incentivos laborales a la actividad ...”, *op. cit.* Pág. 313.

⁵²⁶ Ídem anterior. Pág. 314.

⁵²⁷ BOE núm. 189, de 8 de agosto de 1985.

⁵²⁸ He realizado una actualización terminológica en base al Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación de discapacidad y por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, en el que las referencias a la palabra “minusvalía” se sustituyen por el término “discapacidad”, y aquellas correspondencias que tenía la norma de 1999 al término “discapacidad” quedan sustituidas por “limitaciones en la actividad”.

b) que por su discapacidad tengan una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje, apreciando ésta en relación con la capacidad normal de trabajo de una persona de similar cualificación profesional.

La determinación de la discapacidad, correspondía a los Equipos de Valoración y Orientación⁵²⁹ y la valoración de la disminución de capacidad de trabajo quedó encargada a los Equipos Multiprofesionales, que al no haberse creado⁵³⁰ han dejado también⁵³¹ esta función por cubrir en la práctica diaria⁵³².

Estando dicho RD regulador dedicado a la relación laboral especial y no a las ayudas que recibirían los CEE, estableció en su artículo 7.d), relativo a las modalidades contractuales, que respecto de las cotizaciones a la Seguridad Social, “*se aplicará el régimen de bonificaciones o exenciones de cuotas que, con carácter general o específico, resulte más beneficiosa*”. Así teniendo en cuenta que para el empleo ordinario siempre han existido distintos tipos de bonificaciones, en función del tipo y grado de discapacidad de la persona contratada, o bien por el tipo de contrato de fomento de empleo o en prácticas, el CEE aplicará la que más le beneficie tanto si está establecida en el régimen ordinario como para el empleo protegido.

También hay que saber que el mismo año 1985 se publicó el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre⁵³³, que aprueba el reglamento de los CEE, donde se establecía que la financiación de los centros se cubriría, entre otras fuentes, por las bonificaciones de la cuota empresarial de la Seguridad Social, que debían ser “*deducidas directamente por los Centros Especiales de Empleo, previa autorización de la Administración, de las cuotas a liquidar mensualmente a la Seguridad Social*”⁵³⁴, art. 10.e).

⁵²⁹ Cuyas funciones están establecidas en la Orden de 2 noviembre de 2000. BOE núm. 276, de 17 de noviembre de 2000.

⁵³⁰ En este sentido ESTEBAN LEGARRETA y PÉREZ AMORÓS apuntan que son“(…) unos Equipos a los que el reglamento de la relación hará omnipresentes, si bien la experiencia práctica ha demostrado su total ausencia”, en “Estudio introductorio...” *op. cit.* Pág. 29. En la misma dirección señala IGARTUA MIRÓ, M. T., *Visión panorámica de las relaciones laborales ... op. cit.* Pág. 129.

⁵³¹ Como se verá en Capítulo IV punto 7.4.- Equipos multiprofesionales., las funciones de estos equipos eran muy variadas e importantes.

⁵³² Dicha práctica diaria es comprobada por todos los profesionales que trabajamos con CEE y es constatada por: CORDERO GORDILLO V., “Discriminación por discapacidad: centros especiales de empleo. Convenios Colectivos. Relación laboral e integridad física y moral”. *Actum Social*. Núm. 11. 2008, también por: LALOMA GARCÍA. M., *Empleo Protegido en España. Análisis de la normativa legal y logros alcanzados*. Ediciones Cinca. Madrid. 2007., pág. 51. En el mismo sentido ESTEBAN LEGARRETA. R., *Contrato de trabajo y discapacidad*. ... Pág. 285.

⁵³³ BOE núm. 294, de 9 diciembre de 1985.

⁵³⁴ Art. 17. Orden 21 de febrero de 1986. BOE núm. 50, de 27 de febrero de 1996.

Cuando se publicó el referido artículo 7.d), la bonificación para los contratos de personas con discapacidad para este empleo protegido era del 100 por cien de la base reguladora, y no habiendo transcurrido seis meses de su publicación, la Orden de 21 de febrero de 1986⁵³⁵, de programas de apoyo a la creación de empleo, volvió a aprobar, en su artículo 17, la misma bonificación máxima. El legislador debió pensar que esa bonificación especial desaparecería y estableció una opción más beneficiosa para los CEE en cuanto a las bonificaciones a aplicar.

Posteriormente al año 1986 continuaron sucediéndose, de forma desordenada como se verá, distintas normas que bonificaban el 100 por cien de las cuotas de todos los trabajadores con discapacidad de los CEE. Ello ha conllevado lógicamente que los CEE no utilizaran ninguna otra bonificación que la máxima, y que únicamente se aplicasen las bonificaciones genéricas por contratación de personas con discapacidad aquellas empresas que no estaban acreditadas como CEE⁵³⁶.

Pese a que no hubo variaciones respecto a la bonificación del 100 por cien de la cuota empresarial por contratación de personas con discapacidad en los CEE, desde su establecimiento en el año 1985, a partir de dicho año se observa un cierto caos respecto a las normas que regularon las bonificaciones. Sin derogar las normas anteriores la Orden de 21 de febrero de 1986, y la Orden de 15 marzo 1993⁵³⁷, vuelven a legislar, sin cambios, lo regulado en la Orden de 12 marzo 1985. Pero quizá dentro de esa sucesión de normas repitiendo lo que decían las anteriores, el año más destacable es 1994, puesto que además de volver a establecer lo mismo que el año anterior por medio de la Orden de 17 marzo 1994⁵³⁸, sólo cinco días después se dictó otra segunda Orden, de 22 de marzo de 1994⁵³⁹, en la que se establecían las bases reguladoras para la concesión de ayudas y subvenciones que no modificó lo establecido cinco días antes, aunque si añadió algunos nuevos requisitos formales para poder beneficiarse de ellas⁵⁴⁰.

⁵³⁵ BOE núm. 50, de 27 de febrero de 1986.

⁵³⁶ En este sentido ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PÉREZ, J., “Los incentivos laborales a la actividad ...”, *op. cit.* Pág. 316.

⁵³⁷ BOE núm. 67, de 19 de marzo de 1993.

⁵³⁸ BOE núm. 74, de 28 de marzo de 1994.

⁵³⁹ BOE núm. 87, de 12 de abril de 1994.

⁵⁴⁰ Requisitos como la obligación de presentar ante la TGSS “*por una única vez*”, los contratos de trabajo, los partes de alta en la Seguridad Social de los trabajadores discapacitados, y también el deber de acompañar los correspondientes certificados de discapacidad, de cada uno de los trabajadores que quisieran bonificarse.

Aun cuando no habían sido dictadas derogaciones expresas de unas órdenes a otras, y desde el año 1981 el legislador establecía una y otra vez la bonificación total de cuotas patronales para los CEE, la Orden de 17 de marzo de 1994, en su último párrafo estableció que “*serán de aplicación, en cuanto no se opongan o contradigan lo establecido en las disposiciones antes citadas, el Real Decreto 620/1981, de 5 de febrero, por el que se determina el régimen unificado de ayudas públicas a disminuidos, y la Orden de desarrollo de 5 de marzo de 1982*”. Esta, poco depurada técnica legislativa⁵⁴¹, parece dejar vigente las ordenes de los años 1984, 1985, 1986, 1993 y también incluso las dos de 1994.

Posteriormente a las normas del año 1994, todavía volvieron a reglamentarse las bonificaciones de los CEE en las Ordenes de 10 de abril de 1997⁵⁴² y de 16 de octubre de 1998⁵⁴³ en las que se establecieron las bases reguladoras para la concesión de las ayudas y subvenciones públicas destinadas al fomento de la integración laboral de los minusválidos en CEE. En este caso derogaron parcialmente la normativa anterior⁵⁴⁴ respecto de este empleo protegido, pero continuaban estableciendo la bonificaciones del 100 por cien de la cuota empresarial y manteniendo idénticas obligaciones que las ordenes que las precedían respecto a requisitos y documentación a presentar, por lo que el inmovilismo para el sector del empleo protegido podemos decir que es la cuestión más predominante de su técnica legislativa.

3.3.- Integración de los CEE en los programas de fomento de empleo generales: Real Decreto-ley 5/2006, para la mejora del crecimiento y del empleo.

El RD-Ley 5/2006⁵⁴⁵, de 9 junio de mejora del crecimiento y del empleo, surge como resultado del Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo de mayo de 2006⁵⁴⁶ que firmaron el Gobierno y los agentes sociales. Este RD-ley derogó todas las

⁵⁴¹ En este sentido GARRIDO PÉREZ, E., *El trabajo de minusválidos ... op. cit.* Pág. 74. Afirma: “... no puede por menos destacarse una imperfecta técnica legislativa, de vigencia y derogación de normas anterior”

⁵⁴² BOE núm. 91, de 16 de abril de 1997.

⁵⁴³ BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 1998.

⁵⁴⁴ La orden de 16 de octubre de 1998, derogó la Orden de 21 febrero 1986, en particular lo referido a las acciones destinadas al mantenimiento de puestos de trabajo en CEE, que entre sus ayudas contaba con la “*Bonificación del 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta.*”

⁵⁴⁵ BOE núm. 141, 14 junio 2006.

⁵⁴⁶ <http://www.la-moncloa.es/NR/rdonlyres/921C1B4E-CB4E-4110-A869-3E6E875C948C/75780/Acuerdoparalamejoradelcrecimientoydelemplo.pdf> Consultado el 16 de agosto de 2010.

referencias a las bonificaciones de las cuotas empresariales a la Seguridad Social⁵⁴⁷, y todas las disposiciones en materia de bonificación de cuotas se opusieran a lo dispuesto en él. Por primera vez se incluyó a los CEE dentro del marco genérico de los programas de fomento de empleo, siendo por lo tanto esta norma un hito importantísimo pues supuso la desaparición de una regulación específica para las bonificaciones de los CEE⁵⁴⁸ e incluso como se verá la desaparición de la bonificación de la totalidad de las cuotas patronales, aunque sólo duró seis meses y además se adoptó una medida con efectos retroactivos para hacer desaparecer los efectos de esa norma.

En un clima de fuerte crecimiento del empleo, el principal objetivo que se propuso el RD-Ley 5/2006, era el impulso de la contratación indefinida estable y la reducción de la segmentación en el mercado de trabajo⁵⁴⁹. Un loable intento de simplificar el sistema de bonificaciones que se encontraba disperso tanto normativamente, como en la multitud de cuantías y porcentajes de aplicación.

Este RD-Ley, pese a que tradicionalmente las bonificaciones de los CEE se habían regulado por normas específicas⁵⁵⁰, incluyó por primera vez las bonificaciones de los CEE dentro de un programa general de fomento de empleo⁵⁵¹. Además, también por primera vez, se aplicaron bonificaciones en base a los colectivos de personas a incentivar, sin distinguir los incentivos por el tipo de empleador. Se incentivaba así la contratación

⁵⁴⁷ La derogación afecta únicamente a las referencias a bonificaciones establecidas en esas normas, no al resto de la regulación contenida en ellas, “*Se ha introducido una regulación homogénea en materia de bonificaciones para la contratación de personas discapacitadas, que sustituye a la dispersa normativa existente con anterioridad*” Documento de la Comisión del Pacto de Toledo 2008, pág. 234, multicopiado.

⁵⁴⁸ En este sentido ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PÉREZ, J., “Los incentivos laborales a la actividad...”. *op. cit.* Pág. 316.

⁵⁴⁹ Comparecencias con relación al « Informe de Evaluación de los Resultados del Actual Sistema de Bonificaciones a la Contratación», a los efectos previstos en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre (BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2009), de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas. Por acuerdo de la comisión de trabajo e inmigración. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Núm. 47, de 23 de febrero de 2010. <http://www.congreso.es> Consultado el 26 de junio de 2010. Transcripción de la comparecencia del señor Subdirector General de Estrategias de Empleo del Ministerio de Trabajo e Inmigración (Prieto Prieto).

⁵⁵⁰ LUJAN ALCARAZ, J. “*El nuevo programa de fomento del empleo*” *op. cit.*, Pág. 6. Véase también FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., TASCÓN LÓPEZ, R., ÁLVAREZ CUESTA, H., y RODRÍGUEZ HIDALGO, J. G., *Los minusválidos en el mercado laboral: incentivos a su contratación y régimen jurídico de su prestación de servicios*. Universidad de León. León. 2004. Pág. 43.

⁵⁵¹ Aunque el RD-Ley 5/2006, en su art. 6, afirma “*Las bonificaciones previstas en este Programa no se aplicarán en los siguientes supuestos: a) Relaciones laborales de carácter especial previstas en el artículo 2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, u otras disposiciones legales*”, la continuada cita y desglose de las bonificaciones aplicables a los CEE, evidencia que dicha exclusión, que incluye a los CEE, es un error de técnica legislativa.

en función de la dificultad de la persona de acceder al empleo, en función del tipo de discapacidad, grado, sexo o edad. Una idea clara, innovadora pero que duró poco tiempo.

El artículo 2.2 dejó claro que su ámbito de aplicación se circunscribía a todos “*Los empleadores, incluidos los Centros Especiales de Empleo, que contraten indefinidamente a personas con discapacidad ...*”. Únicamente conservó para los CEE que pudiesen bonificarse cualquier tipo de contrato temporal y formativo de personas con discapacidad⁵⁵² y no únicamente los temporales de fomento de empleo y los fijos.

A excepción de la equiparación de los pensionistas a las personas con discapacidad, que ampliaba la población sobre la que realizar contratos con bonificaciones y subvenciones, las demás modificaciones operadas por este RD-ley fueron mal aceptadas por los CEE⁵⁵³. Pues la nueva norma, cambiaba una bonificación total de la cuota empresarial independientemente de cualquier circunstancia, por una bonificación parcial dependiente de un cálculo de tramos y tipos de contratos. Las plataformas de CEE se manifestaron en contra de esta nueva norma y los lobbies de presión ejercieron toda su influencia para que esta norma fuera modificada.

El cambio y la unificación de bonificaciones entre empleo ordinario y el protegido era y continúa siendo necesario. La modificación de las bonificaciones de trabajadores con discapacidades leves que trabajan dentro de los CEE continúa siendo ineludible si no se quiere que los CEE sean el único recurso laboral para las personas con discapacidad. Pero el RD-Ley 5/2006 frente a la casi inexistencia de excepciones en la aplicación de bonificaciones, abrió una maraña de casos excluidos que en algunos casos desincentivaban la transición de los trabajadores de los CEE hacia la empresa ordinaria.

A continuación se analizan las modificaciones realizadas en dicho RD-Ley.

3.3.1.- Nuevos beneficiarios.

El RD-Ley 5/2006 siguiendo los pasos del art. 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad⁵⁵⁴, equiparó los derechos laborales de las personas con una discapacidad igual o superior al 33 por cien con las de “*los pensionistas de la Seguridad*

⁵⁵² Con excepción de las exclusiones que trataré en este mismo punto.

⁵⁵³ Afirman ESTEBAN LEGARRETA y PÉREZ PÉREZ, que “*provocó la casi unánime contestación del sector de Centros Especiales de Empleo*”, en: “Los incentivos laborales a la actividad en centros especiales de empleo” *op. cit.* Pág. 319.

⁵⁵⁴ BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2003.

*Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad*⁵⁵⁵”.

Esta equiparación de derechos, que no beneficia, sino que perjudica a las personas con discapacidad, fue un cambio muy importante dentro de la legislación laboral española. Incluir esas situaciones administrativas dentro de la incentivación del empleo, tradicional, de las personas con discapacidad, junto con las regulaciones autonómicas de subvenciones a CEE, confunde dos situaciones distintas conceptualmente⁵⁵⁶.

Como se verá⁵⁵⁷ el RD 1368/1985 que regula la relación laboral especial de los trabajadores con discapacidad en los CEE, no ha sido modificado, por ninguna reforma legal. Esta RLE no incluye a los pensionistas, por lo que en la actualidad la equiparación existe a nivel de bonificaciones, pero no a nivel contractual.

3.3.2.- Modificaciones en el sistema de aplicación.

El RD-Ley 5/2006 causó “*conmoción*” en el sector, puesto que generaba “*inseguridad jurídica*” y “*desacuerdo*”⁵⁵⁸ en su finalidad integradora. Si partimos de la situación anterior⁵⁵⁹, se puede ver en primer lugar que modificó la exoneración total de pago de cuotas patronales por descuento del realizado sobre unas tablas de cantidades fijas, que se aplicaban de forma distinta en función del tipo de contrato firmado entre empresa y trabajador⁵⁶⁰, provocando con ello gran complejidad en su aplicación y fundamentalmente una discriminación frente a los salarios que superaban el SMI.

⁵⁵⁵ Art. 2.2. RD-Ley 5/2006 *in fine*.

⁵⁵⁶ Véase Capítulo I punto 6.1.- Equiparación legal de los derechos de la discapacidad al incapacitado laboral.

⁵⁵⁷ Véase Capítulo IV punto 7.- LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL.

⁵⁵⁸ Cito textualmente los adjetivos que muy acertadamente aplican ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PÉREZ, J., “Los incentivos laborales a la actividad ...” *op. cit.* Pág. 316.

⁵⁵⁹ Es necesario recordar que desde su origen, en la Orden de 27 de marzo de 1981, hasta el mes de junio de 2006, la bonificación aplicable en los CEE era del 100 por cien de la cuota empresarial, sin aplicación de exclusiones, excepto por impago de cuotas, por lo que se mantuvieron más de 25 años sin modificación alguna.

⁵⁶⁰ Art. 2.2 RD-Ley 5/2006 “*Los Empleadores, incluidos los Centros Especiales de Empleo, que contraten indefinidamente a personas con discapacidad tendrán derecho a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario por trabajador contratado, de 250 euros/mes (3.000 euros año) durante toda la vigencia del contrato. La misma bonificación se disfrutará en el supuesto de transformación en indefinidos de los contratos temporales de fomento de empleo de personas con discapacidad o de transformación en indefinidos de los contratos formativos suscritos con trabajadores con discapacidad....En el caso de que las personas con discapacidad sean contratadas mediante el contrato temporal de fomento de empleo la bonificación ascenderá a 183,33 euros/mes (2.200 euros/año), durante toda la vigencia del contrato*”.

3.3.2.1.- Complejidad en la materialización práctica.

Respecto de la complejidad de la aplicación del sistema de cuotas fijas, frente a la simplicidad de la aplicación de una bonificación porcentual sobre la cuota empresarial, que regía hasta la entrada en vigor del RD-Ley 5/2006, hay que recordar que dicha modificación afectó tanto a los CEE como a los empleos ordinarios⁵⁶¹, por lo que la queja de los CEE era extensible a todos los grupos bonificados.

El modelo consistente en bonificar sobre un porcentaje fue cambiado a cuantías fijas con tramos para todas las relaciones laborales, puesto que se entiende que los porcentajes sobre cuotas benefician más a los trabajadores de altos salarios⁵⁶². Finalmente se volvió a la bonificación porcentual original para los CEE, en cambio las relaciones ordinarias mantienen la modificación del año 2006 con tablas de cuantías fijas.

A parte de la crítica a la complejidad que parece acompañar a todas las novedades legislativas, lo cierto es que en esta ocasión el resultado económico era menos ventajoso que la situación anterior, y además se presentaba frente a un modelo simple⁵⁶³, que bonificaba el 100 por cien de las cuotas patronales, con independencia del tipo de contrato y de la jornada a realizar.

El nuevo sistema de bonificación diferenciaba entre el tipo de contrato, fijo, fomento de empleo o temporal y también distinguía en la aplicación en función del tipo jornada contratada, creando unos tramos en los que había que dividir la cantidad fija asignada en cuartas partes, en función de la jornada a realizar por el trabajador⁵⁶⁴, lo que hacía más ventajosa la contratación en las partes bajas de los tramos.

⁵⁶¹ Véase en este Capítulo el punto 3.3.- Integración de los CEE en los programas de fomento de empleo generales: Real Decreto-ley 5/2006, para la mejora del crecimiento y del empleo.

⁵⁶² AA.VV. PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T., VALDÉS DAL-RE, F. *La Reforma laboral ... op. cit.* Pág. 67.

⁵⁶³ ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PÉREZ, J., “Los incentivos laborales a la actividad...” *op. cit.* Pág. 318.

⁵⁶⁴ Art. 2.6 RD-Ley 5/2006. “En todos los casos mencionados en este artículo, cuando el contrato indefinido o temporal sea a tiempo parcial, las bonificaciones previstas en cada caso se aplicarán en las siguientes proporciones:

a) El 100%, cuando la jornada laboral sea igual o superior a las tres cuartas partes de la jornada habitual o a tiempo completo.

b) El 75%, cuando la jornada laboral sea igual o superior a la mitad de la jornada habitual o a tiempo

completo e inferior a las tres cuartas partes de dicha jornada.

c) El 50%, cuando la jornada laboral sea igual o superior a la cuarta parte de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a la mitad de dicha jornada.

d) El 25%, cuando la jornada laboral sea inferior al 25% de la jornada habitual o a tiempo completo”.

3.3.2.2.- Desincentivación de la promoción de los trabajadores.

Quizá la objeción más importante que se adujo frente a dicha norma, fue la falta de conexión entre el importe de la bonificación y la retribución del trabajador, debido a la limitación de la bonificación al SMI. Dicho límite podía afectar a la promoción económica de los trabajadores pues es una desincentivación para que el empresario aumente los salarios de sus trabajadores contratados⁵⁶⁵, ya que a partir de la publicación de la nueva norma, el empleador CEE, como en una empresa ordinaria, al subir el salario no sólo tenía que pensar en el coste directo de percepción del trabajador, sino que a este debía sumar también, el coste indirecto de cotización empresarial. Por ello, las posibilidades de aumento salarial disminuirían.

Respecto a esta argumentación hay que tener en cuenta dos factores: en primer lugar que *“en la mayoría de casos las retribuciones de los trabajadores con discapacidad no son altas⁵⁶⁶”*; y en segundo término que *“la aplicación de un porcentaje sobre la cotización beneficia a aquellas rentas salariales más elevadas, es decir, a aquellos trabajadores que en principio parece que podrían tener menos problemas de acceso al empleo”⁵⁶⁷*. Resulta por tanto evidente la motivación para limitar la bonificación de los salarios, y que se modificase la normativa para no bonificar la parte superior de las escalas salariales.

El legislador, en este RD-ley, para el caso que nos ocupa de personas con discapacidad en CEE, sustituyó la bonificación del 100 por cien de la cotización empresarial por un cantidad total anual de 3.000 euros⁵⁶⁸. Esta cantidad era la máxima a descontar de la cuota empresarial en un año, bonificando por lo tanto únicamente los

⁵⁶⁵ En este sentido, ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PÉREZ, J., “Los incentivos laborales a la actividad ...” *op. cit.* Pág. 317.

⁵⁶⁶ Ídem anterior. Pág. 318.

⁵⁶⁷ Comparecencias con relación al « Informe de Evaluación de los Resultados del Actual Sistema de Bonificaciones a la Contratación», a los efectos previstos en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre (BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2009), de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas. Por acuerdo de la comisión de trabajo e inmigración. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Núm. 47, de 23 de febrero de 2010. Transcripción de la comparecencia de la Sra. Directora del Departamento de Evaluación de la Agencia Estatal de Evaluación y calidad Doña Ana Ruiz Martínez. Consultado el 26 de junio de 2010. En el mismo sentido AA.VV. TOHARIA CORTES, L., *El efecto de las bonificaciones ... op. cit.* Pág. 118.

⁵⁶⁸ La bonificación genérica para los contratos indefinidos o eran los 250 Euros/mes (3.000€/año), si el contrato era temporal la bonificación bajaba a 2.200 euros y en caso de contratación de personas con especiales dificultades procedentes de enclaves laborales, ascendía a 3.300 euros.

salarios comprendidos entre el SMI⁵⁶⁹ y 693,50 euros⁵⁷⁰, estas son cuantías ligeramente superiores.

Es lógico pensar que hay que establecer límites a la bonificación de cotizaciones, pero también es cierto que la norma no debió cortar tan abajo. El cambio en la bonificación frenaba los aumentos salariales, puesto que además del coste salarial directo el empleador de CEE debía sumar las cotizaciones empresariales que excedieran del SMI, perjudicando la promoción económica de los trabajadores, sobre todo de aquellos con mayores dificultades a la hora de negociar salarios con el empleador⁵⁷¹.

Deben existir límites a la bonificación de algunos tramos salariales, y a mi juicio no se deben aplicar de manera indiscriminada bonificaciones, independientemente de las necesidades de apoyo. Se puede observar que en otras áreas del Derecho Laboral y de la Seguridad Social existen límites en las prestaciones⁵⁷², dichas cuantías se podrían aplicar de forma análoga y por ello no deberían bonificarse salarios por encima del doble o del triple del SMI, puesto que carece de sentido la bonificación de salarios elevados.

Pese a que los CEE fueron creados para dar empleo a personas con discapacidad que cumplan un doble requisito, de tener reconocida una discapacidad y que como consecuencia de ella tuviesen una disminución de su capacidad de trabajo⁵⁷³. Aunque sabemos que habitualmente no se cumple este segundo requisito, también tenemos

⁵⁶⁹ El SMI del año 2006 ascendía a 540,90 euros, junto con la prorrata de pagas extraordinarias sumaba una base de cotización de 631,05 euros.

⁵⁷⁰ Tomando como cotización empresarial a pagar el 30,9 por 100, la cuota empresarial a pagar resultaba un total de 194,99 euros si el trabajador percibía únicamente el SMI, en esas condiciones los costes de cotización se cubrían en su integridad pero no se cubría la totalidad de la cotización empresarial cuando el salario del trabajador era superior a 693,50 euros. Tampoco en salarios inferiores cuando los contratos eran temporales o en trabajos con más riesgos que los de oficina, por el aumento de los porcentajes de cotización.

⁵⁷¹ Es de destacar que este RD-Ley, la única referencia que hizo para distinguir tipos de discapacidad lo hace en el art. 1.2.2, ofreciendo 200 euros más al año sobre la bonificación genérica para quien contrate a trabajadores con especiales dificultades provenientes de enclaves laborales.

⁵⁷² El Fondo de Garantía Salarial cubre el impago de salarios hasta el doble del SMI, incluyendo la prorrata de pagas extras (Art. 33.1 ET y Art. 18 RD 505/1985 y RD 20/2012), en cifras cubre el impago de 1.510,50 euros al mes. Las prestaciones de desempleo tiene una cuantía máxima referenciada en el IPREM+1/6 multiplicado por 175% hasta 225% en función de las cargas familiares (Art. 211.3 LGSS y RDL 3/2004), en el año 2015 esta cuantía llega hasta un máximo de 1.397,84 euros al mes de prestación contributiva.

⁵⁷³ La STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social Sección 1ª) de 30 de octubre de 2008, entiende que conforme a la normativa los trabajadores de los CEE *“deben tener la doble condición de ser minusválidos y una disminución de su capacidad laboral en un porcentaje que les impide incorporarse al mercado d trabajo en condiciones de igualdad con otros trabajadores del sector”*. En el mismo sentido NUÑEZ GONZALEZ, C., *La integración laboral de las personas con discapacidad... op. cit.* Pág. 226.

constancia de que hay trabajadores con discapacidad en los CEE, que perciben salarios por encima de la cuantía máxima de bonificación.

Si el RD-Ley pretendía fomentar el empleo en los CEE, y animar a los empleadores a contratar de forma indefinida, los nuevos límites y dificultades de su aplicación, al contrario de lo pretendido, desincentivaban la contratación por lo que el “sector” de los CEE, fundamentalmente el sector lucrativo y las grandes corporaciones se manifestaron contrarios a dicha norma. El legislador aceptó dichas quejas y promulgó el RD 46/2006 en el que modificó muchas de las medidas establecidas en el RD-Ley 5/2006.

3.3.3.- Exclusiones.

Son destacables las exclusiones que estableció el RD-ley 5/2006, puesto que generaron mucha confusión, no sólo por sus defectos de forma sino también por su alejamiento de las necesidades de los CEE.

En primer lugar nos encontramos con un error en el art. 6.1, una falta grave de técnica legislativa, que excluyó de su aplicación a todas las relaciones laborales especiales previstas en el art. 2 ET, excluyendo con ello a los trabajadores con relación laboral especial de los CEE, aunque estos eran incluidos después explícitamente en otros artículos el 2.2 y 7 entre otros.

Dicho error es claramente una falta de atención del legislador, pero es posible que derive directamente de la similitud evidente, entre su artículo 6 que regula las exclusiones⁵⁷⁴, con lo dispuesto y aplicable en la Disposición Adicional Quinta de la Ley

⁵⁷⁴ **Artículo 6.** Exclusiones.

1. Las bonificaciones previstas en este Programa no se aplicarán en los siguientes supuestos:

a. Relaciones laborales de carácter especial previstas en el artículo 2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, u otras disposiciones legales.

b. Contrataciones que afecten al cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes tengan el control empresarial, ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las entidades o de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, así como las que se produzcan con estos últimos. No será de aplicación esta exclusión cuando el empleador sea un trabajador autónomo sin asalariados, y contrate a un solo familiar menor de cuarenta y cinco años, que no conviva en su hogar ni esté a su cargo.

c. Contrataciones realizadas con trabajadores que en los veinticuatro meses anteriores a la fecha de la contratación hubiesen prestado servicios en la misma empresa, grupo de empresas o entidad mediante un contrato por tiempo indefinido, o en los últimos seis meses mediante un contrato de duración determinada o temporal o mediante un contrato formativo, de relevo o de sustitución por jubilación.

No se aplicará lo establecido en el párrafo anterior en los supuestos de transformación de los contratos, en que se estará a lo previsto en los artículos 2.5, 3 y 4.2.

24/2001⁵⁷⁵. En dicha ley, del año 2001, no estaban incluidas las bonificaciones a los CEE, porque tal como se ha explicado anteriormente, los centros tenían una legislación de bonificaciones especial.

También en virtud de su art. 1.4, como error de técnica legislativa, quedaron excluidas de los beneficios de este RD-ley, la Administración del Estado y las Administraciones Autonómicas, así como las Entidades Locales y sus Organismos públicos, por lo que los CEE de titularidad pública hubiesen quedado excluidos de todo tipo de bonificaciones. Esta exclusión nunca se llegó a aplicar a los CEE públicos aunque no fuese un error tan claro como el anterior.

Tanto la exclusión de todas las relaciones especiales como la de la inaplicación de las bonificaciones a la administración pública, fueron corregidas por la Ley 43/2006.

Dentro de las exclusiones, que no eran errores técnicos, se excluyó de las bonificaciones a las siguientes contrataciones:

- a) las realizadas con trabajadores discapacitados que en los veinticuatro meses anteriores a la fecha de la contratación hubiesen prestado servicios en la misma empresa, si el contrato previo hubiese sido por tiempo indefinido, esto es aquellos trabajadores que hubiesen tenido un contrato fijo en un CEE y que lo hubiesen dejado por baja voluntaria para acceder a otro empleo no podían volver a su antiguo empleo con contrato bonificado,
- b) también se excluyó la bonificación de aquellos trabajadores discapacitados que hubiesen finalizado su relación laboral de carácter indefinido en otra empresa en un plazo de tres meses previos a la formalización del contrato, aunque dicha exclusión no se

Lo dispuesto en este apartado será también de aplicación en el supuesto de vinculación laboral anterior del trabajador con empresas a las que el solicitante de los beneficios haya sucedido en virtud de lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

⁵⁷⁵ En ella, se excluía la aplicación de las bonificaciones en los siguientes supuestos: “*Relaciones laborales de carácter especial previstas en el a) artículo 2.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, o en otras disposiciones legales.*

Contrataciones que afecten b) al cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, así como las que se produzcan con estos últimos.

Contrataciones realizadas c) con trabajadores que, en los veinticuatro meses anteriores a la fecha de la contratación, hubiesen prestado servicios en la misma empresa o grupo de empresas mediante un contrato por tiempo indefinido.

Lo dispuesto en el párrafo precedente será también de aplicación en el supuesto de vinculación laboral anterior del trabajador con empresas a las que la solicitante de los beneficios haya sucedido en virtud de lo establecido en el artículo 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Trabajadores que hayan d) finalizado su relación laboral de carácter indefinido en un plazo de tres meses previos a la formalización del contrato”.

aplicaba cuando la finalización del contrato hubiese sido por despido reconocido o declarado improcedente, o por despido colectivo, ni tampoco con los trabajadores que pasaban del CEE a una empresa ordinaria por medio de un enclave laboral.

Estas exclusiones que ya se aplicaban en las bonificaciones de las contrataciones de personas con discapacidad en las empresas ordinarias⁵⁷⁶, al ser asimiladas sin adaptaciones a los CEE, generaban imposibilidad de vuelta al centro de procedencia de aquellos trabajadores con discapacidad que utilizando la relación laboral especial como puente o medio de transición hacia el mercado ordinario, dejaban su empleo protegido y empezaban un nuevo trabajo. Si su contrato había sido indefinido en el CEE no podían volver a tener un contrato bonificado en el mismo CEE hasta pasados 24 meses y también impedía que el trabajador que decidió transitar a otro empleo, se arrepintiera y solicitara la baja voluntaria, puesto que no podían buscar trabajo en ningún CEE hasta pasados más de tres meses, si su contrato había sido indefinido, lo cual no era ningún aliciente para la transición de los trabajadores.

Si los trabajadores con discapacidad de los CEE fracasaban en su intento de transitar a las empresas ordinarias, se impedía la posibilidad de retorno al centro de origen, por el mayor coste que supondrían a la empresa ya que era imposible su bonificación. Este error no fue corregido por la primera redacción de la Ley 43/2006, que sustituyó al RD-Ley 5/2006, sino que se tuvo que esperar hasta la modificación operada por la Ley 27/2009 de 30 de diciembre⁵⁷⁷, para ajustar dichas exclusiones tal como más adelante se expondrá.

4.- SISTEMA DE INCETIVACIÓN ACTUAL: LA LEY 43/2006 PARA LA MEJORA DEL CRECIMIENTO Y DEL EMPLEO.

Seis meses después del RD- Ley 5/2006, de 9 de junio, se publicó la Ley 43/2006 de 29 de diciembre⁵⁷⁸ de mejora del crecimiento y del empleo, un nuevo programa de fomento del empleo, que entró en vigor el 31 de diciembre de 2006.

⁵⁷⁶ Ley 24/2001, de 27 de diciembre de medidas fiscales administrativas y de orden social (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2001). Disposición Adicional Quinta, c).

⁵⁷⁷ BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2009.

⁵⁷⁸ BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2006.

En este programa, que tomaba como base el anterior⁵⁷⁹ RD-Ley, se modificaron fundamentalmente las bonificaciones para la contratación de las personas con discapacidad⁵⁸⁰, cambiando el sistema de incentivos para la contratación indefinida para el año 2007 y siguientes, así como el sistema de bonificación de las contrataciones de personas con discapacidad por CEE, retornando a la antigua distinción que primaba la contratación de trabajadores con discapacidad por CEE frente a su contratación en empresas ordinarias.

Tras pequeñas modificaciones⁵⁸¹ del texto de la Ley 43/2006, se publicó la Ley 27/2009, de 30 diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas⁵⁸², que modificó sustancialmente las exclusiones de los contratos de los CEE, pretendiendo impulsar la empleabilidad de los trabajadores con discapacidad reformando algunos de los puntos conflictivos, fundamentalmente aquellos que frenaban el tránsito hacia el empleo ordinario. Su preámbulo justificaba estos cambios por la enorme incidencia que la crisis estaba teniendo sobre los CEE y sobre las perspectivas de creación y de mantenimiento del empleo de los trabajadores con discapacidad.

4.1.- **Beneficiarios.**

Al igual que hizo el RD-Ley 5/2006, la nueva Ley 43/2006 incluyó como beneficiarios de las bonificaciones por la contratación de personas con discapacidad a los pensionistas de la Seguridad Social con incapacidad permanente de total, absoluta o gran invalidez y a los pensionistas de clases pasivas con pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Pero a diferencia del anterior RD-Ley y de toda la normativa previa de bonificaciones, esta norma avanzó en la distinción entre discapacidades, para prestar mayor apoyo a quienes más lo necesitan, estableciendo distintos tipos de bonificaciones en función del tipo y del grado de discapacidad, reconociendo dentro de las discapacidad a quienes tienen mayores dificultades de acceso al empleo entre quienes sufren

⁵⁷⁹ La continuidad es visible además de en el desarrollo de la Ley, en las disposiciones derogatorias, puesto que la nueva Ley 43/2006, volvió a derogar toda la normativa de bonificaciones anterior a 2006, como hizo el RD-Ley precedente, pero sin derogar este.

⁵⁸⁰ En este sentido AA.VV. MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J. *Tratado práctico de derecho de la seguridad social... op. cit.* Pág. 587.

⁵⁸¹ La Ley 51/2007 de 26 de diciembre, el RD 1975/2008, de 28 de noviembre y el Real Decreto-ley 2/2009 de 6 de marzo, modificaron puntualmente la norma hasta la llegada de la ley 27/2009.

⁵⁸² BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2009.

discapacidades que califica como “*severas*”⁵⁸³ que son “*Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por 100*” y aquellas “*con discapacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65 por 100*”. Siguiendo el camino que inició el RD 290/2004, de 20 de febrero de enclaves laborales.

Hay que destacar que si este nuevo programa de fomento de empleo distingue entre tipos y grados de discapacidades, a la hora de incentivar económicamente la contratación de unos trabajadores sobre otros, tal como seguidamente se explicará, esta última distinción sólo se asigna a las empresas ordinarias y no es aplicable a los CEE, quienes tendrán la misma bonificación, con independencia del grado y el tipo de discapacidad de la persona a quien contraten. Este RD continuó además con la línea de exigir únicamente un mínimo de un 33 por cien de discapacidad para tener derecho a las bonificaciones en los CEE, sin solicitar, tal como requiere el RD1368/1985, “*una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje*”⁵⁸⁴.

4.2.- Bonificación de trabajadores con discapacidad en empleo ordinario.

4.2.1.- Cuantía.

Las cuantías de las bonificaciones para la contratación de personas con discapacidad en el empleo ordinario cambiaron 6 meses después de la entrada en vigor del RD-ley 5/2006, aumentando sensiblemente los importes. Se pasó de bonificar cuantías entre 2.200 hasta 3.200 euros en la norma anterior, a mejorar entre los 3.500 y 6.300 euros. Además, como se verá en el apartado siguiente se amplió otra vez hasta el 100 por cien la bonificación para los CEE.

Esta norma, que continúa vigente en la actualidad, aumenta la bonificación en función de la dificultad de encontrar trabajo del beneficiario, esto es del trabajador, y también modifica la ayuda según el tipo de contrato, otorgando menores cuantías a la contratación temporal sobre la indefinida. La Ley 43/2006 diferencia entre hombres y mujeres, bonificando más el empleo de estas últimas y separan a los menores de 45 años sobre los que han llegado a esa edad promocionando de una manera superior al grupo de los más mayores. Como novedad, añade una nueva categoría bonificable para las personas

⁵⁸³ Art. 2.2 a).

⁵⁸⁴ Art. 2.1 RD1368/1985.

con discapacidad severa, esta corresponde con la determinación que hizo el RD 290/2004 de enclaves, al referirse a personas con especiales dificultades de acceso al empleo⁵⁸⁵.

La norma entiende que no tienen la misma dificultad de encontrar empleo un hombre joven con una discapacidad leve que una mujer mayor con una discapacidad severa. Estas lógicas distinciones tienen su reflejo en las cantidades a bonificar, dando más ayuda al empleador ordinario que contrata a la persona con más dificultades de acceso al empleo, que a quien contrata a personas que lo tienen dicha dificultad añadida.

En el caso de contratación indefinida, tal como expone el art. 2.2, las bonificaciones, para toda la vigencia del contrato, oscilan entre 4.500 y 6.300 euros anuales, en función de la edad, sexo y tipo de discapacidad, distribuidas conforme el cuadro siguiente:

Sexo	Hombres	Mujeres	Hombres y mujeres
Edad	Menores de 45 años	Menores de 45 años	45 o más años
Con discapacidad general	4.500 €	5.350 €	5.700 €
Con discapacidad severa	5.100 €	5.950 €	6.300 €

Tabla 179 Cuantías anuales bonificadas en contratos indefinidos en función de sexo/edad/tipo de discapacidad

Por el contrario, tal como muestra la tabla siguiente, las contrataciones temporales, realizadas por medio de contratos de fomento de empleo a personas con discapacidad, están bonificadas con cantidades sensiblemente inferiores, aproximadamente unos 1.000 euros menos anuales que la bonificación indefinida, además distingue entre hombres y mujeres con 45 años o más. La diferencia entre el mínimo y el máximo bonificado son 1.800€ igual que en el caso de la contratación indefinida, pero tiene más tramos.

⁵⁸⁵ Véase Capítulo I, punto 6.3.- Consideración de persona con discapacidad con especiales dificultades de empleo. Están dentro de este grupo quienes tienen parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por cien y las personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65 por cien.

Sexo	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres
Edad	Menores de 45 años	Menores de 45 años	45 o más años	45 o más años
Con discapacidad general	3.500 €	4.100 €	4.100 €	4.700 €
Con discapacidad severa	4.100 €	4.700 €	4.700 €	5.300 €

Tabla 20 Cuantías anuales bonificadas en contratos temporales en función de sexo/edad/tipo de discapacidad

Las bonificaciones establecidas, en los casos en los que el coste porcentual de la cotización empresarial sea un 30,9 por cien, determinan en salarios máximos entre 1.050 y 1.450 euros esté bonificado el 100 por cien de la cuota empresarial, en función de las distintas variables de edad, sexo y tipo de discapacidad que se han desglosado con anterioridad. Para contrataciones temporales de personas con discapacidad, realizando el mismo cálculo, estaría bonificado el 100 por cien de la cuota empresarial en salarios máximos entre 810 y 1.250 euros, en función de las distintas variables explicadas.

Una de las críticas que se realizaba frente al RD-Ley 5/2006, era la escasa cuantía de las bonificaciones que establecía, puesto que mermaba las posibilidades de promoción económica de los trabajadores, al bonificar únicamente al 100 por cien salarios máximos de 693,50 euros. La nueva Ley 43/2006, aprobada seis meses después, corrigió dicha situación incrementando sensiblemente las cuantías salariales bonificables.

Teniendo en cuenta que las percepciones salariales de las personas con discapacidad, en especial las de quienes tienen dificultad de acceder a un empleo, no suelen ser altas. Se puede llegar a la conclusión que dichas cuantías bonificadas se acercaron a la realidad social necesaria para promocionar el empleo de las personas con discapacidad y su promoción económica y que el incremento de la cuantías bonificables que se produjo para el régimen general, hizo innecesaria la vuelta a la bonificación total que se dispuso para los CEE si se le hubiesen aplicado dichas tablas..

Quizá, la única crítica que se puede realizar a esta forma de fijar cuantías es su falta de adecuación al incremento del coste de la vida y de los salarios, puesto que se mantienen las bonificaciones establecidas en el año 2006, no habiendo sido modificadas

hasta la fecha de presentación de esta tesis. Dicho inconveniente sería solucionado simplemente actualizando anual o bianualmente las cuantías establecidas.

Por último, es importante tener en cuenta que para esta norma, el único tipo de contrato temporal bonificado para personas con discapacidad en empleo ordinario son los contratos de fomento de empleo, siguiendo la estela marcada por el RD-Ley 5/2006. Estos contratos temporales no necesitan causa justificativa pero su duración mínima debe ser de 12 meses, pudiendo prorrogarse por dos veces hasta un máximo de 36 meses.

4.2.2.- Bonificación en la contratación a jornada parcial

La Ley 43/2006, al igual que su predecesora, estableció en su artículo 7.2 que los contratos, indefinidos o temporales, cuando fuesen realizados a tiempo parcial, debían aplicar las bonificaciones previstas dentro de los cuatro tramos siguientes:

a) El 100 por cien, cuando la jornada laboral fuese superior a las tres cuartas partes de la habitual o a tiempo completo.

b) El 75 por cien, cuando la jornada laboral fuese desde la mitad hasta tres cuartas partes de la habitual.

c) el 50 por cien, cuando la jornada laboral se encontrase entre la cuarta parte y la mitad de la jornada completa.

d) el 25 por cien, cuando la jornada pactada fuese inferior a la cuarta parte de la habitual.

Dicha distribución por tramos no sólo tenía una complicada forma de expresión y de aplicación, sino que además beneficiaba a quienes contrataban dentro de las partes bajas de los tramos que quienes lo hacían por la parte alta, lo que provocaba injustificadas diferencias para similares contrataciones.

El Real Decreto-ley 2/2009, de 6 de marzo⁵⁸⁶ solventó dichos desajustes y su complicada aplicación, modificando dicha solución por una redacción más simple y efectiva: “*cuando el contrato indefinido o temporal sea a tiempo parcial, la bonificación resultará de aplicar a las previstas en cada caso un porcentaje igual al de la jornada pactada en el contrato al que se le sumarán 30 puntos porcentuales, sin que en ningún caso pueda superar el 100 por 100 de la cuantía prevista*”. Dicha modificación, no sólo

⁵⁸⁶ BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2009.

simplificó los cálculos sino que también promociona la contratación a tiempo parcial⁵⁸⁷, puesto que dichos contratos se pueden beneficiar de un hasta un 30 por cien más de bonificación que un contrato a jornada completa. Por ejemplo, con el mismo salario/hora se beneficiaría de la misma cuantía de bonificaciones un contrato con una jornada de un 76 por cien que uno a jornada completa, por lo que proporcionalmente la bonificación para el contrato a jornada parcial es mucho mayor.

4.3.- Recuperación de la bonificación íntegra para los CEE

Este nuevo programa de fomento del empleo modificó el anterior volviendo a la tradicional exclusión de pago de la cuota empresarial en la contratación de trabajadores con discapacidad en un CEE. Dando derecho a bonificaciones del 100 por cien de la cuota empresarial a la Seguridad Social, incluidas accidentes de trabajo y enfermedad profesional, así como las de recaudación conjunta. En resumen, se volvió a la situación que había antes de la publicación del RD-Ley 5/2006.

Es curioso comprobar cómo las bonificaciones de los CEE que se incorporaron en de un Programa General de Empleo por medio del RD-Ley 5/2006 para asimilarlas a las del empleo ordinario, tras las quejas de la patronal, finalmente acabaron por medio de la Ley 43/2006 reguladas de forma distinta. Manteniendo una bonificación porcentual frente a la de cuantía fija del resto del programa, e incluso con exclusiones específicas, esto es creando un sistema especial dentro del programa general.

Hay que observar que la diferencia de bonificaciones no únicamente se da por las cuantías fijas y los porcentajes, sino que también el empleo protegido puede bonificar todos sus contratos temporales, independientemente del tipo y la duración y en el empleo ordinario únicamente están bonificados los contratos temporales de fomento de empleo.

Entre la entrada en vigor del RD-Ley 5/2006 y la de la nueva Ley 43/2006, esto es el periodo comprendido entre 1 de julio y el 31 de diciembre de 2006, no quedó como un periodo donde los CEE tuvieron bonificaciones fijas sino que la Disposición Transitoria Primera de la Ley 43/2006 estipuló que se aplicarían las bonificaciones previstas en la nueva ley *“a los contratos de trabajo celebrados por los centros especiales de empleo, cualquiera que sea su titularidad, con trabajadores con discapacidad, entre*

⁵⁸⁷ En el Preámbulo de dicho RD-Ley 2/2009, se recoge la voluntad de impulso de la contratación a tiempo parcial por su *“estabilidad”*, y por sus ventajas de cara a una mejor conciliación de la vida laboral y familiar de cara al trabajador, también en aras de buscar una más adecuada organización del trabajo del empresario.

el 1 de julio de 2006 y la fecha de entrada en vigor de esta Ley, siempre que reúnan los requisitos establecidos en dicho artículo”.

Con el fin de “*tratar de paliar el daño*”⁵⁸⁸ que al parecer había causado la anterior ley se aplicó la retroactividad en la mejora de bonificaciones, y fue la TGSS quien impulsó de oficio la devolución de las diferencias en las cuotas correspondientes a los períodos ya ingresados.

Pese a que la Ley 43/2006 retrocedió en la forma de la bonificación de los CEE volviendo a la anterior formulación, su Disposición Adicional Cuarta⁵⁸⁹ se cuestiona el modelo de bonificación que acababa de revisar y explicita que este es un modelo sujeto a estudio y posibles revisiones, en base a dicha afirmación y a la necesidad del cambio, parte de la doctrina⁵⁹⁰ esperaba modificaciones, todavía no se han producido.

4.4.- Exclusiones.

La nueva ley modificó algunos de los errores más graves que se dictaron en el Real Decreto-Ley anterior. Estaban excluidas las bonificaciones a entidades públicas y la Ley 34/2006 por medio de una excepción a la exclusión, incluyó dentro de la aplicación de la norma las contrataciones de trabajadores con discapacidad cuando quien los contrate sea un CEE de titularidad pública⁵⁹¹, por lo que lógicamente, dichos CEE recibirán el mismo trato en cuanto bonificaciones que los de titularidad privada.

El segundo error cometido por la legislación anterior⁵⁹², también corregido en esta disposición, se refiere a la exclusión de las bonificaciones establecidas en el programa de fomento de empleo de las relaciones laborales especiales del artículo 2 del ET. La nueva ley dictó una excepción en la aplicación de esta exclusión, para las

⁵⁸⁸ En este sentido ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PÉREZ, J., “Los incentivos laborales a la actividad ...”. *op. cit.* Pág. 320.

⁵⁸⁹ “*El sistema de bonificación mediante porcentajes de las cotizaciones sociales por la contratación de personas con discapacidad por los centros especiales de empleo establecidos en esta Ley será de aplicación desde su entrada en vigor y hasta tanto no se adopte otra decisión en virtud de la evaluación a la que se refiere el apartado 2 siguiente, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 de la disposición transitoria primera.*

2. *El Gobierno y las Organizaciones sindicales y empresariales más representativas, incluidas las organizaciones del sector de la discapacidad, evaluarán el funcionamiento de las medidas que configuran el conjunto de las políticas de empleo de las personas con discapacidad, con la finalidad de determinar las políticas activas de empleo que se aplicarán en el futuro”.*

⁵⁹⁰ No es un tema cerrado para ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PÉREZ, J., “Los incentivos laborales a la actividad ...”. *op. cit.* Pág. 321.

⁵⁹¹ Art.1.4 Ley 43/2006: “*No se aplicará lo establecido en este apartado cuando se trate de la contratación de trabajadores con discapacidad por centros especiales de empleo de titularidad pública”.*

⁵⁹² Véase en este Capítulo el punto 4.4.- Exclusiones.

bonificaciones establecidas en la RLE, de los trabajadores con discapacidad que trabajen en CEE⁵⁹³.

Además de corregir estos dos graves errores se realizaron varias correcciones técnicas sobre lo dispuesto en el anterior programa de bonificaciones por medio de la Ley 51/2007⁵⁹⁴ y de la Ley 27/2009. Así el sistema de exclusiones se fue mejorando y adaptando a las necesidades de las personas con discapacidad.

4.4.1.- Exclusiones por cambio de trabajo y retorno .

En su primera redacción de la Ley 34/2006 dos exclusiones continuaban suprimiendo el beneficio de bonificar las contrataciones realizadas con trabajadores que en los veinticuatro meses anteriores a la fecha de la contratación hubiesen prestado servicios en la misma empresa, grupo de empresas o entidad mediante un contrato por tiempo indefinido y también excluía la bonificación cuando se realizasen contrataciones de trabajadores que hubiesen finalizado su relación laboral de carácter indefinido en otra empresa en los tres meses previos a la formalización del contrato, regulando estas dos situaciones en los apartados c) y d) del art. 6.

Estas dos exclusiones, que son lógicas para prevenir fraudes en las empresas ordinarias, carecen de sentido en los CEE⁵⁹⁵ puesto que una de las funciones más importantes del empleo protegido debería ser la integración en la empresa ordinaria, esto es la transición de un empleo a otro, y esta limitación generaba los siguientes inconvenientes:

a) En un primer momento la empresa a la que el trabajador con discapacidad quería “transitar” no podía beneficiarse de ninguna bonificación por contratar una persona con discapacidad. Esto se podía salvar cuando de forma no legal se “arreglase” un despido objetivo⁵⁹⁶ por parte del centro para facilitar el tránsito, y que el nuevo empresario tuviese derecho a una bonificación por contratar al trabajador proveniente del CEE.

⁵⁹³ Respecto de la RLE, véase el Capítulo IV punto 7.- LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL.

⁵⁹⁴ De 26 de diciembre. BOE núm. 310 de 27 de diciembre de 2007.

⁵⁹⁵ En este sentido ESTEBAN LEGARRETA y PÉREZ PÉREZ señalan que “*esta regulación presenta no pocos problemas a la hora de configurar la actuación de los CEE en su función integradora de los trabajadores con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo*” en: “Los incentivos laborales a la actividad en centros especiales de empleo...”, op. cit. Pág. 328.

⁵⁹⁶ Hay que tener presente, como se verá más adelante en el punto 4.4.5.- Extinción improcedente, de este Capítulo, que un despido improcedente de una persona con derecho a bonificación elimina una bonificación similar durante un año, por lo que el CEE no puede reconocer despidos improcedentes. Art. 6.2, Ley 43/2006.

b) Pero además, en caso de fracaso de la inserción por falta de adaptación del trabajador o de la empresa contratante, el CEE no podía ofrecer al trabajador un retorno en las mismas condiciones laborales, puesto que si el trabajador solicitaba baja voluntaria o extinguía, incluso en periodo de prueba su relación laboral en la empresa a la que había transitado, y no se había tenido la precaución de enmarcar dicha transición como una excedencia, el retorno se complicaba, puesto que el centro no podía bonificarse del nuevo contrato, impidiendo o al menos dificultando enormemente el retorno al centro de procedencia.

Las proposiciones no de ley de casi todos los partidos⁵⁹⁷, incluido el grupo del Partido Socialista (que era mayoritario en el Congreso y por lo tanto tenía la posibilidad de con su voto, modificar las órdenes del Ejecutivo) apuntaron durante todo el ejercicio 2009 a que se produciría un cambio en estas exclusiones que se materializó en la Ley 27/2009.

El artículo 7.2 de la ley 23/2009, modificó el apartado 3 del artículo 6, de exclusiones, de la ley 43/2006, añadiendo nuevas excepciones a las exclusiones establecidas, mejorando las transiciones y los retornos de trabajadores de CEE a empresas ordinarias o a otros CEE y también cualquier tipo de modificación de puesto de trabajo para aquellos trabajadores con discapacidades severas.

Por su importancia, tanto teórica como práctica los desarrollo a continuación:

4.4.2- Exclusión por cambio de trabajo.

La exclusión de la bonificación por la contratación de un trabajador que hubiese finalizado una relación indefinida, conforme la primera redacción del art. 6.3 continuaba con problemas para facilitar la transición hacia empresas ordinarias pero una vez modificada por el art. 7.2 de la Ley 27/2009, esta exclusión no es de aplicación en el *“supuesto de contratación de trabajadores con discapacidad procedentes de centros especiales de empleo, tanto en lo que se refiere a su incorporación a una empresa ordinaria ... o a otro centro especial de empleo”*⁵⁹⁸.

⁵⁹⁷ Proposición no de ley, de 20/03/2009 y de 13/10/2009. Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. Proposición no de ley, 01/06/2009. Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso. Proposición no de ley, 8/09/2009 Grupo Parlamentario Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa Els Verds en el Congreso. <http://www.congreso.es> Consultado el 13 de noviembre de 2009.

⁵⁹⁸ Continúa dicho apartado diciendo que *“Tampoco será de aplicación dicha exclusión en el supuesto de incorporación a una empresa ordinaria de trabajadores con discapacidad en el marco del programa de empleo con apoyo”*. Por lo que las personas con discapacidad que trabajen en empresas

El Gobierno, escuchando las voces que solicitaban una modificación para favorecer o al menos no entorpecer el tránsito de los trabajadores con discapacidad del CEE a la empresa ordinaria, reguló en el mismo artículo el posible retorno del trabajador a su antiguo CEE o a otro CEE, en caso de una transición fallida.

De una primera lectura se deduce que con esta nueva redacción queda clara la fase de transición a la empresa ordinaria, pero crea dudas interpretativas la aplicación de la bonificación de un trabajador indefinido que deja voluntariamente su CEE y pasa a otro CEE directamente, sin trabajar en empresa ordinaria. La redacción de la excepción del apartado 3, referida a la letra d), parece establecer dicha excepción para el tránsito hacia el mercado ordinario y el posible regreso al empleo protegido, pero si se pasa de un CEE a otro CEE, no existe tal tránsito, por lo que en un principio, no sería bonificable la contratación de un trabajador en un CEE que tenía un puesto fijo, en otro CEE hasta que no transcurriesen 3 meses, puesto que dicho cambio de empresa no es tránsito propiamente dicho y por lo tanto debería aplicarse la norma general que impide la contratación bonificada inmediata.

4.4.3- Exclusión por retorno.

Si un trabajador con discapacidad que tiene un contrato indefinido intenta transitar del CEE donde trabaja al empleo ordinario, la empresa que lo contrate podrá aplicarse las bonificaciones en función de lo establecido en la redacción del segundo párrafo del art. 6.3⁵⁹⁹ de la Ley 43/2006.

Si tenemos en cuenta el contexto subjetivo en el que la reforma se plantea, y observamos las razones esgrimidas por los grupos parlamentarios y por la doctrina, la modificación legal debía velar por la promoción de la transición del empleo protegido hacia el empleo ordinario.

Si al trabajador no le va bien en dicho empleo y quiere volver a su antiguo CEE, este no podrá volverse a bonificar esta contratación, excepto que sea un trabajador con una discapacidad severa, puesto que la inaplicación de la excepción de la letra d) del art.

ordinarias con contratos indefinidos, únicamente tendrán bonificada su contratación en otra empresa cuando el nuevo contrato esté incluido dentro de algún programa de empleo con apoyo.

⁵⁹⁹ “No obstante, la exclusión establecida en la letra d) del apartado 1 no será de aplicación en el supuesto de contratación de trabajadores con discapacidad procedentes de centros especiales de empleo, tanto en lo que se refiere a su incorporación a una empresa ordinaria, como en su posible retorno al centro especial de empleo de procedencia o a otro centro especial de empleo”.

6, regula que se aplicará a “*los trabajadores que hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido en OTRA empresa*”.

Esta situación es fácilmente corregible si el centro de origen tiene la previsión de conceder e informar a la TGSS que el trabajador causa baja por excedencia, pero para dar una mayor facilidad a las posibles entradas y salidas de los trabajadores de los CEE los autores LEGARRETA y PÉREZ⁶⁰⁰, entendieron que por medio de norma legal debería otorgarse la consideración de excedente para aquellos trabajadores que intentaran dicho tránsito de los enclaves a empleos ordinarios, asimilando la especial previsión del Real Decreto 290/2004⁶⁰¹, de enclaves laborales, que establecía esta posibilidad. Además los profesores apuntan que podría instrumentalizarse a través del establecimiento de una excedencia forzosa por vía contractual por medio del art. 45.1 a y b) del ET, para incentivar el tránsito al empleo ordinario. De esta forma los trabajadores de empleo protegido tendrían presente que ante un posible fracaso en la transición de empleo, su puesto de trabajo estaría reservado, por lo que habría menos miedo a afrontar dicho paso.

6.4.1.3- *Excepción a las exclusiones por cambio de trabajo y retorno*

Todas las exclusiones anteriormente descritas, no se aplican cuando existe sucesión de empresas conforme el art. 44 del ET, ni tampoco cuando la finalización del contrato hubiese sido por despido reconocido o declarado improcedente, o por despido colectivo ni tampoco en el supuesto de incorporación a las empresas colaboradoras de los trabajadores con discapacidad procedentes de enclaves laborales.

Pero existe otro supuesto de inaplicación de las exclusiones generales que pretende favorecer la empleabilidad de los trabajadores con discapacidades severas, favoreciendo su contratación a toda costa, puesto que establece que no se aplicarán en ningún caso las exclusiones de las letras c) y d) ni tan siquiera con las salvedades antes comentadas, en el caso de trabajadores con especiales dificultades para su inserción laboral⁶⁰². Así los trabajadores con parálisis cerebral, enfermedad mental o con

⁶⁰⁰ ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PÉREZ, J., “Los incentivos laborales a la actividad ...” *op. cit.* Pág. 328.

⁶⁰¹ De 20 de febrero de 2004. BOE núm. 45, de 21 de febrero 2004.

⁶⁰² Estima el mismo artículo, al igual la Ley de Enclaves Laborales que “A estos efectos, se considerará que existen dichas especiales dificultades cuando el trabajador esté incluido en alguno de los grupos siguientes:

a) *Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por 100.*

b) *Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por 100”.*

discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por cien, y aquellos con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por cien, no tienen ninguna exclusión de bonificación tanto en empleos ordinarios como en CEE.

Es de destacar que esta modificación realizada por la Ley 27/2009 es un avance porque reconoce diferencias dentro de la discapacidad y dota de una mayor protección a quien más lo necesita. Esta distinción es una continuación lógica de las diferencias de cuantías bonificables establecidas por la misma ley 43/2006 para el empleo ordinario y sigue la línea que empezó en el año 2004 el RD de creación de enclaves laborales, promocionando el empleo de personas con especiales dificultades de acceso al empleo.

4.4.4.- Transformación en indefinidos de contratos temporales.

La primera redacción de la Ley 43/2006 copia los supuestos bonificados de transformación de contrato que había establecido el anterior RD-Ley 5/2006 para las personas con discapacidad. Establece que los empleadores podían bonificarse la cotización de la seguridad social, en el supuesto de transformación en indefinidos de los contratos temporales de fomento de empleo y también la transformación en indefinidos de los contratos formativos realizados a personas con discapacidad ⁶⁰³.

Para las transformaciones de contratos en CEE ofrece una bonificación del 100 por cien y para las realizadas en el empleo ordinario ofrece cuantías deducibles entre los 4.500 y 5.100 euros/año por empleado, en función del tipo y grado de discapacidad de éste.

Aunque los supuestos de transformación pareciesen similares para el empleo ordinario y el protegido, no lo eran ni por la cuantía, ni tampoco porque los CEE, por las exclusiones antedichas, podían bonificarse por la contratación de personas que hubiesen finalizado una relación laboral temporal dentro de los veinticuatro meses anteriores. De esta forma si un CEE quería contratar de forma indefinida y bonificada a un trabajador con contrato temporal que no fuese de fomento de empleo ni formativo, únicamente debía dar de baja en la seguridad social al trabajador y al día siguiente proceder a realizar el alta con contrato indefinido bonificado al 100 por cien. De esta forma los centros tenían

⁶⁰³ Art. 2.21 Ley 43/2006 .

derecho a bonificarse algunos contratos transformados y los otros los bonificaba al realizar una baja y un alta indefinida.

Esta actuación realizada de forma habitual, se encontraba en una delgada línea cercana al fraude de ley, puesto que la norma no permitía todas las transformaciones. Pero ninguna norma más que las de bonificaciones obliga a novar contratos por medio de la figura de la transformación y el RD-Ley 5/2006 pretendía bonificar cualquier tipo de contrato realizado dentro de los CEE.

Esta situación pasó a mejorarse técnicamente a partir de la entrada en vigor de la Ley 27/2009, que por medio de su art. 7, modificó el art. 2.3 de la Ley 43/2006 permitiendo a los CEE la bonificación de los contratos de sus trabajadores, ampliando los supuestos de transformación de los contratos de manera que no queda ningún supuesto contractual previo a la transformación al margen de la bonificación⁶⁰⁴, y consagra de forma legal lo que de forma habitual ya se hacía en los CEE.

Es destacable que la normativa sobre bonificaciones continúa dejando fuera de esta posibilidad de transformación bonificada, a la mayoría de los contratos temporales celebrados en el empleo ordinario con personas con discapacidad.

4.4.5.- Extinción improcedente y falta de pago de cuotas.

4.4.5.1.- Exclusión por extinción improcedente.

Quedan excluidas de la aplicación de las bonificaciones durante un periodo de doce meses las empresas que extingan por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo a trabajadores con contratos bonificados, afectando dicha exclusión a tantos contratos como extinciones se produzcan.⁶⁰⁵

Esta exclusión, lógica dentro de una promoción de la estabilidad en el empleo, dificulta la extinción indemnizada y las salidas pactadas de los trabajadores. Hay que tener en cuenta que una vez superados los periodos de prueba, que para los peones en la mayoría de los convenios son 15 días, impiden la extinción de los contratos hasta la finalización del mismo, ello provoca en algunos casos extinciones prematuras dentro de los periodos de prueba, puesto que cuando todavía no se sabe si la persona contratada

⁶⁰⁴ En este sentido SEMPERE NAVARRO, A.V., Novedades normativas sobre Empleo y Desempleo. Análisis ejecutivos de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre. *Revista Aranzadi Doctrinal* Núm. 11. 2009. Pág. 16.

⁶⁰⁵ Art. 6.2 “*El periodo de exclusión se contará a partir del reconocimiento o de la declaración de improcedencia del despido o de la extinción derivada del despido colectivo*”.

puede desempeñar de forma correcta y eficiente su puesto de trabajo, se ha de tomar una decisión que perjudica al trabajador frente al riesgo de la equivocación, que podría afectar a la bonificación de otro trabajador durante 12 meses.

4.4.5.2.- *Exclusión por falta de ingreso.*

La falta de ingreso, dentro del plazo reglamentario de las cuotas de la Seguridad Social y de aquellos conceptos de recaudación devengados con posterioridad a la obtención de la bonificación o reducción de las cuotas, origina la pérdida automática⁶⁰⁶ de las bonificaciones de cuotas correspondientes a los periodos no ingresados en dicho plazo⁶⁰⁷. Esta exclusión no se encuentra dentro de la Ley 43/2006, sino en la Ley 13/1996, en su artículo séptimo que no ha sido derogada y tiene por lo tanto vigencia en la actualidad.

Los CEE que bonifican la totalidad de las cotizaciones de sus trabajadores con discapacidad, deben atender puntualmente al pago de los seguros sociales, puesto que el retraso en el pago de estos implica la pérdida de la bonificación de todos los trabajadores con derecho a ella y por lo tanto la pérdida de una de sus mayores ayudas para el empleo⁶⁰⁸.

4.5.- **Ajustes por medio de la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.**

El año 2012 se publicó la Ley 3/2012 de 6 de julio⁶⁰⁹ de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Esta Ley establece en su disposición adicional novena y décima, dos normas de apoyo al empleo de personas con discapacidad.

La primera es una bonificación del 100 por cien de las cuotas de los contratos de interinidad que sustituyan bajas por incapacidad temporal de trabajadores con discapacidad, sus puestos deben ser cubiertos por trabajadores con discapacidad desempleados, igualando por tanto en el empleo ordinario la bonificación de la que disfrutaban los CEE cuando realizan dichas sustituciones.

⁶⁰⁶ AA.VV. MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., “Tratado práctico de derecho de la seguridad social” ... *op. cit.* Pág. 586.

⁶⁰⁷ Ley 13/1996, art. 7.

⁶⁰⁸ Además de tener que abonar también el correspondiente recargo sobre todas las cuotas impagadas que habían sido bonificadas.

⁶⁰⁹ BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

La segunda medida, no relacionada directamente con las bonificaciones pero digna de mención por su incidencia en contratos bonificables, como los de formación; redactada en la disposición adicional décima, realiza una modificación del art. 11.2.e) del ET, establece que cuando el trabajador contratado para la formación sea una persona con discapacidad psíquica, la formación teórica podrá sustituirse, total o parcialmente, previo informe de los equipos multiprofesionales de valoración correspondientes, por la realización de procedimientos de rehabilitación o de ajuste personal y social en un centro psicosocial o de rehabilitación socio-laboral.

El problema más grave de aplicación es que dichos equipos multiprofesionales, mencionados ya en la LISMI en el año 1982, que estudiaré con amplitud en el punto 7.4. del Capítulo IV, todavía no existen, por lo que, o bien los informes los realizan los equipos de valoración, o bien más de treinta años después de la LISMI continúan dictándose normas que deberían beneficiar al colectivo de personas con discapacidad pero que al no existir dichos equipos su mención no genera ni derechos ni tampoco obligaciones.

4.6.- Comparativa entre bonificaciones de empleo ordinario y protegido.

Entiendo necesario cuantificar las ayudas en el sistema ordinario de trabajo y en el empleo protegido y compararlas, no sólo en términos teóricos, como se ha hecho a lo largo de este punto, sino monetizar las diferencias y utilizar de esta forma los mismos términos que utilizan las empresas para decidir constituir un CEE o emplear a personas con discapacidad en empleos ordinarios. De esta forma se evidenciará como está influyendo la actual situación legislativa en el crecimiento del empleo de personas con discapacidad en los CEE mientras se contrae en el mercado ordinario.

Puesto que la bonificación de un trabajador discapacitado en un CEE es de un 100 por cien de la cuota patronal, la cuantía bonificada para el ejercicio 2015, independientemente del grado y tipo de discapacidad, de si es hombre o mujer, contratado como fijo a jornada completa y en un puesto de oficina (por poner una cotización de accidentes baja), variará en función del sueldo que perciba.

Para un trabajador que cobra el SMI, la bonificación resultará como una ayuda para la empresa de 2.739,66 euros al año en bonificaciones. Para un mileurista puro, esto es un empleado que cobre aproximadamente catorce pagas de 1.000€ netos (tomando una retención de IRPF de un 5%), con una cotización aproximada de 1.320,67 euros, en este caso el CEE tendría una ayuda de 4.897,03 euros/año como ahorro de la cuota patronal.

Si se toma el caso de una persona que cotice por el tipo máximo de cotización, la ayuda que recibe el empleador asciende a 11.740,26 euros al año.

Estos datos significan que la contratación de una persona con discapacidad por medio de un CEE, puede tener un ahorro en costes de cotización para la empresa entre 2.739,66 euros y 11.740,26 euros en bonificaciones. Estas cifras son coste para la administración y son independientes de si el trabajador es joven o mayor, si es hombre o mujer o si su discapacidad es leve o severa, e incluso si la contratación es temporal o indefinida, pues la bonificación es siempre igual en el empleo protegido.

De forma diferente, la contratación de una persona con discapacidad en una empresa ordinaria, está condicionada al tipo y grado de discapacidad, a la condición de hombre o mujer del contratado y también a la edad de este. La cuantía mínima de ahorro para la empresa, es la misma en el empleo ordinario que para los CEE, un total de 2.739,66 euros, pero las cuantías máximas a descontar por la empresa pueden llegar hasta un máximo de 6.300 euros, sólo para el caso de contratar indefinidamente a un trabajador, hombre o mujer, mayor o igual de 45 años con discapacidades severas⁶¹⁰.

Por lo que el mismo mileurista cuyo coste de seguridad social para la empresa son 4.897,03 sólo estaría bonificado al completo, teniendo el mismo ahorro que un CEE en un contrato temporal si fuese una mujer, de 45 años o más, con una discapacidad severa. En todos los otros casos no llegaría al mismo ahorro que en empleo protegido. En el caso de que los salarios sean mayores que los del mileurista, para poder llegar a ayudas similares casi solo podría ser contratado de forma indefinida y tener alguna circunstancia especial. Pero en ningún caso ningún salario por encima de los 1300 euros líquidos estará íntegramente bonificado en el empleo ordinario pese a que se contrate a personas mayores de 45 años con discapacidades severas de forma indefinida.

Por lo que un empleador ordinario que contrate a una persona con que reúna objetivamente todas las problemáticas que dificultan el acceso al empleo, no se beneficiará de tantas ayudas como las que obtendrán los CEE por contratar a un hombre joven con una situación asimilada a la discapacidad, que no tiene problemas de acceso al empleo y cuya situación laboral de alta cualificación y/o productividad le permite obtener un salario alto.

⁶¹⁰ Véase la tabla 1 de este Capítulo punto 4.2.- Bonificación de trabajadores con discapacidad en empleo ordinario

Para frenar el efecto llamada de trabajadores de empleo ordinario hacia el protegido, las bonificaciones deberían ser iguales en ambos tipos de empleo ordinario, dejando las exclusiones específicas de los CEE para promover la transición y permitiendo la bonificación de todos los contratos temporales, pues se utilizan en muchas ocasiones para la formación de trabajadores.

Puesto que los centros especiales deberían ser subsidiarios al empleo ordinario únicamente deberían promocionarse para quienes tengan dificultades de acceso al mercado ordinario de trabajo. Al ser las bonificaciones uno de los incentivos más importantes que reciben los CEE y puesto que es una ayuda estatal, cambiando las bonificaciones actuales que los benefician muy por encima del empleo ordinario, la composición de los centros cambiaría. En un corto plazo dejarían de absorber trabajadores del empleo ordinario y a medio plazo junto con cambios en las subvenciones, que se deberían dar sólo para el colectivo de personas con discapacidades severas, llevarían a la transición de los trabajadores con discapacidades leves hacia el mercado ordinario.

5.- SUPUESTOS ESPECIALES.

5.1.- Bonificaciones para la ONCE.

El RDL 18/2011, de 18 de noviembre⁶¹¹ estableció en su artículo primero el derecho a una bonificación del 100 por cien para las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y también en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta, para todos los contratos de trabajo celebrados o que se celebren por la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), con personas con discapacidad, en cualquiera de las modalidades de contratación previstas en la legislación laboral y durante toda la vigencia de dichos contratos.

Establece expresamente la misma bonificación total en el supuesto de transformación en indefinidos de los contratos temporales de fomento de empleo de personas con discapacidad o de transformación en indefinidos de los contratos de duración determinada o temporales, incluidos los formativos suscritos con trabajadores con discapacidad.

⁶¹¹ BOE núm. 279 de 19 de noviembre de 2011.

Esta forma de bonificación, que tal como se explicita en la exposición de motivos es “*similar a lo que sucede con los CEE*”, es aún más beneficiosa que la que se aplica a estos. No sólo bonifica la cuota empresarial al 100 por cien, con independencia del nivel de retribución y de las necesidades de apoyo de la persona, sino que va un paso más allá y bonifica no sólo los contratos que se celebraran a partir de la entrada en vigor de la norma sino también a todos los contratos ya celebrados.

Es evidente por la redacción y por el resultado que esa norma de bonificación, que no se realizó para potenciar el empleo, pues incentiva contratos ya formalizados, sino que se dicta de conformidad con lo establecido en un acuerdo firmado entre el Gobierno y la ONCE, con la única finalidad de beneficiar a esta entidad⁶¹², dándole unas ayudas vitalicias adicionales a las que recibe en los presupuestos generales del Estado por medio de la caja de la TGSS.

Entiendo que técnicamente, no es correcta la utilización de fondos de la tesorería y medios de promoción laboral de personas con discapacidad para ayudar a una organización específica, pues para ello existen otros canales y otras formas de cooperación.

Es necesario tener en cuenta que los gastos de bonificación al personal que ya tenía contratado el grupo ONCE, repercuten directamente en la caja de la SS, y cuenta como si apoyaran la inserción del empleo de personas con discapacidad, cuando tal como establece la propia norma, dicha ayuda pretende “*la estabilidad financiera de dicha institución a largo plazo*”.

Esta situación como la de los CEE demuestra que en España la caja de la Seguridad social está beneficiando a empresas por medio de bonificaciones y no la contratación de trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo.

5.2.- El contrato de fomento del empleo en los CEE.

5.2.1.- Condiciones de contratación.

Los contratos de fomento de empleo regulados en la Disposición Adicional Primera de la Ley 43/2006, tienen una duración mínima de 12 meses y una duración máxima de 36, para la realización de actividades “*cualquiera que fuere la naturaleza de*

⁶¹² También es destacable en este acuerdo, la forma y el momento en el que se ratificó, pues se aprobó con forma de RDL en fecha 18 de noviembre de 2011, publicándose al día siguiente. Las elecciones generales, que cambiaron el gobierno, se celebraron el día 20 de dicho mes.

las mismas”. Esto es, nos encontramos ante un contrato temporal no causal, puesto que es un contrato de promoción de la contratación de personas con discapacidad que no necesita causa estructural o motivadora de la temporalidad, puesto que pretende facilitar al empleador la contratación de personas de dicho colectivo. En base a ello, los empleadores pueden contratar a un trabajador durante 36 meses seguidos sin causa formal y al final de dicha contratación extinguir el contrato y sustituir en dicho puesto a otro trabajador durante la misma duración, sucesiva e ininterrumpidamente.

El art. 2.2.4 de la Ley 43/2006 estableció las cuantías de bonificación en caso de contratación de personas con discapacidad mediante el contrato temporal de fomento de empleo, dichas cantidades se encuentran entre 3.500 y 5.300 euros⁶¹³ al año para los empleadores ordinarios.

5.2.2.- Posibilidad de contratación por medio de la modalidad de Fomento de empleo por los CEE.

Por el tipo de contrato, dedicado a la promoción de la contratación de personas con discapacidad, y el tipo de empleador, cuya finalidad última es la misma que la del contrato, podría interpretarse que dicha modalidad dentro de un CEE es un abuso de derecho o una aplicación redundante de la política a favor de la contratación de personas con discapacidad.

Además no se encuentra esta modalidad contractual dentro de las que hace referencia el art. 10 del RD 1368/2985 que regula la relación laboral especial, al que se refiere el art.15 del ET. Por estas razones los CEE no deberían contratar trabajadores por medio de la modalidad del contrato de fomento de empleo⁶¹⁴.

Pero esta modalidad de contratación, muy extendida dentro del empleo protegido, fue autorizada por la STS de 15 de julio de 2005⁶¹⁵, que determinó la licitud de dicha modalidad contractual en los CEE.

La Ley 43/2006 no determinó ningún requisito que excluyese este tipo de contratación dentro del empleo protegido y su Disposición Adicional Octava establecía la posibilidad que estos centros pudieran ajustarse a cualquier tipo de contratación prevista en la legislación laboral. Además la misma ley estableció en su art. 2.3, que los

⁶¹³ Véase la tabla 2 de este Capítulo punto 4.2.- Bonificación de trabajadores con discapacidad en empleo ordinario.

⁶¹⁴ STSJ Madrid de 3 de mayo de 2004. R. Supl. 456/2004.

⁶¹⁵ RCU 2495/2004.

CEE disfrutarían de la misma bonificación del 100 por cien de las cuotas empresariales “en el supuesto de transformación en indefinidos de los contratos temporales de fomento de empleo de personas con discapacidad”. Si se pueden transformar los contratos de fomento de empleo, es que los CEE pueden contratar al amparo de esa modalidad.

5.2.3.- Espiguelo de condiciones más beneficiosas.

Las bonificaciones establecidas para la modalidad contractual, son beneficiosas para los empleadores ordinarios pero no lo son tanto para los CEE que tal como se ha dicho anteriormente, en el art. 2.3 de la misma Ley 43/2006 estableció el 100 por cien de bonificación de la cuota empresarial para estos centros.

Afirman LEGARRETA y PÉREZ que los CEE no están excluidos expresamente del acceso a las bonificaciones específicas de los contratos de fomento de empleo, por lo que podrían disfrutar de ellas⁶¹⁶. Pero la bonificación total prevista para el empleo protegido, provoca que en la práctica, este incentivo de minoración de cuotas que genera este tipo de contrato de es utilizado únicamente por las empresas que no tienen la condición de CEE.

La cuestión estriba en que por medio de esta modalidad contractual, los CEE aprovechan su bonificación total y también se benefician de una contratación temporal, sin causa, que puede durar hasta 36 meses. La prolongada duración temporal y su falta de causa va ligada a la promoción de la contratación de personas con discapacidad, por ello entiendo que esta especialidad debería ser válida para las empresas ordinarias, puesto que los CEE ya tienen, o deberían tener, intrínsecamente unidos a su existencia dicha promoción de empleo.

La Disposición Adicional Octava permite a los CEE emplear con cualquier tipo de contrato, pero también les exige que lo hagan “de acuerdo con los requisitos establecidos en cada caso”, se podría entender que la contratación temporal por medio del contrato de fomento del empleo, determinaría la aplicación de dicha modalidad contractual, y obligaría a unas cuantías máximas de bonificación de la cuota empresarial. Teniendo en cuenta que el art. 7 de la misma Ley establece para el supuesto de concurrencia de bonificaciones en la contratación de un trabajador, que sólo será aplicable la opción respecto de una de ellas, correspondiendo el ejercicio de la opción al

⁶¹⁶ ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PÉREZ, J., “Los incentivos laborales a la actividad ...”, *op. cit.*, Págs. 315 y 316.

beneficiario de las mismas⁶¹⁷, dicha opción se realiza en la actualidad por parte de los CEE, optando por la bonificación total pero beneficiándose de una contratación pensada para la promoción del empleo de las personas con discapacidad fuera de los CEE.

En los casos de concurrencia de convenios colectivos, la jurisprudencia ha venido prohibiendo las actuaciones de los trabajadores o empresarios que pretenden elegir de cada uno de los convenios que les pueden ser aplicables lo que más les interesa en cada momento, denominando dicha actitud como “espiguelo” por realizar una selección de lo más provechoso de cada norma, olvidándose del espíritu de una norma en su aplicación conjunta.

Puesto que los CEE han sido creados específicamente para promocionar el empleo de personas con discapacidad y cuentan con ayudas específicas creadas para dicha promoción, el beneficiarse de la bonificación total que les ofrece su calificación como CEE y también aprovecharse de una modalidad contractual temporal de larga duración sin causa, debería considerarse espiguelo esta actuación, puesto que coge de cada artículo de dicha norma lo que más conviene.

Por tanto, esta situación debería estar prohibida y los CEE que pretendan contratar por medio de la modalidad de fomento del empleo deberían limitar sus bonificaciones a las cuantías establecidas en el art. 2.2, que son cantidades anuales nada desdeñables.

6.- VALORACIÓN DEL SISTEMA ACTUAL DE INCENTIVACIÓN DEL EMPLEO DE PERSONAS CON DISCAPACIAD POR MEDIO DE LAS BONIFICACIONES.

Si las bonificaciones pretenden la inclusión laboral de las personas, esto es sacarlas del desempleo y promocionarlas socialmente, la bonificación de trabajadores con salarios altos no es necesaria, por lo que debería aplicarse en todos los tipos de empleo, ordinario y protegido la bonificación de cuotas de cuantía fija anual.

En el empleo ordinario se incentiva la inserción de trabajadores con discapacidad, en función de las necesidades de apoyo de estos, primando con más cuantías a quienes dan trabajo a quien más difícil lo tienen. Esto no sucede en el empleo protegido, donde se bonifica por igual todas las contrataciones, tanto de quienes tienen dificultades de acceder al empleo, como de quienes tienen salarios altos.

⁶¹⁷ En este sentido AA.VV. MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J “*Tratado práctico de derecho de la seguridad social...*” *op. cit.*, pág. 591.

La única lógica de un empleo especial es dar oportunidades, por medio de un mercado protegido de trabajo, a quien no las encuentra en el mercado ordinario. Carece de sentido que precisamente dónde se debería fomentar el empleo para personas con discapacidades severas, la inclusión de estos trabajadores no esté incentivada de forma especial. Por ello a norma de bonificaciones totales a CEE debe ser corregida

En la actualidad en España hay dos tipos de empleadores tienen bonificaciones especiales por su condición jurídico/mercantil, los CEE y la ONCE, estos dos empleadores tienen mayores bonificaciones que el empleo ordinario y ello pueden, por lógica mercantil, atraer a más trabajadores con discapacidades leves, o inexistentes, por su capacidad de ofrecer salarios más altos a menor coste.

La bonificación del empleo protegido, debe estar incluida en los programas generales de empleo, para poder estudiar la promoción de empleo de las personas con discapacidad de forma conjunta con el régimen general y para comparar su promoción con el de otros colectivos. Además esta regulación unitaria, genera la visión de que el empleo protegido debe estar muy cerca del empleo ordinario. Incluso deberían tener las mismas cuantías bonificadas que el empleador ordinario, para no generar tránsito inverso, desde el ordinario hacia el protegido. Pero se deben regular condiciones específicas por medio de las exclusiones, para promover el tránsito hacia el empleo ordinario.

Las diferencias de trato en cuanto a prestación de ayudas para la promoción del empleo protegido no deberían realizarse por medio de bonificaciones de cuotas, sino por medio de las subvenciones para apoyar los gastos de los costes de los ajustes personales y sociales, apoyar el pago de los salarios, y para incentivar la creación de empleo estable, todo ello únicamente para trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo.

Si bien los límites actuales bonificados en el empleo ordinario se podrían trasladar al empleo protegido, puesto que no es correcto bonificar salarios altos, convendría revisar las bonificaciones establecidas por medio de cuantías fijas cada cierto número de años, puesto que en la actualidad continúan vigentes las establecidas en diciembre de 2006 y aunque el IPC desde esa fecha no se ha incrementado mucho deberían revisarse, al menos bianualmente, para que tengan una relación más directa con los salarios a bonificar.

CAPÍTULO IV. CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO.

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS.

Tras el estudio del marco general internacional, la exposición de los inicios del empleo protegido en España y la evolución de las políticas de incentivos laborales para la contratación de personas con discapacidad en el empleo ordinario, y su estancamiento en el protegido, es necesario realizar un estudio completo de este tipo de empleo, para comprobar si ha evolucionado, junto el fenómeno poblacional presentado en el primer capítulo, o si continúa anclado en un sistema que no corresponde con la realidad actual.

En primer lugar hay que determinar que la regulación del reglamento de los CEE y de la Relación Laboral Especial (RLE) es estatal, pero el desarrollo de estos centros se realizan en las comunidades autónomas, donde están los registros de los centros, por haber asumido todas ellas la descentralización de esta competencia.

Se realizará una delimitación conceptual y se desarrollarán las características de los CEE y tras ellos se apuntarán las diferencias con las figuras más cercanas al empleo protegido, desde recursos ocupacionales que forman parte de los servicios sociales, hasta el empleo con apoyo en el medio ordinario. Siempre tomando como base que el empleo ordinario debería ser el medio preferente, donde deberían desarrollar su trabajo las personas con discapacidad.

Se estudiarán los requisitos que se deben cumplir para acreditarse como CEE y las modalidades de centros que existen en la actualidad. Tratando de forma extensa la posibilidad de que estos centros sean titularidad, únicamente, de entidades sin ánimo de lucro, por ser una solicitud política de algunos sectores de la discapacidad.

Por último se desarrolla un estudio extenso sobre la relación laboral especial, puesto que debería ser una de las bases del empleo protegido. Examinando, no solo los contenidos que han sido desarrollados reglamentariamente, sino también observando con detenimiento la figura de los equipos multiprofesionales que deberían crearse como instrumento del desarrollo de una relación laboral realmente especial. También se investigará la obligación abstracta de transición al empleo ordinario, que deberá articularse reglamentariamente, si finalmente en España se vuelve a determinar, legislativamente, que el empleo ordinario es preferente sobre el protegido.

2.- MARCO NORMATIVO.

2.1.- Real Decreto 2273/1985, por el que se aprueba el reglamento de los CEE.

Mediante el RD 2273/1985 de 4 de diciembre⁶¹⁸, se aprobó el reglamento que regula el funcionamiento de los CEE. Surge con la idea formal de hacer posible que estos cumplan una determinada función social, para regular *“las especiales características de estos centros, racionalizar su estructura, determinar su carácter, objetivos, exigencias y financiación”*, y con el fin de establecer *“un código de relación entre ellos y las administraciones públicas”*⁶¹⁹.

Fija la obligación de que los CEE tengan estructuras y organizaciones similares a la empresa ordinaria, exigiendo que dispongan de servicios de ajuste personal y social, delimitando claramente los CEE de los CO y de los centros de educación Especial. El RD, reconoce la diferencia entre la titularidad de CEE públicos y privados y entre aquellos sin ánimo de lucro y las entidades mercantiles, así como establece la posibilidad de que sean titulares de los mismos también personas físicas y comunidades de bienes.

Este RD extingue los Centros de Iniciación Productiva⁶²⁰, que únicamente daban trabajo a personas con discapacidad intelectual, y en su Disposición Transitoria les insta a solicitar la conversión o transformación de la inscripción de que eran titulares en CEE. También obligó a adaptarse a los CEE preexistentes a la nueva normativa.

Es destacable que en su artículo primero, exige que la totalidad de la plantilla de los CEE debía estar constituida por trabajadores con discapacidad, excepto el personal no discapacitado imprescindible para el desarrollo de la actividad. Esta disposición no ha

⁶¹⁸ BOE núm. 294, de 9 diciembre de 1985.

⁶¹⁹ Preámbulo Real Decreto 2273/1985.

⁶²⁰Véase Capítulo II punto 2.1.3.2.- Centros Especiales de Iniciación Productiva.

sido alterada en su texto, pero la Ley 66/1997⁶²¹ modificó el art. 42 de la LISMI y, por lo tanto, por jerarquía normativa se cambió dicha obligación, estableciéndose un mínimo en plantilla del 70% de trabajadores con discapacidad⁶²².

2.2.- Legislación de las CCAA.

Debido al modelo descentralizado de administración pública española, se han ido traspasando competencias referidas a todas las materias y también al empleo desde la Administración Central hacia las Comunidades Autónomas. En la actualidad todas las autonomías han asumido las competencias sobre registro y gestión de CEE, habiendo sido la última la Comunidad Autónoma del País Vasco⁶²³, quedando por lo tanto únicamente por transferir estas competencias a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

Los traspasos de competencias a las CCAA de políticas de servicios de empleo se realizaron a partir de 1984 y finalizaron en el año 2010. Las CCAA continúan solicitando más competencias y más poder de decisión, y este hecho incide directamente sobre la realidad de la discapacidad, ya que influye en temas educativos, de servicios sociales, sanitarios, y por supuesto en el empleo⁶²⁴. Cada una de las comunidades conforme han ido asumiendo la gestión de los CEE, han creado Registros de estos centros para el control de dicha gestión y esta descentralización de registros, provoca una falta de datos estadísticos alarmante. Por ello, en el año 2008 la *“Estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012”*, para un mejor conocimiento estadístico del sector, pretendía crear un Registro estatal de CEE que permita conocer la

⁶²¹ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1997.

⁶²² Con el establecimiento del mínimo del 70%, por un lado no se obliga a que toda la plantilla tenga certificado de minusvalía por lo que parece a primera vista que baja la ratio de personal con discapacidad que debía ser del 100%, pero por otro lado no se deja abierto a la interpretación que se podía contratar a *“el personal no minusválido imprescindible”*, ya que la palabra *“imprescindible”* es un término jurídico indeterminado y podía llevar a muchos equívocos.

⁶²³ Sorprende, al menos a quien suscribe este trabajo, que la última comunidad autónoma que solicitó la transferencia de registro, control y gestión de los CEE sea la Comunidad Autónoma Vasca, puesto que además fue una de las comunidades que más hincapié realiza respecto de los temas de la descentralización de la administración, concretamente en materia laboral la conflictividad que ha tenido con el Gobierno Central relevante: entre otros, los siguientes procedimientos STS 18/1982, de 4 de mayo de Registro de Convenios Colectivos. Finalmente se traspasó por medio de Real Decreto 1441/2010, de 5 de noviembre, sobre traspaso de funciones y servicios a la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de ejecución de la legislación laboral en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación profesional para el empleo, que realiza el Servicio Público de Empleo Estatal.

⁶²⁴ *“(…) las políticas que tradicionalmente se han asociado con las discapacidad, son atribución de las Comunidades Autónomas, que con su poder de autodecisión ordenan y regulan esa porción de nuestra realidad social que llamamos discapacidad”*. CABRA DE LUNA, M.A., *“Tratamiento de la discapacidad en la legislación autonómica. Análisis de la legislación general y específica de las Comunidades Autónomas”*. En AA.VV. (Dir. DE LORENZO GARCIA. R. y PEREZ BUENO, L.C.), *Tratado sobre Discapacidad*. Aranzadi. Pamplona. 2007.

situación geográfica de los mismos y el sector de actividad al que pertenecen. Este registro no ha sido creado.

El Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero⁶²⁵, por el que se regulan los enclaves laborales, estableció que una vez transferida a las CCAA la gestión del ámbito del trabajo, el empleo y la formación, estas podían acomodar lo establecido en dicho RD a las particularidades derivadas de su organización propia, posibilitando la adaptación de dicha norma a la regulación específica de cada autonomía.

Por orden alfabético enumero a continuación la normativa de traspasos de funciones y de creación de Registros de CEE en las distintas comunidades, realizando un estudio más pormenorizado de la Comunidad Valenciana.

- **Andalucía:** El traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de Unidad Administradora del Fondo Nacional de Protección al Trabajo se realiza por el Real Decreto 1056/1984, de 9 mayo de 1984⁶²⁶.

El Registro de CEE está adscrito a la Dirección General de Cooperativas y Empleo de la Consejería de Trabajo y Seguridad Social, y se creó por la Orden de 29 julio 1985⁶²⁷.

- **Aragón:** El Real Decreto 567/1995, de 7 de abril⁶²⁸, traspa a la Comunidad Autónoma de Aragón, con efectos de 1 de mayo de 1995, diversas funciones y servicios en materia de empleo. Entre los programas de fomento de empleo asumidos en el citado traspaso, se encuentra el de integración laboral de personas con discapacidad en CEE.

El artículo 2, 2, g) del Decreto 82/2001, de 10 de abril⁶²⁹, del Gobierno de Aragón aprueban los Estatutos del Instituto Aragonés de Empleo en los que se atribuye a éste la calificación, registro administrativo y control de las subvenciones de los CEE

- **Asturias:** El Real Decreto 2087/1999⁶³⁰, de 30 de diciembre sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad del Principado de Asturias, establece en su apartado B.3 entre las funciones del Estado que asume la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, dentro de su ámbito territorial, los servicios y funciones necesarios para desarrollar los programas de apoyo al empleo, por

⁶²⁵ BOE núm. 45, de 21 febrero 2004.

⁶²⁶ BOE núm. 134, de 5 de junio y BO Junta de Andalucía núm. 75, de 10 de agosto.

⁶²⁷ BO Junta de Andalucía núm. 77, de 6 de agosto.

⁶²⁸ BOE núm. 111, de 10 de mayo y BO Aragón núm. 55, de 10 mayo.

⁶²⁹ BO Aragón núm. 48, de 25 de abril.

⁶³⁰ BOE núm. 22, de 26 de enero.

lo que se incluyen las funciones de calificación e inscripción de los CEE en el correspondiente Registro.

La Resolución de 17 abril 2000⁶³¹, crea el Registro de Centros Especiales de Empleo, adscrito a la Dirección General de Trabajo y Seguridad Laboral.

- **Canarias:** El Real Decreto 250/1985, de 23 enero⁶³², aprueba el acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias prevista en la disposición transitoria cuarta del Estatuto de Canarias, por el que se traspasan funciones del Estado en materia de la Unidad Administradora del Fondo Nacional de Protección al Trabajo a la Comunidad Autónoma de Canarias, entre ellos los de Registro de CEE y Empresas Protegidas.

El Decreto 111/1999⁶³³, de 25 mayo aprueba el Reglamento Orgánico del Instituto Canario de Formación y Empleo, en el cual en su artículo 4º apartado 3 se le atribuyen las funciones de Registro de CEE.

- **Cantabria:** Mediante el Real Decreto 1418/2001, de 14 de diciembre⁶³⁴, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Cantabria de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación, dicha comunidad asumió la gestión realizada por el INEM en materia de ayudas y subvenciones sobre fomento de empleo de trabajadores minusválidos.

Ley de la C.A. de Cantabria 1/2003⁶³⁵, de 18 de marzo, de creación del Servicio Cántabro de Empleo, estableció en el Anexo del Estatuto del organismo autónomo Servicio Cántabro de Empleo, en su artículo 3.2.f), la calificación, registro administrativo y gestión de las ayudas en relación con los CEE.

- **Castilla La Mancha:** Las competencias en la gestión de los programas de integración de personas con discapacidad en Centros Especiales de Empleo y trabajo autónomo, viene atribuida a la Consejería de Trabajo y Empleo por el Real Decreto 383/1995⁶³⁶, de 10 de marzo, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha en materia de Programas de Apoyo al Empleo.

⁶³¹ BO del Principado de Asturias núm. 106, de 9 mayo.

⁶³² BOE núm. 55, de 5 de marzo y BO Canarias núm. 31, de 13 marzo.

⁶³³ BO Canarias núm. 68, de 28 de mayo.

⁶³⁴ BOE núm. 313, de 31 diciembre y BO Cantabria núm. 5-Extraordinario, de 31 diciembre.

⁶³⁵ BO Cantabria núm. 58, de 26 de marzo de 2003 y BOE núm. 86, de 10 de abril de 2003.

⁶³⁶ BOE núm. 93, de 19 abril y DO Castilla-La Mancha núm. 24, de 12 de mayo.

- **Castilla y León:** El Real Decreto 832/1995, de 30 de mayo⁶³⁷, traspasó a la Comunidad de Castilla y León las funciones y servicios de la Administración del Estado en materia de programas de apoyo al empleo, entre los que se encuentra la gestión del Programa de Integración Laboral del Minusválido, incluyendo las funciones de Registro de Centros Especiales de Empleo.

La Orden de 3 enero 2001⁶³⁸, crea el Registro de Centros Especiales de Empleo de la Comunidad de Castilla y León.

- **Cataluña:** El traspaso de funciones por Real Decreto 1576/1991⁶³⁹, de 18 de octubre, de traspaso de funciones y servicios del Estado a la Generalitat de Cataluña en materia de programas de ayuda a la creación de nuevos puestos de trabajo, incluyendo funciones de registro y promoción del empleo autónomo e integración laboral del minusválido.

Mediante el Decreto 259/1991⁶⁴⁰, de 25 de noviembre, se asignó al Departamento de Bienestar Social las funciones y los servicios relativos a la integración laboral de las personas con disminución, entre ellos los de Registro de Centros especiales de empleo.

El Decreto 30/2009⁶⁴¹, de 24 febrero, de Reestructuración parcial del Departamento de Trabajo y del Departamento de Acción Social y Ciudadanía, traspasa la competencia sobre la gestión de los CEE de la comunidad catalana del departamento de bienestar social que gestionaba las ayudas, al departamento de empleo que desempeña a partir de ese momento las funciones de gestión y concesión de subvenciones.

- **Extremadura:** El Real Decreto 641/1995⁶⁴², de 21 de abril, traspasa a la Comunidad Autónoma de Extremadura las funciones y servicios de la Administración del Estado en materia de programas de apoyo al empleo, haciéndose expresa mención, respecto de los programas de apoyo a la integración laboral del minusválido a que la gestión de los distintos tipos de ayudas y subvenciones cuya competencia quedaba traspasada, incluía las funciones de registro.

⁶³⁷ BO Castilla y León núm. 160, de 6 de julio.

⁶³⁸ BO Castilla y León núm. 23, de 1 de febrero.

⁶³⁹ DO Generalitat de Cataluña núm. 1515, de 8 noviembre 1991.

⁶⁴⁰ DO Generalitat de Cataluña núm. 1529, de 13 diciembre 1991.

⁶⁴¹ DO Generalitat de Cataluña núm. 5328, de 27 febrero de 2009.

⁶⁴² DO Extremadura núm. 58, de 18 de mayo.

Mediante Decreto 95/1998, de 21 de julio⁶⁴³, la Junta de Extremadura crea un Registro de los Centros Especiales de Empleo, y por medio del Decreto 48/2004, de 20 abril⁶⁴⁴ se regula la inscripción en dicho registro.

- **Galicia:** Por medio del Real Decreto 1928/1984⁶⁴⁵, de 12 de septiembre, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de la Unidad Administradora del Fondo Nacional de Protección al Trabajo, se transfirieron a dicha comunidad autónoma las funciones y servicios inherentes a las competencias, estatutariamente asumidas, en materia de CEE, atribuyéndosele su ejercicio a la consejería competente en materia de trabajo por el Decreto 168/1984⁶⁴⁶, de 15 de noviembre.

El Decreto 200/2005⁶⁴⁷, de 7 de julio, tras la comprobación de que “Las sucesivas consejerías competentes en esta materia gestionaron el Registro Administrativo de Centros Especiales de Empleo aplicando sustancialmente el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, poniéndose de manifiesto con el transcurso del tiempo la necesidad de complementar sus previsiones mediante una norma que regule la organización y funcionamiento de aquél, para conseguir una mayor eficacia en la prestación del servicio público⁶⁴⁸” regula la autorización administrativa y la inscripción en el Registro administrativo de Centros Especiales de Empleo de Galicia, y su organización y funcionamiento.

Solicita el decreto regulador que deberán acreditarse tanto la adecuación de las personas con discapacidad que integren la plantilla y de los puestos de trabajo, determinando sus posibilidades de integración real y capacidad de trabajo, como que la entidad deberá contar con una estructura y organización empresarial propia, independiente y debidamente diferenciada de otras actividades del titular o de personas vinculadas por cualquier título a éste.

- **Islas Baleares:** El Real Decreto 99/1996⁶⁴⁹, de 26 de enero dispuso el traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de

⁶⁴³ DO Extremadura núm. 86, de 28 de julio.

⁶⁴⁴ DO Extremadura núm. 48, de 27 abril.

⁶⁴⁵ BOE núm. 265, de 5 de noviembre; rect. BOE núm. 288, de 1 diciembre 1984 y DO. Galicia núm. 235, de 7 de diciembre.

⁶⁴⁶ DO. Galicia núm. 225, de 23 de noviembre.

⁶⁴⁷ DO. Galicia 19 julio 2005, núm. 138; rect. DO. Galicia 2 agosto 2005, núm. 147.

⁶⁴⁸ Preámbulo.

⁶⁴⁹ BOE núm. 52, de 29 de febrero.

las Islas Baleares en materia de programas de ayudas para el empleo, incluyendo la gestión de las ayudas y de las subvenciones respecto de la integración laboral de las personas con discapacidad. La Comunidad Autónoma de las Islas Baleares asumió estos servicios y funciones por Decreto 32/1996⁶⁵⁰, de 7 de marzo.

- **Madrid:** Mediante el Real Decreto 933/1995⁶⁵¹, de 9 de junio, la Administración del Estado traspasó a la Comunidad de Madrid la gestión de determinados programas de ayudas y subvenciones y en particular el de integración laboral de minusválidos en CEE.

El Decreto 96/1997⁶⁵², de 31 julio regula el Registro de Centros Especiales de Empleo en la Consejería Economía y Empleo

- **Murcia:** En virtud del Real Decreto 374/1995⁶⁵³, de 10 de marzo, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en materia de cooperativas, calificación y registro administrativo de sociedades anónimas laborales y programas de apoyo al empleo, fueron transferidas las competencias de gestión, incluyendo las funciones de registro, de los distintos tipos de ayudas y subvenciones respecto del programa de «integración laboral de los minusválidos». Dichas funciones fueron aceptadas por la Administración Regional y atribuidas a la Consejería de Trabajo y Política Social por el Decreto 29/1995, de 5 de mayo.

Por medio de la Ley 1/2002⁶⁵⁴, de 20 marzo de Adecuación de los procedimientos de la Administración Regional de Murcia a la Ley 30/1992, se crea el Registro de CEE de la Comunidad de la Asamblea Regional de Murcia.

- **Navarra:** La transferencia de competencias a la Administración Foral se realiza por Real Decreto 1319/1997⁶⁵⁵, de 1 de agosto, se traspasan las funciones y servicios que ejercía el Instituto Nacional de Empleo en materia de formación profesional ocupacional, que se gestionará por el Gobierno de Navarra desde el 1 de enero de 1998.

- **Comunidad Valenciana:** El Real Decreto 4015/1982, de 29 de diciembre⁶⁵⁶, determinó las normas y el procedimiento de los traspasos de funciones y servicios del

⁶⁵⁰ BOCAIB núm. 35, de 19 de marzo.

⁶⁵¹ BOE núm. 164, de 11 de julio.

⁶⁵² BO Comunidad de Madrid núm. 189, de 11 de agosto.

⁶⁵³ BOE núm. 92, de 18 abril y BO Región de Murcia núm. 89, de 18 abril.

⁶⁵⁴ BO Región de Murcia núm. 73, de 30 de marzo y BOE núm. 128, de 29 mayo.

⁶⁵⁵ BOE núm. 235, de 1 de octubre y BO Navarra núm. 118, de 1 de octubre.

⁶⁵⁶ BOE núm. 25, de 29 enero y DO Generalitat Valenciana núm. 96, de 5 de marzo.

Estado a la Comunidad Valenciana. En virtud de este se estableció el Real Decreto 268/1985⁶⁵⁷, de 23 de enero, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad Valenciana en materia de la unidad administradora del Fondo Nacional de Protección al trabajo.

La Orden de 10 abril 1986⁶⁵⁸, crea el Registro de Centros Especiales de Empleo y en su disposición transitoria fija que los CEE “*inscritos en el Registro de la Unidad Administradora del Fondo Nacional de Protección al Trabajo, cuya sede y actividad radique en la Comunidad Valenciana, deberán solicitar su inscripción en el Registro mencionado en el Artículo primero de esta norma en el plazo de un mes desde la publicación de la presente Orden, cumpliendo los mismos requisitos exigidos para los de nueva creación*”.

La Generalitat Valenciana aprobó mediante la Ley 11/2003, de 10 abril⁶⁵⁹, el Estatuto de Personas con Discapacidad. Esta ley persigue abordar un enfoque jurídico integral de las necesidades de las personas con discapacidad.

Su capítulo VI dedicado a la integración laboral tiene una sección de inserción laboral en la que tras afirmar que se fomentará la inserción laboral en el mercado ordinario, declara que se fomentarán los CEE mediante ayudas para la creación y mantenimiento, así como que se dotarán ayudas para el transporte a los centros de los trabajadores con movilidad reducida o con discapacidad psíquica, fomentando también los enclaves laborales y el empleo con apoyo para conseguir la finalidad última de lograr mejorar las condiciones de vida de las personas con discapacidad y así obtener su integración socio-laboral.

Mediante el Decreto 279/2004⁶⁶⁰ de 17 de diciembre de 2004, fijó una regulación de medidas en los procedimientos de contratación administrativa y de concesión de subvenciones para el fomento del empleo de las personas con discapacidad, utilizando dos vías de integración laboral, la directa por medio de CEE y empleo con apoyo y la

⁶⁵⁷ BOE núm. 59, de 9 de marzo y DO Generalitat Valenciana núm. 243, de 15 de abril.

⁶⁵⁸ DO Generalitat Valenciana núm. 376, de 14 de mayo.

⁶⁵⁹ DO Generalitat Valenciana, núm. 4479, de 11 de abril; rect. DO Generalitat Valenciana núm. 4486, de 24 de abril.

⁶⁶⁰ DO Generalitat Valenciana núm. 4907, de 21 de diciembre.

transversal, por medio de la utilización de la contratación pública para fomentar la creación de empleo de personas con discapacidad⁶⁶¹.

En el Decreto se regulan distintos instrumentos para facilitar la integración laboral de las personas con discapacidad, obligando al cumplimiento de la cuota de reserva a quien contrata con la Generalitat y estableciendo la preferencia en la contratación administrativa de aquellas empresas superen el porcentaje mínimo de inclusión de personas con discapacidad.

Respecto de los CEE, el decreto en su art. 4 establece que se deberá reservar *“determinados contratos administrativos de obras, suministros o servicios a centros especiales de empleo o centros que desarrollen programas de inserción laboral de personas con discapacidad y a entidades sin ánimo de lucro que tengan por objeto la integración de personas con discapacidad”*, siempre que *“su finalidad o su actividad, de acuerdo con sus normas reguladoras, Estatutos o reglas fundacionales, tenga relación directa con el objeto del contrato”*

El Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, reformado por medio de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril⁶⁶², incluye varias menciones a las personas con discapacidad, ya en el Preámbulo y en su art. 11, declara como derechos de los valencianos aquellos reconocidos en la Carta Social Europea⁶⁶³, y por lo tanto, su impulso del empleo protegido, recogido en el art. 15.2 de la Carta, que fija que cuando no fuera posible el empleo ordinario a causa del origen de la discapacidad se deberán crear empleos protegidos, atendiendo al grado de discapacidad de cada una de las personas.

Establece en el art. 13 que las actuaciones de la Generalitat se centrarán en *“la no discriminación y derechos de las personas con discapacidad y sus familias a la igualdad de oportunidades, a la integración y a la accesibilidad universal en cualquier ámbito de la vida pública, social, educativa o económica”*. Más adelante en el art. 16.1 dispone también el derecho a las prestaciones públicas necesarias y la integración socio-profesional, así como que se procurará la integración de estas *“por medio de una política de igualdad de oportunidades, mediante medidas de acción positiva”* y el art. 55 instaura la competencia exclusiva de la Generalitat Valenciana en las *“Instituciones públicas de*

⁶⁶¹ Ver CABRA DE LUNA, M.A. “Tratamiento de la discapacidad en la legislación autonómica...” *op cit*, pág. 723.

⁶⁶² BOE 86/2006 de 11 de abril.

⁶⁶³ Véase Capítulo II, punto 1.2.7.- Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad de Nueva York.

protección y ayuda de menores, jóvenes, emigrantes, tercera edad, personas con discapacidad y otros grupos o sectores necesitados de protección especial, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación.”

- **La Rioja:** En virtud del Real Decreto 946/1995⁶⁶⁴, de 9 de junio, se realiza el traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de La Rioja, en materia de trabajo. El Real Decreto 1379/2001⁶⁶⁵, de 7 de diciembre, traspasó a la Comunidad Autónoma de la Rioja la gestión realizada por el INEM en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación, entre ellas, la concesión de las ayudas y subvenciones sobre fomento de empleo de los trabajadores minusválidos.

- **País Vasco:** Mediante el Real Decreto 1441/2010, de 5 de noviembre⁶⁶⁶, sobre traspaso de funciones y servicios a la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de ejecución de la legislación laboral en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación profesional para el empleo, que realiza el Servicio Público de Empleo Estatal se transfirieron entre otras, las funciones ejecutivas en materia de integración laboral de las personas con discapacidad y la calificación de los CEE y su registro. En particular, y en relación con la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad, la resolución sobre la declaración de excepcionalidad y las medidas alternativas a adoptar, así como su seguimiento.

2.- CONCEPTO.

La definición básica que establece el legislador en el artículo 41 de la LISMI, y que posteriormente utiliza en el artículo primero del RD 2273/1985 es la siguiente: “... *son aquellos, cuyo objetivo principal sea el de realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones del mercado, y teniendo como finalidad el asegurar un empleo remunerado y la prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores minusválidos; a la vez que sea un medio de integración del mayor número de Minusválidos al régimen de trabajo normal”*

El art. 43 de la LGPDIS los define de forma muy similar a como lo hizo la LISMI: “*son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como*

⁶⁶⁴ BO de la Rioja núm. 87, de 13 de julio y BOE núm. 160, de 6 de julio.

⁶⁶⁵ BOE núm. 308, de 25 de diciembre; rect. BOE núm. 13, de 15 de enero de 2002 y BO. La Rioja núm. 155, de 27 de diciembre.

⁶⁶⁶ BOE núm. 277, de 16 de noviembre de 2010.

finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario”

Por otro lado la doctrina realiza otras definiciones, como NUÑEZ GONZALEZ⁶⁶⁷ “*son aquellos en los que su principal objetivo sea el de realizar un trabajo productivo, obligados como están a realizar una gestión sujeta a las mismas normas y requisitos que los que afecten a cualquier empresa del sector a que pertenezcan*” o el interesante resumen que hace CABRA DE LUNA⁶⁶⁸ de la definición de CEE como “*aquellos, cuyo objetivo sea el de realizar un trabajo productivo, teniendo como finalidad el asegurar un empleo remunerado y las prestaciones de servicios a de ajuste personal y social a trabajadores con discapacidad*”.

En mi opinión, un concepto más evolucionado y comprometido debería ser similar a este: entidad insertada dentro del mercado productivo, que se dedica a contratar mayoritariamente a personas con especiales dificultades de acceso al empleo ordinario, para que sus trabajadores, por medio de la prestación del trabajo como asalariados consigan un mejor posicionamiento para integrarse en la sociedad y en la empresa ordinaria.

3.- PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS.

Tomando como base la definición legal de los CEE establecida en tanto en el reglamento de CEE, RD 2273/1985, como en la que realiza la actual LGPDIS, podemos desglosar cinco rasgos característicos que ahora enumero y se amplían a continuación: el primero se refiere a la productividad del empleado y de la entidad, la segunda característica determina que el empleo sea remunerado, la tercera se refiere a la prestación servicios de ajuste personal y social, la cuarta afecta al tipo de trabajo ya que el empleo debe ser un medio de integración al mercado ordinario de trabajo y la última característica es la obligación de que la plantilla del centro esté integrada fundamentalmente por personas con discapacidad.

⁶⁶⁷ NUÑEZ GONZALEZ, C., *La integración laboral de las personas con discapacidad: Régimen jurídico*. Escuela Libre Editorial. Madrid. 2000. Pág. 223.

⁶⁶⁸ CABRA DE LUNA, M. A. “Tratamiento de la discapacidad en la legislación autonómica. ...” *op. cit.* Pág. 1189.

3.1.- Realización de un trabajo productivo y participación regular en operaciones de mercado.

Esta característica que se refiere a la productividad de los CEE, se centra en que el trabajo que realice el empleado sea útil y que el producto de dicho trabajo sea comercializado por el empleador, por lo que se puede dividir a su vez en dos características⁶⁶⁹, la referida al empleado: rendimiento y utilidad y la referida al empleador: la participación en operaciones de mercado ofreciendo los bienes y servicios que producen sus trabajadores.

Desde el enfoque del trabajador, este tiene que realizar trabajos productivos, no trabajos ocupacionales o de formación y desarrollo personal, sino que tiene que desarrollar una labor que beneficie al empleador y que sea útil en el mercado.

Desde el punto de vista de la entidad CEE, esta tiene la obligación de participar regularmente en operaciones de mercado, no pudiendo únicamente ser creada para formar a sus trabajadores o simplemente para beneficiarse de las subvenciones que recibe del Estado⁶⁷⁰. Debe el CEE, mantener relaciones mercantiles de forma estable, desarrollando operaciones comerciales, y cualquier otra actividad productiva que llevan a cabo las demás empresas ordinarias⁶⁷¹.

Hay que tener en cuenta que actualmente, una de las características y fines de los CEE debería ser hacer de puente hacia la empresa ordinaria para sus trabajadores, por lo que estos deben realizar en ellos trabajos productivos, de esta forma se preparan dentro de un entorno protegido, para trabajar en el mercado ordinario.

El art. 9 del RD 2273/1985 establece que los CEE, están obligados a realizar una gestión sujeta a las normas y requisitos que afecten a cualquier empresa del sector a que pertenezcan, por lo que sus trabajadores deben realizar labores en las que se produzcan bienes o servicios que puedan ser comercializados. El mismo RD, establece en su art. 2, que “*su estructura y organización se ajustará a los de las empresas ordinarias*”,

⁶⁶⁹ VILLA FERNANDEZ, N., *La inclusión progresiva de las personas con discapacidad intelectual en el mundo laboral (1902-2006)*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 2007. Pág. 439, también ÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M., SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, J. M., *Los trabajadores discapacitados. Contratación, incentivos, centros especiales de empleo, prestaciones sociales, fiscalidad*. Cisspraxis. Valencia. 2000. Pág. 112.

⁶⁷⁰ El caso más extremo, encontrado y documentado en esta investigación, ha sido el de la Sentencia nº 145/2002 de 26 de noviembre, de la Audiencia Provincial de A Coruña en el que se condena a los acusados del delito de crear un CEE falso, con la única finalidad de cobrar subvenciones.

⁶⁷¹ En este sentido SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M., SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, J. M. *Los trabajadores discapacitados... op. cit.* Pág. 112.

perfilando como una de las características más importantes que definen a los CEE, la obligación de estos de parecerse lo más posible a una empresa ordinaria, que realiza transacciones mercantiles con los resultados de la producción de los trabajadores.

El Gobierno pretendiendo promover los CEE, los dotó de subvenciones y bonificaciones que debían establecer compensaciones económicas destinadas a la viabilidad de los CEE, en base a la probable menor productividad de los trabajadores.

Los centros no pueden basar sus ingresos únicamente en la habilidad de sus gestores de “extraer” fondos de la administración sino que sus resultados deben ser óptimos sean positivos por los trabajos que ofertan al exterior. La administración aconseja que la gestión de los “*centros debería estar en manos de profesionales cualificados*” y se solicita que el centro funcione como una mercantil y sea gestionado como una empresa, para ser rentable⁶⁷².

Es obligatorio por ley y beneficioso para la integración social, que los CEE produzcan como cualquier empresa ordinaria, con la calidad y plazos de entrega de bienes o de prestación de servicios, equiparable a los que prestan las empresas del sector en el que se desarrolle su trabajo. De forma contraria no deberían ser viables y lo que es peor transmitirían una mala imagen de las personas con discapacidad que trabajan en ellos, la mala calidad del producto o la incompetencia en el respeto de los plazos pactados, puede ser asimilada por los perceptores de sus servicios como el resultado pobre, de quien no lo puede hacer mejor, siendo falsa esta afirmación.

3.2.- Empleos remunerados.

Uno los presupuestos sustantivos del trabajo por cuenta ajena es la remuneración. Los CEE deben sustituir a la empresa ordinaria en las relaciones laborales con los trabajadores con discapacidad cuando estos no se pueden incorporar a aquellas, por lo tanto, las relaciones que mantenga el empleador con su trabajador, pese a la especialidad, son laborales y por cuenta ajena. Por lo que los empleadores deberán proporcionarles una remuneración por su trabajo, además de tener la obligación de cotizar por lo pagado,

⁶⁷² UNIÓN SINDICAL DE MADRID REGIÓN DE CCOO Dir. DEL RIO, D., Responsable del estudio RUBIO ARRIBAS, F.J., *Aproximación Sociolaboral al Empleo Protegido: Los Centros Especiales de Empleo*. Ediciones GPS. Madrid. 2003.

Esta es una de las diferencias que los CEE tienen con los CO o los CRIS⁶⁷³ en los que los trabajos son ocupacionales y donde las entidades titulares no tiene obligación de remunerar a la persona con discapacidad por los trabajos o actividades que allí se puedan realizar.

El trabajo en un CEE está configurado como laboral, y la remuneración se encuentra intrínsecamente incluida en el empleo productivo por cuenta ajena según el art. 1 del ET que considera dentro de su ámbito de aplicación a los “*trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos*”.

3.3.- Prestación de servicios de ajuste personal y social.

Los CEE deben prestar servicios de ajustes personales y sociales, estos servicios deben apoyar la incorporación al centro de los trabajadores con discapacidades severas, así como hacer frente a las dificultades que pueden tener para permanecer y progresar en los empleos que han logrado. Los CEE están configurados de manera que deben estar unidas, tanto la simple explotación empresarial del negocio, como las actividades propias de un servicio social⁶⁷⁴.

Los CEE son centros de trabajo, no de servicios sociales, insertos en el mundo laboral deberían ser un punto intermedio entre la desocupación y el empleo ordinario. Por eso al mismo tiempo deben cumplir dos objetivos: asegurar un empleo remunerado y, prestar los servicios de ajuste personal y social que requieran los trabajadores con discapacidad⁶⁷⁵.

En el Real Decreto 2273/1985, se definen por primera vez los servicios de ajuste personal y social como los de “*rehabilitación, terapéuticos, de integración social, culturales y deportivos que procuren al trabajador minusválido del Centro Especial de Empleo, una mayor rehabilitación personal y una mejor adaptación en su relación*

⁶⁷³ Ver CO y CRIS en este Capítulo punto 4.- DELIMITACIÓN DE FIGURAS AFINES A LOS CEE.

⁶⁷⁴ ESTEBAN LEGARRETA, los denomina “servicio social impropio” en: “La relación laboral especial. Algunas cuestiones...” *op. cit.* Pág. 83.

⁶⁷⁵ GARRIDO PEREZ, entiende que los servicios de ajuste personal y social deben formar parte de la estructura organizativa del CEE, y que la desatención de los ajustes personales o sociales afectarían a la finalidad de los CEE, puesto que son uno de los pilares de la relación laboral especial. A mi juicio esta interpretación está más fundamentada que la sostenida por SÁNCHEZ-CERVERA, en la que se cuestiona como elemento configurador de los CEE la obligatoriedad de prestar servicios de ajuste personal y social, entendiendo como tales la mera prestación de servicio remunerado por cuenta ajena. Por la primera postura GARRIDO PÉREZ, E., *El trabajo de minusválidos...* *op. cit.* Pág. 51, por la segunda SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M., SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, J. M. *Los trabajadores discapacitados...* *op. cit.* Págs. 112 y 113.

social". La misma definición se incorporó posteriormente al párrafo segundo del artículo 42 de la LISMI, tras la reforma realizada por la Disposición Adicional 39.2 de Ley núm. 66/1997, de 30 diciembre. Se vuelve a reproducir de idéntica forma en el art. 4 de la Orden de 16 de octubre de 1998, en la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas y subvenciones en el fomento de la integración social de los minusválidos⁶⁷⁶.

La LGDPDIS modificó el ámbito de los ajustes personales eliminando las labores de rehabilitación y terapéuticos que constaban en la LISMI, pero su art. 43.2 segundo párrafo, continúa estimando que los CEE deben prestar servicios a sus trabajadores que les ayuden "*a superar las barreras, obstáculos o dificultades*" que encuentren "*en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo*". Y establece que también deberán prestar servicios "*dirigidos a la inclusión social, cultural y deportiva*", mostrando con ello que los CEE no solo deben promover la inserción en el mercado de trabajo, sino que el empleo que promocionan y los ajustes que deberían prestar, permiten una mejor inclusión de las personas con discapacidad en la sociedad.

El trabajo en cuanto actividad, la remuneración que de él se deriva y la relación con los compañeros conduce a determinados ajustes personales y sociales indirectos y que forman parte de todas las relaciones laborales, pero estos ajustes no son los únicos que debe recibir el trabajador con relación laboral especial, sino que los CEE tiene la obligación de prestar activamente servicios personales y si no son prestados, porque la entidad entiende que el trabajador no los precisa, quizá sería más lógico aplicar la relación laboral ordinaria frente a la relación laboral especial⁶⁷⁷.

El RD 496/2006, de 21 de abril⁶⁷⁸, por el que se regulan las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los CEE, surgió con el ánimo de establecer la concesión de ayudas a estos servicios, pero además sirve para determinar las actividades a desarrollar como ajustes personales y sociales, que según el punto de vista del legislador son aquellos que "*permiten ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que los trabajadores con discapacidad de*

⁶⁷⁶ BOE núm. 279, de 21 noviembre 1998.

⁶⁷⁷ ESTEBAN LEGARRETA. R., "La relación laboral especial. Algunas cuestiones..." *op. cit.*, Págs. 62 y 63.

⁶⁷⁸ BOE núm. 96, de 22 de abril de 2006.

dichos Centros tienen en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como la permanencia y progresión en el mismo”⁶⁷⁹

Establece en su segundo artículo el RD 496/2006, las numerosas funciones a desarrollar por el personal que integre las unidades apoyo, contando entre ellas: la detección y determinación de las capacidades de las personas y sus puestos de trabajo, el establecimiento de relaciones entre el centro de trabajo y el entorno familiar y social del trabajador, el favorecimiento y la potenciación de la autonomía e independencia del trabajador (fundamentalmente en su puesto de trabajo), el establecimiento de apoyos individualizados y finalmente, la detección e intervención en los posibles procesos de deterioro evolutivo de los trabajadores con discapacidad a fin de evitar y atenuar sus efectos.

Estos servicios no deberían ser los pilares de la especialidad de los centros, puesto que deben mejorar la integración del trabajador con discapacidad tanto en su centro de empleo como en la sociedad, por ello resulta chocante la tardanza en determinar cuáles eran las funciones concretas de los servicios de ajuste. El legislador, no debió esperar más de 20 años en determinar sus funciones básicas, pero además es necesario tener en cuenta que cuando lo hizo, únicamente pretendía determinar qué actuaciones se subvencionarían.

Dicha tardanza en la regulación de las funciones básicas de los ajustes, provocó la falta de aplicación en la práctica de realización de ajustes personales y sociales, tal como afirma LAHERA FORTEZA⁶⁸⁰, brillando por su ausencia un control de la función terapéutica de los CEE, todavía en la actualidad la administración no inspecciona más que documentalmente, uno de los pilares de la relación laboral.

Es esclarecedor que queden fuera del programa de unidades de apoyo los ajustes personales y sociales a los trabajadores con discapacidades físicas o sensoriales con un porcentaje entre el 33 y el 64 por cien. Parece indicar este RD, que los trabajadores que se encuentran en dichos perfiles no requieren de una RLE, puesto que los ajustes son una de las bases de dicha relación laboral.

⁶⁷⁹ Art. 1.2 RD 496/2006 que regula las unidades de apoyo.

⁶⁸⁰ LAHERA FORTEZA, J, “Acceso al mercado laboral...” *op. cit.* Pág. 137.

3.4.- Medio de integración al mercado ordinario de trabajo.

Los CEE fueron concebidos para ser centros de trabajo transitorios⁶⁸¹ para las personas con discapacidad y se crearon para promover por medio del trabajo, la inserción social y laboral en la empresa ordinaria⁶⁸².

La realidad, tras más de treinta años de funcionamiento, es que los trabajadores llegan con el fin de quedarse y que cada vez más centros se crean para ganar dinero contratando a personas que tengan el mínimo de discapacidad, y la transición ni se la plantean los trabajadores ni los empresarios. En la Estrategia Global de Empleo 2008-2012 se señala que de los datos que tiene el gobierno, *“se desprende que, salvo excepciones, los trabajadores con discapacidad no utilizan los centros especiales de empleo como canal de transición al mercado ordinario, como se había previsto inicialmente en la LISMI.”*

En primer lugar, hay que afirmar que la obligación de transición es inconcreta además de casi inexigible por la falta de cuantificación del ratio de trabajadores que deberán insertarse en la empresa ordinaria⁶⁸³ y por la falta de plazos concretos. En segundo término se puede comprobar que a falta de cumplimiento de la transición de un empleo protegido a uno ordinario, puede tener algunos condicionantes como la carencia de alicientes para desprenderse de sus mejores activos por parte de los CEE⁶⁸⁴ y la falta

⁶⁸¹ ESTEBAN LEGARRETA, afirma que *“El principio de transición es fruto de la combinación de dos elementos previos: las ya mencionadas especiales dificultades de los trabajadores con discapacidad y el principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario de trabajo (art. 37.1 LISMI)”*. Ver *“La relación laboral especial. Algunas cuestiones...”* op. cit. Pág. 49.

⁶⁸² GOMEZ-ACEBO AVEDILLO, entiende que son tres objetivos fundamentales de los centros especiales de empleo, el desarrollo personal, que supone el descubrimiento de los potenciales personales y profesionales de los trabajadores por sí mismos, el educativo, en el que se adquieren recursos que faciliten la preparación técnica y la futura incorporación a un campo de actividad y la inserción profesional que supone el diseño de alternativas ocupacionales que tengan en cuenta los intereses personales y las demandas del mercado de trabajo. Ver *“Los Centros Especiales de Empleo y las Empresas de Inserción”*. *Documentación Social*. Núm. 117-118. 1999-2000. Pág. 323.

⁶⁸³ Es esclarecedor ESTEBAN LEGARRETA, cuando afirma que *“El contenido jurídicamente coercitivo del principio de transición es extraordinariamente pobre(...)”*, continúa el autor constatando que *“(...) con carácter general no existe ni directa ni indirectamente un deber de los CEEs de acreditar un volumen de transición de plantillas al mercado ordinario de trabajo”*, en *“La relación laboral especial. Algunas cuestiones...”* op. cit. Pág. 88.

⁶⁸⁴ El informe aprobado por la COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, afirma que *“No se publica ningún dato que evalúe el cumplimiento de dicho objetivo por parte de los Centros Especiales de Empleo, pudiendo razonablemente presumir que, por el contrario, estos favorecerán la permanencia en los mismos de los trabajadores con discapacidad más competentes y productivos por razones obvias vinculadas a la permanencia y viabilidad de los centros”* en: *“Negociación Colectiva e inserción laboral de personas con discapacidad”*. Colección informes y estudios. Serie Relaciones Laborales Núm. 75. http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/descargas/Negociacion_colct.pdf Consultado el 27 de septiembre de 2015. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales . Madrid. 2006. Pág. 52.

de motivación de los trabajadores para causar baja en una empresa donde tiene un empleo. A estas circunstancias de trabajadores y centros hay que añadir además la escasa conciencia social y la poca preparación en el mundo laboral y empresarial para incorporar a trabajadores con discapacidad⁶⁸⁵ en el empleo ordinario. Pudiendo sumar a todo esto como colofón, que las políticas desarrolladas por las diferentes Administraciones Públicas se han centrado en la promoción de los CEE y no en el fomento de la transición de trabajadores desde estos centros hacia las empresas ordinarias⁶⁸⁶.

Si el legislador quiere potenciar la transición al empleo ordinario debería primero establecer cuotas y plazos como lo hizo en el RD 290/2004, y también prever el posible retorno del trabajador al CEE, para que el salto hacia el trabajo no protegido no se viese como un paso sin retorno y quitar por lo tanto uno de los miedos que frenan los cambios. Pese a que ha habido modificaciones legales que suavizan esta norma, si el trabajador con discapacidad solicita baja voluntaria y no una excedencia, en algunos supuestos, no podrá volver a su puesto de trabajo hasta pasados dos años⁶⁸⁷, ya que el centro no podría beneficiarse de la bonificación de la cuota empresarial, y al aumentar por lo tanto el coste de su puesto de trabajo tendrá muchas dificultades para que el CEE lo vuelva a contratar, de esa manera el trabajador sin darse cuenta, habrá cerrado una puerta a su reingreso al centro donde trabajaba.

El legislador deberá tener en cuenta que muchos trabajadores con discapacidad tras acceder al mercado ordinario de trabajo lo abandonan para incorporarse al CEE en busca de una forma de trabajo más familiar⁶⁸⁸ y deberá incentivar que el trabajador quiera dejar su puesto de trabajo en el CEE facilitando a su vez su posible retorno al mismo, para los casos en los que la experiencia del empleo ordinario no se supere satisfactoriamente.

Un estudio realizado por CCOO⁶⁸⁹ señala como factores inhibidores de la inserción laboral hacia el entorno ordinario, la baja motivación, la actitud personal pasiva

⁶⁸⁵ VERDUGO ALONSO, M. A., JORDÁN DE URRIES VEGA . F.B., VICENT. C. y MARTÍN, R., “Integración laboral y discapacidad...” *op. cit.* Pág. 444.

⁶⁸⁶ En este sentido, CORDERO GORDILLO, V., *El empleo protegido de las personas con discapacidad*. Trabajo de Investigación realizado en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho. Universidad de Valencia. Valencia. 2007. Pág. 88.

⁶⁸⁷ Véase Capítulo III punto 4.4.- Exclusiones.

⁶⁸⁸ IBÁÑEZ LÓPEZ, P., y MUNDARRA SANCHEZ M. J., estiman que un 17% de los trabajadores que forman parte de su estudio abandonaron sus puestos de trabajo ordinario para acceder al protegido en busca de un ambiente más familiar, menor estrés, mayor accesibilidad a sus puestos entre otros, en, *Integración Sociolaboral. Trabajadores con discapacidad intelectual en centros especiales de empleo*. Dykinson. Madrid. 2007. Pág. 344.

⁶⁸⁹ UNIÓN SINDICAL DE MADRID REGIÓN DE CCOO. *Aproximación Sociolaboral al Empleo Protegido...* *op. cit.* Págs. 68 a 72.

de los trabajadores y los miedos del trabajador a la hora de acceder al mercado laboral ordinario.

Es importante observar que el tipo de contrato en los CEE, generalmente es indefinido, mientras que en el mercado ordinario existe una mayor temporalidad, por lo que la seguridad en conservar su puesto de trabajo puede influir en la inserción en el empleo ordinario. Como acertadamente observa GARRIDO PÉREZ⁶⁹⁰, podría ser contradictorio desde un punto de vista teórico el fomento del contrato indefinido los CEE con la finalidad de la integración laboral, lo cual no debe fomentar que todo el trabajo protegido sea temporal, pero sí tener en cuenta esta situación cuando se estudia y se fomenta la transición.

También son medidas inhibitorias de la función de pasarela al empleo ordinario, la “lógica” actuación de los gestores de los CEE en su gestión de personal, puesto que o bien su vocación social está muy arraigada o bien promoverá la permanencia de sus trabajadores más cualificados y no la inserción de estos, reteniendo a sus mejores trabajadores.

Esta línea de no transición es más amplia cuando se tiene en cuenta que muchas familias, con actitudes proteccionistas hacia la persona con discapacidad, impiden el desarrollo personal y laboral y consideran que los CEE son protectores para sus hijos o familiares y fomentar con dicho espíritu la inamovilidad en el trabajo.

Una de las medidas que la doctrina ha propuesto, para promover una mayor y mejor integración en el mercado ordinario de trabajo es la orientación profesional⁶⁹¹. Dicha orientación, que debería ser previa a la incorporación al mercado de trabajo debería estar destinada fundamentalmente para las personas con discapacidad intelectual y situaría a los CEE, como instrumento de inserción laboral, pese a que sus labores fundamentales no sean de orientación laboral. De esta manera ampliaría las posibilidades de integración en el mercado ordinario de trabajo, de sus trabajadores. Pero únicamente los centros con vocación social darán formación a sus trabajadores, para que otras empresas se beneficien de ese esfuerzo que realiza el empleador.

Los CEE cuya función social es la inserción laboral y no una mera actividad mercantil intentan promover el paso al empleo ordinario, porque ello es una victoria del

⁶⁹⁰ GARRIDO PÉREZ, E., “El trabajo de discapacitados...” *op. cit.* Pág. 49.

⁶⁹¹ IBÁÑEZ LÓPEZ, P., MUNDARRA SANCHEZ M. J., *Integración Sociolaboral... op. cit.* Pág. 343.

sistema de aprendizaje, además de un logro de integración. Pero estos valores, lógicamente no se encuentran en los CEE que fueron fundados únicamente para lograr un beneficio, puesto que su única especialidad consiste en asumir la obligación de tener que contratar a muchas personas con discapacidad para poder acceder a gran cantidad de subvenciones y lograr la mayor cantidad de beneficios.

En cualquier caso, la transición no se podría exigir de la misma forma para personas con discapacidades severas, para los que se podrían establecer cupos anuales o bianuales, que para los trabajadores con discapacidades leves, quienes deberían transitar, en masa, al empleo ordinario por su falta puesto que no tienen necesidades especiales de apoyo y porque sus costes para la administración son muy altos, sin tener justificación su mantenimiento en el empleo protegido.

La transición de trabajadores con discapacidades severas, orientada hacia el empleo ordinario no es fácil, pero además debería enfocarse observando que al empleo protegido pueden llegar trabajadores desde la desocupación y los servicios sociales. Para muchas personas con discapacidad, estos centros son “la meta”⁶⁹², es decir, aquel sitio donde quieren llegar a trabajar, se observa dicha actitud en las personas con altos grados de minusvalía y en particular con aquellas personas con discapacidad psíquica que desempeñan labores en CO.

Sería aconsejable revisar el concepto teórico de transición al mercado ordinario y diferenciar entre las obligaciones de transición de personas con discapacidades leves, a quienes se les debería aplicar un concepto de transición que obligue a un alto porcentaje anual y en segundo lugar estudiar la transición de personas con discapacidades severas, no sólo desde el empleo protegido hacia el ordinario sino también desde la inactividad al empleo protegido.

En muchos casos llegan trabajadores a los CEE para promover su inserción social por medio del trabajo, desde los CO y consiguen pasar de labores ocupacionales a trabajos remunerados, realizando en algunos casos los CEE la función de trabajos de acogida⁶⁹³. Entiendo que se deberían contar como transiciones, las que suceden cuando

⁶⁹² En este sentido ESTEBAN LEGARRETA: “... la práctica ha transformado a los CEE en un punto de llegada, más que en un punto de paso hacia el mercado ordinario de trabajo...” en *Contrato de trabajo y discapacidad...* op. cit. Pág. 285.

⁶⁹³ GARRIDO PÉREZ, E., “Trabajadores minusválidos: de la protección a la promoción...” op. cit. Pág. 67, entendía que los CEE en lugar de ser la antesala de una inserción en un trabajo ordinario, son sedes de acogida a personas con severas discapacidades. En la actualidad se han convertido en lugares de

los CEE consiguen laboralizar a una persona que durante su vida únicamente había realizado actividades ocupacionales, para colaborar en esa tarea sería importante poner en marcha los equipos multiprofesionales.

3.5.- Plantilla integrada por personas con discapacidad.

El artículo 43.2 de la LGDPDIS, establece que *“La plantilla de los Centros Especiales de Empleo estará constituida por el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70 por 100 de aquélla. A estos efectos no se contemplará el personal sin discapacidad dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social”*.

El porcentaje mínimo, del 70 de trabajadores con discapacidad, fue establecido por la Ley 66/1997⁶⁹⁴, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que modificó el apartado segundo del artículo 42 de la LISMI donde anteriormente constaba la obligatoriedad de que toda la plantilla estuviese constituida por trabajadores con discapacidad. Es curioso que el reglamento de los CEE, el RD 2273/1985, no haya modificado su artículo primero y en él, aún conste la obligación de que la totalidad de la plantilla de los CEE sea personal con discapacidad.

La flexibilización en la composición de las plantillas de los CEE, es decir la rebaja de la obligación establecida en la primera redacción de la LISMI, que establecía que el 100 por cien de la plantilla de los CEE estuviese constituido por personas con discapacidad, fue conseguida por medio de los acuerdos MTAS- CERMI y plasmada en el punto dos de la Disposición adicional 39 de la Ley 66/1997, rebajando dicha obligación a un mínimo del 70 por cien, con el fin de lograr una mayor competitividad en los CEE, para evitar su aislamiento y potenciar una mayor permeabilidad con el mercado ordinario de trabajo⁶⁹⁵

Dicha modificación venía siendo solicitada por los representantes de las personas con discapacidad ya desde el año 1995⁶⁹⁶, y aunque se solicitaba que el mínimo fuese de

trabajo de personas con todo tipo de discapacidades, es decir son empleadores de personas con discapacidad en general sin importar la dificultad de sus empleados en encontrar empleo ordinario

⁶⁹⁴ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1997.

⁶⁹⁵ ESTEBAN LEGARRETA, estima que dicha modificación legal es un elemento que desdibuja los entornos protegidos oxigenando los CEE y, por lo tanto, acercándolos al empleo ordinario, en: “La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997-200)”. *Relaciones laborales*. Núm. 1. 2001. Pág. 211.

⁶⁹⁶ NUÑEZ GONZALEZ, C., *La integración laboral de las personas con discapacidad... op. cit.* Pág. 224.

un 51 por cien, con el objeto de aumentar la competitividad de los mismos, finalmente se llegó a un acuerdo entre el MTAS y el CERMI⁶⁹⁷, que se plasmó en la disposición adicional trigésimo novena de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, y a partir del 1 de enero de 1998, los CEE tenían la obligación de tener un mínimo de un 70% de personal con discapacidad en su plantilla productiva.

Hay que destacar que para el cómputo de dicho porcentaje no se calcula el personal con discapacidad dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social y no se solicita que la persona tenga una discapacidad para su trabajo sino que tenga un certificado que acredite una discapacidad mínima de un 33 por cien⁶⁹⁸, sin limitación en cuanto al su etiología.

En la actualidad, al igual que en 1994⁶⁹⁹, continúa el CERMI reivindicando una rebaja de esta obligación, solicitando que el personal mínimo con discapacidad sea de un 51 por cien⁷⁰⁰. A mi juicio, esa solicitud se ampara en la dificultad de realizar tareas productivas con personal con discapacidades severas al mismo ritmo que las empresas ordinarias únicamente. Por lo que, únicamente si se cambiase la composición de los trabajadores de los CEE, estando formados únicamente por trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo, se podría plantear dicha propuesta. Si no se cambia la composición de las personas con discapacidad, y pueden contar como tales quienes no tienen grado real, carece de sentido flexibilizar aún más la composición de los CEE.

Si bien existe el límite del 70 por cien de personas con discapacidad empleada en los CEE, su plantilla debe estar compuesta por *“el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo”* (art. 43.2 LGDPDIS). Aunque este principio, el de *“el mayor número”*, no tiene una obligación legal y no se exige su cumplimiento⁷⁰¹, las administraciones autonómicas potencian la

⁶⁹⁷ TUSET DEL PINO. P. “El centro especial de empleo. Naturaleza y clases...” *op. cit.* Pág. 153.

⁶⁹⁸ La determinación del grado de minusvalía se lleva a cabo conforme los baremos establecidos en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, sobre el procedimiento de declaración y calificación de grado de minusvalía. (BOE núm. 22, de 26 de enero de 2000), que derogó la Orden de 8 de marzo de 1984, de Determinación del grado de minusvalía y valoración de las diferentes situaciones exigidas para ser beneficiario de las prestaciones y subsidios previstos en Real Decreto 1-2-1984. (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 1984), a la que se refiere el RD 1368/1985 en su art. 2.

⁶⁹⁹ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *plan para la reactivación del empleo de las personas con discapacidad*. Escuela Libre Editorial. Madrid. 1994.

⁷⁰⁰ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *Estrategia Global...* *op. cit.* Pág. 148.

⁷⁰¹ ESTEBAN LEGARRETA, R., “La relación laboral especial. Algunas cuestiones...” *op. cit.* Pág. 71.

presencia mayoritaria de personas con discapacidad⁷⁰² por medio de las subvenciones que priman a los CEE que superan el 90 por cien de personas con discapacidad en plantilla.

No todas las personas con discapacidad son iguales⁷⁰³, así que no hay ningún motivo para tratarlas por igual, si la homogeneización en base a parámetros mayoritarios o hegemónicos está prohibida por discriminatoria, cuando afecta a las personas con discapacidad frente al grupo mayoritarios sin discapacidad⁷⁰⁴, y por ello se crean incentivos a su contratación y cuotas de reserva, en base al mismo razonamiento no se debe homogeneizar dentro de la discapacidad, y se debería distinguir entre diferentes necesidades de apoyo en el empleo protegido.

En la siguiente tabla, con datos de la Comunidad Valenciana, se muestra que en sólo los últimos 4 años se puede comprobar que se ha modificado la composición de los CEE, disminuyendo el porcentaje de personas con discapacidades severas en 10 puntos. Si en el año 2011 entre ambos grupos de discapacidades únicamente había 7 puntos porcentuales de diferencia, esta se ha incrementado hasta los 27 puntos, en contra de quienes tienen dificultades de acceso al empleo, siendo esta la tendencia dominante.

Año	Totales	PERSONAS CON DISCAPACIDADES SEVERAS	Porcentaje sobre el total	PERSONAS CON DISCAPACIDADES LEVES	Porcentaje sobre el total
2011	4.035	1.871	46,37%	2.164	53,63%
2013	4.148	1.544	37,22%	2.604	62,78%
2014	4.725	1.703	36,04%	3.022	63,96%

Tabla 21: Comparativa crecimiento del número de trabajadores con discapacidades leves y severas en CEE⁷⁰⁵

Si distinguimos por tipo de discapacidad, se comprueba que ha descendido tanto en número como en porcentaje las personas con discapacidad psíquica que trabajan en CEE⁷⁰⁶.

⁷⁰² En este sentido, VIDAGANY PELÁEZ, J. M. y GARCÍA SENTANDREU, J, *Derecho para la discapacidad...* op. cit. Pág. 79.

⁷⁰³ En este sentido COURTIS C. “Los derecho de las personas con discapacidad ...” op. cit. Pág. 307.

⁷⁰⁴ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006, ratificada en España por Instrumento de 23 noviembre 2007. (BOE núm. 96, de 21 abril 2008). Art. 2. párrf. 3. “Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

⁷⁰⁵ Fuente: Elaboración propia a partir de datos facilitados por la Consellería de Ocupació de la Generalitat Valenciana. No se tienen los del año 2012 y por ello no se hacen constar.

⁷⁰⁶ El estudio de: GABINETE DE ESTUDIOS SOCIOLÓGICOS EMIKER, *Situación real de las personas con discapacidad respecto al empleo*. <http://www.fekoor.com/descargas.php> Consultado el 31/03/2009. Muestra una tabla que representa los diferentes tipos de discapacidad en el conjunto del empleo

Año	Totales	PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA	Porcentaje sobre el total	PERSONAS CON DISCAPACIDADES FÍSICAS Y SENSORIALES	Porcentaje sobre el total
2011	4.035	1.551	38,44%	2.484	61,56%
2013	4.148	1.243	29,97%	2.905	70,03%
2014	4.725	1.370	28,99%	3.355	71,01%

Tabla 22: Comparativa crecimiento del número de trabajadores con discapacidades física y sensorial frente al descenso de las personas con discapacidad psíquica en los CEE⁷⁰⁷

El principio de “*el mayor número de trabajadores minusválidos*”, debería cumplirse con personas con discapacidades que dificultasen la incorporación al mercado ordinario de trabajo, por lo que habría que distinguir entre quienes tienen y no tienen discapacidades severas.

Únicamente existen pequeñas compensaciones económicas para aquellos centros que tengan en plantilla a trabajadores con difícil inserción⁷⁰⁸ y eso no es justo para las personas con discapacidad, puesto que la lógica mercantilista que impera en los grandes CEE que ocupan a la mayor parte de trabajadores, provoca que desde estos centros, poco implicados socialmente, se busque la persona con menor grado de discapacidad para poder tener más rendimiento y un beneficio mayor, y por lo tanto la política uniformadora que desarrolla la legislación de los CEE, está eliminando de dicho mercado laboral a los trabajadores con discapacidades severas.

Estudios doctrinales⁷⁰⁹, entienden que el CEE ideal sería aquel que fuera sólo para aquellos trabajadores a los que les resulte muy difícil o imposible acceder al mercado

en los CEE en el año 2008, en dicho informe los trabajadores con discapacidad física y sensorial eran un 51,8 por cien y quienes tenían discapacidad psíquica un 48,2. El informe de la CONACEE, “Las políticas de inserción laboral de las personas con discapacidad a través del mercado de trabajo protegido...” afirma que en el año 2011, los CEE tenían un 58% de personas con discapacidad física y sensorial y un 42% con discapacidad psíquica <http://conacee.org/wp-content/uploads/2014/07/2014-01-BMcK-Resumen-Ejecutivo-INFORME-MERCADO-PROTEGIDO.pdf> Consultado el 20 de septiembre de 2015.

⁷⁰⁷ Fuente: Elaboración propia a partir de datos facilitados por la Consellería de Ocupació de la Generalitat Valenciana. No se tienen los del año 2012 y por ello no se hacen constar.

⁷⁰⁸ Orden de 30 de diciembre de 2008, de la Consellería de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se convoca y regula la concesión de subvenciones públicas destinadas al fomento del empleo protegido para personas con discapacidad en Centros Especiales de Empleo y enclaves laborales para el ejercicio 2009. DOGV núm. 5944 de 30 de enero de 2009. Artículo 21 “*Ayuda complementaria para los Centros Especiales de Empleo que tengan en plantilla trabajadores con discapacidad de muy difícil inserción hasta 200 Euros mensuales por cada trabajador con discapacidad psíquica con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por cien, ó 100 Euros mensuales por cada trabajador con discapacidad física o sensorial con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65 por cien*”.

⁷⁰⁹ UNIÓN SINDICAL DE MADRID REGIÓN DE CCOO. *Aproximación Sociolaboral al Empleo Protegido...* op. cit. Pág. 114, también CORDERO GORDILLO, V., *El empleo protegido de las personas con discapacidad.* op. cit. Pág. 80.

ordinario, otros planteamientos pretenden restringir la RLE a las personas con grados de minusvalía superior al 66 por cien⁷¹⁰. Considerar que las personas con discapacidad intelectual con grados superiores al 33 por cien, tienen verdaderas dificultades en encontrar empleo y no se pueden considerar que por tener un grado leve dentro de su etiología específica no necesite apoyos en muchos casos apoyos constantes para lograr y mantener un empleo, además tanto el RD 290/2004, como la Ley 43/2006 ya han establecido un grupo específico de dificultad de acceso al empleo y habría que respetar dicha construcción legislativa.

Se debería limitar el acceso de trabajadores con discapacidades leves a los CEE, para fomentar su carácter subsidiario del empleo ordinario y también para animar de esa forma la transición de usuarios de CO o CRIS a los CEE. La normativa internacional entiende que el empleo protegido debe ser subsidiario y además económicamente genera unos costes adicionales que podría invertir en promocionar el empleo de personas que ocupan plazas ocupacionales.

4.- DELIMITACIÓN DE FIGURAS AFINES A LOS CEE.

En España, desde el año 1985 los CEE son el único tipo de empleo protegido existente⁷¹¹, pero existen figuras parecidas que deben estudiarse. Por un lado están los CO y los CRIS que atienden a personas con discapacidad intelectual y mental, respectivamente y que deben ser tenidas en cuenta, puesto que deben tomarse como el punto anterior de aprendizaje de muchas personas con discapacidad intelectual y mental y porque pueden tener ciertas similitudes con el empleo protegido.

Como se verá, estas dos figuras están creadas como puntos intermedios entre el empleo y los centros de día, que son recursos sociales dirigidos a ofrecer una atención diurna y mantener o recuperar la autonomía de las personas.

En el empleo ordinario encontramos el empleo con apoyo, que no es un tipo de empleo y sino una forma de introducción progresiva en la empresa ordinaria, pero tiene la peculiaridad de dirigirse únicamente a personas con discapacidades severas.

⁷¹⁰ GARRIDO PÉREZ, E., “El trabajo de discapacitados...” *op. cit.* Pág. 29.

⁷¹¹ Véase Capítulo II punto 2.1.3.- Las empresas protegidas y los centros especiales de iniciación productiva (1981-1985).

4.1.- Centros Ocupacionales.

Los CO fueron creados por la LISMI y ahora están establecidos en el art. 52 de la LGDPDIS. Tienen “*como finalidad asegurar los servicios de terapia ocupacional y de ajuste personal y social de las personas con discapacidad*”⁷¹², con el objeto de lograr su máximo desarrollo personal y, en los casos en los que fuera posible, facilitar su capacitación y preparación para el acceso al empleo. “*Igualmente prestarán estos servicios a aquellos trabajadores con discapacidad que habiendo desarrollado una actividad laboral específica no hayan conseguido una adaptación satisfactoria o hayan sufrido un empeoramiento en su situación que haga aconsejable su integración en un centro ocupacional*”⁷¹³. La LGPDIS amplió la cobertura de los CO sobre lo establecido en la LISMI extendiéndola a personas con discapacidad tras su paso por el empleo.

Su normativa se desarrolló por medio del Real Decreto 2274/1985, de 4 de diciembre⁷¹⁴, por el que se regulan los centros ocupacionales para minusválidos. Estos centros ofrecen a sus usuarios terapia ocupacional mediante labores no productivas, realizadas conforme a sus condiciones individuales, y los productos o servicios no deben, regularmente, ser objeto de operaciones de mercado (art. 3). Están destinados, en su mayoría, a personas con discapacidad psíquica y “*podrán contar con un módulo destinado a beneficiarios adultos con deficiencia mental grave con alguna posibilidad ocupacional*”⁷¹⁵

Los CO son servicios de apoyo a personas con discapacidad y por ello al igual que los CEE desarrollan programas de ajuste personal y social, que procuran para sus usuarios una mayor habilitación personal y una mejor adaptación en su valoración social⁷¹⁶, no formando parte del empleo protegido⁷¹⁷.

⁷¹² En la Comunidad Valenciana únicamente pueden ser usuarios de CO las personas con discapacidad psíquica.

⁷¹³ SÁNCHEZ-CERVERA SENRA y SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, afirman que “*Las solicitudes de ingreso se valorarán teniendo en cuenta la discapacidad física o psíquica padecida por el beneficiario, la condición económica del mismo, de la vivienda y la socio-familiar*”, en : *Los trabajadores discapacitados. ...*, op. cit. Pág. 173. Desde otro punto de vista, JENARO, C., FLORES, N., RODRÍGUEZ, P., estiman que “*la adscripción de los trabajadores a CO o a CEE se refleja en diferencias en su conducta laboral (...) especialmente en los casos de retrasos mental de niveles límite a moderado*”, “*Calidad de vida laboral...*” op. cit. Pág. 420.

⁷¹⁴ BOE núm. 294, de 9 diciembre de 1985.

⁷¹⁵ Art. 2. Resolución de 26 agosto 1987, de la Dirección General Instituto Nacional Servicios Sociales BOE núm. 235, de 1 de octubre de 1987.

⁷¹⁶ CABRA DE LUNA, M. A. “*Discapacidad y empleo...*” op. cit. Pág. 666.

⁷¹⁷ Respecto del tratamiento doctrinal de los CO como empleo protegido o simplemente como centros asistenciales, naturaleza por la que me decanto, ver CORDERO GORDILLO, V., *El empleo protegido de las personas con discapacidad...* op. cit. Pág. 58.

Los CO se distinguen de los CEE fundamentalmente en dos aspectos:

El primero, y quizá más importante, es la finalidad de cada uno; los CO no dan acogida a las personas con discapacidad bajo un régimen laboral sino ocupacional, es decir, quienes desempeñan labores en ellos son usuarios de servicios sociales, no trabajadores, y las tareas que allí realizan deben contribuir a desarrollar sus capacidades, bien para integrarlos en un futuro en un CEE bien con una finalidad meramente didáctica o de terapia ocupacional, realizando labores que sólo esporádicamente pueden ser productivas, por el contrario los CEE no están concebidos para aprender, sino, para integrar laboralmente.

En segundo lugar, se encuentra la remuneración, ya que al no ser laborales los CO no pagan por el trabajo que en ellos se realizan y las pequeñas remuneraciones que en ocasiones perciben sus usuarios en caso de que se hubiesen realizado tareas productivas, no tienen la consideración de salario sino de gratificación⁷¹⁸. En cambio en los CEE la actividad es asalariada. Es habitual incluir los CO dentro del epígrafe común del “trabajo protegido” por su cercanía a los CEE en cuanto a la prestación de ajustes y porque algunos CEE que atienden a personas con discapacidades severas no están organizados como empresas sino como organizaciones sin ánimo de lucro.

El RD 2273/1985, estableció en su artículo cuarto que *“En ningún caso tendrán la consideración de Centros Especiales de Empleo los Centros Ocupacionales”*, de esta manera la regulación de ambos centros queda perfectamente deslindada en cuanto a tipo de trabajo y de relación con las personas con discapacidad que son atendidas.

Existen diferencias entre los modelos de CO en las diversas CCAA, existiendo distintos tipos de servicios de CO: el asistencial y el pre-laboral. *“El asistencial sería el CO que ofrece un Servicio de Terapia Ocupacional (STO) y el pre-laboral sería el CO que ofrece un Servicio de Orientación e Inserción (SOI). Este SOI tiene un funcionamiento similar al STO pero para personas que muestran una mayor capacidad laboral y potencial para acceder al trabajo no protegido (por ejemplo, a través del*

⁷¹⁸ La sentencia del Tribunal Central de Trabajo, de 2 diciembre de 1981, asimila la situación de los usuarios de los CO, cuando perciben gratificaciones de escasa cuantía, a la situación que los becarios tenían en el momento de dictarse la sentencia.

*trabajo con apoyo) o a un CEE, dentro de un ámbito del trabajo protegido, pero con condiciones contractuales y salariales para el trabajador.”*⁷¹⁹

La Estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012⁷²⁰, estableció que había que promover la relación entre los CO y los CEE⁷²¹ y fomentar la incorporación al empleo de las personas con discapacidad de servicios sociales ocupacionales. También proponía eliminar los desincentivos derivados de los problemas que puedan existir para volver al centro ocupacional, en caso de que la incorporación al CEE no se pudiera consolidar y no fuese exitosa.

La Estrategia Global pretendía la promoción de los CO como medios pre-laborales y una conexión entre estos y los CEE tomando en cuenta que ambas figuras siendo de ámbitos distintos, una de servicios sociales y la otra de trabajo, son medios de apoyo para personas con discapacidad y deberían estar siempre en contacto. La LGPDIS recogió la misma idea, estableciendo por medio de norma con rango de Ley que los CO deberían estar preparados para recibir a personas con discapacidad cuya transición al empleo hubiese resultado fallida y también para aquellas que tras un tiempo en el mercado laboral hubiesen retrocedido sufrido un empeoramiento de su situación personal y por lo tanto hubiesen tenido una merma en sus capacidades laborales.

La integración económica en la vida social de la persona con discapacidad es una consecuencia de la retribución del empleo y la inclusión en la sociedad es el fin último de las políticas de empleo. La doctrina⁷²² es unánime cuando se manifiesta a favor de crear medidas de conexión entre los CEE y los CO previniendo de este modo el riesgo real de que muchas personas con discapacidad permanezcan innecesariamente en plazas ocupacionales.

⁷¹⁹ GUIM MARZO, O., *Centro Ocupacional Para Personas Con Discapacidad Intelectual*. http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO18263/premio_centros_ocupacionales.pdf. Ampans. Manresa. 2006. Consultado el 1 de mayo 2009.

⁷²⁰ http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/Estrategia_global_personas_discapacidad_2008_2012.pdf Consultado el 23 de octubre de 2015

⁷²¹ En el mismo sentido se manifiesta el III Plan de acción para las personas con discapacidad (2009-2012) de julio de 2009, establecido por el Ministerio de Sanidad y Política Social. http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO21595/III_pacd.pdf Pág. 43. Consultado el 10 de marzo de 2015.

⁷²² En este sentido ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad... op. cit.* Pág. 198. También GARRIDO PÉREZ. E., *El trabajo de minusválidos ... op. cit.* Pág. 47 y también en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Un paso adelante en la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad: el nuevo sistema de contratación pública..* Ediciones Cinca. Madrid. 2008. Págs. 180 y 181.

Pero la unión y comunicación para promover las capacidades de personas con discapacidad no se ha implementado, ni normativamente, ni tampoco formalmente. Pese a que siempre ha existido entre algunos CO y CEE de iniciativa social que realizan esta unión de forma voluntaria puesto que creen en la integración social y laboral.

Si nos preocupamos en los aspectos crematísticos, la administración debería ser la primera interesada en promover las capacidades puesto que se consigue el ahorro de recursos del Estado⁷²³ sustituyendo el gasto de prestaciones no contributivas por ingresos de IRPF y eliminando el gasto de los centros asistenciales creando riqueza por medio del trabajo.

La promoción de la ocupación desde los CO hacia el empleo, tomando a los CEE como punto intermedio o no, es un punto clave para la integración social puesto que además de promocionar las capacidades, dar un salario a un trabajador y dar sentido material al etéreo “derecho al trabajo”.

4.2.- Centros de Rehabilitación e Integración Social.

Estos centros están destinados a personas con trastornos mentales graves y crónicos, su finalidad es ayudarles a recuperar el máximo grado posible de autonomía personal y social y promover su mantenimiento e integración social.

Si los usuarios de los CO son, primordialmente, personas con discapacidad intelectual, los de los CRIS son personas con discapacidad mental. Según las normas que regulan los CO, sus usuarios no pueden padecer trastornos mentales graves que puedan alterar la normal convivencia del centro, por lo que son atendidos otro tipo medios, siendo los CRIS la figura más próxima a los anteriormente expuestos CO.

Con las mismas funciones pero con orientaciones distintas, en cada Comunidad Autónoma, se denominan de forma distinta, no teniendo una legislación nacional que los unifique. En la Comunidad Valenciana se denominan con el acrónimo CRIS (Centros de Rehabilitación e Integración Social), en otras comunidades se denominan CRPS (Centros de Rehabilitación Psico-Social), existiendo algunos centros dedicados a la rehabilitación

⁷²³ RODRÍGUEZ CABRERO, G., GARCÍA SERRANO, C., TOHARIA, L., *Evaluación de las políticas... op. cit.* Pág. 104.

laboral (CRPSL)⁷²⁴, cuyas funciones son preparar a las personas con trastorno mental para trabajar en empleos ordinarios o protegido.

Los CRIS enfocados a la atención, tienen como finalidad principal la realización de actividades de recuperación y entrenamiento de habilidades personales y sociales (autocuidado, actividades de la vida diaria, habilidades sociales...), y también ofrecer apoyo y asesoramiento a las familias, asesoramiento, apoyo a la integración comunitaria, además de soporte social y seguimiento de la persona.

Los centros de personas con discapacidades mentales orientados a la ocupación laboral, deberían tener las mismas conexiones que los CO hacia los CEE hacia el empleo ordinario, debiendo promover para las personas con discapacidad mental las mismas ventajas que los CO promueven para las personas con discapacidad intelectual.

4.3.- Empleo con apoyo.

A diferencia de las dos figuras descritas anteriormente, que como se ha dicho son ocupacionales y de atención social, el empleo con apoyo es una medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo, que se reguló en el año 2007 por medio de la publicación del Real Decreto 870/2007, de 2 de julio⁷²⁵.

Según LALOMA GARCÍA⁷²⁶, la definición más aceptada de esta forma de inserción laboral proviene de Estados Unidos y fue establecida en “*The Rehabilitatios Act Arrendments*” de 1986: “*El empleo con apoyo es trabajo normalizado en ambientes laborales integrados para personas con discapacidad severa; está diseñado para quienes tradicionalmente no han accedido nunca a este tipo de empleo o para quienes éste ha sido interrumpido o ha sido intermitente; se intenta dar respuesta a personas con discapacidad severa; está diseñado para quienes necesitan servicios de apoyo continuados para realizar el trabajo a causa de su discapacidad*”

El empleo con apoyo es un conjunto de actividades de orientación y acompañamiento personalizado, que se presta a los trabajadores con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral. En el propio puesto de trabajo de empresas

⁷²⁴ IMSERSO. *Rehabilitación e integración social de las personas con trastorno mental grave. Documento de consenso.* 2003. <https://consaludmental.org/publicaciones/Rehabilitacionintegracionsocial.pdf> Consultado el 23 de octubre de 2015. Pág. 54.

⁷²⁵ BOE núm. 168, de 14 de julio de 2007.

⁷²⁶ LALOMA GARCÍA, M. *Empleo protegido en España... op cit.* Pág. 43.

ordinarias, por preparadores laborales especializados, para que los trabajadores puedan desempeñar su trabajo en condiciones similares al resto sus compañeros que desempeñen puestos equivalentes.

Antes de integrar a la persona con discapacidad severa en una empresa ordinaria, los servicios de empleo con apoyo, realizan un perfil profesional que identifique las capacidades y preferencias de los candidatos. En primer lugar se localiza la empresa contratante, se analizan los puestos de trabajo ofertados buscando sus características más accesibles y los apoyos disponibles dentro de la empresa. Posteriormente se apoya el empleo mediante ayudas para la empresa contratante y para el empleado con discapacidad, y finalmente cuando el trabajador empiece a desempeñar su labor se prestará apoyo profesional, a las dos partes contratantes, empresa y trabajador ,para que mediante valoraciones y planes de desarrollo se facilite la progresión laboral del empleado⁷²⁷.

Los proyectos de empleo con apoyo deben realizar acciones de programación de la adaptación a los puestos de trabajo que se pretenden cubrir y orientar, asesorar e incluso si es necesario en un principio acompañar a los trabajadores con discapacidad que se pretende insertar realizando labores de acercamiento entre el trabajador y el resto de personal de la empresa, apoyando al trabajador en el desarrollo de sus habilidades sociales, y formándolo de forma específica en las tareas del puesto a cubrir.

El nombre que tiene esta figura se debe a que tras la inserción laboral los servicios de empleo con apoyo deben realizar un seguimiento y evaluación del proceso de inserción, así como asesorar a la empresa sobre las necesidades de los procesos de adaptación y mantenimiento del puesto de trabajo.

Esta figura laboral está destinada para trabajadores con discapacidades que les dificultan el acceso al empleo ordinario, esto es personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33%, y también personas con discapacidad física o sensorial con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65%. Los trabajadores deben estar inscritos en los Servicios Públicos de Empleo como

⁷²⁷ JORDÁN DE URRIES VEGA, F.B. y VERDUGO ALONSO, M. A., “Principios éticos y estándares de calidad para inserción en el empleo ordinario mediante empleo con apoyo”. En AA.VV. (Coords. VERDUGO ALONSO, M. A., JORDÁN DE URRIES VEGA, F. B.), *Rompiendo inercias. Claves para avanzar. VI Jornadas científicas de investigación sobre personas con discapacidad*. Amará Ediciones. Salamanca. 2006. Pág. 433.

desempleados o pueden ser trabajadores de CEE que para promover su inserción en la empresa ordinaria deben solicitar excedencia voluntaria.

Las acciones de empleo con apoyo tienen una duración entre seis meses y un año, prorrogable hasta otro año más. A partir de ese momento, entiende la ley, a mi modo de ver de forma incorrecta, que transcurrido el periodo, los trabajadores estarán totalmente integrados y no será necesario el apoyo de la entidad que impulsó la integración en el mercado ordinario.

Algunos autores identifican el empleo con apoyo como una figura intermedia entre el trabajo ordinario y el empleo protegido⁷²⁸ y otros como una figura mixta⁷²⁹ entre un tipo de empleo y otro, por constituir la inserción en el trabajo ordinario su finalidad última pero estando organizado en entornos específicos.

El empleo con apoyo, podría formar parte de un empleo protegido enfocado a la empresa ordinaria por dos motivos, el primero porque debería aplicarse a sus trabajadores la RLE que se aplica ahora sólo para los trabajadores de los CEE, y en segundo lugar porque en la mayoría de los trabajadores, en particular quienes tengan una discapacidad intelectual o mental, su apoyo no deberá ser una acción temporal sino continuada.

La base de este modelo es que cualquier persona puede obtener y mantener un empleo en el medio ordinario si se le procura apoyo suficiente⁷³⁰, lo cual es tan cierto como difícil es insertar personas con especiales dificultades en el tejido empresarial español.

Los apoyos laborales y sociales para muchas personas no se deben desarrollar únicamente durante dos años sino pueden y deben abarcar toda la vida laboral. Esta problemática no la tienen los trabajadores con discapacidad física que en general necesitan únicamente apoyos sobre el medio físico, pero para los demás trabajadores beneficiados de este tipo de empleo, los ajustes personales y sociales se deberían dar, como los programados para los CEE, deberían apoyarles durante su vida laboral, por lo que dicha regulación para lograr un mayor éxito deberían modificarse.

⁷²⁸ En este sentido SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M., SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, J. M. *Los trabajadores discapacitados... op. cit.* Pág. 176.

⁷²⁹ PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad. op cit.* Pág. 331.

⁷³⁰ YSÁS MOLINERO, H., "Estudio de derecho comparado". En AA.VV. (Dir. ESTEBAN LEGARRETA. R., PÉREZ AMORÓS, F.), *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo.* Tirant lo Blanch. Valencia. 2009. Pág. 402.

5.- REQUISITOS CONSTITUTIVOS.

El empleador que quiera tener la calificación de CEE, debe solicitarla junto con su inscripción en el Registro de CEE⁷³¹ de su comunidad autónoma. La tramitación de la solicitud de calificación corresponde al Servicio Público Estatal para los CEE de Ceuta, Melilla. Como se ha dicho todas las Comunidades Autónomas tiene transferidas estas competencias, por lo que habrá que tramitar la solicitud de calificación e inscripción ante la unidad correspondiente de cada comunidad.

El art. 7 del RD 2272/1985, establece los requisitos que deben cumplirse para que pueda efectuarse la calificación e inscripción:

- 1) Acreditar la personalidad del titular, que podrá ser persona física, jurídica o comunidad de bienes (art. 6).
- 2) Justificar mediante el oportuno estudio económico las posibilidades de viabilidad y subsistencia del Centro⁷³², para que pueda cumplir los fines para los que fue creado.
- 3) Prever que su plantilla estará constituida en su mayoría por trabajadores con discapacidad, en cumplimiento de la obligación de emplear a un mínimo del 70% de la plantilla de personas con discapacidad
- 4) Realizar una previsión de tener en plantilla al personal técnico y de apoyo en posesión de las titulaciones profesionales adecuadas para la actividad del centro. Puesto que debe cumplir con una de las funciones principales de un CEE que es la prestación de servicios de ajuste personal y social con la debida solvencia profesional⁷³³.

Como la gestión de los Registros de CEE está descentralizada, cada CCAA puede solicitar en su reglamentación particular nuevos requisitos. En la Comunidad Valenciana, por medio de la Orden de 10 abril 1986⁷³⁴, se detallan los requisitos establecidos a nivel estatal y además se determinan requisitos adicionales. En la memoria explicativa del proyecto del CEE se requiere que se fije debidamente en primer lugar la actividad que

⁷³¹ Art. 7 RD 2273/1985.

⁷³² La inadecuada planificación de la política comercial y financiera ha dado lugar, en numerosas ocasiones, a la denegación de calificación como CEE, por las administraciones autonómicas competentes, esto se puede observar en distintos pronunciamientos de Tribunales Contencioso-Administrativos: STSJ Comunidad Valenciana, núm. 1883 de 2006, de 2 de noviembre, STSJ Castilla y León (Valladolid), núm. 1623 de 2002, de 8 de noviembre.

⁷³³ Este requisito es formal y no viene siendo cumplido según SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M., SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, J. M., *Los trabajadores discapacitados... op. cit.* Págs. 112 y 113.

⁷³⁴ DOGV núm. 376, de 14 de mayo de 1986.

pretende desarrollarse y también la experiencia profesional de quien solicita la calificación. Se solicita también una estimación del número de trabajadores (con discapacidad y sin ella) que se contratarán al inicio de la actividad, así como el plan previsional de contratación en el primer y segundo año de funcionamiento del CEE.

Se deben detallar en el informe de solicitud las instalaciones de que dispone el empleador para el inicio de la actividad y una referencia valorada del Plan de Inversiones en activos fijos y también se solicita informe sobre los recursos económicos disponibles para la puesta en funcionamiento del proyecto y un estudio económico-financiero de la viabilidad del proyecto en el que se detallen las fuentes de financiación de las inversiones. Por último se solicita que se acompañe un balance previsional de resultados económicos del primer y segundo año.

En dicha norma, de la Comunidad Autónoma Valenciana, se solicita un compromiso expreso del cumplimiento del porcentaje obligatorio de personas con discapacidad y de la normativa aplicable a la relación laboral especial, además específica que el empleador que solicite la calificación de CEE, *“deberá solicitar expresamente la contratación de personal no minusválido, especificando las funciones y tareas de los puestos de trabajo y acreditando la no existencia en el mercado de trabajo, de minusválidos capacitados para desempeñarlos mediante certificación negativa del Equipo Multiprofesional correspondiente.”* Esta última obligación es incumplida sistemáticamente por todos los CEE, entre otros motivos por la inexistencia de dichos equipos, pero además la Consellería de Empleo no exige su cumplimiento.

Es destacable que si bien la norma estatal permite la calificación como CEE de comunidades de bienes, y en la Comunidad Valenciana la Orden de creación de centros no se dispuso nada en contra, desde el año 2010 por medio de las ordenes de ayudas⁷³⁵ se ha limitado a los CEE que sean agrupaciones de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, las comunidades de bienes. Por lo que al ser dichas subvenciones una gran fuente de ingresos, limita al menos económicamente, la constitución de centros por medio de esta figura jurídica que carece de personalidad jurídica propia.

Además de los requisitos anteriores la norma estatal impone a todos los centros calificados que están *“obligados a realizar una gestión sujeta a las mismas normas y requisitos que los que afectan a cualquier Empresa del sector a que pertenezcan”*(art. 9),

⁷³⁵ Art. 3.c) Orden de 13 de noviembre de 2009. DOGV núm. 6149, de 20 de noviembre de 2009.

y que por supuesto también deben cumplir las obligaciones fiscales, laborales, registrales y administrativas que la entidad poseedora de la calificación deba realizar.

A nivel estatal las razones para descalificar un CEE abarcan desde la ausencia de actividad del centro, la no rentabilidad del mismo, ni social ni económica, que realice prácticas irregulares con trabajadores con discapacidad y que las partidas de ayudas y subvenciones que percibe el centro no sean justificadas ante la administración correspondiente⁷³⁶.

6.- MODALIDADES DE CEE.

6.1.- Públicos o privados.

Tanto en la LISMI como en la normativa que la desarrollaba, que ha sido recogida por la LGDPDIS en su art. 45, el legislador estableció que los CEE podrían “*ser creados tanto por organismos públicos y privados como por las empresas*” añadiendo en su segundo punto que las administraciones públicas deben promover “*la creación y puesta en marcha de Centros Especiales de Empleo, sea directamente o en colaboración con otros Organismos o Entidades*”.

La posibilidad de que la administración cree CEE también viene establecida en el art. 6 de RD 2273/1985, “*podrán ser creados por las Administraciones Públicas, bien directamente o en colaboración con otros organismos*”. Así los CEE podrán ser de titularidad pública o privada (art. 5).

6.2.- Con o sin ánimo de lucro.

El art. 5 del RD 227/1985, estableció que los centros “*podrán carecer o no de ánimo de lucro, según que aquéllos repercutan en su totalidad en la propia institución o se aproveche parte de ellos en otra finalidad distinta que haya de cubrir la Entidad titular del mismo*”.

Algunas asociaciones de personas con discapacidad⁷³⁷ entienden que se debería evitar la aplicación de los fondos públicos y de las bonificaciones de los CEE a finalidades lucrativas y juzgan que no deberían tener exenciones fiscales quienes no reinviertan los beneficios de los CEE, aunque expresan su convicción de que debería flexibilizarse

⁷³⁶ UNIÓN SINDICAL DE MADRID REGIÓN DE CCOO. *Aproximación Sociolaboral al Empleo Protegido... op. cit.* Pág. 11.

⁷³⁷ Borrador de aportaciones de la comisión de centros especiales de trabajo de la Coordinadora de Tallers al grupo de trabajo Feina & Lan. Ejemplar multicopiado.

cualquier forma organizativa que contribuya eficazmente a la contratación de la población discapacitada. En una línea similar el CERMI, en su Estrategia Global de empleo para personas con Discapacidad, promueve una modificación legal en la que se establezca que para los nuevos CEE debería obligarse a la reinversión de los beneficios y a que sean entidades sin ánimo de lucro⁷³⁸ o entidades de economía social tales como cooperativas o sociedades anónimas laborales que estuviesen participadas en al menos un 51% por una entidad sin ánimo de lucro.⁷³⁹

Desde un punto de vista más mercantilista, se afirma que la *“implicación de empresas estables, consolidadas y con profundos conocimientos del mercado y del proceso productivo permitiría un notable desarrollo del empleo protegido en España”*⁷⁴⁰. Más allá pretende llegar la patronal que representa los intereses de los CEE con ánimo de lucro CONACEE que afirmó en el año 2014⁷⁴¹, que no debe haber distinción entre los CEE sociales y los mercantilistas, afirmando que *“la “nueva economía” requiere que se superen concepciones ideológicas propias de la, hasta ahora denominada “economía de mercado”, en la que tenía cierto sentido presentar como antagónicas a las “empresas con ánimo” y “sin ánimo de lucro””*⁷⁴² esto es pretendiendo no limar las diferencias sino igualar en cuanto a concepto social la voluntad de ganar dinero de unos, con la voluntad de crear empleo de otros.

Para decidir sobre el fondo de esta cuestión hay que tener en cuenta que, aunque en sus relaciones con terceros se comporten como entidades mercantiles, los CEE no son simples empresas que reciben gran cantidad de ayudas en forma de subvenciones y bonificaciones por contratar trabajadores minusválidos, sino que deberían ser entidades con una finalidad social-asistencial que no tiene las empresas ordinarias.

Es evidente que las finalidades sociales y el ánimo de lucro no son buenos compañeros de viaje, pero es necesario tener en cuenta que cada vez más se privatizan servicios estrictamente sociales como la atención a personas con discapacidad en centros

⁷³⁸ En la propuesta CERMI 2007-2008, se estima que podría modificarse la legislación actual de CEE, para que los nuevos CEE sean entidades sin ánimo de lucro. COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *Estrategia Global... op cit.* Pág. 148.

⁷³⁹ LALOMA GARCÍA, M. *Empleo protegido en España... op cit.* Pág. 48.

⁷⁴⁰ Ídem anterior. Pág. 121.

⁷⁴¹ Informe de la CONACEE, denominado “Las políticas de inserción laboral de las personas con discapacidad a través del mercado de trabajo protegido: Aspectos críticos para su mantenimiento y desarrollo sostenible. <http://conacee.org/wp-content/uploads/2014/07/2014-01-BMcK-Resumen-Ejecutivo-INFORME-MERCADO-PROTEGIDO.pdf> Consultado el 20 de septiembre de 2015.

⁷⁴² El entrecorillado interno es copia del original.

de día e incluso los centros ocupacionales que siempre habían formado parte del sector no lucrativo. Pero lo solicitado por la patronal en el informe mentado en el párrafo anterior sobrepasa la desfachatez, pretenden una ayuda que se da a los centros sin ánimo de lucro si entran en pérdidas, para reequilibrarlos financieramente. Solicitó la CONACEE que los años que gane dinero los ingresará en los bolsillos de los socios y los años que lo pierda, que lo paguemos con los impuestos los contribuyentes.

En cualquier caso es necesario tener en cuenta que en los años 80 los CEE fueron constituidos por asociaciones y sólo a partir de la entrada en el año 2000 empezaron a crecer las entidades mercantiles interesadas en la explotación⁷⁴³ del empleo protegido por medio de los CEE. En la crisis que se inició en el año 2006 ha proliferado la creación de más CEE mercantiles mientras que el sector no lucrativo no ha crecido e incluso ha menguado, por lo que en la actualidad existe un gran abanico de tipos de CEE pero en su mayoría son entidades mercantiles⁷⁴⁴.

Es fácilmente observable que existen algunos centros en los que únicamente pervive una función económica y en su creación sólo se pensó en la posibilidad de obtener subvenciones y bonificaciones así como en conseguir beneficios⁷⁴⁵, sin contar entre sus finalidades como empresas la atención y la función social inherente al trabajo que se presta en los CEE, dicha actividad social se realiza rellenando la documentación obligatoria de los ajustes personales para pasar los filtros necesarios. Dicho sin ambages, la mayoría de CEE lucrativos son empresas ordinarias en busca de la subvención y de la bonificación dando trabajo a personas con discapacidades casi inexistentes.

Pero de forma contraria también encontramos justo lo contrario, aquellas asociaciones que no desarrollan una función económica, se constituyeron como centros con la única idea de crear puestos de trabajo para personas con discapacidades severas, sin pensar en mercados potenciales ni tampoco desarrollando ideas para obtener

⁷⁴³ Utilizo la palabra explotación según la RAE en su acepción segunda “Sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio”.

⁷⁴⁴ “La mayoría de estos centros -más de un 60%- adopta en la actualidad la forma de una sociedad mercantil, en cualquiera de sus formas (sociedad anónima, limitada, colectiva, etc.)”. <http://www.feacem.es/FEACEM/CEE/cifras.htm> Consultado el 21 de agosto de 2009.

⁷⁴⁵ En este sentido se manifiesta el informe aprobado por la COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL, afirmando que: “De un lado, junto a los centros especiales que mantienen una labor de carácter netamente social y de transición al mercado ordinario de trabajo, se ha generado un espacio de negocio empresarial cuyo objetivo ha dejado de ser la inserción laboral de los trabajadores y que compite con ventaja con el resto de empresas” en: “Negociación Colectiva e inserción laboral ...” *op. cit.* pág. 57.

Respecto de situaciones no éticas en los CEE, por falta de planificación individual y vulneración de derechos, ver VERDUGO ALONSO, M. A., JORDÁN DE URRIES VEGA . F.B., VICENT. C. y MARTÍN, R., “Integración laboral y discapacidad...” *op. cit.* Pág. 444.

beneficios, “sin asumir *“dinámicas y procesos competitivos que les permitan operar de forma sostenible en el mercado”*⁷⁴⁶, comportándose de alguna forma con sus trabajadores como CO que quieren pagar sueldos a sus usuarios⁷⁴⁷.

Unos, por mirar sólo los beneficios económicos, y los otros, por no mirarlos, perjudican la idea que existe en la sociedad sobre lo que debe ser un CEE. Los primeros olvidando (o desconociendo) que el empleo protegido tiene una labor social, provocan que se mire con recelo a todos los centros, porque se aprovechan de unas subvenciones y bonificaciones y desarrollan sus funciones de forma que podría llegar a considerarse competencia desleal⁷⁴⁸ con quienes no reciben tantas ayudas. Y los segundos, al no desarrollada su labor con los parámetros que el mercado espera, provocan que el mercado ordinario o bien no compre sus productos, o lo haga por solidaridad con las con las personas con discapacidad que en ellos trabajan, fomentando la idea incorrecta de que estas personas no pueden realizar productos de calidad y en los plazos convenidos.

La ley 5/2011, de 29 de marzo⁷⁴⁹, de economía social declaró que los CEE forman parte de las entidades de economía social. Dicha ley en su art.4. señala entre sus principios orientadores la reinversión de los beneficios, pero no está establecido por ley dicha obligación por lo que únicamente es una bonita idea. Pero ni siquiera obligando a reinvertir los beneficios por ley creo que se consiguieran resultados a medio plazo, puesto que el empresario podría elevar su remuneración por gerencia, la de algún familiar, o simplemente creando empresas de servicios que facturasen para eliminar los beneficios o dejarlos muy ajustados, ya que el control de la administración sobre dichas actuaciones sería tan escaso como el que ahora se tiene sobre la obligación de prestar ajustes personales y sociales.

⁷⁴⁶ Informe de la CONACEE, denominado “Las políticas de inserción laboral de las personas con discapacidad a través del mercado de trabajo protegido: Aspectos críticos para su mantenimiento y desarrollo sostenible. <http://conacee.org/wp-content/uploads/2014/07/2014-01-BMcK-Resumen-Ejecutivo-INFORME-MERCADO-PROTEGIDO.pdf> Consultado el 20 de septiembre de 2015.

⁷⁴⁷ GARRIDO PÉREZ entiende que “*no todos los CEE se rigen por reglas de competitividad o rentabilidad. Con frecuencia un fuerte componente social o la ausencia de ánimo de lucro presiden la creación y funcionamiento de CEE, lo que a la vez ha podido explicar el fracaso de algunas iniciativas de puesta en marcha de CEE*”. En *El trabajo de minusválidos ... op. cit.* Pág. 51.

⁷⁴⁸ El sector de limpieza de edificios y locales creo en el año 2010 un observatorio en el que relacionaba a los CEE con la competencia desleal en su sector. http://www.diversas.ccoo.es/comunes/recursos/20/518242-informacion_sobre_el_Observatorio_Estatal_del_Sector_de_Limpieza_de_Edificios.pdf en el mismo sentido y sobre el mismo sector: <http://www.limpiezas-sayago.com/2011/01/19/sector-limpieza-no-todo-el-empleo-es-limpio/> Consultado el 08 de enero 2014.

⁷⁴⁹ BOE núm. 76, de 30 de marzo de 2011.

Dicha actuación sería más complicada, aunque no imposible, si se obligase a los CEE a ser entidades sin ánimo de lucro, por el control que debe la administración tener sobre los bienes y pagos de las asociaciones y de las fundaciones y por las más graves consecuencias legales que puede tener la realización de las prácticas anteriormente mencionadas en entidades calificadas como sin ánimo de lucro.

No sólo el sector de la discapacidad tiene grandes ayudas, las subvenciones en España mantienen muchos sectores, si tomamos el sector del cine, las subvenciones benefician a promotores privados, en algunas comunidades autónomas la agricultura está completamente subvencionada hacia el agricultor y protege fuertemente a los trabajadores temporales y en el sector industrial muchas empresas con beneficios reciben subvenciones para invertir en maquinaria, que podrían comprar con los beneficios de años anteriores, en cada uno de los casos se prima un objetivo distinto, la cultura, las raíces, la industrialización y la competitividad, pero son personas o entidades privadas las que se benefician de las subvenciones. En base por lo tanto a las subvenciones percibidas no debería tratarse de forma distinta al mundo de los CEE, es decir, en base al beneficio que particulares pueden extraer de las bonificaciones y subvenciones no puede prohibirse a las empresas con ánimo de lucro regentar CEE.

Ni es conveniente primar la carencia de ánimo de lucro en los CEE, ni centra el problema actual que está en que el empleo protegido que debería ser subsidiario del ordinario y atender a personas con dificultades de acceso al empleo. Si se cambiase la composición actual de trabajadores de los CEE, eliminándose las bonificaciones del 100 por cien de las cuotas asimilándolas a las del empleo ordinario y se subvencionase únicamente los puestos de trabajo de personas con especiales dificultades el panorama de los CEE cambiaría en muy poco tiempo.

En dicho escenario caben las entidades privadas, que con sus ideas y ganas de tener beneficios conseguirán dar empleo a muchos trabajadores con discapacidades severas. Es cierto que la voluntad de lograr beneficios por parte de algunos centros con ánimo de lucro puede ser perjudicial para los trabajadores con discapacidad que en ellos trabajan puesto que en lugar de ser la parte importante del CEE, como deberían serlo en el empleo protegido, son una parte secundaria puesto que lo primero es el beneficio.

La mejor solución es controlar de forma efectiva por parte de la administración y por medio de la constitución de los inexistentes equipos multiprofesionales junto con la

inspección de trabajo, la utilización de los fondos que el Estado aporta para integrar trabajadores y la función social que realizan estos centros.

Además, tal como ha sucedido hasta el momento, los CEE de iniciativa privada, han sido muy útiles para la creación de puestos de trabajo y para la realización de proyectos de integración; sirvieron para hacer despegar a un sector que estaba dormido. Insisto en que dicha actividad lucrativa debería ir acompañada con una fuerte dosis de inspección de todo los tipos de actividades a que está obligado realizar el CEE, sobre todo la relacionada con los ajustes personales y sociales, así como una fiscalización de actividades que distinga entre la superación del expediente documental y la realidad de la atención personalizada. Para este control, la puesta en marcha de los equipos multiprofesionales sería importante.

Por último sólo hacer constar que todos los grandes grupos privados que tienen CEE tienen fundaciones privadas desde hace un tiempo, al igual que tienen mucho bancos y constructoras, por lo que la obligatoriedad de que el empleo protegido cumpla el requisito de ser entidades sin ánimo de lucro, sería un trámite que superarían únicamente haciendo un traspaso de trabajadores de las Sociedades mercantiles a las entidades no lucrativas que controlan los mismo órganos de administración.

6.3.- Locativos y de actividades.

Los CEE se dedican a muy diversas actividades, siendo sus sectores de trabajo más importantes los manipulados de la industria y los servicios de limpieza y jardinería. También CEE dedicados al asesoramiento de empresas o de reparto a domicilio. Las actividades condicionan los lugares de trabajo, pues claramente una actividad de manipulados tendrá a sus trabajadores ubicados en una nave industrial o en un lugar cerrado en las instalaciones de la empresa CEE o en la empresa usuaria de un posible enclave laboral. De otra forma las actividades de jardinería o limpieza exigen puestos de trabajos itinerantes o fijos, pero no dentro de un local cerrado propiedad del empleador.

De la definición de la palabra centro, que es la primera que titula el modelo de empleo protegido que nos ocupa, se puede desprender que estos deben desarrollar su trabajo en un local o establecimiento específico. Razonado de esta manera, los trabajadores del mismo no deberían poder trabajar fuera del domicilio social. Pero si tomamos la palabra centro, dentro de un concepto más amplio atendiendo a la literalidad del art. 1.5 del ET que establece *“A efectos de esta Ley se considera centro de trabajo la*

unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral”, definiría el lugar donde se concentran las decisiones y donde se realizan los ajustes personales y sociales.

Si queremos que el CEE sea un puente hacia el empleo ordinario, el trabajo protegido debería parecerse, si no ser idéntico, al que la persona con discapacidad desarrollará en un futuro en caso integrarse en una empresa ordinaria, y si el trabajo se debe desarrollar fuera de los locales de la empresa, el CEE deberá sacar a sus trabajadores allá donde esté el trabajo y no recluirllos para que únicamente puedan realizar actividades que se desarrollen dentro de inmuebles. No se debe potenciar que los CEE segreguen o aparten a la persona con discapacidad del resto de la sociedad, sino que estas deben trabajar con la sociedad y en medio de la misma, no pudiendo estar aislados del mundo⁷⁵⁰.

La única mención que existe en la regulación de los CEE sobre el lugar de trabajo es la prohibición del trabajo a domicilio para todos los trabajadores con discapacidad en el art. 7 del RD 1368/1985, que regula la Relación laboral especial. Esta prohibición fue modificada por el RD 427/1999, permitiendo que los trabajadores con discapacidad física y sensorial trabajen en su domicilio, exceptuando por lo tanto a las personas con discapacidad psíquica y con la condición de que quien lo haga tenga un seguimiento por los equipos multiprofesionales y se asegure que dicho trabajo será beneficioso para su integración en el mercado ordinario, exigiendo por lo tanto, unas mínimas cautelas para garantizar los servicios de ajuste personal y social a quienes prestarán sus servicios en su domicilio.

Quizá esta especialidad, de que las personas con discapacidad intelectual no pueden realizar trabajos a domicilio para un CEE, es un motivo que muestra que el legislador sabe que no todas las personas con discapacidad son iguales y que unas necesitan más apoyo que otras, y que la especialidad de los CEE se basa en la atención y la prestación de ajustes personales a quienes en ellos presten trabajo.

Por otro lado, respecto de las actividades, el RD 290/2004, de 20 de febrero, que Regula los enclaves laborales⁷⁵¹, en su art. 3.2 exige que los CEE, promotores de los mismos no pueden tener *“como actividad exclusiva la derivada de uno o más enclaves determinados, sino que deberá mantener una actividad propia”*. Por lo que prohíbe

⁷⁵⁰ En este sentido MARÍN CALERO, C. La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica... *op. cit.* Pág. 12.

⁷⁵¹ BOE núm. 45, de 21 febrero de 2004.

expresamente la creación o el mantenimiento de CEE que únicamente tuviesen trabajadores con discapacidad en enclaves laborales no teniendo otros empleados dirigidos por el centro ni destinados a alguna actividad que defina la actividad principal del centro.

Hay que tener muy en cuenta, que gran parte de la doctrina estima que *“la actividad desarrollada en los CEE parece exigir una cierta cultura presencial, si tenemos en cuenta que éstos son algo más que una empresa y que los servicios de ajuste personal y social son difíciles de garantizar si la actividad laboral se realiza a domicilio”*⁷⁵². No puedo dejar de estar de acuerdo con la obligación de una necesaria presencia regular de los trabajadores en los establecimientos de la empresa donde se encuentren los profesionales que realizarán los ajustes personales y sociales, pero es necesario recalcar que dicha presencia regular para realizar los obligatorios ajustes no obliga a trabajar en recintos cerrados, sino a participar regularmente en las actividades de ajustes personales y sociales.

En el año 2005 se publicaron dos sentencias en los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid⁷⁵³ y Cataluña⁷⁵⁴, sus pronunciamientos estimaban que la empresa sancionada, que era la misma en las dos comunidades autónomas, simulaba ser un CEE porque realizaba trabajos de limpieza en multitud de centros de trabajo y los centros de trabajo eran el domicilio del propietario de la empresa y un local en el que recoger el material. No constaba que se prestaran los ajustes, por lo que no se diferenciaba su funcionamiento en nada de otras empresas ordinarias del sector⁷⁵⁵. Por dichos pronunciamientos judiciales se le condenó a abonar las bonificaciones deducidas, pero lo bien cierto es que la empresa continua realizando la actividad de limpieza, cada vez a

⁷⁵² ESTEBAN LEGARRETA. R., *Contrato de trabajo y discapacidad... op. cit.* Pág. 205.

⁷⁵³ (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia núm. 908 de 4 julio de 2005.

⁷⁵⁴ (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) Sentencia núm. 235 de 17 febrero de 2005.

⁷⁵⁵ *“La conclusión a que llegan los inspectores es que la empresa ha venido realizando la simulación de la existencia de un centro Especial de Empleo, en el que deberían haber prestado sus servicios todos los trabajadores minusválidos contratados si es que pretendía beneficiarse de las ayudas percibidas, cuando en realidad los trabajadores han estado trabajando en multitud de centros de trabajo ajenos, que carecen de la condición de centro especial de empleo, realizando trabajos que en general realizan trabajadores que no tienen la condición de minusválidos y en dichos centros de trabajo que en ningún caso están reconocidos por la Administración como especiales, es decir, los trabajadores contratados han venido realizando actividades laborales previstas para trabajadores sin minusvalía alguna, salvo una pequeña parte de los trabajadores que prestan sus servicios en el centro de la c/ Pallars, 141-143, centro que no consta como centro especial de empleo”* Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 2ª Sentencia núm. 235/2005, de 17 febrero.

mayor escala y no se le retiró la calificación de CEE; muchas empresas continúan la realizando la misma actividad en muy similares condiciones.

Pero siguiendo la línea argumental de las dos sentencias parte de la doctrina estima que el mantenimiento de una actividad empresarial basada en la realización de actividades totalmente externas a un centro de trabajo en el sentido más estricto del término, podría establecerse como una presunción *iuris tantum* de la simulación de CEE⁷⁵⁶. Si sumamos a dicha argumentación que las actividades de limpieza son “*tareas repetitivas y monótonas que en nada favorecen la evolución social, personal y profesional de los trabajadores minusválidos*” y por tanto carecen “*de todo elemento formativo, readaptador o rehabilitador*”⁷⁵⁷, cabría prohibir la realización de actividades de limpieza o jardinería fuera de los centros tomando la palabra centro en el sentido literal.

Entiendo que hay que tener en cuenta algunas realidades más, antes de cerrar la puerta a muchos trabajos que desarrollan los CEE. En primer lugar hay que saber que en la mayoría de ocasiones los trabajos que tendrán las personas con discapacidad cuando transiten de los CEE a la empresa ordinaria serán, al igual que los de la gran mayoría de las personas sin discapacidad, repetitivos y monótonos. Está claro que no todas las personas con discapacidad son iguales, pero para los casos de personas con discapacidades severas con etiologías intelectuales y mentales, al trabajar en un CEE realizando labores de limpieza o jardinería, entre otras, no sólo está realizando un trabajo sino que está consolidando hábitos laborales, disciplina y horarios de trabajo, sirviendo el simple cumplimiento de las normas como acciones formativas y rehabilitadoras de muchas personas, por supuesto esto no sirve para personas con discapacidades físicas leves, pero como ya he explicado con anterioridad⁷⁵⁸, entiendo que estas no deberían ocupar plazas especiales en los centros.

Tengo presente, como ya se ha dicho, que no es obligación del CEE consolidar hábitos laborales, ni tampoco iniciar en un oficio, y también hay que tener en cuenta que quienes trabajen en empleo protegido no tienen que estar toda la vida aprendiendo. Pero no debe olvidarse que fueron creados para aportar al trabajador un acompañamiento y

⁷⁵⁶ En este sentido ESTEBAN LEGARRETA, R., “La relación laboral especial. Algunas cuestiones...” *op. cit.*, Pág. 75.

⁷⁵⁷ GARRIDO PÉREZ, E., *El trabajo de minusválidos...* *op. cit.* Pág.53.

⁷⁵⁸ Véase Capítulo I puntos 6.2.- Determinación de la discapacidad a efectos laborales y 6.3.- Consideración de persona con discapacidad con especiales dificultades de empleo.

apoyo personal y social y que, en principio, este tipo de apoyos no serán facilitados en una empresa ordinaria.

La prueba en contrario de la referida presunción de fraude de ley, por realizar trabajos como empresa ordinaria, sería demostrar por parte de los CEE su aportación a cada uno de sus trabajadores. No al conjunto, que es más fácil de enmascarar, con documentos ampulosos, palabras huecas y actos realizados para los clientes, que bajo el paraguas de promover la discapacidad son actuaciones de fidelización de la clientela. Sería necesario probar los ajustes laborales y sociales que se han prestado a cada uno de los empleados.

Se puede tomar como indicativo de que el centro está cumpliendo con su labor integradora, si el trabajador además de acudir a su puesto de trabajo, también asiste a la sede social regularmente para recibir apoyos y para relacionarse con los otros trabajadores. Si además de ello la empresa presta de forma transversal dichos ajustes a sus trabajadores, por medio de adaptaciones en la forma de trabajar, y en la transmisión de las ordenes de trabajo se deberá demostrar que a la hora de enfocar los resultados la empresa no prima únicamente la productividad.

Existe en cualquier caso una “*desconfianza hacia el trabajo fuera del estricto establecimiento del CEE*”⁷⁵⁹, esta viene fundada en la visión habitual de un trabajador con discapacidad leve que se desplaza a su puesto de trabajo de forma autónoma, lo desarrolla y vuelve a su domicilio, teniendo únicamente un supervisor que al igual que en otras empresas ordinarias, únicamente evalúa la calidad de su trabajo y la satisfacción del cliente. Pero es que ese trabajador quizá no debería trabajar en un CEE, y la empresa que lo contrata no debería recibir subvenciones y bonificaciones de la Administración como si el trabajador tuviese especiales dificultades a la hora de trabajar sino las mismas ayudas que recibe una empresa ordinaria por contratar a personas con discapacidad.

En realidad gran parte de las acusaciones de competencia desleal frente al empleo ordinario⁷⁶⁰ y las afirmaciones que estiman, que muchos CEE no realizan ninguna labor

⁷⁵⁹ ESTEBAN LEGARRETA, R., “La relación laboral especial. Algunas cuestiones...” op. cit, pág. 50.

⁷⁶⁰ El sector de limpieza de edificios y locales creo en el año 2010 un observatorio en el que relacionaba a los CEE con la competencia desleal en su sector. http://www.diversas.ccoo.es/comunes/recursos/20/518242-informacion_sobre_el_Observatorio_Estatal_del_Sector_de_Limpieza_de_Edificios.pdf en el mismo sentido y sobre el mismo sector: <http://www.limpiezas-sayago.com/2011/01/19/sector-limpieza-no-todo-el-empleo-es-limpio/> Consultado el 08 de enero 2014.

social se basan en el empleo masivo de personas con discapacidades leves, casi imperceptibles a las que no se les presta ajustes.

Las sentencias de los TSJ de Madrid y Cataluña, deben interpretarse como una prohibición de tener un CEE sin centro base, o centro de reunión en el que puedan prestarse los ajustes personales y sociales obligatorios para los CEE⁷⁶¹, es decir sin siquiera un lugar, que sin ser el centro donde realizan sus labores, puedan acudir los empleados a recibir órdenes o consejos de su trabajo y a preguntar las dudas que tengan a los servicios administrativos o de apoyo.

No se debe promover que los CEE se creen únicamente para trabajar en espacios aislados, puesto que siempre que sus trabajadores puedan trabajar en medios ordinarios su integración social es más efectiva y es más fácil que quieran transitar a un mundo laboral que conocen más de cerca. Si bien en los casos de actividades realizadas de forma dispersa por los trabajadores, como por ejemplo la limpieza de zonas comunes de comunidades de vecinos, el control de la realización de ajustes personales y sociales por parte de inspección de trabajo es hartamente complicad. Por lo que en muchas ocasiones únicamente se supervisa la formalidad, los documentos y no se controla la realización real y práctica de los ajustes.

En cualquier caso, la dificultad en el control no debe frenar la realización de servicios fuera de los locales de los CEE, puesto que de esa manera no sólo el trabajador gana un trabajo sino que la capacidad de las personas con discapacidad es visible para la sociedad.

6.4.- Independientes o dentro de estructuras sociales o empresariales.

He dejado esta cuestión como última de las posibilidades por ser la de más complicada resolución. puesto que al margen de la esperada y comúnmente aplicada “*gestión ética*”⁷⁶² de los CEE que promueve un uso muy positivo de este instrumento de integración, nos encontramos en demasiadas ocasiones gestiones irregulares o fraudulentas.

⁷⁶¹ En este sentido ESTEBAN LEGARRETA, R., “La relación laboral especial. Algunas cuestiones...” op. cit, pág. 74.

⁷⁶² Respecto de la acepción “*gestión ética*” *vid.* VERDUGO ALONSO, M. A., JORDÁN DE URRIES VEGA . F.B., VICENT. C. y MARTÍN, R., “Integración laboral y discapacidad...” *op. cit*, pág. 444.

Hay que destacar que la forma jurídica de quien quiera ser titular de un CEE es irrelevante a la hora de solicitar la calificación, puesto que esta la tendrán tanto “*personas físicas, jurídicas o comunidades de bienes que tengan capacidad jurídica y de obrar para ser empresarios*”, según dispone el art. 6 del RD 2273/1985 que aprobó el reglamento de los CEE. Sólo la Comunidad Autónoma de Galicia en su Decreto 200/2005⁷⁶³, que regula la autorización e inscripción en el Registro de Centros Especiales de Empleo, requiere que el centro cuente con una estructura y organización empresarial propia, independiente y debidamente diferenciada de otras actividades del titular o de personas vinculadas por cualquier título a éste.

Según lo establecido en el RD 2273/1985, los CEE pueden ser entidades independientes o insertadas dentro de otras estructuras mayores. Si son independientes tanto en la teoría como en la práctica, no generan problema alguno puesto que la independencia y separación de todos los componentes, humanos y materiales, generan una situación en la que se puede trabajar y comprobar el estricto cumplimiento de los reglamentos que regulan los CEE. Pero si el CEE está inserto en una empresa más grande y comparte locales, o estos están separados por un tabique; cuando los empleados comparten trabajos con los de otra mercantil como grupo de empresas, la maraña de relaciones directas e indirectas, subcontrataciones y trabajos, puede llevar a interesantes propuestas de empleo y también a manifiestas ilegalidades.

En la legislación de los CEE no se establecen especificaciones a favor o en contra de que la inclusión se realice, incluso, dentro la misma empresa, utilizando el mismo número de CIF y de CCC tanto el empleo protegido como el ordinario. No existe ninguna norma contraria a dicha actuaciones y por lo tanto no estando prohibidas. Sólo a este respecto, podemos encontrar en la derogada Orden de 21 de febrero de 1986⁷⁶⁴ en su art. 16.3 establece que “*podrán ser beneficiarios de las subvenciones contempladas los Centros Especiales de Empleo o sus promotores, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten aquéllos*”. En este derogado artículo, se distingue entre el CEE y la entidad que ostenta el centro o promueve dicha calificación, por lo tanto da cobertura legal a aquellos centros insertos dentro de entidades que realizan otras actividades, tanto no lucrativas de inserción como las meramente lucrativas.

⁷⁶³ DO. Galicia núm. 138, de 19 de julio de 2005; rect. DO. Galicia núm. 147, de 2 de agosto de 2005.

⁷⁶⁴ Establece diversos Programas de apoyo a la creación de empleo. BOE núm. 50, de 27 de febrero de 1986.

El problema viene cuando el ánimo de lucro domina la situación empresarial puesto que él día a día lleva a una perversión completa del concepto de CEE, utilizando únicamente el centro para contratar a personas con discapacidad que podía haber contratado en la empresa ordinaria sin tantas ventajas.

De forma distinta, se encuentra una práctica con intereses centrados en la promoción de la persona y que impulsa la evolución de las capacidades, creando CEE dentro de entidades que prestan otros servicios sociales. Esta última situación ha funcionado históricamente, asociaciones y fundaciones que desarrollan labores de atención a personas con discapacidad, contando con la integración laboral como una de sus puntas de lanza para la integración social⁷⁶⁵, ofrecían a sus beneficiarios la posibilidad de transitar al empleo protegido.

Se podían encontrar incardinadas dentro de sus actividades de atención de centros de día, y viviendas tuteladas la posibilidad de acceder a un empleo protegido. Compartiendo los trabajadores del centro de empleo el mismo CCC con los monitores de las aulas de educación y ocio. Facturando los trabajos que el CEE prestaba a las empresas ordinarias con el mismo CIF con el que se cobraban las facturas a servicios sociales por la atención de persona, y reinvertiendo las ganancias para el beneficio de la entidad. Realizando las actividades del CEE y las demás de servicios sociales, todo dentro de la misma estructura física y jurídica para dar una cobertura más completa y más compacta a las personas con discapacidad que atendían.

Pero frente a dicha unidad de actividades sociales, la Inspección de Trabajo instó a las entidades que, entre otras actividades tenían empleo protegido a que separaran en formas jurídicas distintas el CEE de las demás actividades. Dicha solicitud, realizada sin base legal, pero manifestada de forma vehemente, tiene la finalidad última de controlar tanto el cumplimiento del 70% mínimo de empleados con discapacidad, como el destino del pago de las subvenciones, entendiendo la autoridad laboral que de esa manera se podrían vigilar de una forma más fácil el cumplimiento de dichos aspectos.

Las actividades inspectoras “aconsejaron”, de forma que no dejaba opción a no obedecer, a las entidades sin ánimo de lucro que ostentaban CEE dentro de sus

⁷⁶⁵ El sector de los CEE esta figura puede encontrarse con relativa frecuencia, ya que numerosos CEE están integrados dentro de obras sociales SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M., SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, J. M. “**Los enclaves laborales**”. Equalbur. 2004. <http://sid.usal.es/idos/F8/FDO9238/enclaves.pdf> pág. 89. Consultado el 5 de abril de 2011.

estructuras, a crear entidades mercantiles dependientes de ellas para realizar las funciones de empleo protegido, de esa forma los centros continuaban siendo dependientes de sus estructuras, pero mercantil y fiscalmente estaban separados del resto de actividades. Esta actuación de la Inspección de Trabajo viene reflejada en un estudio realizado por CCOO⁷⁶⁶, en el que la Administración aconsejaba *“que se creen sociedades independientes de las asociaciones o fundaciones, para que el patrimonio de los centros no se diluya entre los activos patrimoniales de los promotores”*.

La creación de CEE que formen parte de estructuras de un grupo de empresas o similares del sector lucrativo puede derivar en que las entidades promotoras por medio de la creación de grupos de empresas con la misma actividad que indistintamente trabajan como CEE o como empresa ordinaria eludían la obligación legal de contratar un mínimo de un 70% de personas con discapacidad, beneficiándose de las bonificaciones y subvenciones de los CEE.

Consiste el fraude de ley, en tener dos mercantiles con la misma actividad (normalmente limpieza), una con calificación de CEE y otra sin calificación. En la mayoría de los casos tienen la misma dirección social, la misma gerencia y comparten puestos de trabajo personas con discapacidad que están dadas de alta con relación laboral especial con aquellas que están dadas de alta en régimen general, teniendo los mismos trabajos y mandos intermedios y como no podía ser de otra manera uniendo en el titular de las mercantiles los beneficios económicos de ambas empresas.

Estas situaciones se encuentran en la jurisprudencia como hechos probados, se hallan sentencias como la del TSJ de Andalucía, de 2 de mayo de 2002⁷⁶⁷ en la que en hechos probados se afirma *“El demandante prestaba sus servicios como conductor limpiador tanto en las distintas oficinas del BBVA como en otros centros de trabajo como oficinas bancarias de otras entidades financieras, establecimientos comerciales, etc. Ello con independencia quien tuviera adjudicado el servicio de limpieza PILSA o CEEPILSA”*. Cuando la empresa ordinaria pierde la contrata, la nueva empresa que explotará dicha contrata según el convenio de limpieza debería subrogar a los trabajadores que en la anterior contrata trabajaban, pero *“solicitado por esta empresa un listado del personal a subrogar (...) la empresa PILSA remitió un fax (...) en el que se relacionaban 22*

⁷⁶⁶ UNIÓN SINDICAL DE MADRID REGIÓN DE CCOO. *Aproximación Sociolaboral al Empleo Protegido... op. cit.*, pág. 108.

⁷⁶⁷ TSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección Única). Sent. Núm. 1397/2002 de 2 de mayo de 2002. R. Supl 290/2002.

trabajadores, incluido el actor aunque con respecto a este se señalaba que pertenecía a CEEPILSA”, por lo que el trabajador del CEE no se subrogará por tener una relación laboral de carácter especial, aunque trabajara con sus compañeros, para “casi” la misma empresa.

En ese caso, la unidad empresarial del CEE y la empresa ordinaria la establece el TSJ en el Fundamento de Derecho Cuarto, *“ambas sociedades mercantiles vienen funcionando como una sola empresa, precisándose que, aparte de otras circunstancias de carácter más general, aunque no por ello menos significativas, como son que las dos tienen el mismo objeto social, el administrador de ambas es la misma persona, que tienen el mismo domicilio social o que tiene un encargado común, el actor ha prestado servicios indistintamente en centros cuya limpieza estaba contratada a uno u otra de tales sociedades con el mismo material y con el mismo vehículo”*.

También se puede observar el mismo patrón de conducta empresarial entre CEE y empresa ordinaria, en otra la STSJ de Galicia de 16 de febrero de 2002⁷⁶⁸, en un caso igual que los dos anteriores, que prueba incluso la caja, el TJS de Madrid de 2 de abril de 2008⁷⁶⁹ estima que *“no ha existido una cesión ilegal, al ser ambas empleadoras de la demandante, por lo que no cabe esa cesión, pero que no puede tener lugar cuando las empresas ocupan solidariamente la posición de empleadoras, en una relación laboral única con el trabajador”*.

En la misma línea de hechos probados, podemos encontrar más sentencias donde empresas ordinarias con el mismo nombre que otras CEE y que comparten dependencias y trabajos en casi todas las CCAA⁷⁷⁰. También sentencias en las que se demuestra probado que distintas mercantiles⁷⁷¹ contratan a trabajadores para el CEE si es persona con discapacidad o en empresa ordinaria si no tiene certificado de minusvalía. Estas mercantiles consiguen contratas de limpieza y ponen a trabajar a sus empleados con relación especial o relación común en los mismo puestos de trabajo sin distinción alguna⁷⁷², este último caso se llega al punto de que no sólo una mercantil o grupo de empresas contrata personal para una u otra empresa para trabajar en los mismos puestos dependiendo si tiene discapacidad como empleados de CEE o de empresas ordinarias,

⁷⁶⁸ TSJ Galicia (Sala de lo Social) Sentencia de 16 de febrero de 2002.

⁷⁶⁹ TSJ Madrid (Sala de lo Social Sección 2ª) Sentencia de 2 de abril de 2008.

⁷⁷⁰ TSJ Cataluña (Sala de lo Social) Sentencia núm. 6290/2000 de 18 de julio.

⁷⁷¹ TSJ Madrid (Sala de lo Social Sección 2ª) Sentencia núm. 306/2008 de 7 de mayo.

⁷⁷² Sentencia núm. 204/08 del Juzgado de lo Social nº 5 de Valencia, de 12 de mayo de 2008.

rellenando cada puesto según la conveniencia de la empresa, sino que incluso una trabajadora de la empresa ordinaria cuando le otorgan el certificado de discapacidad, pasa a CEE realizando las mismas funciones en el mismo sitio, sin solución de continuidad.

Con la legislación actual vigente se necesitaría mucho más control sobre los CEE y sus vinculaciones con otras empresas, en particular sobre aquellos centros dependientes de sociedades mercantiles o de grupos de empresas. Es patente la falta de inspección sobre los CEE en ese aspecto puesto que las situaciones que relatan los hechos probados de las sentencias expuestas evidencian que los grupos de empresas provocan el no cumplimiento del porcentaje del 70 por cien de personas con discapacidad contratadas en dichos CEE, que si bien sobre el papel sí que cumplen los requisitos de mínimos, en la realidad, por medio del trabajo conjunto con otras empresas del mismo grupo dedicadas a la misma actividad evidencia que no es así y ello debería conllevar la descalificación de dichos centros por actuar en fraude de ley.

Estas situaciones, muy habituales en la práctica, llevan a pensar que quizá lo conveniente sería no sólo desligar legalmente la posibilidad de que entidades mercantiles puedan tener dentro del grupo empresarial la misma actividad llevada a cabo por CEE o por empresas ordinarias al mismo tiempo, sino que quizá lo más conveniente sería realizar una modificación legal que determine que esta actuación con lleva la descalificación de forma automática y además a devolver las bonificaciones y subvenciones obtenidas en fraude de ley. Ya actualmente en lugar de fomentar el trabajo de las personas con discapacidad en empresas ordinarias se genera el movimiento contrario ya que la empresa siempre saldrá más beneficiada de las subvenciones como CEE que como empresa ordinaria.

7.- LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL.

7.1.-Antecedentes y normativa aplicable.

7.1.1.- Antecedentes.

La Ley 16/1976, de 8 de abril de Relaciones Laborales⁷⁷³ en su artículo tercero, establece entre las relaciones labores de carácter especial el "*trabajo de las personas con capacidad física o psíquica disminuida, en el grado que reglamentariamente se determine*", cuando dicho empleo reuniera las características del artículo primero. Esto

⁷⁷³ BOE núm. 96, de 21 de abril de 1976.

es, que fueran retribuidas y que se realizaran por cuenta y dependencia ajenas. Quedó por lo tanto mencionada en la norma previa al actual ET, la RLE, a falta de concreción del grado de discapacidad y del desarrollo reglamentario correspondiente.

Dicha situación es distinta de la que rige en la actualidad por la carencia de especialidad del empleador. Es especial para todos los trabajadores con discapacidad y no sólo para quienes trabajaran en los CEE.

Dicha previsión legal de caracterizar como relación laboral especial el trabajo de las personas con discapacidad finalmente no tuvo una posterior concreción normativa, por lo que no estableciendo ninguna especialidad laboral distinta quedó vacía de contenido.

El ET derogó la Ley de Relaciones laborales en su primera redacción y no recogió en su art. 2, en el que desarrollaba el listado de RLE, la de personas con discapacidad. Como se verá más adelante, dicha RLE fue incorporada al ET por mandato de la LISMI.

7.1.2.- Justificación de la relación laboral especial.

La LISMI pretendió la integración de los trabajadores con discapacidad en las empresas por medio de la recuperación profesional (arts. 32 a 36) y estableciendo cupos de reserva de empleo en las empresas ordinarias y en las administraciones públicas (arts. 37 y 38).

Pero para aquellas personas con discapacidad cuya discapacidad de forma temporal o definitiva les impedía acceder al empleo ordinario o no podían (según la ley) hacerlo en ningún empleo, por la gravedad de sus limitaciones, pero que aún con dicha limitación mantuviesen una capacidad de trabajo, determinó el uso de los CEE.

La relación laboral especial se basa, según la unánime expresión de la doctrina, en la necesidad de dar cobertura a aquellos trabajadores con discapacidad que tengan especiales dificultades de acceso al empleo⁷⁷⁴, se elaboró la RLE con el criterio de recoger

⁷⁷⁴ ESTEBAN LEGARRETA. R., “La relación laboral especial. Algunas cuestiones vertebradoras.....” *op. cit.* Pág. 48, afirma la unanimidad doctrinal y entiende que la fundamentación de la relación laboral especial se basa en “las singulares dificultades de los trabajadores con discapacidad” El profesor ESTEBAN LEGARRETA realiza en dicha página la siguiente cita a pie que copio por ilustrativa: “Así lo señalan SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M., SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, J. M. *Los trabajadores discapacitados. op cit., pág. 141 que recuerda que los rasgos que caracterizan la relación laboral especial es “el representado por la circunstancia de que el trabajador (...) no pueda desarrollar una actividad laboral en las condiciones habituales, esto es, no pueda integrarse e en una régimen ordinario de trabajo”. Igualmente TUSET DEL PINO, P. La Contratación de Trabajadores Minusválidos, op. cit. págs. 145 a 146 y GARRIDO PÉREZ, E. “El trabajo de discapacitados...” op. cit. pág. 37 subraya*

un esquema de derechos y deberes laborales, lo más aproximado posible al de las relaciones laborales comunes⁷⁷⁵ y junto a ellos algunas peculiaridades por las específicas condiciones de las personas con discapacidad a los que les debían ser aplicadas.

Esta relación laboral especial que se reglamentó por medio del el RD 1368/1985, de 17 de julio⁷⁷⁶, tiene cuestiones no reguladas en la relación laboral ordinaria y que tampoco aparecen en otras relaciones laborales especiales como la obligatoriedad de que el empleador sea un CEE y que deban desarrollarse en favor de los trabajadores prestaciones de ajuste personal y social. Esas dos peculiaridades, a mi juicio, demuestran que la pieza clave de la creación de esta especialidad laboral es la especial dificultad de acceso al empleo de los trabajadores a los que se les es aplicable.

La norma excluye que se aplique la relación laboral a los trabajadores sin discapacidad que trabajen los CEE, lo cual indica que no es el empleador la nota definitoria de la relación laboral y la regulación de los ajustes personales y sociales, que no se desarrolló hasta el año 2006⁷⁷⁷, denota que estos están destinados a trabajadores con discapacidades severas⁷⁷⁸.

Se puede afirmar que trabajar para un CEE no determina que se está sujeto a RLE y que tener reconocida una discapacidad superior al 33 por cien, tampoco implica que se tenga que recibir ajustes personales y sociales, únicamente quienes tengan discapacidades severas son beneficiarios de la misma. Por lo que, quizá debería concluirse que los destinatarios de estos ajustes dentro de los CEE deberían ser los únicos que deberían ostentar la relación laboral especial, por no necesitar los demás trabajadores de dicha especialidad.

Ha referido la doctrina⁷⁷⁹ que la transición al mercado laboral ordinario forma parte intrínseca de la relación laboral especial, puesto que incluso dentro del objeto del contrato de trabajo (art. 6) se establece que este deberá facilitar, su posterior integración

la discapacidad relevante como el elemento objetivo de la relación laboral. NUÑEZ GONZALEZ, C. *La integración laboral de las personas con discapacidad...op. cit.* Pág. 226. Señala la necesidad de una específica repercusión en la carga de trabajo.

⁷⁷⁵ IGARTUA MIRÓ, M. T., *Visión panorámica de las relaciones laborales de carácter especial...* op. cit. pág. 127.

⁷⁷⁶ BOE núm. 189, de 8 de agosto de 1985.

⁷⁷⁷ RD 469/2006, de 21 de abril de unidades de apoyo. BOE núm. 96 de 22 de abril de 2006.

⁷⁷⁸ El art. 3 de la norma determina que serán destinatarios de los ajustes personales y sociales el mismo grupo de personas con discapacidad que en el año 2004, la norma de enclaves determinó que eran personas con necesidades especiales de acceso al empleo. Personas con discapacidad psíquica o mental igual o superior al 33% y personas con discapacidad física igual o superior al 65%.

⁷⁷⁹ TUSET DEL PINO, P. *La Contratación de Trabajadores Minusválidos. op cit.* Pág. 154.

laboral en el mercado ordinario de trabajo. En el punto 7.8. de este capítulo se explicará que la transición se facilitará, “en su caso”, por lo que no es obligatoria para todos los trabajadores, y más que fundamentar la RLE, es el fruto de la combinación de las especiales dificultades de los trabajadores con discapacidad y de la preferencia por el empleo en el medio ordinario de trabajo⁷⁸⁰ que establecía la LISMI y la normativa internacional, y que ha sido eliminado por la LGPDIS en su art. 37.

Si tenemos presente que la discapacidad no es obstáculo para acceder al mercado de trabajo ordinario, si se tienen los apoyos oportunos, una interpretación acorde con el concepto moderno de discapacidad debería interpretar que los CEE fueron creados para personas con especiales dificultades de acceso al empleo ordinario de trabajo.

Tomando en cuenta la cercanía de las relaciones laborales especial y ordinaria, quizá la RLE debería aplicarse a todos los trabajadores con discapacidad con especiales dificultades, tanto los que trabajen en los CEE como aquellos integrados en el mercado ordinario⁷⁸¹, puesto que en ambos casos necesitarán apoyos de forma continuada y una especial protección.

7.1.3.- Fuentes.

Nace la relación especial por virtud del art. 41.1 de la LISMI, estableciendo la disposición adicional sexta de dicha norma que, el gobierno en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de dicha Ley se aprobarían las disposiciones o reglamentos correspondientes para dar forma a la misma.

El artículo 2.º de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores⁷⁸², estableció la consideración como relación laboral de carácter especial de los trabajos que fuesen expresamente declarados por una Ley como relaciones laborales de tal carácter. La disposición adicional primera de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre

⁷⁸⁰ ESTEBAN LEGARRETA. R., “La relación laboral especial. Algunas cuestiones vertebradoras.....” *op. cit.* Págs. 49 y 50.

⁷⁸¹ En este sentido ESTEBAN LEGARRETA. R., “La relación laboral especial. Algunas cuestiones vertebradoras.....” *op. cit.* Pág. 51. Es muy interesante la propuesta que se encuentra en AA.VV. ESTEBAN LEGARRETA. R (Coordinador) *Informe sobre la elaboración de un decreto regulador de la relación laboral especial de las personas con discapacidad afectadas por especiales dificultades Universidad Autónoma de Barcelona. 2010.* Ejemplar fotocopiado. Dicho informe fue realizado a petición del Ministerio de Trabajo e inmigración para la sustitución del RD 1368/1985, regulador de la relación laboral especial de las personas con discapacidad que trabajan en Centros Especiales de Empleo. En él se propone que la relación laboral especial se aplique a todas las personas con discapacidades severas, tanto en empleo protegido como en ordinario.

⁷⁸² BOE núm. 64, de 14 de marzo de 1980

modificación de determinados artículos de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, estableció, que en el plazo máximo de doce meses contados a partir de la entrada en vigor de la propia Ley 32/1984, regularía el régimen jurídico de las relaciones laborales de carácter especial previstas en el artículo 2.º, 1, de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. Al sobrepasar dicho plazo máximo, el legislador tuvo que otorgar uno nuevo dentro del cual, esta vez sí, el RD 1368/1985, de 17 de julio⁷⁸³, promulgó el la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los CEE.

Esta norma fue modificada quince años después por el RD 427/1999 de 12 de marzo⁷⁸⁴, en base a la necesidad de actualizar la relación laboral especial por el tiempo transcurrido, introduciendo reformas en materia de modalidades de contratación que incluían el trabajo a domicilio, así como extendiendo a esta relación laboral las posibilidades de distribución flexible del tiempo de trabajo y la posibilidad de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, acercando dicha figura especial, aún más, a la relación laboral ordinaria, y debilitando por lo tanto la especialidad de la relación laboral.

El Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁷⁸⁵, establecía en su art. 2.1, letra g), como relación laboral especial “*La de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en los centros especiales de empleo*”. Esta denominación ha sido cambiada por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁷⁸⁶, que entrará en vigor el día 13 de noviembre de 2015, que ha modificado el art. 2.1.g) denominando a partir de esta fecha la relación laboral especial como “*La de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo*”, sustituyendo el término minusválido por discapacidad.

7.2.- El trabajador con discapacidad a efectos de la RLE.

La LISMI estableció que las personas con discapacidad que por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no pudiesen, provisional o

⁷⁸³ BOE núm. 189, de 8 de agosto de 1985.

⁷⁸⁴ BOE núm. 73, de 26 de marzo de 1999.

⁷⁸⁵ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015,

⁷⁸⁶ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales, deberían ser empleados en CEE, y continuaba afirmando que *“trabajarán en estos centros cuando la capacidad de trabajo estas personas sea igual o superior a un porcentaje de la capacidad habitual que se fijará”*. La nueva LGPDIS en su texto elimina esta doble obligación y sólo determina que deberán trabajar personas con discapacidad, generalizando la relación laboral especial.

Quizá lo más importante del art. 41 de la LISMI, fue tanto su virtud como un gran error, que fue no determinar el acceso al empleo ordinario, a los CEE o a los CO, en base a un determinado grado de discapacidad, sino que tomó la discapacidad como base general y pretendió la adscripción a uno u otro servicio o puesto de trabajo en virtud del grado de capacidad laboral que tuviese, estableciendo que dicha capacidad se debía graduar por unos equipos multiprofesionales. Por desgracia esta idea no llegó a materializarse y las personas con discapacidad no son valoradas excepto para determinar su aptitud o no a los puestos de trabajo en los que presten servicios.

Pero el RD 1368/1985, que no ha sido derogado ni total ni parcialmente por la LGDPDIS, establece en su art. 3.1 que se aplicará la RLE a aquellas personas que *trabajen en CEE y que "teniendo reconocida una minusvalía en grado igual o superior al 33 por cien y, como consecuencia de ello, una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje"*, seguidamente el mismo artículo establece que *"La disminución de la capacidad de trabajo se apreciará poniéndose ésta en relación con la capacidad normal de trabajo de una persona de similar cualificación profesional"*

Por lo que de lo expuesto en el RD regulador, se extraen tres condiciones para ser sujeto de la RLE:

- a) que la relación laboral se desarrolle en un CEE
- b) que la persona tenga un certificado de discapacidad igual o superior al 33%
- c) que la discapacidad le produzca una disminución de su capacidad de trabajo al menos superior al 33%, comparando dicha capacidad de trabajo con una persona de similar calificación profesional.

La LISMI y el RD regulador no sólo tienen en cuenta la discapacidad, sino que cuando la tratan dentro del empleo, se acercan al concepto de incapacidad permanente relacionando la capacidad de trabajo de la persona con discapacidad con la que

desempeñaría otro trabajador en su mismo puesto, asimilando por lo tanto también la capacidad de ganancia que determina el sistema de la seguridad social⁷⁸⁷.

Es necesario por lo tanto tener en cuenta que la LGDPDIS eliminó el requisito de tener en cuenta la capacidad de trabajo con la que desempeñaría otro trabajador el mismo puesto, pero al no derogar el RD 1368/1985 y no ir en contra de la ley dicha obligación adicional puesto que regula la RLE que la ley sólo nombra, todas las obligaciones establecidas siguen vigentes, y por lo tanto podría continuar aplicándose el doble requisito, que nunca se ha exigido por la administración. La “*reducción de la capacidad debe poder ser probada, a lo que se añade la dificultad de determinar cuál es la capacidad general exigida para su desempeño, lo que requiere de una cierta prudencia y total objetividad*”⁷⁸⁸, y debe apreciarse poniéndose en relación con la capacidad normal de trabajo de una persona de similar cualificación profesional, por lo que si bien una persona con dificultades ambulatorias leves podría tener su capacidad laboral disminuida para realizar labores de peón de carga, no las tiene para realizar labores de asesoría legal. Para realizar la determinación de la capacidad laboral y de las necesidades del puesto a desempeñar entiendo que son imprescindibles los equipos multiprofesionales.

La STSJ de Andalucía de 30 de octubre de 2008⁷⁸⁹ entiende que conforme a la normativa en vigor, los trabajadores de los CEE “*deben tener la doble condición de ser minusválidos y una disminución de su capacidad laboral en un porcentaje que les impide incorporarse al mercado de trabajo en condiciones de igualdad con otros trabajadores del sector*”, pero la administración nunca ha hecho cumplir la norma, ni ha medido, ni valorado la capacidad de trabajo para compararla con puestos de trabajo similares, exigiendo únicamente que la persona que trabajase en un CEE tuviese reconocido grado de discapacidad para subvencionar de forma generosa al empleador y para otorgarle bonificaciones del 100% de la cuota patronal.

A mi juicio, únicamente los trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo deberían tener una RLE, puesto que las personas con discapacidades físicas y sensoriales entre un 33 y un 64 por cien no necesitan una especial protección en sus

⁷⁸⁷ En este sentido GARRIDO PÉREZ, E. “El trabajo de discapacitados...” *op. cit.* pág. 35.

⁷⁸⁸ ESTEBAN LEGARETA, R., “Guía sobre la regulación de empleo para personas con discapacidad en la empresa ordinaria. Edición Obra social “la Caixa” Año 2015. <http://incorporasaludmental.org/index.php/es/content/view/447> Pág. 31. Consultado el 1 de julio de 2015.

⁷⁸⁹ STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social Sección 1ª) de 30 de octubre de 2008, Rec. 2008/41.

relaciones laborales, siendo esta RLE una especialidad debida a la mayor fragilidad del colectivo.

7.3.- La intervención del SEPE.

Establece el RD una obligación paralela para los trabajadores y las empresas respecto del Servicio de Empleo Público Estatal (SEPE). Los primeros deberán inscribirse en las oficinas de empleo y los segundos deberán solicitar de este las ofertas de empleo que necesiten. Ambas obligaciones continúan en vigor desde la entrada en vigor del RD 1368/1985. De hecho la obligatoriedad de solicitar personal con discapacidad a las oficinas de empleo venía ya establecida en el RD 1451/1983⁷⁹⁰ que regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de trabajadores minusválidos, dicha norma también continúa en vigor y establece en su art. 8 que dicha actuación es requisito indispensable para tener derecho a bonificaciones y subvenciones.

El objetivo incumplido del vigente art. 4 del RD 1368/1985 era, tal como lo explicita él mismo, clasificar a los demandantes de empleo protegido en función del tipo y grado de discapacidad y también baremar su capacidad de trabajo. De esa forma cuando los CEE les describieran los puestos de trabajo que necesitaran cubrir, detallando las circunstancias de los trabajadores requeridos y las características técnicas de los mismos, el servicio de empleo podría facilitarles aquellos que estuviesen en condiciones de aptitud para desempeñar los trabajos demandados.

Esta situación, muy bien pensada y expuesta en la norma, en primer lugar falló al no crearse los equipos multiprofesionales, de los que hablaré en el punto siguiente. Además también se incumple cuando los trabajadores se presentan en el SEPE y lo único que les pide, si no han trabajado con anterioridad es el certificado de discapacidad y si han trabajado les solicitan que enumeren su experiencia laboral, realizando unos test de dudosa efectividad, pero no son valorados en su capacidad laboral ni por los equipos multiprofesionales ni por ningún funcionario con capacidad para ello.

La preceptiva intervención del SEPE en relación con los CEE también se incumple históricamente, ya que los CEE tras realizar ofertas de empleo, en lugar de recibir una lista de demandantes de empleo que se acoplaran a su oferta, o no obtenían contestación, o recibían listados de trabajadores con discapacidad con mucho tiempo de retraso y con

⁷⁹⁰ BOE núm. 133, de 4 de junio de 1983.

listados desfasados donde se encontraban personas que habían abandonado el mundo laboral, que estaban trabajando o que incluso ya no tenían grado de discapacidad.

Hay que reconocer que la agilidad de dicho organismo está mejorando poco a poco, y que los listados están cada vez mejor hechos pero la desconfianza generada por su actuación durante décadas y el pequeño filtrado de datos provoca que no se haga uso de unos servicios que según plantea la norma son necesarios para un correcto funcionamiento del empleo protegido.

En la práctica cuando un CEE quiere contratar a trabajadores utiliza lo que la doctrina ha llamado "*medios informales*"⁷⁹¹, buscando demandantes de empleo por medio de asociaciones y también por medio de ofertas en prensa. En estos casos se les solicita a los seleccionados, si no están inscritos en el desempleo, que lo hagan para cumplir de manera formal, al mismo tiempo el CEE realiza una oferta de trabajo, sin esperar contestación del SEPE. Una vez realizados estos pasos, se puede formalizar el alta en la TGSS, puesto que se cumple estrictamente con la formalidad prevista por la norma, al tener la inscripción del trabajador como desempleado y la oferta empresarial al SEPE, habiendo dado de alta realmente a un "desempleado" que se ha inscrito sólo para ser contratado.

Parte de la doctrina entiende que, al menos en la teoría, las ofertas de empleo deberían ser genéricas⁷⁹² y por lo tanto que los CEE deberían emplear únicamente a trabajadores remitidos por el SEPE y no a la persona que quieran contratar puesto que de esa forma podría pasar, que el empresario del CEE escoja a los trabajadores con discapacidad de mayor rendimiento despreciando a colectivos con menor productividad⁷⁹³, no siendo esta una conducta éticamente aceptable, aunque completamente habitual en la práctica diaria⁷⁹⁴.

Aunque la agilidad del SEPE está creciendo y sus listados están más actualizados, por lo que su labor empieza a ser útil, únicamente continúa enviando listados de trabajadores inscritos con discapacidad sin más datos. Por lo que la información que

⁷⁹¹ ESTEBAN LEGARRETA. R., "La relación laboral especial. Algunas cuestiones vertebradoras....." *op. cit.* Pág. 79.

⁷⁹² En este sentido TUSET DEL PINO . P. La contratación de personas con discapacidad..., *op. cit.* pág. 156.

⁷⁹³ ESTEBAN LEGARRETA. R., "La relación laboral especial. Algunas cuestiones vertebradoras....." *op. cit.* Pág. 79.

⁷⁹⁴ VIDAGANY PELÁEZ, J. M. y GARCÍA SENTANDREU, J, *Derecho para la discapacidad: Los centros especiales de empleo.* Valencia. 2003. Diario del Puerto, pág. 134.

proporciona continúa sin cumplir con dos exigencias o requisitos preceptuados en la norma:

1) en primer lugar la obligación de que el organismo público tuviese un listado de demandantes de empleo protegido, no únicamente de demandantes con discapacidad, esto es, debido a que la distorsión de la norma ha provocado que todas las personas con discapacidad, por leve que esta sea son susceptibles de emplearse en trabajo protegido.

2) En segundo lugar, el SEPE no conoce el grado de capacidad de trabajo de los demandantes de empleo, sólo su discapacidad, su tipo y su grado, por lo que ni facilita a los CEE los trabajadores que están en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo de que se trate, ni tampoco un listado personalizado de trabajadores inscritos que se adecuen a la oferta de trabajo, por lo que la labor de filtro que debería realizar continúa siendo inexistente.

Las actividades del SEPE, que deberían tener un papel importantísimo en el acceso al empleo de los CEE, ha recibido durante toda su trayectoria numerosas críticas por su ineficiencia⁷⁹⁵, por lo que es prioritaria la inserción del listado de empleo protegido y de la capacidad de trabajo de las personas, además del grado de discapacidad, tal como he descrito en el párrafo anterior.

Referido a la intervención de este organismo, es necesario tener en cuenta que tras la Ley 10/1994⁷⁹⁶, "*todas aquellas normas que contemplaran la intervención obligada del INEM en cuanto a solicitud de trabajadores desempleados por parte de empresarios, habrían de reinterpretarse admitiendo en pie de igualdad, la intervención de agencias de colocación*"⁷⁹⁷. Refiere el profesor ESTEBAN LEGARRETA⁷⁹⁸ en dicho sentido que en Cataluña ya se han constituido unos Servicios Sociales externos de integración laboral que al amparo del art. 22.3 de la Ley 56/2006 de 16 de diciembre actúan como entidades colaboradoras especializadas en colectivos con especiales dificultades. Comparto la necesidad de legalizar de forma definitiva y clara, la creación de dichos servicios especializados de intermediación, entendiendo que estos, tras valorar las capacidades laborales de las personas con discapacidad con especiales dificultades de acceso al

⁷⁹⁵ VALDES DAL-RE. F " Servicios públicos de empleo, crisis económica y paro" Relaciones laborales 11/1993 Pág. 188. También Respecto de la primera afirmación VIDAGANY PELÁEZ, J. M. y GARCÍA SENTANDREU, J, *Derecho para la discapacidad... op. cit.* Pág.183.

⁷⁹⁶ BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1994.

⁷⁹⁷ GARRIDO PÉREZ, E., *El trabajo de minusválidos ... op. cit.* Pág. 60.

⁷⁹⁸ ESTEBAN LEGARRETA. R., "La relación laboral especial. Algunas cuestiones vertebradoras....." *op. cit.* Pág. 83.

empleo, podrán dirigirlas hacia al empleo protegido o promocionar su acceso hacia el empleo ordinario, diferenciando entre las necesidades de apoyo de cada uno de los trabajadores.

Es necesario hacer mención a que pretendiendo valerse de la falta de definición clara de las normas, la Patronal estatal de CEE, que representa fundamentalmente a los centros no sociales, pretende convertir a los CEE más allá de empresas colaboradoras del SEPE en "*agentes de inserción especializados*"⁷⁹⁹. Intentan dejar de pasar por el pequeño filtro del SEPE, no utilizar tampoco los servicios de agentes privados de colocación y colocarse ellos mismos como seleccionadores.

Es necesario destacar que las entidades a las que representa la CONACEE, tienen sus plantillas conformadas mayoritariamente con trabajadores con discapacidades leves y con nulas o muy bajas disminuciones de capacidad laboral. Si dicha propuesta se llevara a cabo, pasarían a ser intermediarios y por lo tanto perceptores de beneficios de la puesta en contacto de personas sin necesidades especiales de empleabilidad con otros CEE y con empresas ordinarias⁸⁰⁰. Dicho atrevimiento de la patronal se propone escondiéndose detrás de los pocos CEE que están interesados realmente en la integración laboral, intentando confundir al legislador sobre la labor de los CEE sin ánimo de lucro y la realidad de los mercantiles.

Estimo que es necesaria y urgente una regulación que delimite cuanto antes la creación de agentes especializados y que determine la aplicación de los servicios de intermediación únicamente para el colectivo de personas con especiales dificultades dentro de la discapacidad, y que únicamente los centros que los ocupan puedan ser intermediarios, no aquellos centros especializados en ganar dinero en lugar de integrar a las personas. Estas tareas también las podrían realizar los equipos multiprofesionales, cuyo estudio se desarrolla a continuación.

⁷⁹⁹ Informe de la CONACEE, denominado "Las políticas de inserción laboral de las personas con discapacidad a través del mercado de trabajo protegido: Aspectos críticos para su mantenimiento y desarrollo sostenible. <http://conacee.org/wp-content/uploads/2014/07/2014-01-BMcK-Resumen-Ejecutivo-INFORME-MERCADO-PROTEGIDO.pdf> Consultado el 20 de septiembre de 2015.

⁸⁰⁰ Es necesario tener en cuenta que esa patronal, en su convenio colectivo estatal, ha sustituido de forma contraria a derecho, la intervención obligatoria de los equipos multiprofesionales por unos equipos propios de cada empresa, con el fin de tener más facilidades en la movilidad funcional de sus trabajadores. Con más extensión se tratará en el punto siguiente de este Capítulo. Estas actitudes evidencian que el sentido del empleo protegido, como labor social, está desarraigado y desaparecido en dicha asociación empresarial, tanto que ni siquiera perciben que lo que pactan en convenio o lo que piden, ni es correcto, ni está siquiera dentro de sus posibilidades.

7.4.- Equipos multiprofesionales.

La LISMI, que entendía que los CEE eran un medio de transición hacia el empleo ordinario, estableció la creación de unos equipos multiprofesionales que debían revisar periódicamente a los trabajadores con discapacidad que desempeñaran sus labores en dichos centros, con el fin de impulsar su promoción al empleo ordinario.

Es necesario recordar que la LISMI no establecía porcentajes de discapacidad obligatorios, sino que poniendo a la persona como centro de la políticas de empleo y de integración, implantaba la necesidad de un estudio de capacidades y necesidades personales antes de entrar a trabajar en un CEE; posteriormente a dicha incorporación preveía revisiones periódicas de los trabajadores para comprobar la evolución de estos y en caso de lograr una adaptación laboral suficiente, pretendía promocionar hacia el empleo ordinario a aquellos trabajadores con discapacidad cuyas destrezas laborales hubiesen progresado para ello. Por lo tanto la norma que pretendía personalizar, en lugar de categorizar implantó unos equipos que nunca se crearon. Es triste comprobar que un planteamiento tan avanzado, que pretendía la individualización de las capacidades y los apoyos que debían prestar, se haya quedado en nada, por su elevado coste y que por otro lado se destinen cantidades ingentes de dinero a personas con discapacidad que no la tienen y a centros especiales, que no los son.

Además de la promoción laboral, encomendada a los equipos multiprofesionales, la misma norma, al final de su art. 45.2 estableció que las administraciones públicas vigilarían, de forma periódica y rigurosa, que las personas con discapacidad fuesen empleadas en condiciones de trabajo adecuadas, buscando no sólo la promoción laboral, sino también la integridad personal de los trabajadores con discapacidad, esta disposición fue copiada por la LGDPDIS que continua sin constituir dichos equipos.

El art. 5 del RD 1451/1983⁸⁰¹ de fomento del empleo de trabajadores con discapacidad vuelve a mencionar a los equipos multiprofesionales, en dicha norma se establecía que el INEM debía trasladar a dichos equipos una relación detallada de los puestos de trabajo ocupados por trabajadores con discapacidad y aquellos que “*por sus características queden reservados a los mismos*” en las empresas con más de 50 trabajadores. Esto es buscaba que los equipos multiprofesionales tuvieran una relación

⁸⁰¹ BOE núm. 133, de 4 de junio de 1983. Regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de trabajadores minusválidos.

clara de personas y capacidades para insertar de la forma más certera posible a los trabajadores con discapacidad en la empresa ordinaria.

Es muy destacable que en la regulación de la Relación laboral especial, en su RD regulador, los equipos multiprofesionales son nombrados 22 veces estando presentes en casi todos los artículos de la norma. Así que tanto por número de veces en los que aparece como la importancia de las acciones que deberían realizar, denotan la relevancia de esta figura debía tener dentro del funcionamiento de la RLE, y tristemente su no regulación, más de 30 años después, patentiza la distorsión de todo el sistema de relaciones laborales que debería regir en los CEE. También pone de manifiesto la difuminación de la especialidad de dicha relación laboral, en cuya deformación sobre la idea original ha colaborado de forma importantísima la inacción legislativa.

Los equipos multiprofesionales tenían que determinar el grado de discapacidad (art.1) y el grado de capacidad de trabajo (art. 4.1) realizando informes sobre cada demandante de empleo con discapacidad (art. 4.2). Debían recabar los contratos para su estudio (art. 5), revisando que los trabajos encomendados se adecuasen a las capacidades personales y profesionales de cada trabajador con discapacidad. Debían revisar todos los puestos de trabajo al menos cada dos años (art 6). En los contratos de formación también debían revisar los contenidos formativos y autorizar en su caso la ampliación de la duración de aquellos contratos en los que el trabajador no hubiese alcanzado el nivel de conocimientos requeridos (art. 7.2) y antes de firmar contratos de trabajo a domicilio con personas con discapacidad, debía informar previamente a dicha formalización sobre la adecuación del mismo para la persona que lo debía desarrollar, y posteriormente realizar un seguimiento de dichos puestos de trabajo.

Los equipos multiprofesionales debían realizar informes motivados en relación a la necesidad y/o procedencia de cambios y adaptaciones en los puestos de trabajo, requiriendo de dichas certificaciones para poder realizar: periodos de prueba ampliados en caso de necesidades especiales de adaptación del trabajador (art. 10), promoción en el trabajo (art. 11), aplicación de incentivos o celebración de contratos de bajo rendimiento (art. 12), y para los casos de necesidad de realizar movilidad funcional y/o geográfica a los trabajadores (art. 14) y también para realizar modificaciones de las condiciones de trabajo (art. 15). Por último el RD requiere constatación y emisión de informe por el equipo multiprofesionales en caso de realizar extinciones por ineptitud sobrevenida del trabajador (art. 16).

Puesto que en el momento de publicarse el RD 1368/1985 que regula la RLE que nos ocupa, no se había legislado la composición y funcionamiento de los equipos multiprofesionales, esta norma estableció por medio de Disposición Transitoria que de forma temporal asumirían las funciones de estos las Unidades de Valoración. La norma cedió dichas funciones a los equipos de valoración, esperando que en un plazo breve se regulase el funcionamiento de los equipos multiprofesionales, por ello lo hace en disposición transitoria. Treinta años después, la disposición transitoria continúa en vigor, no están constituidos los equipos multiprofesionales y el trabajo ingente e importantísimo que debían realizar para mejorar la calidad de vida y la capacidad de trabajo de los trabajadores con discapacidad tampoco ha sido asumida por los equipos de valoración, que únicamente valoran los grados de discapacidad y emiten certificados de aptitud e ineptitud de los trabajadores para determinados puestos de trabajo.

Según refiere el profesor ESTEBAN LEGARRETA⁸⁰² en Cataluña se pusieron en marcha unos equipos con funciones similares a los equipos multiprofesionales pero tras unos meses de trabajo el coste de los mismos provocó la finalización de dicho proyecto. Es fácil darse cuenta que un plan de esa envergadura no tiene un coste bajo, por la cantidad de profesionales que deben conformar sus plantillas. Pero el conjunto de incentivos que se destinan a los CEE, por medio de subvenciones y bonificaciones, que únicamente están sirviendo para lucrar a empresas, y no para integrar a trabajadores, superan con creces la cuantía del coste de creación de los equipos multiprofesionales.

Los convenios laborales que regulan específicamente el empleo en CEE continúan haciendo referencia a la acción necesaria de los equipos multiprofesionales en las relaciones laborales con los trabajadores con discapacidad, pretendiendo en algunas ocasiones sustituir por acuerdo colectivo lo establecido legislativamente. Las soluciones aportadas son diversas y en la mayoría de ocasiones superan el marco legal donde deberían moverse las negociaciones entre trabajadores y empresa, pero en algunos casos determinan de forma más o menos acertada quien sustituye a los equipos multiprofesionales, que ahora no son los equipos de valoración sino los denominados centros base de servicios sociales⁸⁰³.

⁸⁰² En ESTEBAN LEGARRETA. R., “La relación laboral especial. Algunas cuestiones vertebradoras.....” *op. cit.* Pág. 82. En dicho libro se puede encontrar una visión más completa de la intervención de los Equipos Multiprofesionales.

⁸⁰³ VI Convenio Colectivo autonómico de Centros y Servicios a Personas con Discapacidad de la Comunidad Valenciana. DOGV núm. 7388, de 24 de octubre de 2014.

Algún convenio, haciendo valer la inexistencia de los equipos multiprofesionales ha pretendido regular cual es el sentido del silencio administrativo, aventurándose a determinar más allá de lo dispuesto en el reglamento un silencio positivo que beneficia al empleador⁸⁰⁴, olvidando que el ámbito negociador, entre empresas y trabajadores, no tiene competencia para regular lo que corresponde a la administración.

Pero otros convenios han pretendido ir mucho más allá, aspirando a sustituir por pactos entre empresarios y trabajadores lo que este estableció el RD 1368/1985. Una muestra muy evidente la encontramos en el convenio colectivo nacional de CEE firmado por la CONACEE⁸⁰⁵ en el que se pretende sustituir los equipos multiprofesionales por unos que estarían bajo la dependencia del empleador, así dichos equipos que tenían la función de velar por la persona con discapacidad en sus relaciones laborales y que debían proteger a esta de situaciones en conflicto con el empleador, por medio de este acuerdo colectivo recaerían las decisión en unos equipos que dependan del empleador. Así, en lugar de complementar una norma superior en rango, pretenden sustituirla afirmando que *“si éstos no existen, será suficiente con la emisión de un informe motivado elaborado por los equipos profesionales del centro”*⁸⁰⁶. Por medio de un acuerdo laboral aspiran

⁸⁰⁴ El VI Convenio Colectivo autonómico de Centros y Servicios a Personas con Discapacidad de la Comunidad Valenciana en su Disposición Adicional Sexta establece: *“Mientras no se pongan en marcha los equipos multiprofesionales, y para aquellas cuestiones que expresamente así vengan reguladas por otra norma legal, los Centros Especiales de Empleo y con respecto a todas las nuevas actuaciones que se promueven en el ámbito laboral deberán solicitar los preceptivos informes ante los Centros Base de Bienestar Social con una antelación mínima de 10 días, pasado el mismo sin recibir contestación, se considerará favorable por silencio administrativo.*

En caso de discrepancia entre ambas partes, podrá acudir a la Comisión Paritaria si ambas partes así lo convinieran, que tendrá un plazo máximo de 15 días para resolver desde la presentación de la solicitud.”

Además de ir más allá de lo permitido por la norma, pretendiendo regular normas de derecho administrativo que deberían proteger al trabajador, por medio de la creación convencional de un silencio positivo que no viene regulado en el RD 1368/1985. Dicha disposición adicional pretende establecer que en el caso de que el trabajador no esté conforme con la modificación que el empleador pretenda imponer y que deberían aprobar los equipos multiprofesionales, las desavenencias las deberá solventar la comisión paritaria, que ni están concebidas para esas funciones, ni ofrece garantías de que estén constituidas por profesionales cualificados, que puedan ofrecer una opinión fundada sobre la conveniencia o no, para la salud de la persona con discapacidad, de aceptar lo propuesto por la empresa.

⁸⁰⁵ XIV convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad BOE núm. 243, de 9 de octubre de 2012.

⁸⁰⁶ Este convenio nacional, no sólo pretende sustituir a los equipos multiprofesionales externos por equipos profesionales del centro, por medio de su art. 107, sino que quiere establecer que *“mientras “la norma jurídica aplicable sea obligatoria la obtención de un informe de un equipo multiprofesional, si éstos no existen, será suficiente con la emisión de un informe motivado elaborado por los equipos profesionales del centro”*. Pretendiendo por lo tanto con un informe del empleador no cumplir con lo preceptuado en el RD 1368/1985. Además en el art. 25. 3 y 4 establece que en los supuestos de extinción de contrato *“Será preceptiva la emisión del informe del equipo multiprofesional o, en caso de que éste no exista, del equipo de valoración del centro”* y también establece que *“igualmente será preceptiva la emisión del informe del equipo multiprofesional o si éste no existiese, del equipo de valoración del centro, en el caso de que se proceda a realizar un expediente de regulación de empleo”*. Los equipos de valoración que nombra el RD

eliminar la función de los equipos, que tenían la finalidad de otorgar una protección reforzada al trabajador con discapacidad⁸⁰⁷, pretendiendo la norma convencional dar al empresario todo el poder para realizar las modificaciones que estime convenientes.

La jurisprudencia del TS en su sentencia de 24 de diciembre de 2001⁸⁰⁸ toma como base la realidad de la inexistencia de los equipos multiprofesionales, acude a la disposición transitoria del RD 1368/1985 que establecía que hasta que se regulara la constitución y funcionamiento de los Equipos Multiprofesionales deberían ser las Unidades de Valoración quienes debían asumir las funciones de aquellos, pero puesto que dichas unidades también han desaparecido en virtud del RD 1300/1995 de 21 de julio, que creó los EVI, afirma el TS que estos equipos son los que sustituyen transitoriamente a los multiprofesionales *“pudiéndose afirmar incluso que sus funciones y facultades, y también su composición, son más completas y adecuadas que las de estas Unidades, en relación con la labor de intervención y control prevista en el Real Decreto 1368/1985 de que venimos tratando”*.

Si bien los EVI son más completos que las Unidades de Valoración, ninguno de los dos puede sustituir las funciones de los equipos multiprofesionales cuya composición y motivación de existencia es completamente distinta. En este sentido afirma ESTEBAN LEGARRETA⁸⁰⁹ que las funciones de los equipos multiprofesionales van más allá de las establecidas para los EVI que forman parte del INSS, por lo que en esta larguísima y vergonzosa transitoriedad en lugar de ser sustituidos por el los EVI deberían serlo por los EVO⁸¹⁰, entre otros motivos por la relación de estos con los servicios sociales que tienen mayor cercanía con la discapacidad y las situaciones de exclusión.

1368/1985 deberían estar formados por profesionales que valoren la capacidad de las personas con discapacidad. Si ponemos en relación el art. 107, que afirma que serán equipos formados por profesionales bajo la dependencia del empleador quienes determinarán la conveniencia de realizar modificaciones en los contratos de trabajo, y teniendo en cuenta la redacción del art. 24 del mismo convenio, parece querer decir que también para las extinciones el convenio pretende sustituir los informes de la administración por unos elaborados por su personal, lo cual además de ir más allá de lo que puede regular va en contra del espíritu de la norma.

⁸⁰⁷ En este sentido STS de 24/01/2002, RCU 1815/2001.

⁸⁰⁸ RCU 1901/2001.

⁸⁰⁹ ESTEBAN LEGARRETA. R., “La relación laboral especial. Algunas cuestiones vertebradoras.....” *op. cit.*

⁸¹⁰ Orden de 2 noviembre 2000. BOE 17 noviembre 2000, núm. 276/2000 Determina la composición, organización y funciones de los Equipos de Valoración y Orientación dependientes del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales y desarrolla el procedimiento de actuación para la valoración del grado de minusvalía dentro del ámbito de la Administración General del Estado.

Los equipos de valoración del INSS, los EVI, por su composición, filosofía y método de trabajo tienden a ver incompatibilidades laborales, por el contrario los EVO tienen mayor querencia a la orientación y las oportunidades, dentro de las limitaciones de la discapacidad.

Los Equipos Multiprofesionales tenían también funciones de inspección de los contratos estos cometidos no los puede asumir la Inspección de Trabajo, puesto que esta autoridad laboral tiene poca relación con trabajadores con discapacidad y en general con las normas que regulan dicha relación especial, ni con las necesidades de las personas de formarse antes de iniciar la prestación laboral, entendiendo más las situaciones de grupos de empresas mercantiles con CEE que con entidades no lucrativas, centrándose en la letra de la norma y olvidando, en ocasiones, que la finalidad última de los instrumentos es la integración de las personas.

Es necesaria la creación de los equipos multiprofesionales para realizar todas las funciones que les fueron encomendadas hace más de treinta años, pues su función individualizadora y de promoción personal y laboral que debían cumplir sobre las ocupaciones de las personas con discapacidad, y sus funciones inspectoras, no pueden ser sustituidas en ningún caso ni por los EVI ni por los EVO, ni por inspección de trabajo y mucho menos por equipos formados dentro de la empresa y dependientes de la misma.

Además podrían servir para integrar a personas con especiales dificultades de los CO, no sólo por medio de la búsqueda de sus capacidades, sino también por medio de ajustar los contratos de trabajo a cada una de las necesidades personales, acoplando la RLE a cada una de las necesidades, tal como estaba previsto en el RD regulador.

7.5.- Contrato de trabajo.

7.5.1.- Forma.

El art. 5 del RD 1368/1985 establece, de la misma manera que en la relación laboral ordinaria, que el contrato deberá formalizarse por escrito y se presentará dentro de los 10 días de plazo para su registro en la oficina de empleo. Difiere únicamente su regulación en cuanto a la forma de presentación en que en lugar de tres se deben firmar cuatro ejemplares del contrato puesto que uno de ellos, el adicional, debe remitirse por la oficina de empleo al equipo multiprofesional, todavía inexistente.

En la primera versión de dicho artículo, vigente hasta el año 1999, la norma fijó un modelo anexo a la misma en base al cual debían formalizarse los contratos. Este contrato no era una modalidad específica contractual sino un formulario diseñado específicamente para los CEE, en él venían descritas especificidades de la RLE como: el periodo de adaptación, las condiciones del mismo, y un pequeño clausulado que no dejaba de ser un resumen del RD 1368/1985, en el que constaba por ejemplo la imposibilidad de realizar más de 8 horas diarias por los trabajadores con discapacidad. Se podría decir que dicho formulario contractual pretendía recordar al empleador e informar al empleado cuales eran las especificidades de la RLE en el contrato que estaban firmando.

La modificación del art. 5 operada por el RD 427/1999, determinó que “*el contrato deberá formalizarse por escrito en el modelo que se establezca*” dejando sin efecto el anexo anterior, y por medio de la disposición final única autoriza al Director General del INEM para aprobar un nuevo modelo de contrato. En la actualidad existe un formulario único para todas las relaciones laborales que en su último folio incluye “*cláusulas específicas de personas con discapacidad en centros especiales de empleo*”⁸¹¹, donde se deben consignar tanto las condiciones del periodo de adaptación, mencionando que estas deberán ser determinadas por el equipo multiprofesional, así como la adaptaciones previstas y los servicios de ajuste personal que se prestarán en caso de contrato a domicilio.

7.5.2.- Objeto.

El objeto del contrato, y su finalidad última, es según establece el art. 6 del RD regulador: la adaptación personal y social del trabajador y la facilitación de su posterior integración laboral. Para ello la prestación laboral debe consistir en la realización de un trabajo productivo y remunerado.

Una vez determinado el objeto que es la adaptación personal y social y facilitar la integración laboral, se debe recordar que en la actualidad la mayoría de trabajadores con RLE que aquí se estudia no requieren de ningún tipo de ajuste personal o social y que la mayoría de los contratados en CEE tienen unas condiciones laborales y personales en

811

http://www.sepe.es/contenidos/empresas/contratos_trabajo/asistente/pdf/indefinido/Indefinido_CCEE_F.pdf Consultado el 26 de septiembre de 2015.

nada difieren de las de otros trabajadores, en los mismos puestos de trabajo en empresas ordinarias

La finalidad primaria de un contrato de trabajo es la prestación laboral, pero si se concierta por medio de RLE, también se debe cumplir el objeto primario de dicha especialidad, que es en este caso facilitar la integración en el medio ordinario. Si no se puede cumplir dicho objeto puesto que ya está cumplido antes de entrar a trabajar en el CEE, puesto el trabajador que va a prestar sus servicios en él, no tiene una discapacidad que le provoque la necesidad de ser contratado con RLE, que le facilitaría la integración en el mercado ordinario de trabajo, debería entenderse que dichos contratos se han celebrado, en cuanto a la especialidad del contrato, en fraude de ley.

Es necesario tener presente que las diferencias entre ambas relaciones laborales son mínimas, por lo que el CEE podría optar por no contratar a las personas con discapacidad sin la RLE, pero no lo hará porque sin dicha especialidad contractual no puede beneficiarse de las bonificación del 100 por cien de la cuota empresarial y tampoco tendría derecho a las subvenciones de los CEE, por ello se continúa contratando por medio de dicha RLE, siendo la motivación económica la que fundamenta tipo contractual en lugar de servir para ajustar las necesidades del trabajador.

El art. 6.4 del CC, establece que se produce fraude de ley, cuando se hace uso de un derecho aparentemente legal persiguiendo un resultado contrario al espíritu de dicha norma. En este caso se contrata a trabajadores al amparo del RD 1368/1985, cuando en su mayoría no tienen necesidades de integración laboral. El espíritu de la RLE pretende la integración laboral y social de personas con dificultades, pero cuando se basa únicamente el lucro de las subvenciones y bonificaciones conciertan contratos con RLE con personas que ya han cumplido el fin de dicho contrato, por lo que la especialidad fue concertada en fraude de ley y por lo tanto debe considerarse nula convirtiendo la relación laboral en ordinaria.

7.5.3.- Modalidades.

Los contratos que concierten los CEE podrán ajustarse a cualquiera de las modalidades del contrato de trabajo previstas en el ET. El art. 7 del RD 1368/1985 que regula dicha cuestión, únicamente establece particularidades para los contratos para la formación y el contrato a domicilio.

Respecto del contrato de formación, que se realizará dentro del marco general del art. 11 del ET, el RD regulador establece cuatro peculiaridades, las tres primeras respecto al desarrollo del contrato y la última respecto a cotización del mismo:

- La duración máxima del contrato podrá ampliarse, con un informe previo favorable del equipo multiprofesional, dicha posibilidad se debe basar en el grado de minusvalía, así como otras circunstancias personales y profesionales del trabajador, y únicamente es aplicable la ampliación del plazo si llegado el final del contrato de formación en los términos del art. 11 ET, el empleado no hubiese alcanzado el nivel mínimo de conocimientos requeridos para desempeñar el puesto de trabajo, fijando para estos casos un plazo máximo de 4 años de duración del contrato.

- Respecto de la formación impartida, se exige que los equipos multiprofesionales deben haber informado favorablemente sobre los contenidos formativos, teniendo en cuenta en primer lugar que la formación teórica no puede superar el límite máximo de dos tercios.

- Las personas con discapacidad intelectual, en virtud del art. 7.2.c), están exentas de la necesidad de realizar la formación teórica. Esta exención, basada en el tipo de discapacidad, no toma en cuenta que dentro de esta etiología hay muchos grados y que la formación podría adaptarse al nivel de comprensión de cada uno de los distintos niveles de discapacidad intelectual, por lo que debería impartirse formación adaptándolas a las necesidades de los trabajadores.

- Por último determina el art. 7.2.d) que se aplicarán cada modalidad contractual el régimen de bonificaciones o exenciones que resulte más beneficioso. Puesto que actualmente los CEE tienen una bonificación que exonera del pago del 100% de las cuotas patronales, sea cual sea el volumen de la retribución, esta será la más beneficiosa.

En la primera redacción del RD 1368/1985 estaba expresamente excluida la contratación por medio del contrato a domicilio para los trabajadores contratados bajo esta modalidad de RLE. Pero el RD 427/1999 eliminó dicha excepción y desarrolló condiciones especiales de contratación para la utilización de este tipo de contrato de trabajo dentro de los CEE, aunque como se verá es de imposible aplicación en las circunstancias actuales por la inexistencia de los equipos multiprofesionales.

El contrato a domicilio en CEE se enmarca en lo previsto en el artículo 13 del ET, y excluye de su aplicación a los trabajadores con discapacidad psíquica, sin distinguir grados dentro de esta etiología. Establece la obligatoriedad de tener un informe positivo del equipo multiprofesional respecto de la adecuación del trabajo concreto a las características personales y profesionales del trabajador al que se quiera contratar, dicho informe debe ser previo a la formalización del contrato. Además los equipos multiprofesionales deberían realizar un seguimiento sobre la adecuación del trabajo a las características del trabajador y la contribución de dicho tipo contractual para la mejora de la adaptación personal y social de este en vista a su integración en el mercado ordinario de trabajo. Pero resaltando uno de los pilares del empleo protegido, añade la obligación adicional de hacer constar en el contrato tanto los servicios de ajustes personales y sociales que se pondrán a disposición del trabajador que desempeñe sus labores desde su casa, así como las adaptaciones técnicas que en su caso resulten necesarias para la realización de la actividad laboral.

7.5.4.- Periodo de adaptación.

Una de las peculiaridades de esta relación laboral especial más comentadas jurisprudencialmente es el periodo de adaptación que viene dispuesto en el art. 10.2 del decreto regulador. Dicho periodo en caso de que su duración sea superior a la establecida en el ET tiene dos finalidades, la ordinaria que permite probar al trabajador en su nuevo empleo y la específica de la RLE que es la adaptación profesional del empleado a su puesto de trabajo y/o completar la formación necesaria para el mismo.

La duración máxima de este periodo de adaptación o formación, conformado dentro de la RLE no puede exceder de seis meses, aunque los convenios colectivos pueden limitarlo. El RD 1368/1985 establece, como para casi todas las peculiaridades de la relación laboral especial, la obligación de que los equipos multidisciplinarios determinen la necesidad de dicho periodo de adaptación y las condiciones para poder ampliarlo por encima de la relación laboral común hasta seis meses.

Hay que recordar que los periodos de prueba determinados en el art. 14 del ET no pueden exceder de tres meses para los trabajadores no titulados⁸¹², y que la extinción del contrato dentro de dichos periodos no requiere ninguna especial comunicación al

⁸¹² Dos meses en las empresas de más de veinticinco trabajadores y tres meses en la empresas de menos de veinticinco.

empleado, ni tampoco precisa especificar la causa determinante de la extinción, más allá de la no superación de la prueba. Muchos CEE, con buena intención o sin ella, confundieron el periodo de adaptación y el de prueba asimilando los mismos a una misma cosa y entendieron que el RD les daba la posibilidad de ampliar el periodo de prueba hasta 6 meses y amparándose en la inexistencia de los equipos multiprofesionales pretendieron no necesitar autorización alguna para ampliar dichos periodos.

La doctrina jurisprudencial al principio no estimaba las demandas de impugnación de despido de los contratos de los trabajadores basadas en que la extinción se realizaba fuera del periodo ordinario de prueba y por lo tanto estimaba correctas las cláusulas contractuales que pretendían ampararlos, al no tomar en cuenta la necesidad del informe del equipo multiprofesional⁸¹³. Pero a partir del año 2000 las sentencias de los TSJ⁸¹⁴ modificaron su postura entendiendo necesario dicho informe para dar validez a las cláusulas que pretendían ampliar los periodos de adaptación asimilándolos a periodos de prueba.

Finalmente el TS por medio de la Sentencia de 24 de diciembre de 2001⁸¹⁵ estableció la jurisprudencia que continúa vigente por la que se entiende que sin la autorización establecida reglamentariamente y sin las condiciones que deberían determinar los equipos multiprofesionales para ampliar los periodos de adaptación las cláusulas que amplían el periodo de prueba por encima de los plazos establecidos en el art. 14 ET resultan nulas y por lo tanto las extinciones producidas a su amparo, una vez superados los periodos establecidos en el ET, son asimiladas a despidos improcedentes.

7.6.- Contenido de la relación laboral.

7.6.1.- Jornada de trabajo.

En la primera redacción del año 1985 constaba una prohibición expresa que establecía que los trabajadores con discapacidad "*en ningún caso ... podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo*", dicho apartado se eliminó por medio del RD

⁸¹³ STSJ Comunidad Valenciana, núm. 643/1997, de 11 de marzo de 1997 y STSJ Cataluña núm. 4436/1994, de 26 de julio de 1994.

⁸¹⁴ STSJ Comunidad Valenciana, núm. 4790/2000, de 23 de noviembre. R. Supl 3180/2000 y 1037/2001, de 22 de febrero, R. Supl 144/200 y STSJ Cataluña núm. 1745/2000, de 24 de febrero de 2000.

⁸¹⁵ STS de 24 de diciembre de 2001, RCU 1901/2001, también STS de 24 de enero de 2002 1815/2001.

427/1999, de 12 marzo, en aras de acercar la relación laboral especial a la ordinaria eliminando especialidades.

En la actualidad, tras una remisión genérica en materia de jornada de trabajo, descansos, fiestas, vacaciones y permisos a lo dispuesto en el ET, la RLE establece una limitación parcial dejando la salvedad de que se puedan realizar "*las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios*". Es evidente por lo tanto la asimilación al régimen laboral de los contratos formativos del ET, que en su art.11.2.f) prohíbe las horas extraordinarias, salvo los supuestos previstos en el art. 35.3, referidos a prevenir o reparar siniestros y daños extraordinarios o urgentes.

Es de destacar que a partir del año 2013 tras la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 34.2 del ET⁸¹⁶, puesto que no existe la primaria limitación de realizar un máximo de 8 horas diarias⁸¹⁷ los trabajadores con discapacidad en los CEE pueden realizar hasta 9 horas diarias (Art. 34.3 ET), pudiendo las empresas distribuir de forma irregular su jornada con los límites que establece el dicho artículo, sin que estas horas, distribuidas de forma irregular dentro del año, puedan ser consideradas como extraordinarias.

Se diferencia también esta RLE de la ordinaria en que con el fin de favorecer no sólo la salud de los trabajadores sino también su progresión y movilidad profesional, el apartado b) del art. 13 del RD 1368/1985 establece que estos podrán ausentarse del trabajo con permiso retribuido, tanto para asistir a tratamientos de rehabilitación médico-funcionales, como para participar en acciones de orientación, formación y readaptación profesional. Los únicos requisitos que establece para disfrutar de estos permisos es que se debe preavisar y justificar las ausencias y que estas no pueden ser superiores a 10 días por semestre.

Se puede concluir por lo tanto que respecto a la jornada de trabajo, la RLE de los trabajadores con discapacidad que prestan servicios en CEE tiene dos peculiaridades específicas distintas al empleo ordinario, la primera es la prohibición de realizar horas

⁸¹⁶ El apartado 2 del art. 34 ET ha sido modificado por el apartado 3 del artículo 1 del RD Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores. BOE núm. 305, de 21 de diciembre.

⁸¹⁷ Dicha limitación únicamente persiste, incluso tras la entrada en vigor de la LGPDIS, para los menores de 18 años, en virtud del art. 34.3ET, in fine.

extraordinarias y la segunda es el derecho a tener unos permisos retribuidos especiales de 10 días por trimestre.

Respecto de la jornada laboral, sin ser una especialidad de la RLE, es necesario hacer constar, que no están subvencionados con ayuda salarial los contratos por debajo de 20 horas semanales, con la parte proporcional del SMI. Esta limitación para subvencionar contratos con límites de jornadas bajas "*proviene de una tradicional falta de atención normativa por los diversos grados de minusvalías a la hora de programar medidas de fomento de la ocupación.... Lo que en régimen ordinario se ha tachado de germen de precariedad..... no tiene por qué tener los mismos efectos en un régimen especial, en el que se trata en suma de evitar los frenos a la inserción del colectivo y reactivar aquellas medidas que pudieran favorecer su integración laboral, y una de ellas, cuando puede servir como exacto acomodo a la capacidad del trabajador, es precisamente el trabajo a tiempo parcial*"⁸¹⁸(realizo una cita tan extensa por entender que la certera afirmación de la profesora no debe ser ampliada ni corregida). La realidad nos lleva a comprobar que algunas situaciones médicas no permiten trabajar más de media jornada, pues la salud del trabajador no se lo permite⁸¹⁹.

7.6.2.- Salario.

Las garantías salariales son similares a las del régimen común, el art. 12 señala que respecto a estas se estará a lo dispuesto en la sección cuarta del capítulo segundo del Título I del ET. La RLE de las personas con discapacidad que trabajan en CEE, tiene dos peculiaridades respecto del salario, el uso de los incentivos y se centran en primer lugar forma de uso de los incentivos y la posibilidad de realizar contratos de bajo rendimiento.

7.6.2.1.- Incentivos

La primera particularidad que establece el RD 168/1985 respecto de los salarios es la necesidad tener que acudir a los equipos multiprofesionales para establecer incentivos. En este caso la norma pretende limitar de una forma especial la voluntad de ganancia de las personas con discapacidad. De una forma paternalista y tratando de proteger la salud de estos trabajadores, que presupone más frágil, obliga a las empresas

⁸¹⁸ GARRIDO PÉREZ, E., *El trabajo de minusválidos ... op. cit.* Pág. 76 y 77.

⁸¹⁹ Por ejemplo en casos de esclerosis múltiple, la escala de discapacidad de Kurzke, estima que a partir del grado 4.5 las cargas de trabajo y los tiempos hábiles de la persona disminuyen por lo que reducir la jornada es una de las soluciones propuestas para mantener el empleo. http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S0465-546X2010000400007&script=sci_arttext Consultado el 25 de septiembre de 2015.

que utilicen incentivos para estimular el rendimiento en el trabajo, que tengan en cuenta la influencia de estos en la salud del trabajador evaluando el riesgo que pueda suponer sobre su salud o su integridad física o moral. Esta influencia se da en todos los puestos de trabajo, también en los ordinarios, por lo que debería tenerse en cuenta siempre.

Si tomamos en cuenta la preocupación por la salud laboral, no debería existir diferencia entre la relación laboral común y la especial respecto a la obligación del empleador de adaptar el trabajo a la persona, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales⁸²⁰ no realiza ninguna diferencia entre la contratación por un CEE o por una empresa ordinaria, pero establece en su art. 25 una protección de personas especialmente sensibles a determinados riesgos del trabajo. Incluye dentro de estas a las personas con discapacidad, determinando que se deberá garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que por sus características personales o estado biológico sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo y que en función de ello adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias.

El principio rector de la prevención de riesgos, consiste en adaptar el puesto de trabajo al trabajador y no a la inversa y que las medidas preventivas deben incluir estudios de los puestos de trabajo, de los horarios y también de los procedimientos. También en la relación laboral común se deben tomar en cuenta, que se encuentran dentro de los riesgos psicosociales los factores de estrés, como la necesidad de obtener mejores salarios y el aumento del ritmo de trabajo. Por lo que se debe concluir que no existe una obligación superior en la relación laboral especial respecto a la común en la necesidad de realizar un estudio sobre la influencia de los métodos de trabajo o incentivos sobre la salud del trabajador.

La única diferencia que podría extraerse entre ambas relaciones laborales y la prevención de riesgos es que en el caso de que los equipos multiprofesionales entendieran que algún tipo de incentivo pudiera suponer riesgo para la salud del trabajador podrían prohibirlo, pero la inexistencia de dichos equipos no conlleva la imposibilidad de la fijación de sistemas de estímulos para aumentar el rendimiento puesto que la norma únicamente afirma que *"no podrán establecerse aquellos (incentivos) que puedan suponer, a juicio de los Equipos Multiprofesionales, un riesgo para la salud del trabajador o su integridad física o moral"* no estableciendo la prohibición total ni

⁸²⁰ Ley 35/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995.

tampoco requerimiento de informe previo, como si lo hace el RD regulador para los ascensos (art. 11).

7.6.2.2.- *Contratos a bajo rendimiento*

Cuando las circunstancias personales del trabajador con discapacidad lo requieran podrá concertarse el contrato a bajo rendimiento, entendiéndose como tal, aquel en que el empleado, aun prestando sus servicios durante una jornada de trabajo ordinaria, lo hace con un rendimiento inferior al normal en un 25 por cien, pudiendo reducir su salario hasta dicho porcentaje.

En primer lugar hay que destacar que este pacto no crea por sí mismo un tipo de contrato nuevo, sino que únicamente es una forma distinta de remuneración. Los antecedentes normativos de esta reducción salarial se encuentran en la Orden de 15 de abril de 1969⁸²¹, y también posteriormente en el Decreto 1451/1983 de 11 de mayo⁸²², aunque ambas normas regulan resultados similares para presupuestos distintos. La Orden de 1969 que establecía las normas de aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General, en su art. 24 determinaba que entre las empresas y los trabajadores con IP total, se podía convenir reducción salarial hasta un máximo de 50% de la cuantía de la pensión. También referido a trabajadores con una incapacidad laboral sobrevenida, el Decreto de 1983 regula el empleo selectivo y medidas de fomento de empleo de trabajadores con discapacidad, y en su art. 1.1 establece que se puede establecer una rebaja salarial de hasta el 25 por cien respecto de aquellos trabajadores afectados por una incapacidad parcial sobrevenida si el empresario pudiera acreditar una disminución en el rendimiento de su puesto de trabajo y no pudieran reubicarlo en ningún otro puesto, en este caso, no se toma en cuenta la prestación de incapacidad permanente del trabajador sino únicamente el salario del empleado, pero se fija el límite salarial del SMI, no pudiendo aplicar salarios inferiores a esta cuantía.

La finalidad de estas normas es reequilibradora de las prestaciones laborales⁸²³, puesto que tras haber sobrevenido una incapacidad laboral a un trabajador y haber sido demostrado por los EVI que la capacidad laboral del trabajador había disminuido se aporta como solución para mantener el empleo del trabajador una solución que compensa la disminución de la capacidad de trabajo con una disminución de la remuneración y aun

⁸²¹ BOE núm. 110, de 8 de mayo de 1969.

⁸²² BOE núm. 133, de 4 de junio de 1983.

⁸²³ En este sentido GARRIDO PÉREZ, E., *El trabajo de minusválidos ... op. cit.* Pág. 106.

provocando modificaciones sustanciales de las condiciones laborales pretende evitar la extinción del contrato de trabajo.

Enmarcándose dentro de una política de ocupación de trabajadores con discapacidad, y no de recuperación trabajadores con IP, la regulación de la RLE de los trabajadores con discapacidad en CEE, no sólo pretende reequilibrar las relaciones laborales en caso de que el trabajador disminuya su capacidad de trabajo mientras trabaja en el CEE, sino que incluso se podría contratar *ab initio* trabajadores con dicha cláusula salarial, siempre que el equipo multiprofesional lo aprobase, y teniendo en cuenta que si el trabajador aumentase su capacidad laboral, se debería aumentar su salario y remunerarle conforme marca el convenio.

La reducción salarial prevista en la RLE no rebaja los salarios en función de prestaciones que pueda tener el trabajador, ni limita su cuantía mínima hasta el SMI, sino que de forma independiente a la posibilidad de que los trabajadores tengan derecho a percibir prestaciones de seguridad social o de servicios sociales, minorará el salario del empleado en función de la reducción del rendimiento de este, pudiendo aplicar salarios por debajo del SMI, hasta un 25 por cien.

Para aplicar la reducción salarial a los trabajadores del CEE con RLE, la norma somete a este a una triple condición:

- Que las circunstancias personales del trabajador le provoquen un rendimiento inferior al normal en un 25 por cien,
- que tal circunstancia la haya constatado el equipo multiprofesional, y
- que la disminución del salario no exceda del porcentaje citado, debiéndose entender que la disminución salarial debe ser proporcional a la disminución de la capacidad de trabajo del mismo trabajador, o de otro trabajador, en el mismo puesto de trabajo.

Es clara en este sentido la STSJ de Galicia⁸²⁴ cuando afirma que el “*bajo rendimiento no puede presumirse como hace la empresa recurrente, sino que ese rendimiento inferior tiene que ser constatado por un Equipo Multiprofesional, no pudiendo dejarse al arbitrio de la empresa la determinación del mismo*”

⁸²⁴ STSJ Galicia Sala Social, Sección 1ª, de 2 de diciembre de 2004, R. Supl 5573/2003.

Podría utilizarse como figura de transición entre los CO a los CEE, fomentando la empleabilidad de algunas personas que actualmente únicamente realizan labores ocupacionales y que no alcanzan niveles de rentabilidad para integrarlos en el empleo protegido. Si existieran los equipos multiprofesionales, podría someterse a su aprobación la posibilidad de reducir el salario de algunos trabajadores que por medio de esta reducción salarial, podrían pasar de utilizar recursos asistenciales a ser trabajadores cotizantes a la seguridad social. Pudiendo, de esta forma, realizar los CEE las labores que tiene encomendadas de forma más completa, dando trabajo a personas con especiales dificultades de acceso al empleo, pasando a ser una situación laboral intermedia entre los servicios sociales y el empleo ordinario. La no existencia de dichos equipos impide la posibilidad de contratación con contratos a bajo rendimiento puesto que necesitan la constatación previa de esta situación por este inexistente organismo.

Entiendo que dicha reducción salarial también podría ser utilizada dentro de la relación laboral ordinaria, en la contratación de personas con discapacidades severas, si se traspusiera esta posibilidad a la relación laboral común, con los controles necesarios que deberían realizar los equipos multiprofesionales. Podría ayudar a integrar a trabajadores, sobre todo para el inicio de las relaciones laborales y también para situaciones que el estado de salud del trabajador le impidan trabajar a pleno rendimiento que derivan en periodos largos de IT que son perjudiciales para el trabajador y el empleador.

7.7.- Modificación y extinción del contrato.

7.7.1.- Modificación del contrato.

El RD 1368/1985 regula desde el art. 14 hasta el 16 la movilidad funcional y geográfica, modificación, suspensión y extinción del contrato del trabajador con relación laboral especial. En primer lugar encontramos en todas estas situaciones la remisión a los artículos correspondientes del ET, 39, 40, 41 y 45. También es común a estas circunstancias la necesaria intervención de los equipos multiprofesionales quienes serán requeridos para realizar informe previo, excepto en la situación de suspensión donde no consta la necesaria presentación del mentado informe.

Es necesario recordar, que para todos los asuntos donde es preceptiva la intervención de dichos equipos, habrá que estar a lo establecido por el TS cuando

considera que “*si tal Equipo no existe, ni existe ningún organismo que lo sustituya, no puede cumplirse el requisito esencial que hace posible el establecimiento válido*”⁸²⁵.

La movilidad funcional en el seno de la empresa, se puede efectuar sin perjuicio de los derechos económicos y profesionales del trabajador, y sin más limitaciones que las previstas en el artículo 39 del ET. La única particularidad es la expresa mención que realiza el artículo a que se debe constatar la aptitud del trabajador al nuevo puesto de trabajo, dicha afirmación entra dentro de una lógica prevencionista, puesto que dicha aptitud debe también ser constatada en primer lugar por prevención de riesgos laborales y en segundo lugar se debe tener en cuenta que la inaptitud para el desempeño de un nuevo puesto de trabajo en ningún caso podría ser causa de despido ni de sanción tomando como causa el no ser eficiente en un puesto de trabajo para el que no había sido contratado.

La movilidad geográfica tiene una remisión expresa y directa a lo dispuesto en el artículo 40 del ET sin más diferencia que en la relación laboral ordinaria que se debe requerir informe del Equipo Multiprofesional, ciertamente no expresa la norma que este sea vinculante, ni siquiera que antes de tomar la decisión se debe tener en consideración, sino únicamente que se debe solicitar. De la misma forma la modificación condiciones de trabajo remite al art. 41 del ET de los Trabajadores, y se debe requerir informe al equipo multiprofesional.

Únicamente para el caso de la suspensión del contrato de trabajo no se requiere informe del equipo multiprofesional sino que la norma establece que se podrá suspender el contrato en los supuestos previstos en los arts. 45 y ss. del ET, sin necesidad de intervención de los equipos de referencia.

7.7.2.- Extinción del contrato.

En materia de jornada de trabajo, el RD 427/1999 modificó el art. 16 y eliminó la protección en la estabilidad en el empleo⁸²⁶ que venía establecida desde el año 1985. Añadiendo como causas extintivas las objetivas, estableciendo de forma clara que para las extinciones de contratos se aplicará lo dispuesto en el ET “*salvo en cuanto a lo dispuesto en el artículo 52, sobre extinción del contrato por causas objetivas*” desarrollando normas propias dentro de dicho artículo. En el año 1999 las diferencias

⁸²⁵ STS de 24 de diciembre de 2001. RCU 1901/2001.

⁸²⁶ En este sentido RODRIGUEZ PIÑERO, M. “Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía...” *op. cit.* Pág. 55.

entre lo establecido para la relación laboral común y la especial sobre lo establecido en art. 52 ET eran mínimas pero, con las sucesivas reformas operadas en el ET desde ese año, han ido incrementándose.

La ineptitud del trabajador podrá ser causa de extinción si es sobrevenida, al igual que en el régimen general, pero deberá ser constatada por el Equipo Multiprofesional, estableciéndose así mismo que si la ineptitud alegada por la empresa existía antes de la finalización del periodo de adaptación o de prueba tampoco podrá alegarse posteriormente.

Para proceder a la extinción por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, es necesario que dichas alteraciones del puesto de trabajo estén constatadas por el equipo multiprofesional, que deberá emitir informe sobre la razonabilidad de la modificación. Además a diferencia de la relación laboral común en lugar de dar dos meses de plazo al trabajador para adaptarse se le otorga un mínimo de tres desde que se introdujo la modificación. Pero quizá la particularidad más curiosa reside en que si bien al igual que en el ET se debe abonar el salario mientras el empleado realice cursos de reconversión o de perfeccionamiento profesional que le capaciten para la adaptación requerida, el RD 1368/1985 establece que el trabajador durante ese tiempo tendrá el contrato en suspenso, a diferencia del estatuto, donde dicho tiempo de formación "*se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo*".

Cuando el CEE tenga la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 del ET, debe acudir a lo dispuesto en la letra c) del art 16 del RD 1368/1985, donde en primer lugar encontramos que se requiere el informe del equipo multiprofesional. Además de las modificaciones de casi todo el articulado respecto al actual art. 52 lo aplicable a la relación laboral especial no se le puede aplicar ni el último párrafo del apartado d) ni tampoco la letra e) que se añadieron al ET posteriormente.

La extinción objetiva por faltas de asistencia al trabajo que también ha sido modificada en la última reforma laboral⁸²⁷, difiere de la actual redacción del ET, en las cuantías porcentuales que toma en cuenta. Este tipo de extinción requiere la superación de un número de ausencias por el trabajador y también por el resto de la plantilla. Para el

⁸²⁷ Ley 3/2012 de 6 de julio. BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

cómputo del índice de absentismo del total de la empresa toma el mismo porcentaje que el establecido de forma general en el ET, esto es el 5 por cien. La diferencia viene en el cómputo de faltas de asistencia al trabajo justificadas pero intermitentes de cada trabajador, en la RLE deben alcanzar el 25 por cien de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos y en la relación laboral común sólo es necesario un 20 por cien para ese periodo.

Si se toma el cómputo para cuatro meses discontinuos en el ET se requiere un total de ausencias de un 25 por cien y la relación laboral especial el 30 por cien, por lo que en ambos casos es un 5 por cien superior el límite y por lo tanto más favorable al trabajador en la relación laboral especial que en la común. Si bien la no adaptación de este artículo a las modificaciones operadas en el ET benefician a los trabajadores del CEE en cuanto a porcentajes a aplicar, por el contrario el último párrafo añadido al ET, exime de dichos cálculos las ausencias debidas a tratamientos de cáncer, esta situación más beneficiosa no ha sido traspuesta al RD y por lo tanto sólo se podría aplicar tomando en cuenta los porcentajes generales del ET.

7.8.- Transición.

Los CEE fueron creados para dar trabajo a personas con especiales dificultades de acceso al empleo, la LISMI consideraba que estos centros debían atender a quienes temporal o definitivamente, a causa de sus limitaciones físicas o psíquicas no pudiesen acceder al mercado ordinario de trabajo, pero estableció en su art. 37 que la finalidad primordial de las políticas de empleo de personas con discapacidad era su integración en el mercado ordinario, posicionando los CEE en un punto intermedio entre los centros ocupacionales y el empleo ordinario.

La regulación de la relación laboral especial no hizo ninguna mención específica a la transición del empleo protegido al ordinario. La parte expositiva, en su primer párrafo, establece como principio que los CEE son elementos básicos de integración de las personas con discapacidad en el mercado ordinario⁸²⁸, situándolos como un mecanismo de acercamiento a dicho mercado de trabajo, pero no determinó plazos ni porcentajes en función de la plantilla.

⁸²⁸ ESTEBAN LEGARRETA, afirma que “*El principio de transición es fruto de la combinación de dos elementos previos: las ya mencionadas especiales dificultades de los trabajadores con discapacidad y el principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario de trabajo (art. 37.1 LISMI)*”. Ver “*La relación laboral especial. Algunas cuestiones vertebradoras...*” *op. cit.* Pág. 49.

No es hasta el año 2004, por medio de la creación de los enclaves laborales, cuyo estudio se realiza con detenimiento en el capítulo siguiente, donde se determinan cuotas y plazos de obligatorio cumplimiento de transición de algunos trabajadores desde el CEE hacia el empleo ordinario, pero como se verá, sólo para trabajadores del enclave y sólo para la prórroga de este. El año 2013 la LGDPDIS establece en su art. 46 que se pueden constituir enclaves laborales “*para facilitar la transición al empleo ordinario de las personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades para el acceso al mismo*”.

Del estudio detallado de la legislación española vigente, y también de la derogada, se puede concluir que no existe ni ha existido nunca una obligación para los CEE, de insertar trabajadores en el medio ordinario de trabajo. No hay exigencia de transición para los CEE que atienden a personas con discapacidades leves, y la única previsión que determina una obligatoria transición de personas con discapacidad existe en los enclaves laborales y paradójicamente quiere que transiten personas con discapacidad con especiales dificultades de empleo.

Es sorprendente porque las personas con discapacidades leves que prestan servicios en los CEE y cuyos empleadores reciben las mismas bonificaciones por el empleo de estas que por dar trabajo a personas con discapacidades severas, pueden mantenerse en sus puestos *sine die* y los centros que los emplean pueden subcontratar *sine die* y no deben esforzarse en insertarlos en el empleo ordinario pues las normas nada dicen al respecto recibiendo tranquilamente el dinero de sus subvenciones y bonificaciones, de forma distinta aquellos centros que emplean a personas con discapacidades severas cuyos trabajadores tienen dificultades para ser empleados en empresas ordinarias en el caso de que formalicen un contrato de enclave y quieran renovarlo para mantener todos los puestos de trabajo tiene obligación de que una persona con discapacidades severas transite al empleo ordinario..

El profesor ESTEBAN LEGARRETA, realizó en el año 2010 una propuesta de modificación de la Relación laboral especial⁸²⁹, en la que independientemente de la existencia o no de enclaves, pero siguiendo la estela de la regulación de estos,

⁸²⁹ AA.VV. (Coord. ESTEBAN LEGARRETA, R), *Informe sobre la elaboración de un decreto regulador de la relación laboral especial de las personas con discapacidad afectadas por especiales dificultades*. Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona. 2010. <http://www.uab.cat/Document/896/293/ElaboracionDecretoRegulador.0.pdf>. Consultado el 27 de septiembre de 2015.

recomendaba incluir una obligación legal de transición de trabajadores con discapacidad, desde los CEE hacia las empresas ordinarias, invitando al legislador a establecer por ley un número determinado de transiciones cada año, en función del número de empleados que trabajen en cada CEE. Ello daría fuerza ejecutiva y concretaría la actual regulación legal, en la que sólo se establece una obligación no concreta de transición, que está siendo incumplida sistemáticamente por los centros. Sería conveniente incluir en esta obligación de transición un desarrollo normativo sobre la transición desde el desempleo y los servicios sociales hacia el empleo protegido y que dichas transiciones computaran a efectos de logros de los CEE, puesto que si evidentemente pasar al empleo ordinario desde el protegido es un avance y un logro para quien lo consigue, también lo es pasar de la desocupación hacia los CEE.

8.- REFLEXIÓN SOBRE LA ACTUAL CONFIGURACIÓN DE LOS CEE.

Los CEE y la RLE de las personas con discapacidad que trabajan en ellos, fueron creados para personas que por su discapacidad no pudiesen acceder al mercado ordinario de trabajo, por lo que la composición de sus plantillas debería enfocarse a personas con discapacidad que tengan especiales dificultades de acceso al mercado ordinario de trabajo, esto es, para quienes tienen una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por cien y quienes con una discapacidad física o sensorial con un grado igual o superior al 65 por cien.

Para cumplir con las recomendaciones internacionales, el empleo protegido debería ser declarado por ley como subsidiario del empleo ordinario, y pasar de ser una medida de fomento de empleo de personas con discapacidad generalista, que no distingue entre las capacidades y transitoria, no definitiva.

Debería reducirse el número de trabajadores con discapacidad leve hasta dejar una composición similar a la de los enclaves, que se verán en el capítulo siguiente, por lo menos un 60 por cien de trabajadores de los CEE deberían tener discapacidades severas.

Además, debería fomentarse la transición, animando de forma activa el paso de los trabajadores desde los CEE hacia el mercado abierto de trabajo, promocionando en primer lugar el paso de las personas con discapacidades leves, que no deberían estar en empleo protegido y después la transición de trabajadores con discapacidades severas, puesto que la integración debe darse también para estas personas en el medio ordinario.

Se deberían establecer legalmente cuotas anuales o bianuales en función del número de empleados de los CEE, creando obligaciones distintas en función no sólo del número de trabajadores del centro, sino también de la proporción de personas con especiales dificultades que tenga cada uno, sabiendo que las transiciones de trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo son más difíciles de conseguir, y por lo tanto apoyando económicamente al empresario que los acoja y al centro que consiga la transición.

Para ayudar en dicha tarea, y para mejorar el empleo de las personas con discapacidad, sería conveniente crear los equipos multiprofesionales, que no sólo deberían realizar profesiogramas de trabajadores, sino que por medio de los contactos con empresas podrían ayudarles a transitar al empleo ordinario. Estos equipos podrían también fomentar el paso de la desocupación hacia el empleo protegido por medio de las adaptaciones contractuales previstas en normativa de la relación laboral especial y controlar que las ayudas que se prestan para el empleo protegido se utilizan para los fines por los que son concedidas.

Si se busca la integración laboral, se debe determinar que el empleo protegido es subsidiario del ordinario y que es para personas con especiales dificultades de acceso al empleo. Se deberían establecer obligaciones de transición y poner en marcha los equipos multiprofesionales. Con ello recobraría sentido la existencia de los CEE y la necesidad del mantenimiento de estos, además se daría un impulso necesario para la integración de las personas con discapacidad.

CAPÍTULO V. LOS ENCLAVES LABORALES.

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS.

La primera referencia a los enclaves laborales en España se encuentran en el II Plan de empleo MTAS- CERMI de 3 de diciembre de 2002⁸³⁰. En él las partes firmantes apostaron por el empleo ordinario como mejor instrumento de integración social de las personas con discapacidad y en esa línea consideraron necesario buscar nuevos mecanismos para facilitar el tránsito desde el empleo protegido al empleo ordinario. El MTAS se comprometió a plantear durante el año 2003 las modificaciones normativas necesarias para regular los enclaves laborales y el 20 de febrero de 2004, aprobó el RD 290/2004⁸³¹, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.

Tras la publicación del RD 290/2004, se ha escrito y publicado mucha doctrina sobre este tipo de empleo protegido que se desarrolla dentro de los CEE⁸³², pero su aplicación real es muy escasa⁸³³, como se comprueba por medio de la tabla que se expone

⁸³⁰ Afirman SÁNCHEZ-CERVERA SENRA y SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, que la primera mención de los enclaves laborales se encuentra en el primer acuerdo entre MTAS y CERMI el 15 de octubre de 1997 de “Medidas urgentes para la promoción del empleo de personas con discapacidad” y que en el “Plan nacional de Acción para el Empleo del Reino de España” de abril de 1998 también se alude a los enclaves como fórmula de integración laboral. En *Los enclaves laborales*. 2004. <http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO9238/enclaves.pdf> Consultado el 5 de abril 2011. Equalbur. pág. 37. Examinados lo mencionados acuerdo, NO se ha encontrado dicha referencia.

⁸³¹ BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2004.

⁸³² GARRIDO PÉREZ, en el año 2005, entendía al respecto de la aparición del RD regulador de los enclaves laborales que “*ha pasado desaparecida para la doctrina*” en: “Los enclaves laborales: ¿una nueva ...” *op. cit.* Pág. 1. <http://upf.edu/iuslabor/032005/art03.htm> Consultado el 3 de marzo de 2006. En la actualidad, tras varios años de vigencia podemos encontrar bastantes referencias doctrinales, véase a final de capítulo.

⁸³³ En la provincia de Valencia durante el año 2010 tan sólo se creó 1 enclave como medida alternativa. Un total de 37 empresas solicitaron certificado de excepcionalidad, y sólo una optó por la

a continuación, comparando los datos de puestos de trabajo en la Comunidad Valenciana en Enclaves Laborales y el total en CEE.

Año	Número de trabajadores que prestaron servicios en enclaves	Número trabajadores en los CEE
2011	125	4.035
2012	33	4.148
2014	160	4.725

Tabla 22: Número de trabajadores en la Comunidad Valenciana en enclaves laborales y en el total de CEE⁸³⁴

La finalidad principal de la legislación que afecta a las personas con discapacidad, es deshacer las barreras que puedan separarlas de la sociedad e insertarlas en esta y en el ámbito laboral la integración se concreta en el trabajo de las personas con discapacidad en entornos ordinarios.

Los CEE se crearon con la finalidad de ser un paso intermedio que ayudara a las personas con discapacidad a llegar al empleo ordinario, dentro de ese marco de integración los enclaves se regulan con el objetivo primordial de acercar, físicamente, a las personas con discapacidad al mercado ordinario de trabajo, esto es dentro del entorno protegido de los CEE, y dependiendo de estos, se insertan grupos de trabajo en entornos ordinarios de trabajo, creando por lo tanto un escalón intermedio entre el CEE y el empleo ordinario.

Este capítulo estudiará el marco normativo de la figura del enclave laboral, determinará los objetivos que se persiguen por medio de la creación de los enclaves, y expondrá los sujetos intervinientes en esa relación contractual, siendo las características especiales de los trabajadores que deben desempeñar su trabajo en ellos, uno de los aspectos más importantes de esta figura, debería exportarse a todo los CEE y no sólo a este subtipo de empleo protegido.

Analizaré la figura, del enclave y sus diferencias con la cesión ilegal de trabajadores, y también expondré las medidas establecidas en él que favorecen el tránsito de los trabajadores con discapacidad a la empresa ordinaria.

creación de un enclave laboral, lo cual indica la poca aceptación que tienen los enclaves dentro de las empresas ordinarias. Según datos de la Inspección de Trabajo de la Provincia de Valencia de junio de 2011.

⁸³⁴ Fuente: Elaboración propia a partir de datos facilitados por la Consellería de Ocupació de la Generalitat Valenciana. No se tienen los del año 2012 y por ello no se hacen constar.

2.- LOS ENCLAVES LABORALES.

2.1.- Marco Normativo.

En el año 2002, el II Plan de Empleo MTAS-CERMI 2002-2004⁸³⁵ inició, a nivel formal, la negociación en la que se pretendía que, de forma legal⁸³⁶, los CEE pudiesen trabajar en los procesos productivos de las empresas ordinarias, apostando por un modelo para personas con especiales dificultades de acceso al empleo.

Para favorecer la empleabilidad de las personas con discapacidades severas y para favorecer el tránsito desde el empleo protegido al empleo ordinario, en el apartado III.2 del acuerdo, se definieron los futuros enclaves laborales que consistirían, según lo pactado en *“la prestación de servicios de un colectivo de trabajadores minusválidos de un Centro Especial de Empleo, en una empresa ordinaria, a la que se desplazan temporalmente en virtud de un contrato de arrendamiento de servicios entre el CEE y la referida empresa”*

Durante el año 2003, que fue declarado Año Europeo de la Discapacidad⁸³⁷, se firmaron a nivel Comunitario, entre otras, la Resolución del consejo de 15 de julio⁸³⁸ relativa a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad y un Plan de Acción Europeo⁸³⁹ en el que se reconoce que dentro del colectivo de personas con discapacidad, hay y habrá siempre, personas con necesidades especiales. Se determina en dicho plan europeo que los Estados deberán responder a estas necesidades, incluso mediante políticas de mercado de trabajo específicas, diferenciando por lo tanto entre los tipos y grados de discapacidad a la hora de prestar apoyos adicionales.

Tras el acuerdo estatal MTAS-CERMI del año 2002 y la normativa europea del año 2003, en el año 2004 se aprobó el RD 290/2004 de 20 de febrero, de enclaves

⁸³⁵ Suscritos el 3 de diciembre de 2002 entre el Ministerio de Trabajo y el Comité Español de Representantes de Minusválidos (CERMI), una de las asociaciones más representativas del “sector” de la discapacidad <http://usuarios.discapnet.es/disweb2000/lex/IIacuerdo.htm> Consultado el 31 de mayo de 2011.

⁸³⁶ Algunos CEE operaban con anterioridad a su regulación como enclaves, tal como apuntan SÁNCHEZ-CERVERA SENRA y SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, cuando afirman que es significativo que *“antes de la regulación de los Enclaves Laborales, realizada por el RD de 20 de febrero de 2004, estos han surgido dentro del sistema de trabajo realizado por los Centros Especiales de Empleo”* y que *“de nuevo la realidad social ha ido por delante del derecho”*, en : *“Los enclaves laborales”*. Siglo Cero. Revista española sobre discapacidad intelectual. Núm. 214. 2005 Pág. 29. En el mismo sentido se confirma por la Disposición transitoria única de la norma, que se dispone las obligaciones a las que *“deberán ajustarse”* *“los enclaves laborales existentes a la entrada en vigor de este Real Decreto”*.

⁸³⁷ Vid supra Capítulo II punto 1.4.2.2.- Derecho Derivado.

⁸³⁸ Ídem anterior.

⁸³⁹ El Plan de acción se desarrolló dentro de la Comunicación 650 de Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad Comunicación COM (2003) 650.

laborales para fomentar el trabajo de las personas con discapacidad con especiales dificultades de acceso al empleo por la gravedad de sus circunstancias discapacitantes. Fomentando de esta forma que, al menos en parte, los CEE se dediquen a atender a aquellas personas para las que fueron creados.

Es destacable que, tal como evidencia la Disposición Transitoria Única del RD 290/2004⁸⁴⁰, ya había trabajadores de los CEE desplazados en las empresas ordinarias. Dichas relaciones se encontraban reguladas por contratos estrictamente mercantiles y estaban sometidos a las limitaciones de la normativa laboral, en particular al art. 42 ET, aportando el nuevo RD regulador más seguridad a esta situación preexistente.

2.2.- Concepto y elementos caracterizadores.

El art. 1.2 del RD 290/2004 determina que *“Se entiende por enclave laboral el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquélla y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora”*.

En base a esta definición literal del RD, parte de la doctrina laboralista⁸⁴¹ entiende que el enclave es el contrato firmado entre el CEE y la empresa ordinaria, aunque otros autores entienden que el enclave es el resultado del contrato firmado entre las partes⁸⁴².

Si tenemos en cuenta, no sólo la descripción del Real Decreto, sino también el significado de la palabra en el diccionario de la Real Academia⁸⁴³ que define enclave como *“Grupo étnico, político o ideológico inserto en otro de características diferentes”*. Se podría entender que un enclave laboral lo forma un grupo de trabajadores con discapacidad de un CEE, que trabajan de forma coordinada entre ellos que se desplazan,

⁸⁴⁰ *“Los enclaves laborales existentes a la entrada en vigor de este Real Decreto deberán ajustarse a la regulación establecida en él en el plazo de un año desde dicha entrada en vigor”*.

⁸⁴¹ LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M. P., *“Los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad”*. *Revista de información laboral. Legislación y Convenios Colectivos*. Núm. 31. 2005.

⁸⁴² En el mismo sentido LLOMPART BENNÀSAR, afirma que *“el termino enclave hace referencia al resultado del contrato entre las dos empresas que consiste en que un colectivo de trabajadores con discapacidad queda inserto dentro del ámbito de funcionamiento de otra empresa con el fin de llevar a cabo una determinada obra o servicio” en: Régimen jurídico de los enclaves laborales*. *Actualidad Laboral*. Núm. 21. 2007. Pág. 2.

⁸⁴³ Segundo significado. El primero es *“Territorio incluido en otro con diferentes características políticas, administrativas, geográficas, etc.”*.

para realizar labores de la empresa ordinaria a la que acuden, desarrollando su trabajo dentro de un grupo mayoritario de trabajadores, sin discapacidad reconocida, que son los empleados de la empresa principal.

2.3.- Objetivos de los enclaves.

Tanto del acuerdo MTAS-CERMI, como del propio RD 290/2004 que los regula, se pueden extraer seis objetivos para fomentar su promoción. Todos ellos, que se desarrollarán en este punto, benefician a todas las partes incluidas en el contrato, trabajadores y empresas. A los trabajadores del CEE, por los empleos que les brindan, a los de la empresa ordinaria por poder compartir y aprender, a las entidades CEE y colaboradora por los beneficios que reporta dar empleo a una persona con discapacidad, tanto en sentido económico como social. Los cinco primeros objetivos que describiré están establecidos como tales en el art. 2 del RD, el último no está reconocido explícitamente en dicho artículo pero si está incluido claramente como intención de la norma en su preámbulo.

2.3.1.- Promoción y favorecimiento del tránsito al empleo ordinario.

El primer objetivo para el que se crearon los enclaves laborales fue para promover y favorecer el tránsito del empleo de los trabajadores con discapacidad de los CEE hacia el empleo ordinario (Art. 2.a)). En particular para favorecer el paso al mercado abierto de trabajo a aquellas personas con discapacidad, que por la especial gravedad de sus circunstancias discapacitantes presenten especiales dificultades para ello⁸⁴⁴.

El origen de esta previsión legal, que pretende fomentar la transición de los trabajadores con discapacidad al mercado ordinario por medio enclaves, se encuentra en los II Acuerdos MTAS –CERMI, en ellos se señalaba, que se supeditaría la existencia del enclave a la “*asunción de compromisos de contratación, en su caso, de trabajadores pertenecientes al CEE, por la empresa que los recibe*”. Pero la aprobación posterior del RD 290/2004, excluyó esa primera redacción, como se verá la transición de los

⁸⁴⁴ Entienden ESTEBAN LEGARRETA y FUSTÉ MIQUELA, que siendo muy loable la norma que busca la transición de los trabajadores con especiales dificultades, genera dudas la potenciación de la permanencia en el CEE de los trabajadores más cualificados para transitar con éxito, en “Los enclaves laborales ...” *op. cit.* Pág. 374. Compartiendo, en parte, la reflexión de los autores, a mi juicio, los trabajadores que no tuviesen especiales dificultades, no deberían trabajar en los CEE puesto que los centros no estaban concebidos para ellos. Los mismos autores, en la Pág. 379 de dicho libro estiman el deber de transición como modesto, entendiendo que la transición al mercado ordinario debería fomentarse de manera más contundente.

trabajadores, tanto hacia la empresa que los recibe como cualquier otra, determinará la continuidad del enclave tras los tres primeros años de existencia del mismo.

Si la creación de enclaves no ha triunfado, como indica el exiguo número de enclaves creados⁸⁴⁵, sin una obligación firmada por las empresas ordinarias de asumir parte de los trabajadores con discapacidad del enclave, la introducción de una cláusula similar a la indicada en el párrafo anterior hubiese provocado un mayor fracaso de la norma. De hecho, quizá el mayor escollo para introducir los enclaves en las empresas ordinarias, es conseguir convencer al empresario y a sus encargados de Recursos Humanos sobre la inexistencia legal de obligaciones sobre la asunción del personal del enclave⁸⁴⁶.

El favorecimiento de la transición al mercado ordinario de trabajo empieza desde el momento en que los trabajadores con discapacidad entran a trabajar en la empresa ordinaria en la que se desarrollará el enclave. Las empresas colaboradoras gracias a los enclaves pueden comprobar en sus instalaciones, la productividad de las personas con discapacidad y con ello, pueden animarse a contratarlas directamente, beneficiándose, además, de ventajas económicas⁸⁴⁷, tanto en bonificaciones como en subvenciones por contratar personal del enclave.

El RD 290/2004, establece que para que el enclave pueda superar la duración máxima de tres años establecida en el art. 5.2, el CEE deberá acreditar que uno o varios trabajadores⁸⁴⁸ del enclave, que tengan especiales dificultades de inserción laboral, han sido contratados con carácter indefinido por una empresa del mercado ordinario. Fomenta la transición desde el empleo protegido, al mercado ordinario, no en particular a la empresa colaboradora.

Resulta por lo tanto destacable, comprobar que si el empresario colaborador, que es el contratante del enclave, por imposibilidad o por la falta de voluntad, no emplea en su plantilla trabajadores con discapacidad del enclave, esta contratación se puede sustituir

⁸⁴⁵ El número de trabajadores de los enclaves ha sido obtenido de la Consellería de trabajo de la Generalitat Valenciana. El número de contratos a personas con discapacidad de la página web del SEPE

⁸⁴⁶ En el imaginario empresarial existe la presunción de que cuando el CEE salga de sus instalaciones, la empresa colaboradora se debería quedar con todos los trabajadores del enclave.

⁸⁴⁷ RD 290/2004. Parte expositiva.

⁸⁴⁸ En función del número de trabajadores del enclave, si es menor o mayor de 20 trabajadores deberán transitar uno o dos o más trabajadores. Véase en este Capítulo el punto 4.2.6.- Duración del contrato.

por transiciones a otras empresas ordinarias para conseguir la prórroga de la duración del enclave.

De forma preferente, se promueve la transición desde el CEE hacia la empresa colaboradora, que es la que “acoge” a los trabajadores con discapacidad en sus instalaciones, pero también está fomentada la incorporación de los trabajadores del enclave en cualquier empresa del medio ordinario. La diferencia entre el fomento de una transición y la otra es que en la primera hay subvenciones y bonificaciones y en la segunda no.

La transición que debería llevar al trabajador del CEE a la empresa colaboradora en la que presta servicios por medio del enclave, está fomentada por medio de subvenciones y bonificaciones⁸⁴⁹, además de permitir la continuidad del enclave. La otra opción, la transición desde el enclave a cualquier otra empresa del mercado ordinario, que no sea la empresa colaboradora, no tiene bonificaciones específicas, pero si únicamente la ventaja del CEE de poder renovar el enclave por tres años más.

Es necesario recordar que los CEE fueron concebidos para ser centros de trabajo transitorios⁸⁵⁰ para las personas con discapacidad y se crearon para promover por medio el trabajo, la inserción social y laboral en la empresa ordinaria⁸⁵¹, por lo que la transición desde el empleo protegido hacia el ordinario forma parte del origen de los CEE. Aunque lo cierto es que hasta la creación de los enclaves, dicha obligación no había sido concretada nunca. En el caso de los enclaves, la obligación de transitar cierto número de trabajadores tiene consecuencias, su incumplimiento provoca la no renovación del enclave.

⁸⁴⁹ LLANO SÁNCHEZ, estima que la regulación del enclave admite en determinados supuestos “que el CEE no actúe como puente entre el empleo protegido sino más bien como una especie de empresa de trabajo temporal”, en “El enclave laboral”. *Actualidad Laboral*. Núm. 22. 2004. No estando de acuerdo con la autora, se ha de destacar que además de referirse la norma en varias ocasiones al art. 42 ET, también queda claro en el RD 290/2004, que es el CEE quien organiza y dirige a sus trabajadores en el enclave.

⁸⁵⁰ ESTEBAN LEGARRETA, afirma que “El principio de transición es fruto de la combinación de dos elementos previos: las ya mencionadas especiales dificultades de los trabajadores con discapacidad y el principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario de trabajo (art. 37.1 LISMI)”. Ver “La relación laboral especial. Algunas cuestiones...” op. cit. Pág. 49.

⁸⁵¹ GOMEZ-ACEBO AVEDILLO, entiende que son tres objetivos fundamentales de los centros especiales de empleo, el desarrollo personal, que supone el descubrimiento de los potenciales personales y profesionales de los trabajadores por sí mismos, el educativo, en el que se adquieren recursos que faciliten la preparación técnica y por último, la futura incorporación a un campo de actividad y la inserción profesional que supone el diseño de alternativas ocupacionales que tengan en cuenta los intereses personales y las demandas del mercado de trabajo, en: “Los Centros Especiales de Empleo y las Empresas de Inserción”. *Documentación Social*. 1999-2000. núm. 117-118, pág. 323.

2.3.2.- El trabajo en entornos ordinarios.

El segundo objetivo de la norma, es permitir que los trabajadores con discapacidad de los CEE puedan trabajar en un “*entorno real de mercado*”⁸⁵², de esta manera se encuentran en un punto intermedio entre el CEE, donde desempeñan sus labor en un entorno donde la mayoría de compañeros tienen discapacidad y el centro de trabajo de una empresa ordinaria, donde habitualmente no hay trabajadores con discapacidad.

El Real Decreto 290/2004, en el art. 2.b), establece que los trabajadores con discapacidad se desplazarán a la empresa del mercado ordinario y además para completar su experiencia profesional deberán desarrollar “*los trabajos, tareas y funciones que se realicen en tal empresa*”, no limitando por lo tanto el objetivo a un mero desplazamiento, sino que estima que el trabajador desplazado debe realizar los trabajos que sean la función productiva de la empresa, para de esa manera, aumentar “*sus posibilidades de acceso al mercado ordinario de trabajo*”.

Es de destacar que en muchas ocasiones, los trabajadores con discapacidad de un CEE se desplazan a trabajar a empresas del mercado ordinario (por ejemplo en contratas de limpieza), para realizar tareas accesorias a la actividad productiva principal de la empresa. Pero para lograr una mayor integración y que el desplazamiento no sea sólo de ubicación sino también de forma de trabajo, el RD establece la obligación de que se realicen “*tareas y funciones que se realicen en tal empresa*”. La manera de lograr una mayor normalización del trabajo, es que las diferencias entre los trabajadores de la empresa colaboradora y los del CEE sea mínima.

En la realidad diaria, de los pocos enclaves que funcionan, para no tener problemas con inspección de trabajo, ni tampoco con los sindicatos, por la similitud de los enclaves a la cesión de trabajadores, estos se realizan dentro del mismo espacio físico de la empresa, pero sectorizando los lugares de trabajo del enclave, para que no se produzca confusión de plantillas.

2.3.3.- Evidenciar las capacidades de los trabajadores a los futuros empleadores.

Uno de los objetivos de los CEE es el tránsito del trabajador con discapacidad al mercado ordinario de trabajo. Los enclaves desarrollan para ese fin una labor muy directa

⁸⁵² Art. 2.b) RD 290/2004 y II Acuerdos MTAS-CERMI.

puesto que el trabajo en ellos contribuye a que las empresas conozcan de primera mano, a los trabajadores con discapacidad y así descubran que estos trabajadores pueden realizar casi cualquier tipo de trabajo. Además los enclaves evidencian que la calidad del trabajo de las personas con discapacidad se rige por los mismos estándares que los de los trabajadores de la plantilla de la empresa ordinaria. El trabajo bien hecho de un trabajador del CEE, demostrará su valía para trabajar en la empresa colaboradora, por lo tanto el cometido realizado satisfactoriamente por los trabajadores con discapacidad puede convertirse en un paso previo a su incorporación en ella.

La visibilidad de los trabajadores, es mucho mayor dentro en el enclave que en las instalaciones del CEE, por lo que el empresario puede comprobar las capacidades “in situ”, eliminando prejuicios sobre la “rentabilidad” y estereotipos erróneos.

Hay que tener en cuenta que la mayoría de la población, no tienen relación con personas con discapacidad. Por medio del trabajo en el enclave, los trabajadores de la empresa colaboradora comprueban que las personas con discapacidad, sobre los que en muchas ocasiones únicamente tenían sentimientos de compasión, trabajan y se ganan su sueldo. Por lo tanto gracias a compartir un espacio de trabajo los que son compañeros de trabajo cambian la visión simplista y desenfocada, de la discapacidad, a una visión más personal y humanizadora de las capacidades de quienes trabajan con ellos, bajo su mismo techo.

Por medio de esa cercanía, los encargados de recursos humanos y de producción de la empresa acogedora pueden conocer las aptitudes de cada uno de los trabajadores del CEE y dicho conocimiento se espera que provoque durante la duración del contrato, la incorporación de trabajadores del enclave a la empresa principal, siendo apoyada dicha transición, como se verá, con estímulos económicos.

2.3.4.- Incremento de actividades de los CEE.

Algunos centros antes de la regulación de los enclaves en el año 2004, ya desarrollaban tareas del ciclo productivo de empresas ordinarias, dentro de sus instalaciones y la administración conocía de su existencia, como evidencia la disposición transitoria única⁸⁵³. Los contratos entre la empresa principal y el CEE se encontraban regulados por las normas de derecho mercantil, y sometidos a las limitaciones de la

⁸⁵³ “*Los enclaves laborales existentes a la entrada en vigor de este Real Decreto deberán ajustarse a la regulación establecida en él en el plazo de un año desde dicha entrada en vigor*”.

normativa laboral, en particular al art. 42 ET. Al realizar actividades propias de la actividad principal de la contratista en sus instalaciones estarían muy cerca de los supuestos de cesión.

La aprobación del RD 290/2004, en el que se establecen “*determinadas cautelas y garantías ligadas al colectivo al que se dirige, que refuerzan el régimen jurídico general de la subcontratación*”⁸⁵⁴, pretendía posibilitar el crecimiento de la actividad productiva de los CEE, abriendo nuevas vías legales para subcontratar obras o servicios de propia actividad de la empresa principal. Pero también, como se verá⁸⁵⁵, añadió múltiples requisitos que dificultan el crecimiento de los enclaves.

La contratación de nuevos servicios, por la vía del enclave, beneficia a los trabajadores con discapacidad por cuanto se crean más posibilidades de empleo. El estudio de la realidad, demuestra que dicho objetivo ha sido, cuanto menos, poco efectivo, pues la creación de enclaves y la ocupación en ellos a personas con discapacidad ha sido escasa⁸⁵⁶.

2.3.5.- Medida alternativa a la cuota de reserva.

Otro de los objetivos de los enclaves laborales es facilitar el cumplimiento de la cuota de reserva. El preámbulo del RD 290/2004 afirma en dos ocasiones que los enclaves laborales pueden contribuir a facilitar a las empresas dicho cumplimiento de forma transitoria o temporal. Coincidió con SÁNCHEZ-CERVERA SENRA y SÁNCHEZ-CERVERA VALDES⁸⁵⁷ en que debía haberse formulado como cumplimiento directo a

⁸⁵⁴ Preámbulo.

⁸⁵⁵ Véase punto 3.1.3.- Composición del personal del enclave y el punto 3.2.4 Duración del contrato.

⁸⁵⁶ ESTEBAN LEGARRETA y FUSTÉ MIQUELA, dan datos sobre la implantación de los enclaves, en las comunidades autónomas de Cataluña y País Vasco en: “Los enclaves laborales ...” *op. cit.* pág. 359. entienden que los enclaves no se han expandido y ofrecen datos extraídos Cataluña del año 2005 y del País Vasco del año 2006. Los datos extraídos de una encuesta de Coordinadora de Tallers de Catalunya, en el año 2005, son que se habían constituido hasta finales de dicho año 17 enclaves, en toda dicha comunidad autónoma, que daban trabajo a 76 personas con discapacidad, dando trabajo en otras obras o servicios durante el mismo periodo a 1.103 trabajadores con discapacidad. El número total de trabajadores en los CEE, que en esos momentos estaban asociados a dichas entidades un total aproximado de 3.800 trabajadores. En el País Vasco, con los datos del año 2006, ofrecidos por el Servicio Público Estatal de Empleo, (hay que recordar que en dicha fecha no se había traspasado las competencias a dicha comunidad autónoma) el número de trabajadores era de 273 trabajadores empleados en 25 enclaves, pero si se compara con el número de trabajadores de los CEE en esa comunidad, que eran en ese año 6.529 trabajadores, se evidencia, la baja proporción en la ocupación en enclaves, frente a otras ocupaciones den los CEE. Los datos de la Comunidad Valenciana desde el año 2011 al 2014 evidencian la misma situación y están en la las consideraciones previas de este capítulo.

⁸⁵⁷ “hubiese sido preferible la configuración objetiva del enclave laboral no tanto como una medida alternativa de carácter excepcional” “sino como que su formulación de cumplimiento directo a la obligación del cupo de reserva” SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M., SÁNCHEZ-CERVERA

la obligación de cupo de reserva puesto que la empresa colaboradora emplea de forma cuasi directa a trabajadores con discapacidad en sus instalaciones, generando por lo tanto empleo de forma directa.

2.3.5.1.- Cuota de reserva.

Las empresas con 50 o más trabajadores tienen la obligación legal de contar en su plantilla con al menos el 2% trabajadores con discapacidad, a esta obligación se le denomina cuota de reserva a favor de las personas con discapacidad y su obligación viene fijada en la normativa laboral española desde el Decreto 2531/1970 de empleo de trabajadores minusválidos de 22 de agosto⁸⁵⁸. Tras el incumplimiento generalizado de esta norma, durante más de 40 años, el legislador flexibilizó la norma publicando el RD 27/2000⁸⁵⁹, de medidas alternativas, en el que se establecieron distintas formas de sustituir⁸⁶⁰ la contratación directa de trabajadores con discapacidad en las empresas obligadas a su contratación por una serie de alternativas que también promovían el empleo de las personas con discapacidad⁸⁶¹.

Para no cumplir con la obligación de contratación directa del 2 por cien de trabajadores con discapacidad, y poder acogerse a una contratación que se podría llamar indirecta, las empresas con cincuenta o más trabajadores deben acreditar o razones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motiven la “*especial*

VALDES, J. M., *Los enclaves laborales*. Equalbur. Burgos 2004.

<http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO9238/enclaves.pdf> Consultado el 4 de abril de 2011. Pág. 32.

⁸⁵⁸ BOE núm. 221, de 15 de septiembre de 1970.

⁸⁵⁹ De 14 de enero, BOE núm. 22, de 26 de enero.

⁸⁶⁰ En la parte expositiva del RD 27/2000, de 14 de enero, de medidas alternativas, se justifica esa norma por “*la necesidad de establecer medidas que potencien la aplicación de la cuota de reserva del 2 por 100 en favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más empleados, ante la constatación por ambas partes de su insuficiente grado de cumplimiento*”. LLOMPART BENNÀSAR, M., afirma que la obligación legal del reserva “*ha sido reiteradamente incumplida*”, en “*Régimen jurídico de los enclaves laborales*” *op. cit.*

⁸⁶¹ Las tres primeras recogidas en el art. 2 del RD 27/2000 fueron las siguientes:

“1ª Realización de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo discapacitado, para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo, o de cualquier otro tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa que opta por esta medida.

2ª Realización de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo discapacitado, para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa.

3ª Realización de donaciones y de acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo en favor de los minusválidos que permita la creación de puestos de trabajo para los mismos y, finalmente, su integración en el mercado de trabajo”.

Posteriormente se añadió, tal como se verá, la constitución de un enclave laboral

dificultad”⁸⁶², o inexistencia de candidatos, estas sólo se pueden alegar tras haber efectuado las gestiones necesarias en las agencias de colocación y concluir las con resultado negativo por la inexistencia de demandantes de empleo discapacitados inscritos o interesados en la ocupación buscada por la empresa.

Si puede acreditar alguna de las anteriores circunstancias, razones productivas o inexistencia de candidatos, el empresario deberá solicitar y obtener de los servicios públicos de empleo competentes la declaración de excepcionalidad que le exima de contratar de forma directa a personal con discapacidad. Entiende la norma que este certificado se expide de maneja extraordinaria estableciendo un plazo de duración del mismo de dos años, y en circunstancias especiales se concede hasta tres años⁸⁶³. Transcurridos dichos plazos las empresas deberán solicitar de nuevo el certificado y se concederá sólo para el caso de que persista la excepcionalidad de la situación.

Las empresas que pretendan obtener un certificado de excepcionalidad, deberán acreditar, según lo dispuesto en el RD 27/2000 de medidas alternativas, que les es imposible realizar la contratación directa de personas con discapacidad, tomando en cuenta *“las peculiaridades de carácter productivo, organizativo, técnico, económico, etc., que motiven la especial dificultad para incorporar trabajadores discapacitados a la plantilla de la empresa”*.

También se tendrá derecho a tener certificado de excepcionalidad, cuando en virtud de lo expuesto en el art. 3.1 párrafo 2º de dicha norma exista una *“imposibilidad de que los servicios de empleo públicos competentes, o las agencias de colocación, puedan atender la oferta de empleo después de haber efectuado todas las gestiones de intermediación necesarias para dar respuesta a los requerimientos de la misma y concluirla con resultado negativo, por la no existencia de demandantes de empleo discapacitados inscritos en la ocupación indicada en la oferta de empleo o, aun existiendo, cuando acrediten no estar interesados en las condiciones de trabajo ofrecidas en la misma”*.

⁸⁶² El certificado de excepcionalidad se concede previa petición del interesado cuando demuestra que se encuentra dentro de los supuestos excepcionales contemplados en el art. 1 del 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. BOE núm. 94, de 20 de abril de 2005. Es destacable que en dicho artículo únicamente se exige *“especial dificultad”* no imposibilidad, por lo que un técnico competente únicamente deberá hacer un informe explicando dicha situación *“difícil”*, para no contratar una persona con un discapacidad, dentro de la estructura laboral de su empresa.

⁸⁶³ Art. 1 RD 27/2000 de medidas alternativas.

2.3.5.2.- *Inclusión del enclave como medida alternativa.*

En cumplimiento de la Disposición final segunda del RD 290/2004, se añadió un nuevo apartado en el art. 2 del RD 27/2000 de 14 de enero, que establecía las medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva, incluyendo como medida alternativa la constitución de enclave laboral. Aunque el objetivo de que los enclaves se utilicen como medida alternativa, al igual que el de crear nuevas oportunidades de empleo directo para personas con discapacidad, tampoco ha funcionado y no se aplica por la mayoría de las empresas⁸⁶⁴.

La Disposición adicional segunda del RD 290/2004, determinó que las empresas que teniendo certificado de excepcionalidad del cumplimiento directo de la obligación de cuota de reserva, pretendan hacer uso de los enclaves para el cumplimiento alternativo, deberán contratar con el CEE con un importe mínimo, establecido en el art. 2.2 del RD 27/2000, “*al menos, 3 veces el salario mínimo interprofesional anual por cada trabajador minusválido dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 por 100*”.

Los CEE conocen las necesidades especiales de sus trabajadores y tienen experiencia en adaptar puestos de trabajo, por lo que por medio del enclave, la empresa ordinaria puede sustituir el cumplimiento de la cuota de reserva con la forma contractual más cercana a la contratación directa. Además el funcionamiento como grupo humano homogéneo de los trabajadores provenientes del CEE, favorece su integración y su adaptación a los nuevos puestos de trabajo, mostrando al empresario colaborador la valía de estos trabajadores y la falta de necesidad de “*escudarse*” en el certificado de excepcionalidad para no contratar a personas con discapacidad.

Podría entenderse que existe una contradicción en la creación de un enclave laboral dentro de una empresa ordinaria que haya alegado para solicitar su certificado de excepcionalidad, “*peculiaridades de carácter productivo, organizativo, técnico, económico*”, puesto que si tiene dichas peculiaridades. Será difícil que trabajadores con discapacidad que trabajan para otra empresa, puedan salvar dichas circunstancias. Pero lo cierto es que la especialización de los CEE en la adaptación de procesos y en la mejora de los puestos de trabajo para la mayor productividad de las personas con discapacidad,

⁸⁶⁴ Los datos ofrecidos por el Servicio de Inserción de la Generalitat Valenciana, establecen que de 37 expedientes aprobados y en vigor en fecha 31/12/2010 en la Comunidad Valenciana, que obtuvo certificados de excepcionalidad, sólo uno de ellos optó por el enclave laboral como medida alternativa. (ejemplar fotocopiado)

lleva a que se produzca esta situación. Además, los trabajadores con discapacidad del CEE, que acudirán al enclave, tienen unos ajustes personales y sociales, y el apoyo de personal especializado que realiza un seguimiento de cada trabajador con discapacidad⁸⁶⁵. Una empresa ordinaria, por su configuración, no tiene fácil prestar dichos servicios de apoyo a personas con especiales dificultades de acceso al empleo.

2.3.5.3.- *Requisitos y limitaciones*

El art. 2.2 del RD 364/2005 de 8 de abril⁸⁶⁶, establece los importes mínimos anuales por los que las empresas, que cuenten con certificado de excepcionalidad, deben contratar con los CEE cuando lo hagan por medio de enclave laboral⁸⁶⁷. Debe ser un importe al menos, el triple del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) anual, por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar.⁸⁶⁸

En consonancia con la transitoriedad de las medidas alternativas, el RD 290/2004 establece los enclaves como figura temporal. La caducidad de este sistema de empleo se puede encontrar tanto en el art. 2.e) que lo adjetiva como “*transitorio*” y también en la duración máxima del mismo, determinada a tres años por el art. 5.2, a esta duración se le puede sumar una prórroga extraordinaria de otros tres años en el caso de que alguno de los trabajadores del enclave transitase al empleo ordinario, facilitando el cumplimiento definitivo, de la cuota de reserva.

Es de destacar, que las empresas con 50 o más trabajadores que no cumplan con la cuota de reserva, y que formalicen un enclave laboral, sólo podrán utilizarlo como medida alternativa si tienen certificado de excepcionalidad. en el caso de no tener dicho certificado, estando correctamente formalizado el enclave, este tendrá plenos efectos pero no podrá servir como cumplimiento alternativo de la cuota de reserva de trabajadores con discapacidad. Puesto que no fueron creados únicamente para ser utilizados como medida alternativa⁸⁶⁹.

⁸⁶⁵ En el mismo sentido, ESTEBAN LEGARRETA. R. y FUSTÉ MIQUELA J.M., “Los enclaves laborales ...” *op. cit.* Pág. 362.

⁸⁶⁶ BOE núm. 94, de 20 de abril de 2005.

⁸⁶⁷ Al igual que cuando contraten mediante contrato mercantil no enclave a un CEE, o si contratan con un autónomo con discapacidad.

⁸⁶⁸ En el RD anterior de medidas alternativas, el RD 27/2000, la simple contratación de enclaves laborales era suficiente para tener cubierta la cuota de reserva, no teniendo límites mínimos de contratación anual, a diferencia de la contratación mercantil con un CEE o un autónomo con discapacidad que se tenía que cumplir con una cuota mínima anual igual que la actual rige también para enclaves.

⁸⁶⁹ En el mismo sentido LLOMPART BENNÀSAR, M. “Régimen jurídico de los enclaves laborales”... *op. cit.* Pág. 8.

2.3.6.- Discriminación positiva de trabajadores con discapacidades severas.

Sabemos que se crearon los CEE, reservando sus plazas para personas con discapacidad que no pudiesen “*ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales*” y ahora personas sin discapacidad real⁸⁷⁰, únicamente con asimilaciones de grado, ocupan puestos en los CEE, que debería ser un empleo protegido y por ello está especialmente subvencionado y bonificado.

Por ello, una de las notas más destacables de la regulación de enclaves, y también lo más positivo del RD 290/2004, es la apuesta decidida que realizó el legislador para beneficiar a los trabajadores con discapacidades severas. Los enclaves son una medida de estímulo a la contratación de personas cuya dificultad de inserción en empleos ordinarios es mayor⁸⁷¹, se centra en aquellas personas para las que originalmente la LISMI había previsto los CEE. Es una medida de acción positiva que diferencia a las personas con discapacidades leves sobre las severas, y aporta a estas últimas, mayores posibilidades de contratación en los CEE⁸⁷².

El legislador dentro de un espacio de discriminación laboral positiva⁸⁷³ como son los CEE, realiza una nueva diferenciación dentro del heterogéneo colectivo de personas

⁸⁷⁰ Algunos trabajadores con Incapacidades Permanentes totales, no tienen grado de discapacidad superior al 33 por 100. En ocasiones únicamente como por ejemplo la STSJ Galicia núm. 3271, de 16 de septiembre de 2008, un trabajador con un discapacidad reconocida del 5%, solicita equiparación al 33% en base a su Incapacidad Permanente. Véase Capítulo I punto 6.1.- Equiparación legal de los derechos de la discapacidad al incapacitado laboral.

⁸⁷¹ En la nueva “Estrategia Española sobre discapacidad 2012-2020”, hace mención a que aún en vigor la “Estrategia Global de empleo de personas con discapacidad” hay que promover el acceso de las personas con discapacidad al mercado de trabajo, con especial atención a mujeres y a las personas con dificultades severas de acceso al mercado de trabajo. <http://www.observatoriodeladiscapacidad.es/sites/default/files/Estrategia%20Espa%C3%B1ola%20Discapacidad%202012-2020%2014-10-11%20definitivo.pdf> Consultado el 4 de noviembre 2011.

⁸⁷² Lamenta GARRIDO PÉREZ, que los enclaves sean “*una medida de empleo de la que se podrían beneficiar los trabajadores con discapacidad, cualquier que fuera esta*” y en la pág. 5 también entiende que la contratación temporal en los enclaves se debió limitar “*para trabajadores cuya discapacidad no fuera de las calificadas como severa o grave*” justificando su postura en la posible desatención de las obligaciones sociolaborales del CEE hacia sus trabajadores, en “Los enclaves laborales: ¿una nueva modalidad ...” *op. cit.* Pág. 13.

⁸⁷³ Las personas con discapacidad se ven sometidas a barreras para acceder al empleo, el 66,5% de las personas en edad de trabajar con discapacidad legalmente reconocida eran inactivos. En términos comparativos, el porcentaje de inactivos para la población sin discapacidad era del 25,1% datos extraídos de “*El Empleo de las Personas con Discapacidad*” nota de prensa del INE de 20/12/2010 www.ine.es/prensa/np635.pdf Consultado el 26 de septiembre de 2015. *Por ello se hace necesaria la adopción de medias de promoción de acceso al empleo de este colectivo. “Las personas con discapacidad se ven sometidas a importantes barreras para acceder al empleo público, obstáculos que no son justificables pues la prestación de los servicios de interés general es perfectamente compatible, en la mayoría de los casos, con la capacidad y formación de los integrantes de este colectivo. Se hace, por tanto, necesaria la adopción en esta materia de algunas medidas de discriminación positivas”* RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. “La promoción de los cupos ...” *op.cit.*

con discapacidad y lo hace a favor de las personas con discapacidades severas, favoreciendo el empleo de estos frente a los demás trabajadores, puesto que aquellos con discapacidades leves, al no tener esa especial gravedad en su discapacidad, tampoco asumen, junto a ella, un plus de dificultad para encontrar y mantener un empleo.

Dentro de las diversas normas legales que facultan al legislador para dictar el RD 290/2004, se encuentra la Ley 56/2003 de Empleo de 26 de diciembre⁸⁷⁴ que en su art. 26.1, habilita al gobierno a establecer programas específicos destinados a fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo.

En el preámbulo del RD regulador de enclaves, se afirma que una de las ideas que merece ser resaltada en la nueva regulación, es que esta “*se dirige a promover el empleo, preferentemente de las personas con discapacidad que por el grado o la índole de su discapacidad presentan especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo*”. Señalando que la finalidad de los enclaves laborales es lograr la mayor integración de los trabajadores con discapacidades severas. Argumenta que los enclaves facilitarán la transición desde el CEE al empleo ordinario, puesto que al trabajador con discapacidad, el enclave le permitirá completar y mejorar su experiencia profesional y a la empresa colaboradora, le permitirá conocer mejor las capacidades y posibilidades de estos trabajadores, beneficiando de forma particular a quienes trabajen en el enclave. Además, el trato individualizado que recibirán por medio del encargado de su CEE que estará junto con ellos, dentro de una empresa ordinaria, deberá “*imprimir una mayor calidad al empleo de las persona con discapacidad afectados de especiales dificultades*”⁸⁷⁵.

Determina el art. 6.2 del RD 290/2004, que los trabajadores con discapacidad que presentan, especiales dificultades son, a) aquellos con parálisis cerebral, con enfermedad mental con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por cien, b) los trabajadores con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por cien. Por último, c) la norma incluye, como trabajadores con especiales dificultades a las mujeres, que no estando incluidas en las

⁸⁷⁴ BOE núm. 301 de 17 de diciembre de 2003.

⁸⁷⁵ Entienden ESTEBAN LEGARRETA y FUSTÉ MIQUELA que “*los enclaves no son exactamente una medida de fomento cuantitativo del empleo, sino que más bien pretenden imprimir una mayor calidad al empleo de las persona con discapacidad afectados de especiales dificultades*”. en “Los enclaves laborales ...” *op. cit.* Pág. 363.

situaciones anteriores tengan un grado de discapacidad igual o superior al 33 por cien por la doble discriminación⁸⁷⁶. Asimila que cualquier mujer con certificado de discapacidad tiene especiales dificultades para acceder al empleo ordinario, pero les otorga un estatus distinto de los trabajadores, hombres y mujeres, afectadas por una discapacidad severa, tanto a la hora de conformar el enclave como a la hora de ofrecer incentivos.

La norma establece que, al menos, el 60 por cien de los trabajadores del enclave deberá presentar especiales dificultades para acceder al empleo, y que sobre dicho porcentaje, como máximo, la mitad podrán ser ocupado por mujeres, que no teniendo una discapacidad de las denominadas de especiales dificultades tengan cualquier tipo de discapacidad igual o superior al 33 por cien. El restante 40 por cien de personal del enclave, debe cubrirse con trabajadores que tengan un mínimo de un 33 por cien de discapacidad.

La segmentación por tipos y grados de discapacidad, incentivando de forma distinta a los grupos más desfavorecidos laboralmente, fue iniciada por el RD de enclaves laborales y la Ley 43/2006 para la mejora y el crecimiento del empleo, la implantó también para el mercado ordinario de trabajo aplicando el mismo baremo en la promoción de empleo, que el RD 290/2004, distinguiendo por lo tanto ambas normas entre tipos y grados de discapacidad promoviendo con ayudas superiores⁸⁷⁷ la contratación de personas con discapacidades severas. Curiosamente, el empleo ordinario distingue, también lo hacen los enclaves, pero no lo hacen los CEE que no tienen enclaves..

El RD 290/2004, en su art. 12, crea un plan de incentivos, subvenciones y bonificaciones para la contratación, por parte de la empresa colaboradora, de trabajadores del enclave que tengan especiales dificultades de acceso al empleo, no incluyendo en este caso la situación de las mujeres con discapacidades leves, sino poniendo el acento en la gravedad de la discapacidad de los trabajadores para mejorar las condiciones de transición de estos. Cuando el artículo 13 regula incentivos para la contratación de trabajadores que no tengan especiales dificultades de acceso al empleo, realiza una remisión genérica a las ayudas generales de subvenciones y bonificaciones.

⁸⁷⁶ En la Estrategia Global de Acción para el empleo de personas con discapacidad se hace hincapié, en atender especialmente las necesidades de las mujeres que sufren discriminación por su sexo y por su discapacidad.

⁸⁷⁷ Véase Capítulo III punto 4.4- Recuperación de la bonificación íntegra para los CEE.

Existen voces en la doctrina científica⁸⁷⁸ que estiman que el legislador se equivocó al primar en los enclaves la transición de los trabajadores con especiales dificultades debiendo haber promovido la de los trabajadores con discapacidades leves. Es más fácil que se integren en el mercado ordinario de trabajo las personas con discapacidades leves sobre aquellas con especiales dificultades, y por lo tanto sería más fácil para los empleadores. Pero precisamente hay que prestar más apoyo a quienes tienen discapacidades severas, a quien lo tiene más difícil para transitar. Lo fácil es que la empresa ordinaria, comprobando que un trabajador del enclave con discapacidades leves lo asuma como propio, lo difícil es que contrate a uno con especiales dificultades, por ello se deben incentivar estas transiciones.

El legislador quiso poner en un punto de mayor visibilidad, el enclave dentro de la empresa ordinaria, a quienes más lo necesitaban para que pudieran comprobar los empresarios colaboradores y sus equipos de RRHH que una discapacidad física, intelectual, mental o sensorial, no elimina la capacidad laboral. Evidenciando dentro de la empresa que los trabajadores con discapacidades severas pueden realizar muchas de las funciones que realizan otros operarios.

Parte de la doctrina científica⁸⁷⁹, opina que los CEE, deberían estar enfocados únicamente a personas con discapacidades severas. Quizá los enclaves eran un primer paso para una transición tranquila de unos CEE saturados de trabajadores con discapacidades leves que deberían prestar servicios en el mercado ordinario de trabajo, y pretendían servir de piqueta de apoyo para iniciar el cambio de dirección que necesita la legislación de los CEE.

⁸⁷⁸ GARRIDO PÉREZ, E., “Los enclaves laborales: ¿una nueva modalidad ...” *op. cit.* Pág. 5 “la norma al menos hubiera decidido limitar esta posibilidad de contratación únicamente para trabajadores cuya discapacidad no fuera de las calificadas como severa o grave.”, la misma autora entiende en sus conclusiones en la pág. 13 que “de una medida de empleo de la que se podrían beneficiar los trabajadores con discapacidad, cualquiera que fuera ésta y con independencia del grado, se convierte en una medida de actuación dirigida a posibilitar (que no de asegurar) una futura contratación exclusivamente de aquellos con discapacidad más severa”. No puedo estar de acuerdo con dicha afirmación por entender que si los CEE deberían estar centrados en las personas con especiales dificultades y no lo están, los enclaves como medida excepcional que realiza la propia actividad de la empresa colaboradora deben estar enfocados, como lo están, a aquellas personas que necesitan apoyos especiales.

⁸⁷⁹ AA.VV. ESTEBAN LEGARRETA. R (Coordinador). *Informe sobre la elaboración de un decreto regulador de la relación laboral especial... op. cit.*

3.- TRABAJADORES DEL ENCLAVE.

3.1.- Composición de la plantilla.

3.1.1.- Trabajadores con discapacidad.

De las tres partes integrantes del enclave laboral la más importante son los trabajadores con discapacidad, que son quienes forman el grupo inserto en otro de características diferentes⁸⁸⁰.

Las personas con discapacidad destinadas en el enclave, se benefician de este tipo de organización por varios motivos, en primer lugar los enclaves pueden crear puestos de trabajo que quizá con otro tipo de organización, no se conseguirían; en segundo lugar al trabajar en empresas ordinarias, aún dentro del marco laboral del CEE, la autoestima de los trabajadores con discapacidad aumenta por trabajar en entornos ordinarios; y por último los trabajadores con discapacidad de los CEE por medio de los enclaves tienen la posibilidad de mostrar todas sus capacidades laborales a los empresarios colaboradores que al ver su potencial les puede contratar en cualquier momento del transcurso del enclave.

Como ya se ha mencionado, los enclaves se crean con la finalidad, entre otras, de discriminar positivamente a los trabajadores con especiales dificultades en el acceso y mantenimiento del trabajo. Especifica la norma que al menos el 60 por 100 en de los trabajadores del enclave “*deberán presentar especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario*”. Quizá sobra la última palabra, ya que actualmente, las personas que más adelante se describirán, tienen dificultades en el acceso en el mercado ordinario, pero también en su acceso a al empleo protegido.

El art. 6 determina la composición del personal del enclave, estableciendo muchos factores y porcentajes a tener en cuenta:

- Los enclaves deberán estar formados con un 60 por cien⁸⁸¹ de trabajadores que presenten especiales dificultades y el resto, un 40 por cien con trabajadores que tengan una discapacidad mínima igual o superior al 33 por cien.

⁸⁸⁰ Tal como he apuntado en el punto I de este capítulo el concepto el Diccionario de la Real Academia determina que enclave es “*Grupo étnico, político o ideológico inserto en otro y de características diferentes.*”

⁸⁸¹ “*En el proyecto inicialmente elaborado por el MTAS, el número mínimo de personal contratado con discapacidad que debían integrar el enclave se había establecido en el 75%; por las Organizaciones representativas del colectivo integrados en el CERMI -fundamentalmente FEACEM y AFEM- alegaron*”

Las personas con discapacidades severas tienen una dificultad mayor para encontrar trabajo, debido no sólo a su más baja capacidad laboral sino también a los prejuicios que sobre sus capacidades existen. Incluso en la doctrina de enclaves existen reticencias a sus capacidades⁸⁸². Si encuadramos el enclave en su contexto, que es la subcontratación de tareas dentro fábricas en entornos “fordistas”, donde la mayor parte de trabajos no son especialmente complejos, y comprobamos *in situ* las capacidades de los trabajadores con discapacidad, que demuestran todos los días, sobre todo en los trabajos en grupo que las capacidades de unos suplen las de los otros, quizá no habría tanta reticencia en la doctrina.

Mientras existan reservas, incluso teóricas a su contratación, el legislador no avanzará en la declaración de los CEE como empleadores de personas con dificultades de acceso al empleo y no únicamente como empleadores de personas con discapacidad, igualando, y por lo tanto discriminando a unas personas con discapacidad frente a otras⁸⁸³, por lo que quizá los teóricos deberían visitar centros de empleo en los que desempeñen su labor personas con especiales dificultades para convencerse de las capacidades y demostrar un apoyo decidido a quien lo necesita.

La norma establece que la mitad del porcentaje dedicado a trabajadores con especiales dificultades, puede ser ocupado por mujeres con una discapacidad igual o superior al 33 por cien, primando por lo tanto la ocupación de mujeres con discapacidad sobre el colectivo masculino, atendiendo al mayor nivel de desocupación de estas dentro del grupo de personas con discapacidad⁸⁸⁴. Prima la contratación de mujeres por encima

reiteradamente que con el porcentaje del 75% se hacía sumamente difícil poder desarrollar adecuadamente el enclave” SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M., SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, J. M. Los enclaves laborales. Equalbur...op. cit. Pág. 62

⁸⁸² LLANO SÁNCHEZ, afirma que para impedir que el enclave encubra una cesión ilegal estima que será necesario controlar “*que los trabajadores destinados al enclave tienen capacidad suficientes para ejecutar la obra o servicio objeto del enclave*”, en “El enclave laboral”... *op. cit.* A mi juicio si los trabajadores no tuviesen capacidad suficiente los centros no los pondrían a trabajar, fundamentalmente por la necesidad de hacer rentable el enclave. En un sentido similar GARRIDO PÉREZ, de forma más sutil, dice que las personas con discapacidades severas quizá no podrán cumplir las expectativas de transición o que no deberían formar parte del cupo del 25% de trabajadores sin antigüedad en el CEE, en: “Los enclaves laborales: ¿una nueva modalidad ...” *op. cit.* Pág. 5.

⁸⁸³ En este sentido AA.VV. ESTEBAN LEGARRETA. R., (Coordinador) *Informe sobre la elaboración de un decreto regulador de la relación laboral especial ... op. cit.*

⁸⁸⁴ Es de destacar la similitud de esta propuesta de promoción de las personas con discapacidad con especiales dificultades y de las mujeres con discapacidad, con la establecida en el art. 8.2 de la Ley 51/2003 de 2 de diciembre de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, en ella se estableció que “*Los poderes públicos adoptarán las medidas de acción positiva suplementarias para aquellas personas con discapacidad que objetivamente sufren un mayor grado de discriminación o presentan menor igualdad de oportunidades, como son las mujeres con discapacidad, las personas con discapacidad severamente afectadas, las personas con discapacidad que*

de los hombres, sin que se pueda ocupar la totalidad de la plantilla del enclave con mujeres con discapacidades leves.

Por último se fija como requisito que al menos el 75 por 100 de los trabajadores, deberá tener una antigüedad mínima de tres meses en el CEE⁸⁸⁵. Claramente, el legislador intenta evitar que se contraten trabajadores con discapacidad únicamente para cubrir la demanda de este tipo de empleo. Sólo permite que un 25 por 100 de la plantilla pueda ser contratada específicamente para cubrir puestos de trabajo en los enclaves⁸⁸⁶. El legislador pudo haber ampliado este porcentaje o haber prohibido que entrasen trabajadores directamente a trabajar a los enclaves, pero hay que tener en cuenta que eliminar la posibilidad de contratar trabajadores nuevos para los enclaves, hubiese dificultado, aún más, las posibilidades de que los CEE pudiesen formar enclaves, pues no tendrían casi posibilidad de adaptar la organización de sus plantillas.⁸⁸⁷

Es de destacar que este último requisito, que se aplica también de forma porcentual, tiene relación directa con la obligación que tienen los centros de mantener actividades distintas a la simple creación de enclaves, y también tiene relación con la obligación de no constituir enclaves hasta que hayan transcurrido seis meses del inicio de las actividades del centro⁸⁸⁸.

La norma, no concreta si los demás trabajadores, el 75 por cien restante, deben ser fijos del CEE. Tampoco si los trabajadores temporales pero con antigüedad en el centro deben pasar al enclave con contrato de obra o servicio vinculados a la contrata del enclave.

no pueden representarse a sí mismas o las que padecen una más acusada exclusión social por razón de su discapacidad, ...”

⁸⁸⁵ En los acuerdos MTAS CERMI del año 2002, donde se pergeñaron los enclaves, ya se señalaba que los trabajadores del enclave tendrían antigüedad en el CEE pues el cuarto objetivo era: *“Posibilitar el crecimiento de la actividad productiva desarrollada por los Centros Especiales de Empleo y, por tanto la contratación por éstos de nuevos trabajadores con discapacidad, que normalmente provienen de la inactividad, para suplir a los trabajadores desplazados al enclave”*.

⁸⁸⁶ Respecto a la posibilidad de contratar de forma directa para el enclave véase el art. 8.5. que establece que *“Una vez finalizado el contrato entre la empresa colaboradora y el centro especial de empleo, todos los trabajadores con discapacidad que hubieran prestado servicios en el enclave laboral seguirán manteniendo su relación laboral con el centro especial de empleo, salvo aquellos que hubieran sido contratados para trabajar en el enclave bajo la modalidad de obra o servicio determinado”*.

⁸⁸⁷ ESTEBAN LEGARRETA R y FUSTÉ MIQUELA J. P. en *“Los enclaves laborales ...” op. cit.* Pág. 371 entienden la voluntad del legislador, para dejar un *“mínimo margen de adaptación organizativa de los CEE”*, por el contrario, LLANO SÁNCHEZ, M., *“El enclave laboral”... op. cit.*, estima que *“en relación con ese cupo de trabajadores los centros especiales de empleo van a actuar como una empresa de trabajo temporal sui generis, dedicada a gestionar una bolsa de temporales precarios”*. Es necesario que el CEE pueda contratar personal que no tenga en el centro para cubrir el 25% de los puestos, de forma contraria, incluso con dichos porcentajes, es difícil, realizar contratos y cubrir todos los requisitos y además continuar con la actividad principal del centro, y dicha dificultad es mayor para los pequeños CEE, que suelen estar gestionados por entidades sin ánimo de lucro.

⁸⁸⁸ Véase en este Capítulo el punto 4.1.1.- Centro Especial de Empleo.

Únicamente especifica que estos trabajadores deben tener una antigüedad mínima de 3 meses.

Es necesario por lo tanto tener en cuenta que además de cumplir con el 60 por 100 de trabajadores con especiales dificultades de encontrar empleo, el enclave debe mantener una proporción de personas con antigüedad mínima, por lo que puede ser difícil de cumplir con todos los requisitos en el momento de realizar sustituciones del personal por vacaciones, enfermedad o por abandono o transición de los trabajadores, dificultando este complejo mantenimiento de proporciones el correcto funcionamiento de los enclaves⁸⁸⁹.

3.1.2.- Encargados del enclave.

El art. 6 denominado “*Trabajadores destinados al enclave*”, sólo habla de los trabajadores con discapacidad, lo que podría llevar a entender que sólo se desplazan a la empresa ordinaria estos trabajadores. Pero el art. 8.2 establece que el CEE contará en el enclave con “*encargados responsables del equipo de producción*”⁸⁹⁰, que podrán ser personas con discapacidad o sin ella, tal como indica el art. 5.3.

La dirección y organización del trabajo corresponde al CEE (Art. 1.3) y para cumplir con esa obligación el centro contará en el enclave con dichos encargados, que son denominados comúnmente monitores o jefes de equipo. No queda explícito en la norma que dicho personal deberá estar de forma continuada en el enclave⁸⁹¹, pero su presencia no sólo se puede vincular a la producción y al mantenimiento de la dirección de los equipos sino también a la vigencia de la relación laboral especial, pues deberá ayudar a prestar los ajustes personales debiendo adecuar en todo momento el trabajo y las características especiales de los trabajadores.

Cuando en el art 8.2 se establece que “*el centro especial de empleo contará en el enclave con encargados responsables del equipo de producción*”, se debería interpretar que su presencia en el enclave debe ser continua⁸⁹². No podría tomarse como enclave el

⁸⁸⁹ Respecto de la excesiva rigidez de la composición de los enclaves ver ESTEBAN LEGARRETA R y FUSTÉ MIQUELA J. P. en “Los enclaves laborales ...” *op. cit.* Pág. 379. En el mismo sentido el CERMI en la Estrategia Global... *op. cit.* pág. 154 propone la eliminación o la rebaja de la obligación de antigüedad mínima de tres meses para al menos el 70% de los trabajadores.

⁸⁹⁰ LLOMPART BENNÁSAR, entiende que los encargados sin discapacidad no forman parte propiamente del enclave, en “Régimen jurídico de los enclaves laborales”... *op. cit.* Pág. 7.

⁸⁹¹ LLOMPART BENNÁSAR, estima que “*el CEE, además de destinar una serie de trabajadores con discapacidad a la EC, debe desplazar trabajadores como encargados*”, estima la autora que se desplazan tanto los trabajadores como el encargado, no siendo este un supervisor, que acude para controlar el servicio, en “Régimen jurídico de los enclaves laborales”... *op. cit.* Pág. 7.

⁸⁹² Cita anterior. pág. 7.

desplazamiento de unos trabajadores a las instalaciones de otra empresa para realizar sus tareas propias, sin un encargado o con uno que únicamente acude a dicha empresa para realizar gestiones con la colaboradora y no tiene relación directa y habitual con los trabajadores del CEE. Hay que determinar quién da las ordenes de trabajo de forma habitual, y coordina a los trabajadores con discapacidad con la empresa principal, dicha obligación y derecho corresponde únicamente al CEE. La ausencia continuada de un encargado o su inexistencia, asimilaría el enclave a una ETT de personas con discapacidad, lo cual se encuentra fuera del sentido inicial para el que fueron creados.

La plantilla de personas con discapacidad en el enclave estará formada por al menos por cinco trabajadores si la plantilla de empresa colaboradora es de 50 o más trabajadores, o al menos por tres trabajadores si dicha plantilla fuera inferior (Art. 5.3). En dicho cómputo no se incluyen a los encargados a los que se refiere el art. 8.2, salvo que ellos fueran trabajadores con discapacidad.

Es importante observar la similitud entre la regulación del RD 290/2004 que no computa a los encargados de producción como plantilla de los enclaves con el RD 2273/1985, que establece que al menos el 70 por cien de los trabajadores tiene que ser personal con discapacidad, no computando para dicho porcentaje las personas que ocupan puestos de ajustes personales y sociales.

En las plantillas del CEE no se cuentan los trabajadores destinados a la prestación de ajustes, puesto que el legislador presume que dicha actividad es una de las características que distingue el empleo protegido de la empresa ordinaria. De forma similar, para adecuar en todo momento el trabajo de los enclaves, por las características especiales de los trabajadores que en su mayoría deben tener una discapacidad severa, tienen que estar acompañados por una persona que el RD denomina encargado. El encargado debe acomodar⁸⁹³ y ajustar los puestos de trabajo, apoyar a los trabajadores que allí se desplacen y además realizar las labores de interlocutor directo con la empresa colaboradora⁸⁹⁴.

⁸⁹³ “Acomodamiento que incumbe al CEE aun cuando los trabajadores presten sus servicios fuera del centro” Cita anterior. Pág. 7.

⁸⁹⁴ Aunque encuentro una similitud que entre el encargado del enclave no compute, como tampoco computan en el porcentaje de personas con discapacidad del CEE el personal que presta ajustes personales y sociales, tengo que destacar que existe una diferencia importante, pues el encargado tiene como cometido principal la coordinación y el trabajo con las personas con discapacidad, y el personal de ajuste no tiene por qué tener contacto con la producción, sino que su cometido principal son los ajustes.

El art. 5.3 segundo párrafo, establece que “no se incluirá en el cómputo como trabajadores del enclave a los encargados a que se refiere el artículo 8.2, salvo que ellos mismos fueran trabajadores con discapacidad”. Pese a su aparente claridad, en función de si los encargados tienen certificado de discapacidad resultan distintas variables:

- Si los encargados son personal con discapacidad, el número mínimo de un enclave si sería de 3 o 5 trabajadores, puesto que los podríamos computar dentro del número mínimo. De forma distinta, sino tiene discapacidad el número mínimo de trabajadores resultará ser de 4 o 6 personas, pues a los operarios de base con discapacidad habría que sumar al encargado.

- Pero si el encargado tiene discapacidad, su cómputo puede generar problemas en el cumplimiento de los complejos porcentajes sobre especiales dificultades del 60%. Puesto que podrían conducir al absurdo de que un enclave con 5 operarios con discapacidad, 3 de los cuales tuviesen discapacidad severa y otros 2 no, cumplirían las cuotas porcentuales. Pero cuando se cuenta con un encargado con discapacidad y esta no es severa, pasarían a tener 3 trabajadores con discapacidad severa y (2 operarios + 1 encargado) = 3 trabajadores sin esta especialidad por lo tanto el 50% de los trabajadores con discapacidad severa lo que supondría incumplimiento de la norma.

Los encargados, en mérito de su función⁸⁹⁵, y para evitar problemas de cómputo en los porcentajes, no deberían formar parte para el cómputo de los porcentajes de discapacidad grave o leve, pues podría perjudicar a los enclaves más integradores.

3.2.- Organización del trabajo en el enclave.

Tal como he explicado en el punto 2 de este capítulo, el contrato de enclave laboral no es un contrato de cesión de trabajadores, sino que “se configuran como una subcontratación de obras o servicios entre un centro especial de empleo y una empresa ordinaria” tal como establece la norma en su Exposición de Motivos⁸⁹⁶. En tres⁸⁹⁷ de sus trece artículos el RD regulador cita el art. 42 del ET, que versa sobre las contrataciones y

⁸⁹⁵ GARRIDO PÉREZ, entiende que la presencia de los encargados responsables del equipo de producción, “posiblemente ello se refiera a la necesidad de cubrir una de las exigencias típicas que acompañan al empleo con apoyo, esto es, la atención particularizada y continuada de quienes estén prestando las actividades en que consista los cometidos asistenciales que como tal ha de cumplir”, en “Los enclaves laborales: ¿una nueva modalidad ...” *op. cit.* Pág. 8.

⁸⁹⁶ “...los enclaves laborales se configuran como una subcontratación de obras o servicios entre un centro especial de empleo y una empresa ordinaria, que se acompaña de determinadas cautelas y garantías ligadas al colectivo al que se dirige, que refuerzan el régimen jurídico general de la subcontratación”.

⁸⁹⁷ En el art. 1, 8 y 10.

subcontratas de obras y servicios, reforzando la idea expuesta en la motivación de la norma.

Es importante tener en cuenta que para distinguir una contrata de obras o servicios de una cesión de trabajadores, uno de los indicios más importantes para deslindar estas figuras, es la determinación de quien ostenta el ejercicio de los poderes empresariales respecto de los trabajadores del contratista.

Dentro del conjunto de elementos que pueden determinar si una contrata es legal, o simplemente es una cesión ilícita de trabajadores uno de los más importantes es la comprobación de quien es en realidad el empleador formal; en el caso de los enclaves debe ser el CEE quien dirija y organice el trabajo del enclave, en caso contrario se podría entender que el centro es un mero sujeto interpuesto entre los trabajadores y el empleador real.

El empresario colaborador no puede dirigir a los trabajadores del enclave, pues no cabe la contrata de mano de obra⁸⁹⁸. Ello no significa que la empresa colaboradora no pueda dar a los trabajadores del enclave ciertas instrucciones para coordinar algunas actividades, que deberán ser comunicadas al encargado del grupo, además dicha coordinación habrá que distinguirla del ejercicio de facultades directivas, organización del trabajo del personal del enclave, fijación del horario, recepción de las ausencias o concesión de permisos, de control o disciplinarias⁸⁹⁹, estas circunstancias realizadas repetidamente podrían determinar la existencia de cesión ilegal.

Es consustancial a la figura del enclave utilizar los recursos materiales de la empresa colaboradora, ya que los trabajadores del CEE se desplazan a sus instalaciones a realizar su propia actividad, sin embargo, la figura del enclave continúa sin ser cesión ilegal, por cuanto está regulada en el RD 290/2004 y también porque la dirección y organización del enclave corresponde al CEE⁹⁰⁰, pero si se demostrara que dichas funciones las realiza la empresa colaboradora debería entenderse que superados los límites establecidos en la norma reguladora de enclaves, se incurre en ilícito laboral de cesión de trabajadores.

⁸⁹⁸ NORES TORRES estima que “conceptualmente, constituye una “*contradictio in terminis*” hablar de contrata de mano de obra” en ., *El trabajo en contratas. La noción de contrata de propia actividad*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004. Pág. 47.

⁸⁹⁹ NORES TORRES, L.E. *El trabajo en contratas... op cit.* Págs. 81 y 82.

⁹⁰⁰ SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M., SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, J. M. *Los enclaves laborales... op cit.* Pág. 43.

Como se ha dicho, la facultad disciplinaria de los trabajadores del enclave queda también dentro del ámbito del CEE (art. 8.3). Los trabajadores del CEE no pueden desplazarse al enclave y allí ser controlados en la empresa colaboradora⁹⁰¹, si ello sucediera debería aplicarse lo dispuesto en el art. 43.3 del ET en que se estima que concurre cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa cedente “*no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario*”.

Entienden SÁNCHEZ-CERVERA SENRA y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS⁹⁰² que los trabajadores desplazados deben actuar en grupo puesto que no pueden haber enclaves de 1 o 2 trabajadores por la dificultad de encontrar criterios individualizados de organización. Pero no existen impedimentos legales para que los trabajadores desplazados puedan trabajar por separado dentro de la empresa si quien dirige el trabajo de los operarios del enclave es el encargado del CEE.

3.3.- Mantenimiento de la relación laboral especial en el enclave.

Establece el RD regulador que los trabajadores con discapacidad del CEE destinados al enclave deben trabajar dentro de la organización general de la empresa colaboradora donde vayan a ser ocupados. Puesto que la dirección y organización del trabajo de los empleados con discapacidad corresponde al CEE, con el que mantendrán “*plenamente, durante la vigencia del enclave, su relación laboral de carácter especial*”⁹⁰³, no se modifica el tipo de relación laboral por trabajar en el enclave como empleados del CEE.

El legislador debió pensar que podía existir un peligro de que se interpretase que los trabajadores desplazados al realizar sus labores en un medio normalizado podrían llegar a perder su relación laboral especial, por ello repite en dos artículos distintos que “*Los trabajadores con discapacidad ocupados en el enclave laboral mantendrán, a todos los efectos, su relación laboral de carácter especial con el centro especial de empleo durante la vigencia del enclave*”, en el art. 1 y en el 8.

⁹⁰¹ Quizá es evidente, pero se ha podido comprobar, e forma personal, que estas facultades están cedidas en algunos contratos de enclaves de CEE operan a nivel nacional y que han sido registrados tal como solicita la norma.

⁹⁰² En Los enclaves laborales. *op cit.* Pág. 43.

⁹⁰³ Art. 1.3 RD 290/2004

3.4.- Contratos laborales, convenios colectivos de aplicación y altas en seguridad social.

- Contratos laborales

El RD 290/2004 determina en su art. 2.d) que favorecerá “*la creación de empleo estable*”, el legislador se contradice en este punto, puesto que los enclaves tienen una fecha de caducidad, así la estabilidad en el empleo que producirán los enclaves durará un máximo de seis años, esto es temporalidad.

Si además de la limitación del contrato mercantil firmado entre las empresas, tenemos presente que el primer objetivo del enclave es la transición de los trabajadores con discapacidad del CEE a la empresa ordinaria, la creación del empleo estable que propugna el legislador, lo será, si hay suerte, en la empresa colaboradora. El único modelo de contrato laboral específico de enclaves, se refiere a la contratación indefinida en la empresa ordinaria de trabajadores con discapacidad que hayan trabajado en el enclave⁹⁰⁴, no existiendo ningún contrato de trabajo específico para los trabajadores de los CEE que se desplacen a los enclaves.

Tal como se ha explicado en el punto 3.1, el art. 6.4 del RD 290/2004 obliga a que al menos el 75 por cien de los trabajadores deberá tener una antigüedad mínima de 3 meses en el CEE y que sólo es posible contratar un 25 por cien de la plantilla especialmente, para dicho puesto de trabajo⁹⁰⁵. Los trabajadores desplazados pueden tener cualquier tipo de contrato de los existentes, y aplicables, según la legislación vigente⁹⁰⁶.

⁹⁰⁴ Modelo PE-205, el modelo se puede encontrar en: <https://www.redtrabaja.es/es/portaltrabaja/resources/pdf/contratos/pe-205.pdf> Consultado el día 27 de mayo de 2011.

⁹⁰⁵ Respecto a la posibilidad de contratar de forma directa para el enclave véase el art. 8.5. que establece que “*Una vez finalizado el contrato entre la empresa colaboradora y el centro especial de empleo, todos los trabajadores con discapacidad que hubieran prestado servicios en el enclave laboral seguirán manteniendo su relación laboral con el centro especial de empleo, salvo aquellos que hubieran sido contratados para trabajar en el enclave bajo la modalidad de obra o servicio determinado*”.

⁹⁰⁶ LLANO SÁNCHEZ, M. “El enclave laboral”... *Op. Cit.* entiende que “*no es posible destinar a un trabajador que tenga, por ejemplo un contrato para la formación o un contrato a domicilio, y ello atendiendo a la propia naturaleza del contrato*”, coincido en la imposibilidad de trasladar a un enclave a quien tenga un contratos a domicilio, por entender que la modificación devendría en contrato indefinido, por modificación sustancial del objeto y falta de causalidad, pero no coincido con dicha opinión respecto a los contratos de formación, puesto que esta puede continuar prestándose en el enclave, de hecho el enclave puede servir para finalizar la formación del trabajador. SÁNCHEZ CERVERA, J. M. “Los enclaves laborales”.... *op. cit.* Pág. 39, opina que pueden utilizarse como modalidades de contratación para el enclave, el contrato indefinido y duración determinada para obra o servicio, eventual por circunstancias de la producción, interinidad y formativos.

Los trabajadores con discapacidad con un contrato previo al inicio del enclave si al ser desplazados a este no se adaptasen a las nuevas condiciones de trabajo, no les sería aplicable lo dispuesto en el art. 16 b) del RD 1368/1985⁹⁰⁷, acerca de la extinción objetiva por falta de adaptación a las modificaciones del puesto de trabajo⁹⁰⁸, puesto que sería debida a una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, con cambio de lugar y sistema de trabajo.

- Convenios colectivos de aplicación

El convenio colectivo para aplicar a los contratos de trabajo de las personas con discapacidad que trabajen en los enclaves es el que corresponde al CEE al que pertenecen los trabajadores y no el de la empresa colaboradora⁹⁰⁹. Hay que tener en cuenta que dicha situación “*con relativa frecuencia suponen desigualdades retributivas de difícil justificación, máxime cuando los trabajadores de una y otra empresa trabajan casi codo con codo*”⁹¹⁰. La justificación únicamente puede provenir de la productividad, del acompañamiento diario al lugar de trabajo y justificación de los ajustes al trabajador, pero además esta situación de que unos trabajadores trabajen junto con otros rigiéndose por convenios distintos, por lo tanto con retribuciones distintas sucede en muchas ocasiones, entre otras con los de las contratas de multiservicios.

También sucede habitualmente en las empresas de limpieza que realizan sus labores para otras sociedades en cuyos convenios esos operarios tienen una retribución mayor, por lo que la solución, que puede ser contractual o convencional, mejorada por el contrato de trabajo o por obligación del convenio colectivo. Pero su solución definitiva debería pasar por una modificación legislativa, no sólo para los CEE y los enclaves, sino para todas las empresas ordinarias.

⁹⁰⁷ El RD 1368/1985 que regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en Centros Especiales de Empleo, establece en el art. 16.b que se podrá extinguir el contrato de trabajo “*Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, constatadas por el equipo multiprofesional, cuando dichos cambios sean razonables y hayan transcurrido, como mínimo, tres meses desde que se introdujo la modificación. El contrato quedará en suspenso por el tiempo necesario y hasta el máximo de tres meses, cuando la empresa ofrezca un curso de reconversión o de perfeccionamiento profesional a cargo del Organismo oficial o propio competente, que le capacite para la adaptación requerida. Durante el curso se abonará al trabajador el equivalente al salario medio que viniera percibiendo*”.

⁹⁰⁸ En el mismo sentido LLOMPART BENNÀSAR, M., “Régimen jurídico de los enclaves laborales”... *op. cit.* Pág. 10.

⁹⁰⁹ En el mismo sentido SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M., SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J. M., *Los enclaves laborales. op cit.* Pág. 74.

⁹¹⁰ ESTEBAN LEGARRETA. R. y FUSTÉ MIQUELA J.M., “Los enclaves laborales...” *op. cit.* Pág. 364.

-Altas en Seguridad Social

Debe identificarse a los trabajadores con discapacidad de los CEE desplazados a un enclave laboral, por la responsabilidad solidaria o subsidiaria de falta de ingreso de cuotas. Para ello la TGSS, habilitó en su oficina virtual en la sección de Altas y Bajas de trabajadores, un campo denominado “*Cesión de trabajadores Tipo I*”⁹¹¹, cuya denominación es “enclave laboral” y en él se debe notificar el Código de Cuenta de Cotización de la empresa colaboradora, tal como lo estableció el Boletín de noticias núm. 2005/9 de 6 de octubre de 2005⁹¹², de la TGSS.

Dicho campo se puede rellenar en caso de altas nuevas, primordialmente para el 25 por cien de trabajadores que puede contratar el CEE “ad hoc”. Pero también deberían inscribirse aquellos trabajadores que teniendo antigüedad para trabajar en el enclave necesiten una nueva alta en el Centro. Pero la lógica de funcionamiento, del Sistema Red no se puede rellenar la “*Cesión de trabajadores*” en aquellos casos en los que los trabajadores no tengan modificaciones en el alta previa. Puesto que no se puede hacer una nueva alta o baja y no está disponible la opción de fijar enclave laboral en las modificaciones de contrato. Por ello, sólo constarán como “cedidos” los trabajadores con altas nuevas, por lo que sería conveniente cambiar dicho sistema informático para que la realidad corresponda con lo que figura en las bases de datos de la TGSS

4.- CONTRATO DE ENCLAVE, SUJETOS Y CARACTERISTICAS.

4.1.- Sujetos.

4.1.1.- Centro Especial de Empleo.

El artículo 3, del RD 290/2004, en su apartado primero, establece que podrán realizar enclaves laborales los CEE que calificados e inscritos⁹¹³, según la legislación vigente⁹¹⁴, que cumplan los siguientes requisitos: a) su inscripción deberá tener una antigüedad superior a seis meses, b) durante ese periodo de tiempo mínimo exigido el

⁹¹¹ En la nota explicativa se comprueba, en relación a la creación del campo “Tipo de subcontratación y cesión” que dicho campo es para ETT y enclaves laborales.

⁹¹²http://www.seg-social.es/Internet_1/SistemaRed/NoticiasRED/Boletinesdenoticias47187/20059de6deoctubrede46461/ind_ex.htm?LANG=es&ssUserText=14187&dDocName=46462#46462 Comprobado el día 27 de mayo de 2011

⁹¹³ Entiendo que al nombrar los CEE es una reiteración el que estén registrados e inscritos, pues el RD 2273/1985 exige en su art. 7 esas dos cualidades para que se considere una empresa como CEE.

⁹¹⁴ Respecto de la calificación en inscripción de los CEE, véase Capítulo IV punto 5.- REQUISITOS CONSTITUTIVOS.

CEE debe haber desarrollado su actividad de forma continuada, y por último c) los CEE no podrán tener como actividad exclusiva la derivada de uno o más enclaves, sino que tienen la obligación “*mantener una actividad propia como tal centro especial de empleo*”⁹¹⁵.

La primera parte del art. 3 establece que “*podrán realizar enclaves los centros especiales de empleo, calificados e inscritos como tales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, y en el Real Decreto 2273/1985 de 4 de diciembre*”, solicitando al CEE que esté calificado e inscrito, sin cuya calificación e inscripción no sería un CEE, sino que sería una empresa con muchos trabajadores con discapacidad. Pero una visión conjunta de las obligaciones establecidas nos lleva a afirmar que el legislador no quería que se creasen centros cuya única finalidad fuera la realización de enclaves⁹¹⁶.

En un principio las reservas legales podrían ser comprensibles si se pretende que no se creen CEE, para únicamente ser subcontratistas de empresas dentro de la actividad propia de las primeras. Pero este punto de vista no es coherente, ni con la actual situación empresarial donde la subcontratación de actividades es el día a día de las grandes empresas, tampoco lo es con la LISMI⁹¹⁷ pues esta norma no prohibió crear CEE dentro de las empresas ordinarias y ni con la actual LGDPDIS que tampoco ha limitado esa posibilidad.

Y fundamentalmente no es coherente con la realidad actual donde se crean centros con la finalidad de atender contratos de obras y servicios, estando muy extendidos los CEE cuya actividad principal es la limpieza, y la jardinería, al amparo del art. 1544 del CC que prestan sus servicios dentro de los centros de trabajo de las empresas contratistas, cuya única diferencia con los enclaves es que este realiza tareas de la actividad propia del

⁹¹⁵ Art. 3.2 RD 290/2004.

⁹¹⁶ Aunque como bien aprecia LLANO SÁNCHEZ “*el reglamento no determina qué porcentaje del total de la plantilla del centro especial de empleo puede ser destinada al enclave y cuál es el cupo que debe mantenerse para garantizar el desarrollo de la actividad productiva*” en “El enclave laboral”...*op. cit.*

⁹¹⁷ En su art. 15 de creación de CEE, establece que podrán ser creados tanto por organismos públicos y privados como por las empresas. En realidad la contradicción no es tan grande si se estima que la LISMI en 1982, a diferencia de lo que sucedía en 2004 año de publicación del RD 290/2004 o de la fecha actual, entiende no sólo que los CEE deberán emplear a “*Los minusválidos que por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no puedan, provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales*” esto es las personas con discapacidad con especiales dificultades de acceder al empleo.

contratista principal y que da trabajo mayoritariamente a personas con especiales dificultades de acceso al empleo

Por último es necesario reflexionar sobre lo que se considera, actividad normal de una empresa, pues para constituir enclaves, al menos teóricamente, los CEE deberán mantener su actividad “propia”. En la actualidad, sumidos en una vorágine de cambio de sistemas productivos y de modificación de los mercados, en muchas ocasiones es difícil determinar cuáles son las actividades concretas de cualquier empresa⁹¹⁸.

Lamentablemente la obligación del mantenimiento de la actividad propia, no beneficia a aquellos centros, sin ánimo de lucro, que se crearon con la finalidad principal de ofrecer trabajo al mayor número posible de personas con discapacidad. Estas entidades no fijan su actividad en hacer una cosa determinada o prestar un determinado servicio, sino que su objetivo, es buscar ocupación rentable para sus empleados, y su actividad propia es la integración laboral y social de sus empleados.

Que el legislador en el RD 290/2004 impidiese que los CEE que creen enclaves tengan como finalidad única la constitución de estos, es acorde con la determinación de la temporalidad de los mismos, entendiendo que los enclaves potenciarían actividades de los centros de forma intermitente con plazos máximos de seis años. Pero la vigencia limitada de los enclaves fijada en la norma, es contraria al espíritu de creación de puestos indefinidos que predica esa misma norma y además no favorece la discriminación positiva de trabajadores con discapacidades severas. Puesto que si no consiguen la transición al mercado ordinario de muchos de estos trabajadores, cuando finalicen el periodo máximo deberán volver a los centros de origen, donde quizá no tengan trabajo.

⁹¹⁸ La Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencias de 18 de enero de 1995 RCUD 150/1994 y 29 de octubre de 1998 RCU D 1213/1998 y 10 de julio de 1999 ha señalado que “*para delimitar lo que se entiende por propia actividad de la empresa se debe partir de que las obras y servicios objeto de la contrata pertenezcan al ciclo productivo de la empresa principal y formen parte de las actividades principales de la misma, de tal manera que de no haberse contratado esos servicios, los mismos debían realizarse por el propio empresario comitente, so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial*” STSJ de Islas Baleares Sentencia núm. 88/2010 e 16 de marzo R. Supl. 458/2009. En el mismo sentido se pronuncia NORES TORRES, tras estudiar la noción de propia actividad y entender que la actual complejidad empresarial no permite una determinación clara de la misma, en *El trabajo en contratas... op cit.* Pág. 107. En un CEE nacido con el fin social de integrar a personas con discapacidad, no se vulneraría dicho fin subcontratando o creando enclaves, pero debe existir un control, no formal sino presencial, de los trabajos y de las finalidades reales.

4.1.2.- Empresa colaboradora.

El motivo principal que contempla el RD 290/2004 para que los empresarios contraten con CEE la creación de enclaves, es la posibilidad de utilizarlos como medida alternativa a la contratación directa de personas con discapacidad por una imposibilidad organizativa de incorporar directamente trabajadores con alguna discapacidad a su ciclo productivo.

Establece el art. 4 del RD 290/2004, que será empresa colaboradora cualquier empresa del mercado ordinario de trabajo que formalice con un CEE un contrato de enclave. Son empresarios tanto las personas físicas como las jurídicas, el art. 1 del ET equipara la condición de empleador⁹¹⁹ y empresario por lo que no es determinante que quien contrata con el CEE sea empresa a nivel mercantil o entidad sin ánimo de lucro⁹²⁰.

El art. 4 del RD 290/2004, sí diferencia de forma voluntaria, como requisitos el ser “*empresa del mercado ordinario de trabajo*”, de forma que no puede ser empresario colaborador otro CEE, puesto que no es del mercado ordinario, sino empleo protegido, por lo tanto, a parte de la falta de lógica, legalmente no se podrá crear enclaves dentro de otros CEE, lo que prohíbe que se subcontraten entre ellos, para realizar tareas de su “propia actividad”.

Por otro lado, al concretar la norma “*empresa del mercado ordinario de trabajo*” además de las entidades dedicadas al empleo protegido, excluiría de la contratación de enclaves a las administraciones públicas⁹²¹, ello en base a varios motivos:

En primer lugar por una interpretación literal al establecer el RD que sólo se pueden constituir enclaves en empresas ordinarias, no teniendo este carácter la administración pública⁹²².

⁹¹⁹ La condición de empleador es necesaria, la empresa que contrata con el CEE debe tener un código de cuenta de cotización en la TGSS pues, para realizar las altas en el enclave hay que determinar el CCC de la empresa donde los trabajadores con discapacidad acudirán a prestar servicios.

⁹²⁰ SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M., SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, J. M. *Los enclaves laborales*. Equalbur... *op cit*. Pág. 48, el mismo sentido respecto del empresario comitente en las contrataciones de obras o servicios NORES TORRES, L.E. *El trabajo en contrataciones... op. cit*. Pág. 35.

⁹²¹ A favor de esta postura, ⁹²¹ ESTEBAN y FUSTÉ MIQUELA en todas sus publicaciones, también Cervera pág. 50, en contra LLOMPART BENNÀSAR, que estima que simplemente la norma quiere contraponer el empleo ordinario al empleo protegido, en “Régimen jurídico de los enclaves laborales”... *op. cit*.

⁹²² SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M., SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, en el mismo sentido entienden que “... una primera lectura del art. 4 del RD 290/2004, permite deducir que las Entidades, Organizaciones y Administraciones Públicas no pueden ser sujetos contratantes de un Enclave Laboral...” aunque propugnan la modificación del articulado del RD 290/2004 para promocionar la

En segundo lugar, la “propia actividad” de las administraciones públicas la deben realizar los funcionarios, y al margen de la dificultad de delimitar el ciclo productivo de una administración pública⁹²³, el trabajo nuclear de la administración pública no puede ser desarrollado por trabajadores no funcionarios.

El tercer y último motivo que justificaría que la administración pública no pueda contratar enclaves, es por no poder atender a dos de las más importantes finalidades que se marcan el preámbulo de la norma reguladora. No puede constituirlos como medida alternativa puesto que para la administración pública no es aplicable el RD 27/2000 de medidas alternativas⁹²⁴, y la transición hacia el empleo público tampoco es posible, puesto que la administración pública, tiene la obligación de que sus candidatos pasen una pruebas objetivas y/o estén inscritos en sus bolsas de empleo.

De forma distinta, las empresas públicas que son sociedades mercantiles, aunque constituidas con capital público, si podrán constituir enclaves por ser empresas ordinarias, con gestión ordinaria, pues aunque su capital sea público, tienen un carácter civil y no administrativo⁹²⁵. Además, tanto el art. 38.1 de la LISMI, como el Real Decreto 1451/1983⁹²⁶ que regula las medidas de fomento de empleo de personas con discapacidad en su art. 4, determinan que la cuota de reserva es aplicable tanto a empresas públicas como privadas y el RD 27/2000 de medidas alternativas en su art. 1⁹²⁷ establece que ambos tipos de empresas, públicas y privadas, podrán acogerse a la sustitución de la contratación directa por las medias alternativas, por lo que las empresas públicas están habilitadas para sustituir de forma alternativa la cuota de reserva y podrán contratar enclaves.

apertura de los enclaves a las administraciones públicas, para no limitar el ámbito de aplicación de estos, en *Los enclaves laborales*. Equalbur... *op cit.* Pág. 48 a 50.

⁹²³ Respecto de la complejidad de la determinación NORES TORRES, L.E. *El trabajo en contratas...* *op cit.* Pág. 103.

⁹²⁴ Es de destacar que las medidas alternativas de contratación de personas con discapacidad no son aplicables a las empresas públicas, art. 1. RD 27/2000.

⁹²⁵ ESTEBAN LEGARRETA y FUSTÉ MIQUELA, en el mismo sentido, entienden que “dentro del concepto de empresa podríamos incluir a las empresas públicas ya que el término «empresa» es *omnicomprensivo de unas y de otras*” en “Los enclaves laborales de centros especiales de empleo en empresas ordinarias (Una aproximación crítica tras un período de experimentación)”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. Núm. 4. 2007.

⁹²⁶ De 11 de mayo de 19983, BOE núm. 133 de 4 de junio, que regula el empleo selectivo y las medidas de fomento de empleo.

⁹²⁷ “Las empresas públicas y privadas que vengan obligadas a contratar trabajadores discapacitados en los términos previstos en el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de Integración Social de Minusválidos, podrán excepcionalmente quedar exentas de esta obligación”.

No deberían darse enclaves en empresas sin trabajadores puesto que el enclave es un grupo distinto, el de los trabajadores con discapacidad, inserto dentro de otro grupo, por lo que si la colaboradora no tuviese ningún empleado, para el desarrollo del enclave los trabajadores del CEE se desplazarían a otro lugar de trabajo pero no dentro de un ciclo productivo ordinario.

4.2.- Características del contrato.

Además de las características que se desglosarán, y las condiciones mínimas establecidas en el RD 290/2004 sobre el objeto de la contrata, la duración y el lugar de ejecución. En base a la libertad de pactos establecida en el art. 1255 CC y para una determinación más clara de responsabilidades, se pueden hacer constar en el contrato cláusulas subsidiarias no determinadas por el RD regulador, que lo doten de una mayor seguridad jurídica.

También es conveniente hacer consignar en el contrato de enclave, de forma didáctica, algunas obligaciones legales protocolizando, por ejemplo, las relaciones que podrán tener, o no, los trabajadores con discapacidad con la empresa colaboradora, dejando patente que el poder directivo de los trabajadores del enclave siempre corresponde al CEE. En el texto del contrato se pueden describir también los procedimientos de interrelación entre la empresa colaboradora y el CEE, la determinación de obligaciones administrativas de cada parte, quien debe impartir la formación de los procesos y el funcionamiento de las máquinas a los trabajadores del enclave y, por supuesto, la identificación de las posibles causas de extinción y los efectos de la resolución anticipada del contrato.

4.2.1.- Forma.

El contrato es constitutivo⁹²⁸, debe realizarse por escrito y una vez formalizado es necesario registrarlo, el enclave laboral se constituye cuando las partes, CEE y empresa colaboradora formalizan el contrato que une sus intereses.

⁹²⁸ Sobre el carácter constitutivo del mismo véase en este Capítulo el punto 4.3.- Naturaleza jurídica del contrato.

4.2.2.- Identificación de las partes.

Es una obligación general de los contratos la concreción de los sujetos, el art. 5 del RD 290/2004, fija un contenido mínimo en el contrato de enclave, debiendo constar en el mismo:

a) Identificación de ambas partes, haciendo constar la denominación social, domicilio, número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social. b) Determinación precisa de la obra o servicio objeto del contrato y de la actividad en la que, dentro de la organización general de la empresa colaboradora, vayan a ser ocupados los trabajadores destinados al enclave, c) datos identificativos del centro de trabajo donde se va a realizar la obra o prestar el servicio, d) Duración prevista para el enclave, e) Número de trabajadores con discapacidad que se ocuparán en el enclave. f) Precio convenido.

Todos los datos que solicita dicho artículo son obligatorios para el tráfico fiscal habitual y coincide esencialmente con el contenido mínimo, que establece el art. 42.4⁹²⁹ del ET, que obliga informar a los representantes de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas

En el caso de los enclaves se exige que también que se haga constar de forma adicional el CCC, por dos motivos: para que la autoridad laboral al realizar el control de legalidad de los contratos identifique, según los parámetros de seguridad social, a ambas entidades y porque en base a una esperada transición ya se tenga desde el inicio el número de CCC del centro de origen y el de la empresa colaboradora, quien se espera sea la futura receptora de los trabajadores que transiten.

4.2.3.- Objeto del contrato.

Los enclaves laborales, tienen como objeto del contrato la “*realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal*” (Art. 1.2) de la empresa

⁹²⁹“...cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a los representantes legales de sus trabajadores sobre los siguientes extremos:

a) Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista.

b) Objeto y duración de la contrata.

c) Lugar de ejecución de la contrata.

d) En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal.

e) Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.”

colaboradora. Este concepto genérico, se asimilaría al más conocido concepto laboralista de “*propia actividad*”⁹³⁰, dispuesto en el art. 42.1 del ET y que ha suscitado dificultades interpretativas⁹³¹. Clarifica un poco el concepto de “*actividad normal de la empresa*” citado en los arts. 2 y 5 del RD 290/2004 cuando el mismo RD en el art. 2.b) establece que los trabajadores del CEE completarán su experiencia profesional en el enclave mediante “*el desarrollo de los trabajos, tareas y funciones que se realicen en tal empresa*”⁹³² y que desarrollarán su actividad “*dentro de la organización general de la empresa colaboradora*”

Además de la actividad normal de la empresa, los enclaves podrían desarrollar actividades accesorias o auxiliares, en virtud del aforismo “*quien puede lo más puede lo menos*”, puesto que si los CEE están autorizados por medio del RD 290/2004 a realizar la actividad propia del empresario, con su maquinaria y en sus instalaciones, también podrán realizar otras actividades accesorias o auxiliares que no guarden relación con la actividad normal de la empresa⁹³³.

En el contrato de enclave se debe determinar de forma “*precisa*” la obra o servicio objeto del contrato y la actividad en la que, dentro de la organización general de la empresa, vayan a ser ocupados los trabajadores del CEE que trabajarán en el enclave, según establece el art. 5.1.b) del RD 290/2004.

El RD distingue entre la obra o servicio genéricos y la actividad que desarrollen, por lo se pretende una determinación muy clara de las actividades de los trabajadores que presten servicios en el enclave y no una descripción genérica de tipos de trabajo o funciones a realizar dentro de la empresa colaboradora. Los trabajadores del enclave pueden realizar cualquier tarea dentro de la empresa principal⁹³⁴ por lo que pueden prestar

⁹³⁰ En el mismo sentido, ESTEBAN LEGARRETA y FUSTÉ MIQUELA, entienden que el contrato de enclave es “*un supuesto específico de las contrataciones correspondientes a la propia actividad*” en “Los enclaves laborales de centros especiales de empleo en empresas ordinarias”. En AA.VV. (Dir. ESTEBAN LEGARRETA, R., PÉREZ AMORÓS, F.), *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009. Pág. 351.

⁹³¹ Respecto al concepto de propia actividad y sus diferentes interpretaciones y propuestas doctrinales es muy interesante el estudio de TORRES, L.E. *El trabajo en contrataciones...* *op cit.* Págs. 81 a 122.

⁹³² SÁNCHEZ CERVERA, J.M. “Los enclaves laborales”. Siglo Cero... *op. cit.* entiende que a diferencia de las contrataciones reguladas en el art. 42, el enclave tiene como objetivo permitir que los trabajadores con discapacidad desarrollen su actividad en una empresa ordinaria.

⁹³³ En el mismo sentido, GARRIDO PÉREZ, E. “Los enclaves laborales: ¿una nueva modalidad ...” *op. cit.* Pág. 6, y LLOMPART BENNÀSAR, M. “Régimen jurídico de los enclaves laborales”... *op. cit.* Pág. 4.

⁹³⁴ En este sentido, SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, y SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, estiman que si bien el art. 5.1 establece el contenido mínimo que debe figurar en el contrato, la falta de

los mismos servicios que los realizados por los de la empresa colaboradora, siempre que se determinen con anticipación y por escrito, en el contrato.

La no determinación de la obra o servicio en el contrato de enclave, o la realización de otras tareas no definidas en el mismo puede ser un indicio de cesión ilegal de trabajadores, al igual que cuando un trabajador de una ETT realiza labores distintas de las que motivaron su contrato.

4.2.4.- Número de trabajadores.

Obliga el art. 5.1 en su apartado f), a hacer constar el número de trabajadores con discapacidad que se ocuparán en el enclave, por lo que habrá que dilucidar si una vez formalizado el enclave con un número determinado de trabajadores con discapacidad se puede aumentar o no dicho número.

La obligación de concretar el número de trabajadores en el contrato, no exige que este se mantenga fijo, pues si la obra o servicio objeto del contrato y la actividad que se ha determinado, tiene una necesidad creciente de personal, no existe ningún impedimento en la norma que lo prohíba. Aunque es conveniente la comunicación y registro de las variaciones del contrato en cuanto al número de empleados en el enclave, al igual que se debe hacer en caso de variaciones de la duración del contrato, puesto que afectan a una parte sustancial de lo pactado y de esa forma se mantiene informada a la administración.

No sería necesaria la comunicación si la modificación del número de trabajadores estuviese prevista, de una forma clara y objetiva, en el contrato de enclave, puesto que la administración por medio del clausulado inicial del contrato tendría el control de dichos cambios de plantilla, sin necesidad de comunicaciones posteriores.

El RD 290/2004 establece en su art. 8.4 que una vez constituido, el CEE, sólo podrá sustituir a los trabajadores destinados al enclave cuando exista causa justificada. Por lo que sabemos que no se pueden sustituir trabajadores del enclave por otros trabajadores del CEE, tal como se podría hacer si en lugar de un enclave fuese una contrata de servicios, pero nada indica a aumentar el número de estos.

concreción de alguno de los requisitos de las letras a) a la f) podría ser subsanado, pero la no determinación de la letra b), pues la falta de concreción de la obra o servicio objeto del contrato determinaría que el contrato de enclave no estaría válidamente constituido puesto que *“la obra o servicio constituye el requisito realmente identificativo del contrato que permite diferenciarlo de otras figuras afines”* en *Los enclaves laborales*. Equalbur... *op cit.* Pág. 70.

En el mismo artículo 8.5 se indica que una vez finalizado el contrato entre las dos empresas, colaboradora y CEE todos los trabajadores con discapacidad que hubieran prestado servicios en el enclave laboral seguirán manteniendo su relación laboral con el CEE, salvo aquellos que hubieran sido contratados para trabajar en el enclave bajo la modalidad de obra o servicio determinado. Esta afirmación, se realiza únicamente con la finalidad de reforzar lo establecido en el art. 6.4 respecto de que, al menos, el 75 por cien de los trabajadores deberá tener una antigüedad mínima de 3 meses en el CEE.

El RD 290/2004, impone límites mínimos de trabajadores en los enclaves, distinguiendo dos situaciones mínimas en función del número de trabajadores que tenga la empresa colaboradora que los vaya a acoger en sus instalaciones. El art. 5.3 fija el mínimo de 5 trabajadores con discapacidad que formen el enclave para los contratos que se desarrollen en empresas de 50 o más trabajadores y otro mínimo de 3 trabajadores con discapacidad para aquellas de menos de 50 trabajadores⁹³⁵. Es importante destacar que no existe un límite legal máximo de trabajadores que formen un enclave⁹³⁶.

4.2.5.- Lugar de prestación de servicios.

El art. 5.d) establece que se deben hacer constar los “*datos identificativos del centro de trabajo donde se va a realizar la obra o prestar el servicio*”, por lo que en el caso que la empresa tenga varios centros de trabajo en el contrato se deberá determinar en cuál de ellos se realizará la obra o servicio del enclave.

El ET en su art. 1.5, determina como concepto de centro de trabajo a una “*unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral*”,⁹³⁷ por lo que habrá centros de trabajo fijos, intermitentes e itinerantes. De forma

⁹³⁵ ESTEBAN LEGARRETA R. y FUSTÉ MIQUELA J.M., en “Los enclaves laborales ...” *op. cit.* Pág. 372, opinan que debería existir un mismo número mínimo común de trabajadores incluidos en el enclave, no entendiendo la diferenciación realizada por el legislador. La diferenciación que realizó el legislador estaría justificada en la diferente carga de trabajo que puede tener una empresa de más de 50 trabajadores y una de 20 trabajadores, en la primera es más fácil emplear a 5 trabajadores de un enclave que en la segunda, por el aumento porcentual de plantilla, sabiendo que los trabajadores del enclave no son plantilla, pero teniendo presente que realizarán labores del ciclo productivo de la empresa, dentro de sus instalaciones.

⁹³⁶ El RD 290/2004 “*no exige identificar a cada uno de los componentes del grupo*” también lo afirma LLANO SÁNCHEZ, M. “El enclave laboral”...*op. cit.*

⁹³⁷ Definición que a juicio de MONTOYA MELGAR resulta obsoleta “*pues alude a un acto formal de «alta» del centro de trabajo que sí, ciertamente exigía, bajo la figura de autorización administrativa, el art. 187.1 de la derogada (salvo en ciertos preceptos) Ley General de la Seguridad Social de 1974, desapareció por obra del RD-ley 1/1986, de 14 marzo, que sustituyó tal trámite por la simple comunicación a la Administración laboral*” en: “Comentario al artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores. Ámbito de aplicación”. SEMPERE NAVARRO, A. V., MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., RIOS SALMERÓN, B., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Aranzadi. Pamplona. 2007.

distinta definido de una forma más genérica y física a la vez, el art. 2.a) RD 171/2004⁹³⁸, de 30 enero (que desarrolla el art. 24 LPRL en materia de coordinación de actividades empresariales) se refiere al concepto de centro de trabajo como “*cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo*”.

Es evidente que el concepto de centro de trabajo es diferente a efectos de transmisión de empresa (donde se realiza la autonomía finalista o de resultado productivo) del concepto de aplicación en las normas de prevención de riesgos (en la que se destaca, por su propia lógica interna, la condición del centro de trabajo como lugar de trabajo personal)⁹³⁹

Si el RD 290/2004 obliga establecer la ubicación del centro de trabajo y también la actividad que se va a prestar, explicitando que los trabajadores del CEE se desplazarán al centro de trabajo de la empresa colaboradora, a realizar tareas determinadas, con ello no se quería referir al sentido genérico de centro de trabajo como unidad productiva, sino a un sentido más material y concreto⁹⁴⁰. Entendiendo por tal, una ubicación que se deberá determinar dentro del interior del recinto de la empresa colaboradora, en consonancia con la interpretación topográfica de la propia actividad⁹⁴¹.

Para un mismo empresario colaborador con trabajadores desplazados desde un CEE, a más de un centro de trabajo, aunque fuese para la misma actividad, se deberá contratar más de un enclave⁹⁴². Le serán de aplicación, para cada contrato, los mínimos de trabajadores de enclaves, 5 en empresas de más de cincuenta trabajadores y 3 en empresas de menos de 50 trabajadores, atendiendo al cómputo total de trabajadores de la empresa y no por centro.

⁹³⁸ Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales. BOE núm. 27 de 31 de enero de 2004.

⁹³⁹ MONEREO PÉREZ, J. y MOLINA NAVARRETE, C. “Art. 24. Coordinación de actividades empresariales.” en AA.VV. MONEREO PÉREZ, J., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N. (Dir.) *Comentario a la ley de prevención de riesgos laborales y sus desarrollos reglamentarios*. Granada. 2004. Comares. pág. 233.

⁹⁴⁰ En el mismo sentido LLOMPART BENNÀSAR, M. “Régimen jurídico de los enclaves laborales”... *op. cit.* Pág. 4.

⁹⁴¹ NORES TORRES, L.E. *El trabajo en contratas...* *op. cit.* Págs. 90 y ss.

⁹⁴² En el mismo sentido ESTEBAN LEGARRETA R y FUSTÉ MIQUELA J.P. en “Los enclaves laborales ...” *op. cit.* Pág. 367, los autores indican que cabe constituir diversos enclaves en un centro de trabajo, en diversas actividades o secciones.

Cuando el art. 5.1.c) del RD regulador establece, que se deben hacer constar los datos identificativos del centro de trabajo, no sólo pretende determinar de forma precisa el lugar de la prestación del servicio, sino también favorecer la verificación del cumplimiento de los requisitos por parte de Inspección de Trabajo. Se puede modificar el lugar de trabajo⁹⁴³ cuando las circunstancias lo aconsejen, pero dicha modificación, al referirse a uno de los elementos más importantes del contrato debe entenderse como novación contractual, y no simplemente la modificación de un aspecto accesorio, por lo que tendría que ser comunicada a la autoridad laboral cumpliendo los mismos plazos aplicables en el inicio del enclave.

No es obligatorio determinar el lugar exacto dentro del centro de trabajo en el que se prestarán los servicios. Los trabajadores del CEE, dentro del centro de trabajo de la colaboradora, podrán ocupar sus puestos en distintas zonas de la empresa, pues no existe obligación legal que determine que todos aquellos que han sido desplazados por el CEE estén juntos dentro de un espacio físico. El RD únicamente obliga a que en el contrato se realice una “*determinación precisa de la obra o servicio.... en la que vaya a ser ocupados los trabajadores destinados al enclave*”, y que las ordenes sean impartidas por el encargado del enclave, por ese motivo aunque los trabajadores del CEE pueden trabajar de forma separada, su obra estará determinada en el contrato.

4.2.6.- Duración del contrato.

El RD 290/2004, establece en el art. 5.1.d) que en el contrato se debe hacer constar la “*duración prevista del enclave*”, y en el apartado 2 del mismo artículo estipula que la duración mínima será de tres meses y la máxima de tres años, especificando situaciones en las que se produce la prórroga tanto de la duración mínima como de la máxima.

Las empresas tras identificar la obra o servicio, deberán concretar en el contrato la duración aproximada de dicha prestación. Existe en la conexión de estas dos obligaciones una contradicción, pues se deben contratar tareas que tengan relación directa con la empresa que podrían estar realizándose durante la duración indefinida de la empresa colaboradora, y al mismo tiempo se tiene que establecer en el contrato la temporalidad del enclave. De esta forma, las partes, deberán determinar una duración aproximada de prestación de servicios para las actividades contratadas.

⁹⁴³ Ídem anterior pág. 367.

4.2.6.1.- Duración mínima.

La duración mínima legal son tres meses, y una vez superado el periodo mínimo legal se podrá prorrogar el contrato por periodos no inferiores a tres meses hasta alcanzar la duración de tres años.

Aunque el legislador haya previsto una subsistencia obligatoria del contrato durante, al menos, tres meses, las partes para que dicha obligación tenga una cierta virtualidad, deberían regular alguna cláusula penal que prevea las consecuencias de un desistimiento anterior por cualquiera de ambas. Si no lo hacen, aun existiendo una obligación legal de indemnización por resolución anticipada, en base a los arts. 1544 y 1594 del CC, sería complicado determinar el daño causado y por lo tanto la finalización del contrato antes de tiempo no tendría consecuencias para el incumplidor.

Por otro lado, además de contemplar una voluntad rupturista sin causa, hay que tener en cuenta que en el caso de que la empresa colaboradora haya contratado un servicio determinado o una obra que no se esté realizando en las condiciones estipuladas o en los tiempos establecidos por los trabajadores del enclave, podría rescindir el contrato en virtud de dicha causa, al amparo del art. 1124 del CC, cuyo rango legal es superior al del RD que regula los enclaves.

El legislador se excedió al fijar un periodo mínimo, debió fijar en su lugar un periodo de prueba. En primer lugar porque hay que partir de la base de que la parte más importante del enclave son las personas que lo forman y que el empresario colaborador al contratar el enclave está contratado los servicios de unos trabajadores con discapacidad por medio de un CEE. En segundo lugar porque la inclusión de un periodo de prueba hace que el contrato sea más atractivo para las posibles empresa colaboradoras pues minimiza los riesgos, y beneficia la entrada en las empresas de los trabajadores con discapacidad.

La mayoría de los trabajadores no serán perjudicados por dicho periodo de prueba puesto que un 75 por cien de los mismos deberá tener una antigüedad mínima de 3 meses en el CEE, por lo que ya habrán superado el suyo y sólo un 25 por cien estará expuesto a una extinción de contrato en periodo de prueba, en caso de que el conjunto de trabajadores no den el resultado esperado.

4.2.6.2.- Duración máxima.

Una vez superado el periodo mínimo, el enclave se podrá prorrogar por periodos no inferiores a tres meses hasta alcanzar una primera duración de tres años. Una vez transcurrido dicho trienio, el enclave sólo podrá prorrogarse hasta un tope máximo de tres años más, hasta completar un total de seis años. Las prórrogas por encima del primer periodo únicamente se producirán si el CEE acredita, que trabajadores del enclave con “*especiales dificultades para acceder al mercado ordinario de trabajo*” han transitado al mercado ordinario de trabajo con un contrato indefinido.

La norma exige que la transición de empleo protegido al ordinario sea de trabajadores que han prestado servicios en el enclave laboral, pretendiendo que este actúe como un escalón más entre los CEE y las empresas. Con ello los trabajadores que prestan servicios en los enclaves están más cercanos a la transición al empleo ordinario. Lo curioso del asunto es que si bien se fija la obligación de que sean trabajadores del enclave los que transiten al empleo ordinario para poder prorrogar la duración del enclave por encima de los tres años, no existe obligación de que esa transición sea a la empresa colaboradora, sino que el CEE “*acreditará que la empresa colaboradora u otra empresa del mercado ordinario de trabajo hubieran contratado con carácter indefinido a trabajadores con discapacidad del enclave*”⁹⁴⁴.

El RD 290/2004 sólo crea una obligación para el CEE, que deberá conseguir la transición de trabajadores hacia el mercado ordinario para poder continuar con dicho enclave. De esta forma la norma minimiza las retenciones de las empresas colaboradoras de tener que asumir personal y también las que tienen los centros de perder, por estas transiciones, a sus mejores empleados⁹⁴⁵, puesto que el prescindir de dicho personal formado, y por lo tanto altamente productivo, es necesario para la continuidad de demás puestos de trabajo.

La obligatoria transición debería eliminar duración máxima de los enclaves, puesto que si son concebidos como un escalón intermedio, no deberían “caducar” a los seis años, pues favorecen la transición de trabajadores al mercado ordinario cada tres años, (hay que recordar que no es obligatoria la transición en ningún otro contrato del CEE) y si esta obligación trienal no tiene los frutos esperados, entonces si debería

⁹⁴⁴ Art. 5.2 segundo párrafo.

⁹⁴⁵ En este sentido, sobre la retención, ESTEBAN LEGARRETA. R. y FUSTÉ MIQUELA J.M., “Los enclaves laborales ...” *op. cit.* Pág. 361.

entenderse que no se debe renovar el enclave, si se cumple el objetivo de integrar a trabajadores con discapacidad en el medio ordinario se cumpliría el objetivo de la norma⁹⁴⁶ y por lo tanto no debería limitarse la vida de un instrumento de integración.

Además es necesario recordar que los enclaves fomentan la integración laboral de personas con discapacidades severas en entornos ordinarios, frente a las comunes subcontrataciones de CEE que emplean únicamente personas con discapacidades leves sin límites de tiempo, por ello no deberían tener duración máxima sino una condición resolutoria que sería el no cumplir con las transiciones obligatorias que se establezcan.

Para que se pueda producir la superación de los tres años de duración del enclave, el RD 290/2004 establece dos escalas distintas en función del número de trabajadores que ocupan los enclaves. Así, aquellos que ocupen hasta 20 trabajadores, debe transitar al menos 1 trabajador y en los enclaves que ocupen a más de 20 trabajadores, deberán transitar al menos 2 trabajadores. Si los enclaves fomentan la transición, no sólo la ocupación de personas con discapacidad, los tramos deberían ampliarse o simplemente hacerse proporcionales al número de trabajadores ocupados en él, pues se establece la misma obligación para una enclave que ocupe 21 trabajadores que para aquel que ocupe 100 trabajadores, no siendo lógicas dichas proporciones.

La Ley 37/2010⁹⁴⁷, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que nació enmarcada dentro de una “*una intensa destrucción de empleo y el consecuente aumento del desempleo*”⁹⁴⁸, estableció en su Disposición Transitoria undécima, una ampliación temporal de la duración máxima de los enclaves, disponiendo que la duración máxima de seis años, como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad, podrá ampliarse de manera excepcional hasta el 31 de diciembre de 2012, esto es vinculó la estabilidad laboral de los trabajadores de los enclaves con la ampliación de la duración máxima, permitiendo que aquellos enclaves que ya estuviesen cerca del agotamiento de su duración máxima pudiesen posponer su fecha de extinción hasta el final del año 2012, sin exigir para ello el cumplimiento de obligaciones adicionales ni tampoco causalidad alguna para la ampliación del plazo.

⁹⁴⁶ En el mismo sentido SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M., SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, J. M. *Los enclaves laborales. ... op cit.* Pág. 67.

⁹⁴⁷ BOE núm. 227, de 18 de septiembre de 2010.

⁹⁴⁸ Primer párrafo del preámbulo de la Ley 37/2010.

Esta ampliación de la duración de los enclaves, que a mi juicio era completamente lógica sobre todo en una etapa de destrucción de empleo como en la que se ha establecido, se realizó a instancias de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con discapacidad de 2008⁹⁴⁹, que en su punto 5 destaca la necesidad de “*revisar el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad, para hacerlo más operativo para el cumplimiento de los fines de éstos*”. El gobierno entendió que no hay medida que fomente más el empleo que la continuidad del mismo, sea en una empresa ordinaria, en un CEE o en un enclave, intentando mantener con ello los puestos de trabajo creados y en funcionamiento.

Respecto a la duración máxima sólo queda resaltar que el art. 5.3 del RD 290/2004 impide la prórroga del enclave más allá de 6 años de un CEE con la empresa colaboradora para una actividad determinada, pero parte de la doctrina estima que no impide “*la posibilidad de que sea otro centro especial de empleo el que alternativamente pueda formalizar un nuevo contrato de enclave sometido al régimen del RD 290/2004*”⁹⁵⁰.

Discrepo de dicha opinión doctrinal puesto que la redacción de dicho artículo en su último párrafo afirma que “*No podrá prorrogarse el enclave ni iniciarse uno nuevo para la misma actividad si se hubiera llegado a la duración máxima total de seis años*”. Identifica el enclave como un lugar donde se realiza una actividad determinada, y la realización de la misma actividad en el mismo lugar, sería una continuación del enclave anterior. Además, lo bien cierto es que si pudiese otro CEE iniciar de nuevo el mismo enclave, o bien debería asumir a todos los trabajadores, o bien los únicos perjudicados serían estos.

Aunque es una buena idea, que habría que trasladar al resto del empleo protegido, no hay motivaciones serias para exigir la transición de trabajadores al empleo ordinario sólo para los enclaves, puesto que no se exige transición alguna a los centros que prestan servicios de limpieza o cualquier tipo de outsourcing productivo y no existe limitación de la duración de esos contratos. Carece de coherencia legislativa, que se imponga un plazo de caducidad a un tipo de empleo enfocado precisamente a las personas con especiales

⁹⁴⁹ Documento fotocopiado. http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO20699/estrategia_empleo.pdf. Consultado el 31 de mayo de 2011.

⁹⁵⁰ SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M., SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, J. M. *Los enclaves laborales. ... op cit.* Pág. 68.

dificultades de acceso al empleo ordinario, y que para el resto del empleo protegido, ni se fomente la transición de sus trabajadores, ni se limite el tiempo de sus contrataciones.

4.2.7.- Contraprestación.

La única mención a la valoración de los servicios prestados viene dada en este RD en la obligación del art. 5.1.f) de hacer constar el “precio convenido”. El importe se puede establecer por trabajo general o por pieza realizada o por cualquier otro medible.

El precio es uno de las obligaciones de los contratos, ya que una de las partes se obliga a prestar servicios y la otra a retribuirlos, por lo que un contrato como el del enclave sin contraprestación, resultaría nulo.

Si entendemos que el enclave es un contrato cuyo objeto es una obligación de hacer y esta se realiza al ejecutar una obra o servicios determinado, no puede “*consistir en el mero suministro de mano de obra*⁹⁵¹” por lo que la aplicación de un precio por hora de trabajo o por jornada de trabajador acercaría dicha situación a la cesión de trabajadores. Es de destacar que no está específicamente prohibida dicha forma de fijar el precio en el RD 290/2004, por lo que en un principio, no podría entenderse cesión sólo por fijar el precio del enclave en relación al tiempo trabajado por los integrantes del mismo, aunque este hecho apreciado junto con algunas otras prácticas irregulares, o simplemente dudosas, podría dar lugar a que se entendiese que existe cesión ilegal, con sus consecuencias legales.

4.2.8.- Registro de los contratos.

4.2.8.1.- Obligados.

Establece el art. 7 del RD 290/2004, que la empresa colaboradora, como empresa principal, tiene obligación de informar al servicio público de empleo o al órgano competente, el objeto y contenido del contrato enclave, así como su duración y posteriores prórrogas.

Para notificar a la autoridad, el RD otorga a la empresa colaboradora, el plazo de un mes desde la fecha de la firma, subsidiariamente a esta, y para el caso de que el principal incumpla dicha obligación, el obligado secundario será el CEE,. Debe entenderse que una vez transcurrido el mes de plazo en el que la colaboradora debió

⁹⁵¹ SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M., SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, J. M. *Los enclaves laborales. ... op cit.* Pág. 87.

notificar la firma del contrato, o de sus prórrogas, no habiéndolo hecho, el CEE tiene el mismo plazo de un mes, para notificar al órgano competente⁹⁵².

4.2.8.2.- Órgano competente.

El órgano competente ante el que se deben presentar los contratos de enclaves laborales, será el “*servicio público de empleo u órgano competente en materia de registro de los centros especiales de empleo*”. Hay que recordar que debido al modelo descentralizado de administración pública, en España se han ido traspasando competencias referidas a todas las materias y también al empleo desde la Administración Central hacia las CCAA. Por lo que cada una de las Autonomías tiene un registro de CEE independiente de las demás.

El art. 7.2 establece que “*a los efectos previstos en este Real Decreto, se considerará órgano competente el del lugar en que se encuentre el centro de trabajo donde se vaya a ubicar el enclave, con independencia de la Comunidad Autónoma donde esté registrado el centro especial de empleo*”. Dicha afirmación establecida en la norma, es cuanto menos chocante, por varios motivos: en primer lugar porque no hay cabida en un registro de CEE de una comunidad autónoma determinada, para la inscripción de un enclave de un centro que no pertenece a dicha comunidad, entre otros motivos la comunidad “acogedora” no tendrá efectivo conocimiento de si dicho centro cumple o no cumple con todos los requisitos de inscripción y registro en la comunidad a la que pertenece y tampoco tendrá potestad para averiguar si está al corriente de pagos o requerirle información adicional por encontrarse fuera de su territorio. La legislación autonómica, de forma lógica va “concretando” este punto de la legislación nacional, determinando que podrán crear enclaves en sus comunidades aquellos centros que en ellas estén inscritos⁹⁵³.

⁹⁵² Se entiende que se concede el plazo de un mes a partir del mes concedido a la empresa colaboradora, porque la redacción del artículo concede un mes de plazo al obligado principal, no determinando que plazo tiene quien ostenta la obligación subsidiaria. Lógicamente, el CEE, al menos debería tener el mismo plazo que el principal para cumplimentar dicha obligación. LEGARRETA R y FUSTÉ MIQUELA J. P. en “Los enclaves laborales...” *op. cit.* Pág. 368.

⁹⁵³ La Orden de 14 de marzo de 2007, de la Consejería de Trabajo y Empleo de la Comunidad de Castilla-La Mancha, sobre enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad publicada (DOCM núm. 61 de 21 de marzo de 2007) regula la actividad y las subvenciones de los enclaves laborales en dicha comunidad y transcribe casi íntegramente el RD 290/2004, excepto en lo dispuesto en el art. 3º donde modifica el texto estatal por el siguiente: “*Podrán realizar enclaves los centros especiales de empleo, calificados e inscritos en el registro regional de Centros Especiales de Empleo de Castilla –La Mancha.....*”.

Además, tener un CEE en una comunidad autónoma y los trabajadores en otra sería un absurdo económico, pues gran parte de los ingresos de los centros vienen determinados por las subvenciones y estas siempre hacen constar que las subvenciones se ofrecen a los centros inscritos en su registro⁹⁵⁴, y que los trabajadores además de haber tenido que estar inscritos en el servicio de empleo propio de la comunidad autónoma que subvencionará su contratación, deberán prestar servicios dentro de la misma comunidad.

4.2.9.- Informe de la Autoridad Laboral.

Si bien el art. 7.1 en su segundo párrafo regula que el órgano competente al que se notificarán los contratos de enclave y sus prórrogas, podrá solicitar informe de control a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, según el literal de la misma, no es obligatoria la remisión de todos los contratos de enclave, sino sólo de aquellos en que el órgano competente lo estime necesario.

El informe de la autoridad laboral se realizará posteriormente al inicio de las actividades, ya que el art. 5.5 del RD establece que el enclave laboral podrá comenzar su actividad desde la fecha de celebración del contrato.

Si el enclave empieza el día de la firma del contrato, las partes tienen un plazo máximo de dos meses para presentar el contrato ante el órgano competente (un mes para la empresa colaboradora y un mes para el CEE) y tras el registro, el órgano competente, remitirá o no, para su estudio, el contrato a Inspección de Trabajo. Por ello en el caso que el contrato tenga errores, omisiones o contradicciones con lo establecido en el RD, habrá surtido efectos, excepto cuestiones de nulidad radical, y se habrá constituido el enclave, al menos hasta la fecha en la que Inspección de Trabajo tras la emisión del informe, solicite la paralización o modificación de lo dispuesto en el contrato.

Por lo que hay que concluir que ni el informe de inspección es preceptivo para todos los contratos de enclave, ni es previo a la constitución del mismo.

4.3.- Naturaleza jurídica del contrato.

El contrato de enclave laboral es constitutivo, puesto que el documento firmado es necesario para que se tenga como conformado, la inexistencia del contrato provocará que no nos encontremos ante la fórmula que se regula en el RD 290/2004 sino, ante una

⁹⁵⁴ Véase como ejemplo, la orden de ayudas Comunidad Valenciana 2010 y siguientes, establecen que las ayudas serán para “*los titulares de los Centros Especiales de Empleo cuya actividad se realice en la Comunidad Valenciana*”.

prestación de servicios por parte de un CEE a una empresa ordinaria, aun cuando se cumpliera el resto de requisitos legales para ser un enclave.

4.3.1.- Enclave como contrata de obras o servicios.

“Se entiende por enclave laboral el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios...” (art. 1.2 RD 290/2004). El elemento objetivo del contrato es la realización del servicio o la entrega de la obra, así, en función de lo establecido en el Código Civil, el CEE como contratista, no tiene únicamente que prestar el servicio o realizar una obra, sino que debe garantizar el resultado. Los trabajadores del CEE, deben hacer de forma correcta su trabajo, prestando un servicio según lo estipulado en las condiciones del contrato o bien realizando la obra contratada, en virtud del art. 1544 CC.

El enclave participa de la naturaleza de la contrata de obras y servicios, puesto que “La contrata o subcontrata es una relación o negocio jurídico en virtud del que una persona denominada empresario principal, encarga a otra, contratista o subcontratista, que le realice una obra o servicio determinado a cambio de un precio”⁹⁵⁵, siendo estas actividades legalmente reguladas en desarrollo del principio constitucional de libertad de empresa⁹⁵⁶.

Podemos encontrar contratas que no se desarrollan en el centro de trabajo de la empresa contratista, las que se desarrollan en el centro de trabajo de la principal mediante tareas no pertenecientes a la actividad propia de la empresa y por último las que desarrollándose en las instalaciones de la empresa principal realizan actividades pertenecientes a la propia actividad de la empresa principal, amparadas por el art. 42 del ET. Los enclaves se encuentran encuadrados dentro de estas últimas⁹⁵⁷, más adelante determinaré el porqué.

La jurisprudencia determina⁹⁵⁸, que en la auténtica contrata la empresa principal ejerce una actividad empresarial propia y cuenta con patrimonio, instrumentos,

⁹⁵⁵SALCEDO BELTRAN, M.C., *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*. Bomarzo. Albacete. 2005. Pág. 53.

⁹⁵⁶ STS de 27 de octubre de 1994 Rec. Núm. 3724/1994 y STS de 17 de diciembre de 2001 RCU 244/2001.

⁹⁵⁷ ESTEBAN LEGARRETA y FUSTÉ MIQUELA, entienden que el contrato de enclave es “un supuesto específico de las contratas correspondientes a la propia actividad” en “Los enclaves laborales de centros especiales de empleo ...” *op. cit.* Pág. 351.

⁹⁵⁸ STS de 17 de enero de 1991 Rec. Infr. Ley Núm. 2858/1989.

maquinaria y organización estables, aportando su ejecución, su propia dirección y gestión, con asunción de riesgos y manteniendo a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección, conservando además con respecto a los mismos los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que son inherentes a la condición de empresario. Todas estas características son aplicables a la figura de los enclaves laborales.

4.3.2.- Aproximación al término “actividad normal de la empresa”.

El art. 1.2 determina que las obras o servicios que se realizarán lo serán para “*la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquélla*” (se entiende por aquella, la empresa colaboradora). Posteriormente, el mismo RD 290/2004 en su art. 2, establece que los trabajadores del CEE completarán su formación en el enclave mediante “*el desarrollo de los trabajos, tareas y funciones que se realicen en tal empresa*”⁹⁵⁹

Como ya se ha dicho, el concepto “*actividad normal*” dispuesto en el RD de enclaves es similar al de “*propia actividad*” establecido tanto en el art. 42.1 del ET así como en el 24.3 de la Ley 31/1995, de 8 noviembre 1995⁹⁶⁰, de Prevención de Riesgos Laborales (LPLR).

Tanto la doctrina⁹⁶¹ como la jurisprudencia se han manifestado reiteradamente sobre el concepto de propia actividad, precisando que lo que determina que una actividad sea nuclear de la empresa es su condición de inherente a su ciclo productivo⁹⁶².

Si bien, el concepto de “*propia actividad*” es restrictivo por ser un concepto que se aplica en situaciones de responsabilidad empresarial, en el caso de los enclaves, también debería ser limitativo y se debería acoger “*la interpretación que entiende que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente*”⁹⁶³, así los trabajos accesorios a la actividad principal, los complementarios y por lo tanto no inherentes al ciclo productivo, como pueden ser los de limpieza, se deben

⁹⁵⁹ Entiende SÁNCHEZ CERVERA, que a diferencia de las contrataciones reguladas en el art. 42, el enclave tiene como objetivo permitir que los trabajadores con discapacidad desarrollen su actividad en una empresa ordinaria, en “Los enclaves laborales” *op. cit.* Pág. 35.

⁹⁶⁰ BOE núm. 269 de 10 de octubre de 1995

⁹⁶¹ NORES TORRES, L.E. *El trabajo en contrataciones*. *op. cit.* Pág. 97. También en SEMPERE NAVARRO, A. V., CHARRO BAENA P., MARTÍN JIMÉNEZ R. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Comentario al artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Subcontratación de obras y servicios*. Aranzadi. Pamplona. 2009.

⁹⁶² STS 18 de enero de 1995 RCU 150/1994, 24 de noviembre de 1998 RCU 517/1998 y 22 de noviembre de 2002 RCU 3904/2001.

⁹⁶³ STS 24 de noviembre de 1998 RCU 517/1998.

regir por lo dispuesto en el art. 1544 del CC y no por lo establecido en la normativa de enclaves.

La doctrina entiende que son aplicables regímenes distintos en función del tipo de actividad que desarrollen los centros en las empresas colaboradoras⁹⁶⁴ y es importante resaltar que en ocasiones es muy difícil determinar cuál es la propia actividad de la empresa⁹⁶⁵. La determinación de la actividad nuclear de la empresa nos llevará fijar si estamos ante un enclave o una contrata, si las actividades que se van a desarrollar son auxiliares entonces realizaremos una contrata de servicios que no tiene limitaciones en cuanto a la antigüedad del personal ni tampoco en cuanto a la etiología o grado del mismo ni tampoco respecto a la duración de la misma, sólo en los casos en los que el trabajo encomendado al CEE forme parte de la propia actividad de la empresa colaboradora se formalizará un enclave.

4.3.3.- Enclaves y cesión ilegal de trabajadores.

Los enclaves laborales constituyen un supuesto de contrata de propia actividad y no una cesión de trabajadores consentida⁹⁶⁶, teniendo una y otra opción consecuencias, en cuanto a obligaciones, sustancialmente distintas. Es necesario deslindar la situación de cesión ilegal de trabajadores establecida en el art. 43 del ET, en la que fácilmente se puede incurrir con la figura del enclave por estar dentro de la empresa colaboradora realizando su actividad propia.

La subcontratación de obras o servicios, también llamada cesión mediata o indirecta de trabajadores⁹⁶⁷, está legalmente admitida por el art. 42 ET, pero no la

⁹⁶⁴ GARRIDO PÉREZ, entiende que ahí existe una “*dualidad de regímenes*” aun teniendo los mismo sujetos contratantes, en: “Los enclaves laborales: ¿una nueva modalidad...” *op. cit.* Pág. 5. Por otro lado LLANO SÁNCHEZ estima en relación a los efectos de exigir responsabilidades habrá que ver “*si lo que se contrata es la realización de obras o servicios que guardan relación directa con la actividad normal de la empresa colaboradora, entonces será posible exigir la responsabilidad solidaria regulada en el art. 42 ET. Por el contrario si se trata de la prestación de servicios ajenos a la actividad normal de la empresa colaboradora habrá que recurrir a la responsabilidad subsidiaria del art. 1217.1 LGSS*”, en: “El enclave laboral”. *op. cit.* Disiento de esta última opinión, no respecto de la responsabilidad, sino en que si la actividad no es la central, no sería un enclave sino una contrata realizada con un CEE.

⁹⁶⁵ NORES TORRES, L.E. *El trabajo en contratas*.... *op. cit.* pág. 103. “... *al margen del carácter <<escurridizo>> que presentan las expresiones analizadas, la complejidad de esa labor de identificación se relaciona, por un lado, con la libertad de toda empresa para decidir cuál va a ser su actividad. Ello implica, que en el fondo, la noción de ciclo productivo no es única, sino que depende de los objetivos de producción que se marque cada empresa*”

⁹⁶⁶ En el mismo sentido LLOMPART BENNÀSAR, M. “Régimen jurídico de los enclaves laborales”... *op. cit.* Pág. 1.

⁹⁶⁷ VARELA AUTRÁN, B., “La cesión de trabajadores considerada lícita. Configuración y efectos”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Núm. 1. 1995.

contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa que sólo puede efectuarse a través de ETT.

Para que las relaciones empresariales se consideren dentro del cauce legal y no como cesión ilegal, en un primer momento y sin entrar en el tipo de servicios y en la forma de prestarlos, se requiere la existencia de dos empresas reales, la principal y la contratista o subcontratista, que deben tener “*una auténtica infraestructura con organización y autonomía propia, que asume los riesgos derivados del desempeño de su actividad*”⁹⁶⁸, siendo necesario también que las dos empresas tengan personal y patrimonio propios.

Antes del año 2006, la doctrina jurisprudencial establecía que para estimar la existencia de cesión ilegal había que realizar un examen exhaustivo de las circunstancias concurrentes en cada situación. Tras la modificación del art. 43.2 ET⁹⁶⁹, este apartado de la norma laboral determinó que existe cesión ilegal de trabajadores, cuando se produce “*alguna*” de las siguientes circunstancias: 1º “*Que el objeto de los contratos de servicios entre empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la cesionaria*”. 2º “*Que la empresa cedente carezca de una actividad u organización propia o estable*”. 3º Que la empresa cedente “*no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de la actividad*”, y por último 4º) que la empresa cedente “*no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario*”.

Por medio de la reforma del año 2006, el legislador positivizó la doctrina judicial que se venía aplicando facilitando su prueba⁹⁷⁰, pues sólo con el cumplimiento de una de las circunstancias anteriormente enumeradas es suficiente, pero dejó sin normativizar la jurisprudencia aplicable a la realización de obras o servicios de propia actividad.

Entendiendo que el trabajo no es una mercancía, es necesario contemplar con precaución la “*intermediación empresarial*”⁹⁷¹ en su gestión. El concepto de cesión ilegal pretende impedir la especulación fraudulenta de mano de obra, para evitar el enriquecimiento injusto de quien nada aporta a la realización del servicio⁹⁷², esto es el empresario prestamista que se beneficia por el trabajo que prestan a un tercero sus

⁹⁶⁸ SALCEDO BELTRAN, C. *Regulación legal y convencional ... op cit.* Pág. 54.

⁹⁶⁹ El capítulo II del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, para la Mejora del Crecimiento y el Empleo, modificó el art. 43.2, convalidando dicha modificación la Ley 43/2006, de 29 de diciembre.

⁹⁷⁰ En este sentido GARCÍA ROS, A., “La cesión ilegal, pasado, presente y futuro. Su análisis jurisprudencial”. *Aranzadi Social*. Núm. 1. 2009.

⁹⁷¹ VARELA AUTRÁN, B. “La cesión de trabajadores...” *op. cit.*

⁹⁷² STS de 17 de diciembre de 2001 RCU. 244/2001.

empleados, también intenta evitar los intentos de interponer un empresario ficticio para eludir la aplicación, de las normas más favorables de los trabajadores. La declaración de cesión ilegal pretende evitar que se produzca una degradación de las condiciones de trabajo, “*cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios o insolventes*”⁹⁷³.

Si bien está prohibida la especulación con mano de obra, percibiendo la complejidad de las relaciones laborales y la necesidad de adaptar estas a las nuevas situaciones mercantiles, el legislador ha ido estableciendo situaciones legales de cesión de trabajadores. A lo largo de los años se ha ido adaptando una legislación que restringía totalmente de este tipo de negocios y se han creado situaciones en las que la cesión es considerada lícita, la más conocida es la cesión de personal de las ETT, establecida como excepción en el art. 43 del ET⁹⁷⁴, pero existen también otras cesiones consentidas por la normativa⁹⁷⁵ como las de los deportistas profesionales cedidos por sus clubes a otras entidades deportivas⁹⁷⁶, los estibadores portuarios⁹⁷⁷ y también los trabajadores ordinarios de una empresa que pasan a desempeñar cargos de alta dirección de otra empresa del mismo grupo⁹⁷⁸.

En el contrato de enclave laboral, aun entendiendo que es un supuesto de contrata de propia actividad, nos encontramos ante una situación muy cercana a la cesión de trabajadores⁹⁷⁹, de hecho la doctrina más importante sobre CEE califica los enclaves

⁹⁷³ STS de 30 de noviembre de 2005 RCUUD 3630/2004.

⁹⁷⁴ Regulado en la Ley 14/1994 de 1 de junio y el RD 4/1995 de 13 de enero.

⁹⁷⁵ VARELA AUTRÁN, B. “La cesión de trabajadores...” *op. cit.* y SEMPERE NAVARRO, A. V., “Descentralización productiva: contratas o subcontratas, ETTS y cesión de trabajadores”. En AA.VV. (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. V.), *La Reforma Laboral de 2006. Análisis de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre*. Thomson Aranzadi. Pamplona. 2007. Pág. 206.

⁹⁷⁶ El Art. 11 del RD 1006/85 de 26 de junio por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, (BOE núm. 153, de 27 de junio de 1985), entiende que no hay cesión cuando “*para mantener el adecuado nivel de profesionalidad*”; el de trabajadores que son cedidos a una empresa del mismo grupo de empresas por razones organizativas, por entenderse que no hay voluntad de dañar los intereses del trabajador cedido, en cuyo caso solamente estaremos ante una responsabilidad solidaria entre todas ellas en su condición de empleadoras. Cuando haya cesión solidaria entre empresas del grupo en el caso de que dichas empresas tengan distintos convenios habría que mirar si dichos movimientos entre empresas perjudican o no los derechos de los trabajadores en función de sus convenios de aplicación y de la situación laboral final de los trabajadores del enclave.

⁹⁷⁷ Art. 10 y 11 del RD Ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques. BOE núm. 126 de 27 de mayo de 1986.

⁹⁷⁸ Art. 9 RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial del personal de alta dirección. BOE núm. 192, de 12 de agosto de 1985.

⁹⁷⁹ SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M., SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, J. M. *Los enclaves laborales*. ... *op. cit.* Pág. 43, tienen constancia de que en Palencia Inspección de trabajo entendió que un enclave, era cesión de trabajo sancionando por ello, aunque posteriormente el Juzgado de lo Social de

como supuestos de “cuasi-cesión”⁹⁸⁰, y la jurisprudencia en ocasiones asimila los enclaves a las ETT⁹⁸¹.

Un enclave correctamente realizado no es cesión de trabajadores, por cuanto la organización y las ordenes de los trabajadores con discapacidad deben partir del personal del CEE.

El RD 290/2004, establece las condiciones en las que se debe realizar el contrato de enclave y como se deben desarrollar los trabajos en él, determinando que “*la aportación del centro especial de empleo se reduce a la dirección y organización de su propio personal al margen de la titularidad de los medios materiales empleados en la producción*”⁹⁸², pero su cercanía a la cesión obliga a estudiar cuales son los medios para evitar la confusión entre el verdadero enclave y la cesión ilegal de trabajadores con discapacidad, puesto que aun cuando la regulación de los enclaves amplía los márgenes de la contratación, un contrato de enclave que no se ajuste a la normativa debe ser considerado cesión ilegal de trabajadores⁹⁸³.

Palencia en Sentencia de fecha 28/01/2002, afirmó que dicha actuación de contratación externa por medio del enclave no es cesión ilegal, reconociendo su licitud.

⁹⁸⁰ ESTEBAN LEGARRETA y FUSTÉ MIQUELA, defendiendo que los enclaves se regulan por el art. 42 ET, entienden también que “*diversas reglas del DENC extraordinariamente llamativas, que sugerirían que el Gobierno ha concebido al enclave como una cuasi-cesión ya que de otro modo son difícilmente comprensibles*” en “Los enclaves laborales ...” *op. cit.* Pág. 354. En un sentido similar, LLANO SÁNCHEZ, afirma que “*el centro especial de empleo va a ceder mano de obra propia a otro empresario para que ejecute una obra o servicio determinado. De la letra del reglamento se desprende que lo único que se le exige al centro especial de empleo es el desplazamiento, o lo que es lo mismo el suministro de trabajadores*” “El enclave laboral”...*op. cit.*

⁹⁸¹ TSJ Castilla - La Mancha (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 1074/2008 de 30 junio R. Supl. núm. 1555/2006. “*la interposición es un fenómeno complicado que puede darse en un complejo abanico de circunstancias, en el que no resulta ser determinante de modo necesario la caracterización de las empresas implicadas en ello, aunque sin duda pueda ser un factor más a tener en cuenta, pues como ya de antiguo se señaló, puede darse perfectamente entre dos empresas que tengan una existencia y un funcionamiento tanto legal como real (SSTS de 16-2-89, 12-12-97 o 17-1-02 , entre otras muchas). De tal modo que es una situación que continúa, a la fecha, estando legalmente prohibida, a salvo de los tasados supuestos en los que resulta legalmente permitida la intervención de una Empresa de Trabajo Temporal (Ley de 1-6-94), o más particularmente, en los supuestos de realización de Enclaves laborales con un Centro de Promoción de Empleo, en relación con trabajadores discapacitados*”.

⁹⁸² La STSJ de Castilla- La Mancha (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 1800/2005 de 27 de septiembre R. Supl. 1586/2005 estima en un caso de un CEE trabajando dentro de una empresa ordinaria, en la que un trabajador demanda por cesión ilegal de trabajadores, la sentencia de instancia y el TSJ estiman que las circunstancias de organización del trabajo y dependencia de los trabajadores del enclave no indican que haya cesión y al respecto afirma “*Criterio este que refrenda el RD 290/2004 de 20 de febrero que regula los enclaves laborales, pues aun cuando el contrato del actor es anterior a la entrada en vigor del mismo, no resulta indiferente comprobar que la voluntad del legislador ha positivizado una prestación de servicios con una estructura idéntica a la que se observa en el presente caso y en el que la aportación del centro especial de empleo se reduce a la dirección y organización de su propio personal al margen de la titularidad de los medios materiales empleados en la producción*”.

⁹⁸³ “*no puede afirmarse que no es posible que se dé la figura de la cesión ilegal de trabajadores respecto a la empresa que se acoja a la normativa del RD 290/04 de 20 de Febrero siempre que examinadas*

El legislador determinó las obligaciones para el CEE, tanto estructurales como de formas de trabajo deslindando su actuación dentro del marco del enclave laboral con la cesión ilegal. Como se ha visto, los CEE antes de poder realizar un enclave deben tener una organización propia, al margen de la empresa principal. El RD 290/2004, también presta especial énfasis en la organización del trabajo en el enclave, recordando que los trabajadores del enclave son del CEE y mantienen con él la RLE⁹⁸⁴. La organización del trabajo de estos corresponde al CEE y este deberá tener un “encargado” de las personas con discapacidad que en él trabajen.

Es de destacar que en el único punto que el enclave, si no estuviera regulado por el RD 290/2004, podría entenderse que lo metería de lleno en la cesión ilegal sería en la realización de actividades de propia actividad dentro de la empresa principal y con los medios de esta, ya que uno de los supuestos que la jurisprudencia ha desarrollado, identificándolo como cesión ilegal, es la asunción de un proceso productivo⁹⁸⁵. Faltando justificación técnica para externalizar, no ejerciendo actividad específica el contratista o subcontratista diferenciable de la actividad de la empresa principal y siendo esta quien pone los medios técnicos y el lugar de trabajo, como se da en los enclaves, los trabajos que no se realicen por medio de contrato de enclave y con las limitaciones en cuanto personal, tomadas como cesión ilegal.

El RD 290/2004 realizó una habilitación legal específica para que la realización de actividades de propia actividad, por los trabajadores del CEE, con la maquinaria del empresario colaborador y con desplazamiento de los trabajadores a las instalaciones de este, no fueran consideradas cesión ilegal. Pero los enclaves laborales podrían considerarse cesión ilegal de trabajadores⁹⁸⁶, cuando estos no respondan “*a los criterios y requisitos del RD 290/2004, ya que entonces, constituyen una situación de opacidad contractual*”⁹⁸⁷.

las circunstancias de la prestación de servicios pueda entenderse, como en este caso, que esta figura se ha producido y ello aunque formalmente la relación entre las dos sociedades se ajuste a la normativa legal” STSJ Cataluña (Sal de lo Social, Sección 1ª) núm. 1569/2010 de 24 de febrero R. Supl 8614/2008.

⁹⁸⁴ Véase en este Capítulo el punto 3.3.- Mantenimiento de la relación laboral especial en el enclave.

⁹⁸⁵ MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I., “Cuestiones candentes sobre la cesión ilegal de trabajadores”. *Aranzadi Social*. Núm. 20. 2008

⁹⁸⁶ En este sentido STSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 1569/2010 de 24 de febrero R. Supl 8614/2008.

⁹⁸⁷ SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M., SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, J. M. *Los enclaves laborales. op. cit.* Pág. 87.

La normativa sobre cesión ilegal de trabajadores, además de sancionar con falta muy grave⁹⁸⁸ a las empresas infractoras, otorga un derecho de opción al trabajador para integrarse en cualquiera de las empresas que cometieron la cesión ilegal, dicha opción también se extiende a los trabajadores de los CEE⁹⁸⁹.

En un principio nos encontrábamos con una negativa generalizada por parte de la jurisprudencia de que los trabajadores con relación laboral especial que trabajaban en una contratada pudiesen ser absorbidos por las empresas entrantes, en base a la imposibilidad de que una empresa ordinaria diera trabajo a personas discapacitadas con relación laboral especial⁹⁹⁰, desde el año 2012 dicha doctrina judicial cambió. La sentencia del TS de 10 octubre de 2012⁹⁹¹ entendió que puesto que una de las funciones de los CEE es la de integrar a los trabajadores en el medio ordinario, en caso de subrogación de contratada las empresas entrantes deberían asumir también a los trabajadores con discapacidad de los CEE.

Dicha interpretación también da derechos a los trabajadores para poder optar entre la empresa principal en caso de cesión de trabajadores, puesto que al igual que en una sucesión de contratada la entrante debe asumir a todos los trabajadores de la saliente. En el caso de cesión ilegal la principal debería asumir a los trabajadores de la contratista si se probase dicha situación y los trabajadores quisieran optar por dicha empresa.

Además de haber evolucionado los pronunciamientos jurisprudenciales hacia una lógica integradora, no formalista que aporta derechos a los trabajadores en los casos de sucesión de empresa, también hay una evolución positiva en los pronunciamientos judiciales respecto a la existencia o cesión en el caso de CEE integrados en grupos de empresas.

En un primer momento encontramos sentencias como la del el TSJ de Madrid de 2 de abril de 2008⁹⁹², en un caso en el que no habiendo firmado contrato de enclave, pero prestando servicios un CEE dentro de una empresa ordinaria, que formaban parte del

⁹⁸⁸ Art. 8.2 y 40 RDDL 5/2000 a la que le corresponde una multa de 3.005,07€ a 90.151,82€

⁹⁸⁹ STSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 1569/2010 de 24 de febrero R. Supl 8614/2008.

⁹⁹⁰ Una recopilación de estas sentencias, en CORDERO GORDILLO, V., “La sucesión de contratada en centros especiales de empleo”. *Aranzadi Social* . Núm. 7. 2010. La última sentencia continuadora de una doctrina judicial iniciada en el año 2007 la STSJ Extremadura (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 73/2011, de 18 febrero R. Supl 4/2011.

⁹⁹¹ RCUD 4016/2011.

⁹⁹² TSJ Madrid (Sala de lo Social Sección 2ª) Sentencia de 2 de abril de 2008. R. Supl 1060/2008.

mismo grupo de empresas, coinciden los trabajadores de ambas en el mismo lugar de prestación de servicios.

Con identidad de situaciones de trabajo indistintamente prestados por personal con relación laboral especial y de relación laboral común, el Juzgado de Instancia, entendió que existía cesión ilegal de trabajadores entre el CEE y la empresa ordinaria puesto que incluso probó la identidad de caja. El TSJ de Madrid revisó la sentencia de instancia y, estableció que *“no ha existido una cesión ilegal, al ser ambas empleadoras de la demandante, por lo que no cabe esa cesión, pero que no puede tener lugar cuando las empresas ocupan solidariamente la posición de empleadoras, en una relación laboral única con el trabajador”*.

En situaciones como estas, además de declarar la cesión como ilegal, debería estimarse la relación laboral especial como fraudulenta, ya que no se puede prestar una relación laboral especial para una empresa ordinaria⁹⁹³, además de, en su caso, haber superado el CEE los porcentajes mínimos de personas sin discapacidad, pues el cómputo debería realizarse en función de las actividades realizadas por las dos empresas de forma conjunta.

Con una lógica más clara, con sentido contrario a la sentencia dictada por el tribunal madrileño, el TSJ de Cataluña dictó una Sentencia el 24 de febrero de 2010,⁹⁹⁴ en la que estableció que sí puede existir cesión ilegal entre empresas del grupo, aun cuando uno sea CEE y las otras empresas ordinarias, y en particular también en casos de enclaves. La sentencia del tribunal catalán afirma que si la prestación laboral se realiza por medio de cesión ilegal entre el CEE y las empresas ordinarias del grupo empresarial *“aprovechándose de que una de ellas tiene una normativa especial con todo género de facilidades y beneficios otorgados por la ley para fomentar la ocupación de personas discapacitadas con lo que de hecho se utiliza a estas para favorecer los fines productivos de la segunda, que no tiene derecho a privilegio legal alguno, pues no es un centro de ocupación de discapacitados, pero que en la práctica se beneficia de las facilidades que se conceden a la primera por su especial condición”*⁹⁹⁵.

⁹⁹³ Sobre CEE integrados dentro de empresas ordinarias véase Capítulo IV punto 6.4.- Independientes o dentro de estructuras sociales o empresariales.

⁹⁹⁴ STSJ Cataluña (Sal de lo Social, Sección 1ª) núm. 1569/2010 de 24 de febrero. R. Supl 8614/2008.

⁹⁹⁵ Ídem sentencia anterior.

Los primeros pronunciamientos se basan en las dificultades que entraña el formalismo de modificar sustancialmente un contrato al cambiarlo de una RLE a una relación laboral ordinaria y en la imposibilidad de declarar cesión ilegal en grupos laborales de empresas. Y de forma distinta las últimas sentencias entienden que si los trabajadores no necesitaban apoyos especiales pueden pasar de una RLE a una relación ordinaria porque la transición es uno de los fines de los CEE, y que la cesión ponía en evidencia que la calificación y las relaciones laborales especiales constituían meras apariencias, realizadas en fraude de ley para lograr un lucro.

4.4.- Enclaves propios e impropios.

Tal como se ha visto, los enclaves laborales tienen unos límites muy definidos, en cuanto composición, tipo de actividad, temporalidad, formalización, etc. El incumplimiento de alguna de sus obligaciones o el traspaso continuado y reiterado de algunas limitaciones impuestas por el RD 290/2004, podría conducir a dos soluciones distintas. La primera es que una vez invalidados como enclaves podrían ser considerados contratas o subcontratas si cupiesen dentro del régimen jurídico del art. 42 ET. La segunda posibilidad es que aquellos que no puedan subsumirse en dicho artículo, teniendo en cuenta que la figura del enclave es una creación jurídica que está muy cercana a la cesión de trabajadores⁹⁹⁶, y podrían llegar a ser considerados contratas ilícitas⁹⁹⁷, que conducirían a la calificación de cesión ilegal de trabajadores.

Los autores tratan el tema de los enclaves constituidos extramuros del RD290/2004, calificando los enclaves en función del cumplimiento de la norma, como propios o impropios⁹⁹⁸ y habrá que estudiar cada uno de los casos para identificar cuál es su carencia para saber si estamos ante una situación u otra.

La falta de comunicación en plazo a la autoridad laboral de la creación del enclave, debería llevar aparejada una amonestación o una sanción, siempre que el enclave cumpla con todos los demás requisitos, no pudiéndose entender como medida alternativa, hasta

⁹⁹⁶ ESTEBAN LEGARRETA y FUSTÉ MIQUELA entienden respecto de los límites de la cesión ilegal de trabajadores, que si bien hay que respetar dichos límites del art. 43 ET, es posible que el RD 290/2004 los “haya pretendido ensanchar”, en “Los enclaves laborales...” *op. cit.* Pág. 363.

⁹⁹⁷ SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M., SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, J. M., *Los enclaves laborales*. Equalbur... *op. cit.* Pág. 36.

⁹⁹⁸ SÁNCHEZ-CERVERA SENRA y SÁNCHEZ-CERVERA VALDES realizan por primera vez esta distinción aplicando la calificación de propios e impropios, en *Los enclaves laborales*. Equalbur... *op. cit.* Pág. 36, también ESTEBAN LEGARRETA, R. y FUSTÉ MIQUELA, J.P. “Los enclaves laborales...” *op. cit.* Pág. 352.

su comunicación formal. La misma situación se debería entender cuando el enclave supera su duración máxima, conforme al art. 5.2., cumpliendo con todas las demás formalidades, puesto que continúa siendo un enclave.

Por otro lado, el incumplimiento de la contratación por medio del enclave de trabajos de propia actividad de la empresa colaboradora, podría llevar a no tomar dicho enclave como tal⁹⁹⁹, si los trabajos son accesorios a la actividad principal y se cumpliera el resto de requisitos, debería considerarse únicamente como contrato mercantil para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa y por lo tanto no tendría plazos máximos, ni porcentajes, ni tampoco obligaciones de transición.

La práctica diaria¹⁰⁰⁰ demuestra que pueden existir enclaves en los que no se apliquen todos los requisitos del RD 290/2004. Aquellos que queden al margen de lo preceptuado en el Decreto regulador, deberían ser considerados simples contratos de propia actividad a las que se les deberá aplicar la normativa laboral general. Como los enclaves laborales que incumplen los porcentajes de personal con discapacidad, respecto a los grados y etiologías. En estos casos, al no cumplir una de las obligaciones primarias del RD 290/2004, y teniendo en cuenta que no se pueden sancionar los incumplimientos parciales¹⁰⁰¹, las actividades realizadas simplemente deberán estudiarse sin el paraguas de la norma de enclaves.

En la misma situación quedan los enclaves preexistentes a la norma, que no se acoplaron a ella en el plazo de un año concedido expresamente. Algunos autores estiman que al no adaptarse sólo tienen amparo en la normativa civil y laboral general, puesto que *“El RD no contiene norma específica alguna de responsabilidad si el CEE y la empresa*

⁹⁹⁹ GARRIDO PÉREZ, E. “Los enclaves laborales: ¿una nueva modalidad ...” *op. cit.* Pág. 5 entiende que ahí existe una “*dualidad de regímenes*” aun teniendo los mismo sujetos contratantes. Por otro lado LLANO SÁNCHEZ entiende en relación a los efectos de exigir responsabilidades habrá que ver “*si lo que se contrata es la realización de obras o servicios que guardan relación directa con la actividad normal de la empresa colaboradora, entonces será posible exigir la responsabilidad solidaria regulada en el art. 42 ET. Por el contrario si se trata de la prestación de servicios ajenos a la actividad normal de la empresa colaboración habrá que recurrir a la responsabilidad subsidiaria del art. 1217.1 LGSS*”, en “El enclave laboral”...*op. cit.* Realizando la autora una diferenciación dentro de los enclaves en función de su actividad.

¹⁰⁰⁰ ESTEBAN LEGARRETA y FUSTÉ MIQUELA entienden que la interpretación flexibilizadora es la que “*finalmente se ha impuesto en la práctica, de manera que tras tres años largos de vigencia del DENC, se ha consolidado la constitución de enclaves informales o ajenos a los requisitos ...*” en “Los enclaves laborales ...” *op. cit.* Pág. 352.

¹⁰⁰¹ “*en este debate hay un dato muy significativo: no hay tipos sancionadores laborales para los supuestos en que no se cumpla con los requisitos formales de composición u otras cuestiones relacionadas con los enclaves*” ESTEBAN LEGARRETA. R. y FUSTÉ MIQUELA J.M., “Los enclaves laborales...” *op. cit.* Pág. 357.

contratante no proceden a efectuar la citada regulación, lo que, a nuestro juicio, significa que el enclave-contrata tiene plena vigencia y eficacia y continua rigiéndose, a todos los efectos, por el contrato de arrendamiento de obra en su día formulado, siendo su régimen jurídico aplicable el de las contratas y subcontratas, esto es art. 1544 y concordantes CC y por el art. 42 ET a efectos de responsabilidades entre el empresario principal y el contratista.”¹⁰⁰².

5.- TRÁNSITO A LA EMPRESA ORDINARIA.

Quizá el objetivo principal de la creación de la figura de los enclaves laborales fue la promoción y el favorecimiento del tránsito del empleo protegido al ordinario de los trabajadores con discapacidad, en particular el favorecimiento de dicho paso a aquellos trabajadores que por sus características individuales, por la especial gravedad de sus circunstancias discapacitantes, presenten especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo¹⁰⁰³, por dicho motivo el RD 290/2004, presta en su redacción especial importancia a dicho aspecto.

Como se ha dicho, se vincula la prórroga del contrato de enclave más allá de los tres años a la transición de un trabajador del enclave de los calificados como con especiales dificultades de acceso al empleo. Es este un caso peculiar de prórroga de contrato, pues depende de la voluntad de terceros, los trabajadores que deberán transitar, y estos pueden no querer pasar a ser empleados de las empresas ordinarias por sentirse cómodos en su CEE¹⁰⁰⁴.

Los trabajadores son libres de ir a la empresa ordinaria o quedarse en el CEE y hay que recordar que el empleo en la vida de las personas condiciona no sólo los horarios, sino también los compañeros de trabajo y con ello una forma de ser tratado y entendido. Depende de la voluntad de los trabajadores transitar o no, los elegidos pueden no querer dejar su empleo, aunque la sociedad, el legislador e incluso sus jefes y compañeros piensen que puede ser bueno para ellos, si ellos no tienen la voluntad de hacerlo, no se les

¹⁰⁰² SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M., SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, J. M. *Los enclaves laborales... op. cit.* Pág. 38.

¹⁰⁰³ ESTEBAN LEGARRETA y FUSTÉ MIQUELA, estiman que uno de los mayores obstáculos para la transición son el miedo de los trabajadores con discapacidad y sus familiares a abandonar su ámbito laboral en el CEE, donde se sienten cómodos y protegidos, frente la amenaza del mercado ordinario del empleo ordinario, en: “Los enclaves laborales...” *op. cit.* Pág. 381.

¹⁰⁰⁴ ESTEBAN LEGARRETA y FUSTÉ MIQUELA, entienden que “uno de los obstáculos mayores a la transición está en los temores de los trabajadores con discapacidad y sus familias” a abandonar el CEE, en : “Los enclaves laborales...” *op. cit.* Pág. 38

puede obligar¹⁰⁰⁵. Para esta eventualidad, ESTEBAN LEGARRETA y FUSTÉ MIQUELA, entienden que el CEE deberá prever para la transición la contratación de trabajadores “*contratados ad hoc*”, puesto que de esa forma estarán menos vinculados afectivamente al CEE siendo por lo tanto mejores candidatos para aceptar y afrontar con mayores posibilidades la transición¹⁰⁰⁶.

5.1.- Nulidad en la prohibición de transición.

Establece el art. 5.4 que será nula la cláusula del contrato de enclave que prohíba la contratación por la empresa colaboradora de trabajadores con discapacidad que estén prestando servicios en el enclave o los hayan prestado con anterioridad. Una cláusula de ese tipo debería invalidar el contrato entero, pues indicaría una voluntad inequívoca de incumplir con el espíritu de la norma que establece como objetivo prioritario la transición.

La empresa colaboradora podrá contratar a los trabajadores con discapacidad que prestan servicios en el enclave, en cualquier momento. La prohibición de impedir la transición abarca, tanto durante la duración del contrato de enclave como a la finalización del mismo y tanto sobre los trabajadores que prestan servicios en el enclave en el momento en que la empresa colaboradora quiera contratarlos de forma directa, como sobre aquellos que los prestaron y por cualquier motivo ya no lo hacen. Prohíbe cláusulas que impidan el tránsito cuando finalice el enclave y permite que el empresario colaborador quiera finalizar el enclave de forma prematura y contratar al personal que en él trabajaba.

El legislador establece que será nula la cláusula que prohíba la contratación por la empresa colaboradora de los trabajadores con discapacidad del enclave. No ha prohibido expresamente la fijación de compensaciones económicas por la transición ni por

¹⁰⁰⁵ GARRIDO PÉREZ, se plantea la situación del trabajador que tras una oferta de la empresa colaboradora se niegue a transitar, y la situación de la empresa colaboradora que intente contratar personal del enclave y este se niegue, en: “Los enclaves laborales: ¿una nueva modalidad ...” *op. cit.* Pág. 12. El trabajador tiene siempre el derecho a elegir su puesto de trabajo, continuar en él o transitar sin poder ser sancionado por no transitar. Pero como la norma establece de forma categórica que si no hay transición de trabajadores con especiales dificultades no hay prórroga, esta no se producirá si los trabajadores se niegan a transitar.

¹⁰⁰⁶ ESTEBAN LEGARRETA, R. y FUSTÉ MIQUELA, J. P. “Los enclaves laborales...” *op. cit.* Pág. 373. Respecto a dicha propuesta, no puedo sino estar de acuerdo, por los lazos que unen a los trabajadores con los CEE, sobre todo si los centros cumplen su labor social. Pero no puedo sino manifestar que, al menos jurídicamente, resulta chocante que uno de los objetivos primordiales de los enclaves sea la transición al mercado ordinario de trabajo y que la forma de solucionar ese tema sea contratar personal que no forme parte del centro para que transite a la empresa ordinaria, es destacable que los mismos autores advierten que con ella “*el incumplimiento del espíritu de la LISMI está servido*”. Aunque vuelvo a repetir, me parece una buena propuesta, por pensar en principalmente en los trabajadores.

formación, pero por limitar el espíritu de la norma y por burlar el sentido para el que fueron creados los CEE y los enclaves, también deberían considerarse nulas.

Es importante recordar que en las ETT son nulas las cláusulas que impiden la incorporación a la empresa usuaria del trabajador cedido, pero si está permitida la fijación de compensaciones económicas en caso de que esta ocurra¹⁰⁰⁷. En el caso que nos ocupa, el CEE recibe subvenciones para cubrir los ajustes personales y sociales durante la duración del contrato del trabajador además de subvenciones para cubrir la mitad del SMI, con ello el Estado le ha pagado al CEE la formación y la adaptación que el trabajador con discapacidad necesitaba para transitar al mercado ordinario de trabajo¹⁰⁰⁸, además han sido creados para fomentar la transición.

Por ello el CEE no puede solicitar a un tercero, y menos al trabajador, compensaciones por la formación, el legislador deberá prohibir expresamente cualquier cláusula que impida o dificulte la transición, aunque sin su prohibición expresa deben tenerse por nulas, por ser contrarias al espíritu de la norma.

5.2.- Modalidades de incorporación.

El art. 11 cuyo título es “*incorporación a la empresa colaboradora*”, dispone que la empresa colaboradora deberá contratar a los trabajadores del enclave preferentemente con carácter indefinido, aunque también podrá concertar los contratos de otras modalidades si resultan procedentes. El legislador realiza una afirmación/recomendación

¹⁰⁰⁷ La Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, (DOCE de 5 de diciembre de 2008 (L 327)), relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, estima que si bien es obligatoria la prohibición de la contratación del trabajador por la empresa usuaria a la finalización del contrato de puesta a disposición», tal como establece la normativa española en el art. 7.3 LETT, “*Cosa distinta, y autorizada por la Directiva, es que puedan establecerse «disposiciones según las cuales las empresas de trabajo temporal reciben un determinado nivel de compensaciones por los servicios proporcionados a las empresas usuarias en materia de misiones, contratación y formación de trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal».* Por ejemplo, el art. 48 V Convenio Colectivo para Empresas de Trabajo Temporal (RCL 2008, 334) (BOE 8 febrero 2008), tras reiterar que «serán nulas las cláusulas de los contratos individuales de trabajo que prohíban la incorporación del trabajador que presta sus servicios en una empresa usuaria a la plantilla de ésta a la finalización del contrato de puesta a disposición», prevé que «si el trabajador de puesta a disposición hubiera concertado con la empresa de trabajo temporal un pacto de permanencia y su incorporación a la empresa usuaria en las condiciones previstas en el párrafo anterior supusiera su incumplimiento, deberá satisfacer a aquélla la indemnización que en concepto de daños y perjuicios se hubiera acordado en los términos previstos en el artículo 21 apartado 2 del (...) presente Convenio».”, en LUJÁN ALCARÁZ, J., “La directiva sobre empresas de trabajo temporal”. *Aranzadi Social*. núm. 20. 2008.

¹⁰⁰⁸ Por lo que deberían considerarse nulas, no sólo las limitaciones en la transición de trabajadores de CEE desde los enclaves, sino también las transiciones desde subcontratas que tengan los centros. En ocasiones se penalizan las transiciones desde contratas de servicios con cuantías económicas basadas en la formación o en los costes de selección, siendo uno de los cometidos principales de los CEE, la transición al mercado ordinario de sus trabajadores.

casi gratuita, pues la normativa general laboral, indica que las contrataciones no indefinidas son subsidiarias y deben ser motivadas por causas temporales o por circunstancias de la producción. El redactor de la norma, de forma pedagógica, aprovechó para recordar al empresario colaborador la elección de la forma de contratación indefinida, excepto que existan causas que justifiquen otro tipo de contrato.

La norma no obliga a contratar con carácter indefinido a los trabajadores que transiten, pero promociona este tipo contractual de tres formas distintas¹⁰⁰⁹:

- por medio de la exposición de la preferencia de esta contratación, desarrollada en el art. 11,

- por la vinculación de incentivos a dicha contratación en los arts. 12 y 13, no ofreciendo incentivos para transiciones realizadas con contrataciones temporales,

-y vinculando la necesidad de acreditar que se ha contratado de indefinidamente a uno de los trabajadores del enclave, por una empresa ordinaria, para poder prorrogar el contrato de enclave más allá de los tres años, conforme establece el art. 6.2.

5.3.- Periodo de prueba.

No se puede concertar un periodo de prueba en el contrato entre la empresa colaboradora y el trabajador que transita, entendiendo que dicho trabajador realizará las mismas labores que realizaba en el enclave por lo que no se necesita periodo alguno para comprobar su aptitud para dicho trabajo, ya que el trabajador transitó del CEE hacia la nueva empleadora precisamente por su aptitudes¹⁰¹⁰. Si se permite dicho periodo cuando las funciones que tenga que realizar el trabajador que transite sean “*completamente distintas*”¹⁰¹¹ a las que desarrollaba en el enclave, permitiendo de ese modo la contratación para cualquier función de la empresa.

¹⁰⁰⁹ Incluso se creó, y está vigente, el contrato de trabajo indefinido para personas con discapacidad procedentes de enclaves laborales, Modelo PE-205, el modelo se puede encontrar en: <https://www.redtrabaja.es/es/portalttrabaja/resources/pdf/contratos/pe-205.pdf> Consultado el 27 de mayo 2011

¹⁰¹⁰ El periodo de prueba debería continuar existiendo, al menos para aquellos trabajadores con especiales dificultades, puesto que si como norma general estima que el cambio de una relación laboral especial a una ordinaria es una novación contractual y se tiene en cuenta que el trabajador recibía en el CEE apoyos y ajustes personales, al desvincularse del mismo podría echarlos a faltar y por ello bajar su rendimiento, por no estar integrado en un nuevo grupo donde no hay personal especializado para apoyar su transición.

¹⁰¹¹ Art. 11.

5.4.- Excedencia en el CEE.

Con el fin de promover la estabilidad en el empleo, el art.11.3 establece “El trabajador, al ingresar en la empresa colaboradora, pasará a la situación de excedencia voluntaria en el centro especial de empleo en las condiciones que establezca el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, el art. 46.2 y 5 del ET.

Dicha redacción genera dudas acerca de la seguridad jurídica y de la aplicabilidad del derecho de retorno para los trabajadores que transiten, por dos razones. La primera es que de su literalidad se desprende que sólo se aplica dicho derecho a quienes transiten a la empresa colaboradora desde el enclave, y no a quienes transiten desde el mismo enclave a cualquier otra empresa, puesto que establece la norma “*al ingresar en la empresa colaboradora*”. Es necesario recordar, que aquellos trabajadores que transiten desde el enclave a otras empresas, no colaboradoras, generan también para el CEE el mismo efecto beneficioso de poder prorrogar el enclave, por lo que debería generarse el mismo derecho para ambas situaciones, no explicitándose según el texto de la norma.

En segundo lugar, la remisión genérica a las condiciones generales de los convenios y del art. 46.2 y 5 del ET, de quienes sí tendrán ese derecho de retorno al CEE, genera muchos problemas interpretativos, formando las más diversas opiniones doctrinales¹⁰¹², por las limitaciones del derecho de retorno expuestas en dichos apartados del ET.

La calificación como excedente voluntario y no como excedente forzoso del trabajador que transita, es importante y debería ser aplicable esta segunda opción y no la de excedencia voluntaria, pues las consecuencias jurídicas que de dicha situación derivan son completamente distintas a la hora de que el trabajador quiera volver a su puesto trabajo en el CEE. Tras la extinción del contrato de trabajo en la empresa colaboradora, que puede darse tanto por voluntad de la empresa como del trabajador, como se verá, este puede encontrarse con problemas para reintegrarse en su empleo protegido y debemos

¹⁰¹² GARRIDO PÉREZ, E. “Los enclaves laborales: ¿una nueva modalidad ...” *op. cit.* Pág. 12. Califica la autora, de medida “*sorprendente*” por no contemplar con la voluntad de los trabajadores que deben transitar para realizar dicho cambio de empresa y en segundo lugar le sorprende que la previsión de la norma para la vuelta de los trabajadores al CEE, teme que la transición fallida se convierta en una vía legalizada de cesión temporal de trabajadores con discapacidad. A mi juicio, la previsión normativa de que falle la transición es correcta, pues estamos tratando de personas con discapacidades severas que estaban en un empleo protegido y que transitarán a un empleo ordinario, por lo que es posible que la adaptación no sea correcta, y se deja una vía de escape por si el trabajador decide que la empresa colaboradora no era el tipo de trabajo que quería.

tener en cuenta que se trata de trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo ordinario.

Puesto que la concesión del periodo de excedencia no es una voluntad del trabajador, ni de la empresa, sino una imposición legal, es una situación que se parece más a la situación de excedencia forzosa por causa legal, que a la voluntaria, pues no necesita solicitud escrita del trabajador, y también en base a ello debió asimilarse a la excedencia forzosa en todos sus aspectos.

El art. 46.2 ET, al que se remite el RD 290/2004, establece que sólo podrán solicitar excedencia los trabajadores que al menos tengan un año de antigüedad, pero puesto que esa obligación no existe en el RD de enclaves, es una mejora, la única, establecida para quienes transiten desde el enclave, en comparación con las situaciones habituales de excedencia voluntaria.

Respecto del retorno al CEE, si nada fija el convenio colectivo, aplicando únicamente lo establecido en el ET, la vuelta al centro de origen únicamente se podrá solicitar una vez transcurridos cuatro meses desde que se realizó la transición y hasta cinco años después. Esto supone en primer lugar que si el trabajador decidiera extinguir su empleo por voluntad propia antes del transcurso de los cuatro meses, o dentro de ese periodo la empresa le extinguiera por cualquier causa su contrato de trabajo, el trabajador no tendría derecho a reincorporarse a su centro de origen, perjudicando dicho periodo mínimo el derecho de quien posibilitó la prórroga del enclave más allá de los tres años. Pero además una vez superado el periodo máximo de cinco años desde su paso a la empresa colaboradora, el derecho de retorno desaparece.

El apartado quinto del art. 46 afirma que “*el trabajador excedente conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa*”, no teniendo un derecho absoluto de reincorporación pasados los dos primeros años, sino que el trabajador estaría a la espera de que en el CEE se generase un puesto de trabajo de su categoría para poder reincorporarse, situación que en una época de crisis impide el retorno¹⁰¹³.

Considero necesario que se produzca una nueva regulación de este aspecto con una reforma de la normativa reguladora o que al menos los convenios sectoriales regulen

¹⁰¹³ “De ahí la importancia de que la negociación colectiva desarrolle este derecho de retorno” LLOMPART BENNÀSAR, M. “Régimen jurídico de los enclaves laborales”... *op. cit.* Pág. 11.

dicha situación de excedencia, no habiéndolo hecho ninguno hasta la fecha, pues el art. 46 ET no se acopla a este supuesto especial de excedencia por transición, sobre todo en el supuesto de que la contratación del trabajador con discapacidad que transita sea temporal¹⁰¹⁴. También sería conveniente que esta situación de asimilación de excedencia cuando haya un tránsito del empleo protegido al ordinario se debería extender a todas las transiciones desde CEE y no únicamente desde los enclaves.

5.5.- Incentivos a la transición.

Para fomentar el tránsito del trabajador con discapacidad a la empresa ordinaria por medio del enclave laboral el legislador estableció distintos tipos de incentivos, en función si quien contrata es la empresa colaboradora u otra ordinaria no colaboradora, distinguiendo también en función del tipo y grado de discapacidad del trabajador que pasa al empleo ordinario.

a) En las transiciones de trabajadores del enclave a empresas colaboradoras, distingue entre la contratación de aquellos trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo, para los que establece bonificaciones y subvenciones especiales, y las contrataciones de aquellos trabajadores con discapacidad, que no tienen esa dificultad especial. Para estos últimos, el RD remite a la legislación general de bonificaciones y subvenciones respecto de la cuantía, pero el procedimiento de solicitud será el mismo especificado para la contratación de trabajadores con especiales dificultades.

b) En la transición de trabajadores del enclave a empresas no colaboradoras, tanto para aquellas contrataciones de trabajadores con especiales dificultades como las de quienes no estén incluidos en dicho grupo, se establece que las subvenciones y bonificaciones serán las establecidas en la legislación general y aplicarán en todos los casos dicho procedimiento.

5.5.1.- Bonificaciones.

Los CEE tienen una bonificación del 100 por cien en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, independientemente del tipo de contratación que realicen y del grado de discapacidad de la persona contratada¹⁰¹⁵, por lo que las bonificaciones especiales no pueden mejorar dicha ayudas a los centros.

¹⁰¹⁴ Ídem anterior.

¹⁰¹⁵ Véase Capítulo III punto 4.3.- Recuperación de la bonificación íntegra para los CEE.

Para incentivar las transiciones desde los enclaves hacia las empresas ordinarias el RD 290/2004, estableció en su derogado art. 12, una bonificación a favor de estas del 100 por cien de la cuota empresarial, para lograrla había que cumplir varias condiciones:

- sólo se aplicaba a las contrataciones que realizasen las empresas calificadas como colaboradoras,

- únicamente se aplicaría dicha bonificación total cuando el contrato se realizase con trabajadores con discapacidad que presenten especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo,

- y especificaba que la contratación debía ser indefinida.

La Ley 43/2006, por medio de su Disposición Derogatoria única, punto 2,c) derogó las referencias a las bonificaciones empresariales que realizaba el RD 290/2004, y remitió a la norma general los incentivos de contratación de personas con discapacidad. Eliminando el estímulo especial que la normativa de enclaves había establecido para incentivar las transiciones de personas con discapacidad con especiales dificultades a las empresas en las que se había desarrollado el enclave.

5.5.2.- Subvenciones.

Los artículos 12 y 13 del RD 290/2004, establecieron incentivos para la transición de trabajadores del CEE a las empresas colaboradoras, distinguiendo entre si quien transitaba era una persona con especiales dificultades de acceso al mercado ordinario o eran otros trabajadores con discapacidad, y también ayudas para adaptación del puesto de trabajo.

Los dos artículos fueron derogados en el año 2011¹⁰¹⁶, pero únicamente quedaron sin vigencia desde el 20 de febrero de 2011, durante casi un año, hasta el 11 de febrero de 2012, puesto que la el RD-ley 3/2012¹⁰¹⁷ de 10 de febrero, dejó sin efecto la derogación¹⁰¹⁸ y le dio carácter de medida estatal en el marco de la Estrategia Española de Empleo 2012-2014. Unos meses más tarde el 8 de julio del mismo año se volvió a dejar sin efecto la derogación¹⁰¹⁹, igual que había hecho el anterior RD-ley, pero esta vez

¹⁰¹⁶ Disposición derogatoria única en el punto 1 apartado c) del Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de Medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo (BOE núm. 43, de 19 de febrero 2011).

¹⁰¹⁷ BOE núm. 36 de 11 de febrero de 2012

¹⁰¹⁸ Por medio de la Disposición derogatoria única 1.h) y la disposición final 12.

¹⁰¹⁹ Ídem anterior.

por medio de Ley 3/2012, de 6 de julio¹⁰²⁰, que le dio carácter de medida estatal a efectos de su aplicación, matizando que sería responsabilidad de las Comunidades Autónomas y el SEPE, en sus respectivos ámbitos competenciales. Después del periplo legislativo contado, las empresas colaboradoras continúan con la mismas subvenciones que en el año 2004.

Para poder ser beneficiario de cualquiera de las dos ayudas, es necesario realizar un contrato de trabajo indefinido a jornada completa. Las ayudas son distintas en función de si la transición es de trabajadores con discapacidades severas que procedan del enclave u otros trabajadores. La contratación se debía realizarse sin solución de continuidad entre la empresa colaboradora y el CEE, motivo por el cual, aun siendo de aplicación los requisitos y exclusiones lo dispuesto en el capítulo II del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, modificado por el Real Decreto 170/2004, de 30 de enero, no se aplicaban en dichas situaciones la normativa general de subvenciones que dispone “*la exclusión de las ayudas por finalización en los últimos tres meses de la relación laboral de carácter indefinido del trabajador con discapacidad con el centro especial de empleo*”, puesto que dicha exclusión era contraria a la naturaleza de la transición.

El RD 290/2004, oferta una subvención de 7.814 euros por cada contratación, con la única finalidad de promover la transición, la norma únicamente recomienda que esta cuantía “*podrá ser destinada por la empresa colaboradora, total o parcialmente, a servicios de apoyo del trabajador*”. En el caso que la contratación en lugar de hacerse a tiempo completo, se hiciese a tiempo parcial se pueden percibir de forma proporcional a la jornada contratada. Para la transición de trabajadores sin especiales dificultades de acceso al empleo, la norma remite para determinar sus cuantías a la normativa general de subvenciones.

También ofrece una segunda subvención para la adaptación del puesto de trabajo y eliminación de barreras u obstáculos de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo. Se exige que la necesidad de adaptación para la que se solicita la subvención tenga un informe favorable de la Inspección de Trabajo, en el

¹⁰²⁰ BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

que se delimitará si la adaptación es una mejora general que no es adaptación¹⁰²¹, respecto de esta segunda subvención hay que distinguir las dos vertientes:

- La subvención para la adaptación del puesto de trabajo, sólo podría ser percibida si el trabajador es destinado a labores distintas de las que desempeñaba cuando trabajaba para el CEE, puesto durante el desempeño en la empresa colaboradora, el CEE debió adaptar todos los puestos a las discapacidades de sus trabajadores.

-Respecto a la eliminación de barreras, es necesario tomar en consideración que cuando se formalizó el contrato de enclave y se desplazaron las personas con discapacidad a la empresa colaboradora, previamente a la entrada de los trabajadores del CEE, la empresa colaboradora debió eliminar todas la barreras arquitectónicas existentes. De forma contraria, los trabajadores con discapacidad hubiesen estado trabajando en un entorno “hostil” a sus discapacidades. Excepto que se hayan modificado los procedimientos o haya cambiado la tecnología.

6.- PREVENCIÓN DE RIESGOS.

Las empresas que contraten o subcontraten actividades a otras dentro de su centro de trabajo son responsables en materia de seguridad e higiene, puesto que la concurrencia de empresarios y trabajadores en un mismo lugar constituye en sí un factor de riesgo¹⁰²², por ello las empresas que concurren en el mismo centro de trabajo deben coordinar las obligaciones en materia de prevención de riesgos con los contratistas o subcontratistas, que allí presten servicios, a fin de que quede garantizada la seguridad y salud de los trabajadores.

En su art. 9, el RD 290/2004, realiza una referencia específica a la prevención de riesgos en el enclave, recordando de manera genérica la obligación de coordinación que establece el art. 24 de la LPRL y remitiéndose de forma específica a dicho artículo y al RD 171/2004¹⁰²³, de 30 de enero, que lo desarrolla. También, hace referencia al art. 25 de la LPRL, debido a la protección que merecen los trabajadores especialmente sensibles

¹⁰²¹ Conforme lo dispuesto en el art. 12 del RD 1451/1983 , de 7 de abril, que regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, modificado por el Real Decreto 170/2004, de 30 de enero.

¹⁰²² MONEREO PÉREZ, J. y MOLINA NAVARRETE, C., “Art. 24. Coordinación de actividades empresariales” ... *op. cit.* Pág. 233.

¹⁰²³ BOE núm. 27 de 31 de enero de 2004. Denominado Reglamento de Coordinación, puesto que Desarrolla el art. 24 de la ley 31/1995 de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales en materia de coordinación de actividades empresariales.

a determinados riesgos, por la referencia específica que en este artículo realiza de los trabajadores con discapacidad.

Como se verá, además de las obligaciones anteriores, el mismo artículo, establece en su apartado segundo una prohibición específica para los enclaves, que se refiere a la exclusión de actividades que podrán realizar estos, sin referirse ni al puesto ni al trabajador.

6.1.- Cooperación en la protección y prevención.

La empresa colaboradora, como titular del centro de trabajo, debe adoptar las medidas necesarias para que el CEE, que desarrolla actividades, reciba la información y las instrucciones adecuadas, en relación a los riesgos existentes, así como las medidas de emergencia para el traslado de sus respectivos trabajadores. Dicha obligación establecida en el art. 24.2 LPRL, se desarrolla dentro de las obligaciones genéricas de coordinación en la actividad preventiva de actividades empresariales cuando dos o más empresas concurren en un centro de trabajo y una de ellas es la titular del mismo, como sucede en los enclaves laborales.

La LPRL no realizó un desarrollo específico de lo que debía entenderse por cooperación, sino que por medio de un mandato genérico dejó en su apartado sexto una vía abierta para desarrollar reglamentariamente dicha obligación, el RD 171/2004 de 30 de enero¹⁰²⁴, desarrolló el reglamento en materia de coordinación de prevención de riesgos laborales que se aplica actualmente.

Dentro del enclave, los trabajadores del CEE realizan obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal¹⁰²⁵, por lo que además de lo establecido en el apartado 2 del art. 24 LRPL, el apartado 3 del mismo artículo añade una obligación adicional de vigilancia sobre el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte del empresario principal.

Será la colaboradora, como contratista principal, quien deberá adoptar las medidas necesarias para que el CEE reciba la información y las instrucciones adecuadas en

¹⁰²⁴ BOE núm. 60 de 10 de marzo de 2004.

¹⁰²⁵ Entiende SAGARDOY DE SIMÓN que este deber específico, no sólo de coordinación sino también de control, se debe aplicar “cuando se den tres requisitos que la contrata o subcontrata sea para la realización de obras o servicios, que se corresponda con la propia actividad de la empresa y que se desarrolle en los centros de trabajo de la empresa principal” en: “Comentarios al artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Coordinación de actividades empresariales”. *Estudios y comentarios legislativos*. Núm. Diciembre. 2008

relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo, y también sobre las medidas de emergencia a aplicar, siendo el CEE el responsable de trasladarlo a sus trabajadores. También será la empresa colaboradora, por su papel protagonista¹⁰²⁶, la responsable en la evaluación de riesgos del centro de trabajo por ser titular de él y también quien adopte las medidas de emergencia que afectarán a todos los trabajadores que presten servicios en su centro de trabajo.

La información que debe comunicar el empresario principal, debe contar con unas instrucciones “*suficientes y adecuadas*”¹⁰²⁷ y se facilitarán obligatoriamente por escrito cuando los riesgos propios del centro de trabajo estén calificados como graves o muy graves, no siendo necesario por escrito cuando sean calificados como leves¹⁰²⁸. En cualquier caso, la acreditación del cumplimiento de la obligación de comunicación siempre es más sencilla cuando está documentada.

La obligación del empresario colaborador de “*vigilar el cumplimiento*” de la normativa de prevención de riesgos laborales por el CEE, se centra fundamentalmente en el control sobre el cumplimiento del plan de prevención, y sobre la vigilancia del cumplimiento de los deberes de información y formación a los trabajadores del CEE, tal como establece el capítulo IV del RD 171/2004. Dentro de esa obligación de vigilancia, debe la empresa colaboradora requerir al CEE la acreditación de la observancia de sus obligaciones preventivas, y el CEE, como contratista o subcontratista, deberá someterse a las comprobaciones que en materia prevención de riesgos laborales realice la empresa colaboradora. Estas obligaciones están desarrolladas en el art. 10, apartados 2 y 3 del RD 171/2004, que desarrolla el art. 24 LPRL.

La responsabilidad solidaria del empresario principal o colaborador aparece vinculada a un incumplimiento de su deber objetivo de cuidado, impuesto en razón al control y dominio que ejerce sobre el centro de trabajo o “*lugar destinado a albergar puestos de trabajo*”¹⁰²⁹. Ambos empresarios son “*deudores de seguridad*”¹⁰³⁰ puesto que el empresario colaborador también lo es respecto a trabajadores ajenos que prestan

¹⁰²⁶ SAGARDOY DE SIMÓN, I., “Comentarios al artículo 24...” *op. cit.*

¹⁰²⁷ Art. 8 Real Decreto 171/2004.

¹⁰²⁸ Art. 7.3 Reglamento de coordinación. Toda la información o documentación que se formalice por escrito deberá formar parte de la documentación a que se refiere el art. 23 LPRL conforme la Disposición Adicional Tercera del Reglamento de coordinación.

¹⁰²⁹ Art. 2 Directiva 89/657/CEE de 30 de noviembre de 1989.

¹⁰³⁰ MONEREO PÉREZ, J. y MOLINA NAVARRETE, C. “Art. 24. Coordinación de actividades empresariales”... *op. cit.* Pág. 234.

servicios en su centro de trabajo, y su responsabilidad vendría derivada del incumplimiento del deber de vigilancia respecto de las normas de prevención.

Al empresario principal, que acoge en sus instalaciones al CEE para realizar su propia actividad, se le presume¹⁰³¹ conocedor de los riesgos que el desarrollo de su actividad conlleva y por ese motivo se le exige dicho deber de vigilancia, no debiendo poner en esta labor únicamente una “*diligencia general de una persona razonable, sino también la diligencia profesional como tipo especial cualificado*”¹⁰³². Esta obligación se extenderá desde “*antes del inicio de la actividad*”¹⁰³³ y se prolongará a lo largo de la duración del enclave.

Se consideran medios de coordinación adicionales a la mera transmisión escrita de la información, la celebración de reuniones periódicas entre las empresas concurrentes, las reuniones conjuntas de los comités o delegados de seguridad y salud de las empresas concurrentes y, la impartición de instrucciones y el establecimiento conjunto de medidas específicas de prevención. Pero la actividad de coordinación empresarial se completa por medio de la determinación de los medios de coordinación y la designación obligatoria de una o más personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas¹⁰³⁴ que serán designadas por el empresario titular del centro de trabajo.

En virtud del art. 4.5 del Reglamento de Coordinación, el CEE deberá formar e informar a sus trabajadores conforme establecen los arts. 18 y 19 LPRL, de los riesgos derivados de los puestos de trabajo y también de los derivados de la concurrencia de actividades empresariales en el mismo centro de trabajo. La empresa colaboradora deberá comprobar que dicha formación e información ha sido proporcionada los trabajadores que entran a trabajar a su centro de trabajo. El deber de vigilancia impuesto al empresario principal no exonera al CEE de las responsabilidades en las que incurra por incumplimiento de las medidas preventivas, por su condición de empresario responsable de los trabajadores que forman el enclave.

Los representantes de los trabajadores de la empresa colaboradora, pueden ejercer sus derechos de información y participación en materia de prevención de riesgos laborales previstos en el Capítulo VI del RD 171/2004, de 30 de enero, teniendo derecho a ser

¹⁰³¹ SAGARDOY DE SIMÓN, I., “Comentarios al artículo 24 d ...” *op. cit.*

¹⁰³² MONEREO PÉREZ, J. y MOLINA NAVARRETE, C. “Art. 24. Coordinación de actividades empresariales.” ... *op. cit.* Pág. 238.

¹⁰³³ Art. 10.2 RD 171/2004.

¹⁰³⁴ Arts. 12 y 13 Reglamento de Coordinación.

consultados sobre la organización del trabajo, acompañar a los inspecciones de trabajo o realizar propuestas sobre medidas de coordinación al comité de seguridad y salud entre otros facultades. Además al igual que lo deben hacer los empresarios, empresa colaboradora y CEE, los comités de seguridad y salud de ambas empresas, o sus delegados de prevención, pueden celebrar reuniones conjuntas o acordar medidas de acción coordinada.

Por último, es importante destacar que las obligaciones de coordinación no se pueden eludir por medio de contratos o pactos adicionales, el art. 42.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto¹⁰³⁵, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS) establece que los pactos que tengan por objeto la elusión en fraude de ley de las responsabilidades establecidas en este apartado son nulos y no producirán efecto alguno.

6.2.- Protección por cualidades del trabajador y por riesgos específicos de la actividad.

El legislador, en el art. 25 de la LPRL prevé que frente a determinados riesgos algunos trabajadores necesitan una protección específica. Determina tres grupos de trabajadores, en primer lugar aquellos cuya especial sensibilidad provenga de sus características personales, un segundo supuesto que hace referencia al “*estado biológico conocido*” y el tercer supuesto, “*que es el más claro*”¹⁰³⁶, es el de “*aquellos que tengan reconocida una discapacidad física síquica o sensorial*”.

Tener una discapacidad, no implica obligatoriamente que las personas que la posean sean especialmente sensibles a todos los riesgos, sino que determinadas discapacidades pueden verse afectadas de forma especial frente a riesgos concretos, por lo que tanto el CEE como el empresario colaborador deberán estudiar de forma particular, en las evaluaciones de riesgos, cada puesto de trabajo en relación con el trabajador que lo

¹⁰³⁵ BOE núm. 189 de 8 de agosto de 2000.

¹⁰³⁶ En este sentido GARCÍA NINET y VICENTE PALACIO, establecen la diferenciación entre dichos tres grupos. Defienden que la claridad del grupo de personas con discapacidad estriba en que existe un reconocimiento por las actividades competentes, frente a este, cuya especial sensibilidad proviene de sus características personales, que se puede relacionar con el art. 189 LGSS, atendiendo a que dichas circunstancias pueden variar, y también el segundo supuesto por depender del biológico *conocido*, en caso de desconocimiento, por falta de comunicación del trabajador o no detección en los reconocimientos médicos, dicha obligación decae, en: “Art. 25. Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”. En AA.VV. (Dirs. MONEREO PÉREZ, J., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N.), *Comentario a la ley de prevención de riesgos laborales y sus desarrollos reglamentarios*. Comares. Granada. 2004.

ocupará, para que las posibles incompatibilidades de estado de salud frente a puesto de trabajo no produzcan riesgos ni para el empleado ni para otros trabajadores o cualquier tercero que esté en la empresa.

La protección de los trabajadores del CEE, en virtud de sus especiales y singulares características personales, no sólo está establecida en la LPRL, sino también en reglamentos y disposiciones de prevención de riesgos laborales. El art. 4 del RD 39/1997, de 17 de enero¹⁰³⁷, que aprueba el reglamento de servicios de prevención de riesgos laborales, estableció que en la evaluación inicial de los riesgos que hubiesen podido evitarse deberá tenerse en cuenta, entre otros factores, la posibilidad de que el trabajador que lo ocupe o vaya a ocuparlo sea especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido, y en el caso de que finalmente lo ocupe un trabajador con las condiciones antedichas, se deberá volver a evaluar el puesto por si las condiciones de trabajo lo convierten en especialmente sensible.

De la misma forma, el RD 664/1997, de 12 de mayo¹⁰³⁸, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos y el RD 665/1997, de 12 de mayo¹⁰³⁹ sobre exposición a agentes cancerígenos, prevén tomar en consideración el riesgo adicional que dichos agentes suponen para algunas personas especialmente sensibles.

La LPRL, va más allá de lo establecido en los RD que determinan únicamente que se debe “*tomar en consideración*” o “*volver a evaluar el puesto*”, cuando se vaya a emplear a personas especialmente sensibles. Establece una prohibición total¹⁰⁴⁰ de emplear en algunos puestos a aquellos trabajadores que, por sus circunstancias personales puedan, ellos o los trabajadores que los rodean, ponerse en situación de peligro. También, a diferencia del resto de reglamentos, la LPRL, por medio del mismo art. 25 identifica la discapacidad, nombrándola directamente, como una situación personal que puede afectar de manera directa a los riesgos de los trabajadores.

No sólo es necesario estudiar los riesgos estáticos, en función del estado de salud, sino que, tanto el empresario colaborador como el CEE, deberán tener en cuenta posibles situaciones transitorias, no debidas a las exigencias del trabajo, en las que las que el estado

¹⁰³⁷ Real Decreto 39/1997, de 17 de enero. BOE núm. 27, de 31 de enero de 1997.

¹⁰³⁸ BOE núm. 124, de 24 de mayo de 1997.

¹⁰³⁹ Ídem anterior.

¹⁰⁴⁰ En el mismo sentido GARCÍA NINET J. I. y VICENTE PALACIO A. “Art. 25. Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos” *op. cit.*

de salud de las personas no responda a las exigencias de los puestos de trabajo. La aplicación del art. 25 de la LPRL es obligatoria, tanto en los trabajadores cuya especial sensibilidad es conocida en el momento de la contratación, como por situaciones sobrevenidas¹⁰⁴¹.

Si la especial sensibilidad es conocida desde el momento de la contratación la asignación al puesto de trabajo dependerá del resultado de la evaluación previa, pero cuando la especial sensibilidad a los riesgos haya surgido en el transcurso de la prestación de servicios se intentará eliminar los riesgos del puesto de trabajo y de forma subsidiaria se podría intentar realizar una modificación funcional dentro de los puestos que tenga la empresa, pero esta opción, no es obligatoria al no desprenderse del texto de la LPRL¹⁰⁴², excepto que esté establecida de forma convencional.

El art. 9.2 del RD de enclaves, establece la prohibición de constituir enclaves laborales para la realización de las actividades y los trabajos que se determinan en el Anexo I¹⁰⁴³ del RD 39/1997, de 17 de enero de 1997¹⁰⁴⁴ por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. Además, las actividades de dicho anexo son

¹⁰⁴¹ STSJ Navarra (Sala social sección 1ª) núm. 65/2009 de 25 de marzo. R. Supl 442/2008.

¹⁰⁴² STSJ Cantabria (Sala social sección 1ª) núm. 389/2010 de 25 mayo .R. Supl 319/2010.

¹⁰⁴³ ANEXO I.

a) *Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes en zonas controladas según Real Decreto 53/1992, de 24 de enero, sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes.*

b) *Trabajos con exposición a agentes tóxicos y muy tóxicos, y en particular a agentes cancerígenos,*

mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera y segunda categoría, según Real Decreto 363/1995, de 10 enero, que aprueba el Reglamento sobre notificación de sustancias nuevas y clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, así como Real Decreto 1078/1993, de 2 de julio, sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos, y las normas de desarrollo y adaptación al progreso de ambos.

c) *Actividades en que intervienen productos químicos de alto riesgo y son objeto de la aplicación del Real Decreto 886/1988, de 15 de julio, y sus modificaciones, sobre prevención de accidentes mayores en determinadas actividades industriales.*

d) *Trabajos con exposición a agentes biológicos de los grupos 3 y 4, según la Directiva 90/679/CEE y sus modificaciones, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados a agentes biológicos durante el trabajo.*

e) *Actividades de fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos y otros objetos o instrumentos que contengan explosivos.*

f) *Trabajos propios de minería a cielo abierto y de interior, y sondeos en superficie terrestre o en plataformas marinas.*

g) *Actividades en inmersión bajo el agua.*

h) *Actividades en obras de construcción, excavación, movimientos de tierras y túneles, con riesgo de caída de altura o sepultamiento.*

i) *Actividades en la industria siderúrgica y en la construcción naval.*

j) *Producción de gases comprimidos, licuados o disueltos o utilización significativa de los mismos.*

k) *Trabajos que produzcan concentraciones elevadas de polvo silíceo.*

l) *Trabajos con riesgos eléctricos en alta tensión.*

¹⁰⁴⁴ BOE núm. 27, de 31 de enero de 1997.

actividades consideradas como peligrosas o con riesgos especiales a efectos de coordinación de actividades empresariales¹⁰⁴⁵.

7.- RESPONSABILIDADES.

Establece el art. 8.1 del RD 290/2004 que el CEE y la empresa colaboradora responderán de sus obligaciones laborales y de Seguridad Social de forma solidaria o subsidiaria, conforme lo prescrito en el art. 42 del ET, y en los arts. 104.1 y 127.1 de la LGSS.

Realiza el legislador una remisión genérica a la legislación común, en la atribución de las responsabilidades laborales que corresponderían por los posibles incumplimientos, pero además de las responsabilidades derivadas de los artículos citados, también tanto el CEE como el colaborador, tienen responsabilidades civiles y penales por los incumplimientos propios y de la otra parte contratante como empleadores y contratistas principales respectivamente.

7.1.- Salariales.

El ET en el art. 42.2 establece una responsabilidad solidaria, sobre las obligaciones salariales contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata y hasta el año siguiente a la terminación de su encargo. Esta obligación solidaria está vinculada, en función de lo establecido en dicho artículo, a la realización por el CEE de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal o colaborador, por lo que el caso de los enclaves, que siempre desarrollarán la propia actividad de contratista principal¹⁰⁴⁶, la responsabilidad siempre será solidaria entre las dos empresas.

Esta responsabilidad se determina sólo sobre obligaciones salariales¹⁰⁴⁷, no extrasalariales, como dietas o suplidos, tampoco por indemnizaciones ni las debidas por extinción de contratos ni por fallecimiento. Tampoco existe responsabilidad por los salarios de trámite, pues el carácter de estos últimos es más indemnizatorio que salarial.

¹⁰⁴⁵ Disposición adicional undécima RD 39/1997.

¹⁰⁴⁶ En el caso que la actividad del enclave no fuese de la propia actividad de la empresa la responsabilidad sería subsidiaria respecto a las deudas de la seguridad social. Pero en ese caso no estaríamos ante un enclave sino ante una contrata o subcontrata con un CEE que cumple con todos los requisitos del enclave. Esta situación de cumplimiento de todos los requisitos menos la actividad es altamente improbable.

¹⁰⁴⁷ AA.VV. SEMPERE NAVARRO, A. V., CHARRO BAENA, P., MARTÍN JIMÉNEZ, y R., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. “Comentario al artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores... op. cit.

7.2.- De Seguridad Social.

Tanto el ET por medio del art. 42.2 como la LGSS en el art. 104.1 derivan una responsabilidad solidaria sobre los dos empresarios respecto de las obligaciones de cotización contraídas por el CEE como contratista o subcontratista, en base a la asimilación de esta figura a la de los empresarios que contratan con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad, por aquellas cotizaciones que se hayan devengado durante el período de vigencia de la contrata¹⁰⁴⁸.

Para limitar dicha responsabilidad solidaria, y para dotar al empresario principal de un instrumento que le otorgue una mayor seguridad jurídica a su negocio, el art. 42.1 ET establece que los empresarios que contraten o subcontraten con otros obras o servicios correspondientes a su propia actividad, deberán comprobar que los contratistas, en este caso el CEE, está al corriente de pagos con la Seguridad social, debiendo solicitar certificado negativo por descubiertos en las cotizaciones¹⁰⁴⁹.

El empresario colaborador, por asimilación a los “empresarios principales” del art. 42 ET, responderá solidariamente hasta un año después de finalizado el contrato, de aquellas obligaciones de cotización que el CEE no hubiese satisfecho operando como limitador a su responsabilidad sobre las cotizaciones, los certificados negativos de deuda que haya emitido la TGSS o el silencio de la administración en la emisión de aquellos¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁸ Es importante tener en cuenta que si bien los CEE tiene una bonificación del 100% de la cuota empresarial en las cotizaciones de las personas con discapacidad que para ellos trabajen, las cotizaciones satisfechas fuera de plazo eliminan las bonificaciones, por lo que la responsabilidad y el riesgo por impago de cotizaciones es completamente equiparable a lo que sucede con las demás empresas ordinarias.

¹⁰⁴⁹ Según lo establecido en el art. 42.1 del ET, La TGSS tienen la obligación de “*librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.*” Esto es, transcurridos los 30 días desde la solicitud del certificado sin haberlo expedido la TGSS el contratista principal no tiene responsabilidad sobre la falta de cotización de los periodos siguientes a la fecha en la que se ha solicitado el certificado, pues no tenía información sobre si debía dejar de pagar al subcontratista para hacer frente a las cotizaciones o paralizar la subcontrata hasta que esta se ponga “al día” con la Seguridad Social, pero si tiene responsabilidad solidaria sobre el periodo hasta el que pidió la certificación por haberse beneficiado del trabajo de los empleados del subcontratista impagador.

¹⁰⁵⁰ La responsabilidad del art. 42 ET, no es sancionadora sino que garantiza la protección para que los beneficiarios del trabajo por cuenta ajena respondan de las contraprestaciones inherentes al mismo, evitando que el lucro que de él puedan disponer vaya en perjuicio del trabajador. STS 23 de febrero de 2001.

En la práctica diaria, el empresario principal “diligente”, para evitar ser responsable de salarios y cotizaciones, solicita al subcontratista comprobante de los pagos de las nóminas y los seguros sociales antes de abonar la factura que por los servicios prestados debe a los contratistas o subcontratistas. Habitualmente no pagará dichas facturas en el caso de que estos no justifiquen o no hayan cumplido con sus obligaciones salariales y de cotización, de esa manera aunque su responsabilidad continúa siendo solidaria, pagará a los trabajadores y a la administración con el dinero que debió abonar a la empresa contratista o subcontratista.

Es de destacar que la responsabilidad solidaria de pago de cotizaciones se limita en el tiempo hasta el año siguiente de la finalización de la contrata, dicho plazo anual coincide con el plazo de prescripción de los salarios.

7.3.- Deudas por prestaciones.

Cuando los trabajadores hayan causado derecho a una prestación por haberse cumplido las condiciones a que se refiere el art. 124 de la LGSS la responsabilidad del pago de la misma, corresponde, de acuerdo con sus respectivas competencias, a las Mutuas o al INSS. En caso de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, altas y bajas, de cotización, el art. 126.2 LGSS determina que el empresario incumplidor será responsable del pago de dichas prestaciones¹⁰⁵¹.

Si bien para el caso de las contratas y subcontratas el art. 127.1 de la LGSS, establece que de forma subsidiaria al empleador, el empresario principal será responsable del pago de las prestaciones a las que el trabajador tenga derecho, la referencia que el mismo artículo realiza al art. 42.2 ET determina que en los casos de contratas de misma actividad como en el caso de enclaves laborales, la responsabilidad de las prestaciones tendrá la consideración de solidaria¹⁰⁵².

7.4.- Por incumplimientos en materia preventiva.

Como obligado de velar por la salud de los trabajadores que desarrollan su labor dentro de su centro de trabajo, desarrollando además su propia actividad, el empresario colaborador es responsable por los incumplimientos que en materia de prevención de riesgos laborales realice el CEE.

7.4.1.- Recargo de prestaciones.

El empresario colaborador será responsable solidario en caso de obligación de pago del recargo de prestaciones del art. 123 de la LGSS, que determina el aumento de las prestaciones económicas a las que tiene derecho el trabajador o sus familiares en el caso de accidentes de trabajo, cuando la lesión del trabajador del CEE se produzca por el

¹⁰⁵¹ Art. 126.2 LGSS

¹⁰⁵² La responsabilidad es solidaria porque los trabajadores realizan la actividad propia del empresario colaborador, si no fuera así, se debería tratar como subcontratación y la responsabilidad sería subsidiaria. En este sentido SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M., SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, J. M. *Los enclaves laborales... op cit.* Pág. 104. En el mismo sentido SALCEDO BELTRÁN, M.C., “La responsabilidad empresarial respecto de las prestaciones de la Seguridad Social en la cadena de subcontratación”. *Aranzadi Social* Núm. 15. 2007. La STS de 23 de septiembre de 2008. RCU 1048/2007 confirma el criterio expuesto.

incumplimiento de alguna de las obligaciones de seguridad e higiene en el trabajo¹⁰⁵³. Esta obligación de pago del recargo es una responsabilidad independiente y compatible con las demás impuestas, incluso con las penales. Aplicándose la responsabilidad solidaria, en función de la determinación del incumplimiento en materia de prevención, al compartir centro de trabajo y por realizar obras o servicios correspondientes a la misma actividad¹⁰⁵⁴.

7.4.2.- Sanciones administrativas.

Las infracciones por incumplimiento de obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, pueden ser calificadas como muy graves cuando no se hayan realizado las tareas de cooperación y coordinación necesarias para la protección y prevención de riesgos y si las actividades son consideradas como peligrosas o con riesgos especiales¹⁰⁵⁵. También tiene la calificación de muy grave y es destinada exclusivamente para el titular del centro de trabajo, esto es el empresario colaborador, si este no adoptase las medidas necesarias para que todos los trabajadores recibiesen la información adecuada para garantizar la salud de quienes desarrollan labores que se consideren especialmente peligrosas¹⁰⁵⁶.

El art. 12.14 de la LISOS de aplicación en los enclaves determina que la empresa colaboradora, como titular del centro de trabajo, está obligada a garantizar que quienes desarrollen tareas en su centro tengan toda la información e instrucciones adecuadas sobre los riesgos existentes. Puesto que es el CEE quien debe formar e informar directamente a la plantilla¹⁰⁵⁷, podría ser sancionado, conforme el art. 12.8, por lo que las responsabilidades pueden ser solidarias o separadas en función de las obligaciones incumplidas por cada una de las empresas. De forma distinta, el deber de coordinación es

¹⁰⁵³ Los incrementos de las prestaciones en caso de imposición de recargo oscilan entre un 30 a un 50 por cien, sobre el importe de la prestación.

¹⁰⁵⁴ STS 26/05/2005 de 26 de mayo RCU 3726/2004 establece que “*Es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control*» (en el mismo sentido la STS de 5 de mayo de 1999. RCU 3656/1997)”.

¹⁰⁵⁵ Art. 13.7 LISOS.

¹⁰⁵⁶ Art. 13.8 LISOS.

¹⁰⁵⁷ SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M., SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, J. M. *Los enclaves laborales... op cit.* Pág. 113.

un deber único por lo que su incumplimiento y su sanción son solidarias, así la sanción debe imponerse a las dos empresas conforme al art. 24.1 LPRL.

El incumplimiento del deber de vigilancia determinado en el art. 24.3 de la LPRL, se puede aplicar, de forma solidaria al CEE y a la empresa colaboradora, si existen incumplimientos de los deberes de seguridad por parte de las empresas y tiene la consideración de falta muy grave, si de ella se derivase un riesgo grave o inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.

El art. 12.7 LISOS, califica como infracción grave la adscripción de trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales, también en caso de la dedicación de aquellos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud. Exceptúa esta graduación si la considera infracción muy grave, art. 13.4 LISOS, si de esas conductas empresariales, se “*derive un riesgo grave e inminente para la seguridad de los trabajadores*”.

Por último, respecto de las infracciones y sanciones administrativas por incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales, son destacables dos asuntos:

-Las cuantías aplicables a las sanciones tipificadas como graves oscilan desde 2.046€ a 40.985€, y las muy graves alcanzan desde los 40.986€ hasta los 819.780€¹⁰⁵⁸.

-Y los pactos realizados con el único objeto de eludir las responsabilidades establecidas en art. 42.3 de la LISOS, que se refieren a la responsabilidad solidaria de contratistas y subcontratistas respecto al deber de vigilancia y coordinación, además de ser nulos, se califican como sanción muy grave establecida en el art. 13.14 de la LISOS.

7.4.3.- Responsabilidades civiles y penales.

Por último respecto a la responsabilidad del CEE y de la empresa colaboradora, se puede afirmar que la infracción de normas de prevención riesgos laborales también puede generar, además de las anteriores sanciones por parte de Inspección de Trabajo, responsabilidades penales y civiles que se puedan derivar de la aplicación del art. 316 y 317 del Código Penal y en base al art. 1.101 del CC, para reparar los daños y perjuicios

¹⁰⁵⁸ Art. 40.2 LISOS.

sufridos basados en la responsabilidad del contratante, esto es del CEE como empleador, y de la empresa colaboradora como contratista principal.

Respecto de las responsabilidades penales, el art. 316 establece que serán castigados con penas de prisión quienes infringiendo las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, esto afecta tanto al CEE como al colaborador si no aplican y/o no desarrollan las actividades necesarias para la prevención eficaz de los riesgos derivados del trabajo. El art. 317 castiga con pena inferior en grado, la comisión del delito descrito en el art. 316 si se comete por imprudencia grave.

Es de destacar que para que se aplique dichos delitos de riesgo, la infracción de normas de prevención debe referirse a normas que *“pongan en concreto y grave peligro la vida, salud e integridad física de aquéllos, (trabajadores) pues de lo contrario estaríamos ante un simple ilícito administrativo, dado que aunque la infracción no sea en apariencia grave, el peligro anudado a ella sí debe serlo”*¹⁰⁵⁹. El Código Penal no sanciona la desobediencia de las normas de seguridad, sino la puesta en peligro de los trabajadores por la infracción de dichas normas.

Si el art. 316 CP castiga la comisión dolosa del delito, el art. 317 CP sanciona la imprudencia grave con la pena inferior en grado. *El elemento que traza las fronteras entre el tipo doloso y el culposo no es tanto la intención de crear el peligro (pues basta el dolo eventual: es decir, que el sujeto activo se represente como probable el resultado de su comportamiento y, pese a ello, acepte dicho resultado o le resulte indiferente su producción), cuanto la de no arbitrar los medios establecidos en las normas de prevención (infringiéndolas), conociendo cuál va a ser el resultado de tal omisión: la puesta en peligro grave de los trabajadores*¹⁰⁶⁰.

Además de la responsabilidad penal, la infracción de normas de prevención de riesgos laborales también puede generar responsabilidad civil, tanto para el centro especial de empleo como para la empresa colaboradora, derivada del contrato de enclave. En base al art. 1.101 del CC que establece que *“Quedan sujetos a la indemnización de*

¹⁰⁵⁹ PURCALLA BONILLA, M. A., “Delitos específicos de peligro contra la seguridad y la salud de los trabajadores: la conducta típica en los artículos 316 y 317 del Código Penal”. *Aranzadi Social*. Núm. 22. 2005.

¹⁰⁶⁰ Ídem cita anterior.

los daños y perjuicios causados los que, en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas”.

Este tipo de responsabilidad civil obliga a indemnizar a los trabajadores por los daños causados por el incumplimiento de normas de prevención de riesgos, y pretende el resarcimiento del daño causado por la acción u omisión en que intervenga culpa o negligencia, de los que están obligados por el contrato de enclave, empresario colaborador y CEE.

8.- REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

La regulación de los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores que prestan servicios en los enclaves, es coincidente a la que se aplica a cualquier trabajador desplazado a un centro de trabajo cuya titularidad es de otra empresa, pues el RD 29/2004 remite a las normas generales.

8.1.- Trabajadores del CEE.

El art. 10.1 del RD 290/2004 titulado como “*otros derechos de los trabajadores y sus representantes*”, remite a lo dispuesto en el capítulo IV del RD 1368/1985 que regula la relación laboral especial de las personas con discapacidad en los CEE. En dicho capítulo se encuentran los artículos 20 y 21 que regulan los derechos de representación colectiva y de reunión, y la negociación colectiva, respectivamente. Estos artículos remiten a lo previsto en la regulación laboral común con la única salvedad que en los Convenios colectivos de ámbito superior a la empresa estarán legitimadas para la negociación las asociaciones que pudieran contar con idéntico grado de representación en el sector correspondiente al exigido en el ámbito laboral común por el artículo 87 del ET.

El apartado 2 del mismo artículo 10 del RD 290/2004 dispone que si bien los enclaves podrán comenzar su actividad en la fecha en la que se firme el contrato, deberán tanto la empresa colaboradora como el CEE, “*en su condición de empresa principal y de empresa contratista, respectivamente*” cumplir con sus obligaciones de información a los trabajadores y a sus representantes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 42 del ET, recordando algunas obligaciones que tienen las partes impuestas por normas superiores al RD específico que regula los enclaves.

En el caso de que los trabajadores desplazados del CEE carezcan de representación legal en su centro, tienen derecho a formular cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, pero dichas cuestiones serán reclamaciones frente a la empresa colaboradora, no “*respecto de la empresa de la que depende*” en base al segundo párrafo del art. 42.6 del ET. Entendiendo además que el reconocimiento del derecho de representación no supone que el enclave sea un centro de trabajo como los referenciados en los arts. 62 y 63 del ET, en los que se puedan elegir representantes o comités de empresa, sino únicamente un lugar de prestación de trabajo donde se desplazan los trabajadores con discapacidad del CEE¹⁰⁶¹.

Estima la doctrina que la negociación colectiva podría mejorar la protección del trabajador con discapacidad destinado al enclave¹⁰⁶², puesto que algunas normas sobre garantías propias del trabajo en las ETT se podrían trasladar al trabajo en el enclave,. Entre ellas, cuestiones como equiparación salarial o la posibilidad para el trabajador allí destinado a presentar reclamaciones ante los representantes de personal de la empresa cliente.

8.2.- Empresa colaboradora.

La empresa colaboradora en el caso que tenga representantes legales de los trabajadores deberá informarles sobre la firma del contrato de enclave con el CEE, puesto que en aplicación del art. 42.4 ET, una vez concertado el enclave, deberá informarles sobre el nombre, domicilio y NIF del CEE como empresa contratista o subcontratista. También deberá comunicarles el objeto y duración de la contrata, el lugar de ejecución de la misma, el número de trabajadores que se prevé contratar y las medidas de coordinación de prevención de riesgos laborales previstas. La empresa principal/colaboradora, deberá de disponer un libro de registro en el que se refleje toda la información puesta a disposición de los representantes legales de los trabajadores. Además conforme el art. 64.1 del ET, la empresa colaboradora, deberá informar a su comité de empresa sobre las previsiones de evolución del empleo en ella.

¹⁰⁶¹ SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M., SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, J. M. *Los enclaves laborales... op. cit.* Pág. 78.

¹⁰⁶² LLANO SÁNCHEZ, M. “El enclave laboral”...*op. cit.*

9.- CONCLUSIONES SOBRE LA UTILIZACIÓN DEL CONCEPTO DE LOS ENCLAVES LABORALES COMO GUIA DE LOS FUTUROS CEE.

Los enclaves laborales se utilizan como instrumento para la integración de personas con especiales dificultades de acceso al empleo y también deberían servir como modelo para realizar cambios respecto a la composición y las obligaciones de transición de los CEE.

Por ser un instrumento de integración que acerca al trabajador con discapacidad al empleo ordinario no debería tener fecha de caducidad. Una nueva regulación de su normativa debería eliminar el plazo máximo de duración de seis años, permitiendo la posibilidad de realizar prorrogas trianuales, como las que existen en la actualidad, sin limitar el número máximo de estas.

Por medio de la obligación de transición, establecida para poder prorrogar los plazos del contrato, se consiguen inserciones en el mercado ordinario de trabajo y además se mantienen los puestos de trabajo que crean los enclaves, pero sería conveniente vincular la transición con la empresa principal, al menos de un trabajador con discapacidad leve, además del ya establecido con discapacidades severas, para que se produzca la prórroga, puesto que ahora cualquier contratación por una empresa ordinaria sustituye la obligación del colaborador de acoger en su plantilla a trabajadores con discapacidad.

Para fomentar su uso habría que facilitar la composición de los grupos de trabajadores que se deben desplazar. Sería aconsejable eliminar la obligación de que sólo un 25 por cien de trabajadores no tenga antigüedad mínima de tres meses en el CEE, debiéndose eliminar dicha limitación, al menos, para los trabajadores con especiales dificultades. Y también debería flexibilizarse normativamente la obligación de que siempre sea el mismo grupo de trabajadores el que se desplaza del CEE a la empresa ordinaria pudiendo cambiar a los integrantes del grupo y su número, también referido únicamente a personas con discapacidades severas.

Estas dos medidas, tomadas de forma conjunta, pueden ayudar a la formación y a la promoción de trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo, animando a formar y a probar sus capacidades en entornos ordinarios y colaborando con la transición gradual, desde los CO hacia el empleo, además se podrían acoplar en momentos determinados las necesidades de la empresas y a las capacidades de los trabajadores.

Además de ello, es conveniente revisar la consideración de excedente forzoso a todos los trabajadores que transiten al empleo ordinario, en particular a aquellos cuya transición posibilitó la prórroga de los contratos de enclave más allá de los tres primeros años.

CONCLUSIONES.

1.- La normativa internacional entiende que debe crearse empleo protegido como un instrumento de integración y de transición al mercado ordinario de trabajo, determinándolo como un empleo subsidiario a la integración en el mercado ordinario, y sólo destinado para trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo.

2.- El número de CEE a nivel estatal ha pasado de 137 en el año 1995 a 2.215 en el año 2011. El incremento progresivo del número de personas que en ellos trabajan no ha cesado, ni siquiera en tiempos de crisis, pese a la destrucción de empleo que han sufrido todos los sectores. En la Comunidad Valenciana en un periodo de sólo cuatro años se ha pasado de 4.035 trabajadores en el año 2011, a 4.725 en el año 2014, creciendo por lo tanto un 17 por cien en número de empleados.

La población de personas con discapacidad el año de publicación de la LISMI, no es comparable, ni en número ni en composición por grados y etiologías con la que existe en la actualidad. El grupo poblacional de personas con discapacidad, desde el año 2008 hasta el 2013, ha duplicado su número y en cuanto a ocupados y parados, ha cambiado de tal forma que incluso se podría afirmar que no estamos hablando del mismo colectivo.

3.- Además de ello, el legislador ha realizado una asimilación, casi total, de la incapacidad laboral a la discapacidad en cuanto a derechos en el fomento del empleo por medio de la LGPDIS, en contra de lo que estimaba la jurisprudencia, no beneficiando a las personas con discapacidad. Puesto que discapacidad e incapacidad laboral son espacios diversos, los beneficiarios de cada una de las situaciones deben ser determinados mediante los procedimientos establecidos en cada uno de los sectores del ordenamiento social a que pertenecen. La equiparación de derechos en la promoción laboral de estas dos situaciones administrativas, y la eliminación del requisito de tener disminución de

capacidad laboral para optar a beneficios de promoción de empleo, obliga a repensar este modelo que está dejando de lado a quien más problemas tiene.

4.- Las personas con discapacidad física y sensorial con un grado igual o superior al 65 por cien y quienes tienen una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por cien, tienen mayores dificultades de acceso al mercado ordinario, como así lo reconoce el RD 290/2004, de enclaves laborales y también la ley para la mejora del crecimiento del empleo, Ley 43/2006, que denomina a este grupo como de discapacidades severas.

Las estadísticas determinan que sólo un 27,71% de personas con discapacidad psíquica en edad laboral está activa y que entre quienes tienen más de un 65 por cien de grado de discapacidad, también en edad laboral, únicamente están activos un 18,22%. Estos datos indican que se debe diferenciar las acciones de empleo para este grupo por estar claramente por debajo de la ocupación de las personas con discapacidades leves y también de quienes no tienen discapacidad.

5.- En la actualidad la desviación existente entre quienes necesitan apoyos para encontrar y mantener un empleo por causa de su discapacidad y quienes resultan beneficiados por subvenciones y bonificaciones es preocupante, puesto que personas sin disminución de capacidad de integración y sin necesidades de apoyos especiales para su incorporación al mercado laboral se aprovechan de una normativa que otorga derechos de forma homogénea a una población muy heterogénea.

La modificación lenta pero determinada, del legislador, eliminando el doble requisito de tener discapacidad y disminución de la capacidad de trabajo y la asimilación de derechos de otras situaciones discapacitantes a la discapacidad, conlleva una modificación del concepto de personas con discapacidad a efectos laborales, y ello ha conducido a que nos encontremos, 30 años después de su creación, con la sombra de lo que había creado la LISMI y con la desaparición de la motivación para la que fueron concebidos los CEE.

6.- Los Centros Especiales de Empleo y la Relación Laboral Especial de las personas con discapacidad que trabajan en ellos, fueron creados para las personas que por su discapacidad no pudiesen acceder al mercado ordinario de trabajo, en una concepción más moderna de la discapacidad debería determinarse que la composición de sus plantillas debería enfocarse a personas con discapacidades severas.

7.- En el año 2013, la LGPDIS suprimió un pilar básico de la integración, como es la preferencia del empleo ordinario sobre el protegido, esta actuación junto con la modificación de las exigencias para acceder al empleo protegido, obliga a un replanteamiento completo de la situación actual del empleo protegido y a una modificación de las condiciones del acceso al mismo. Puesto que se están lucrando de las ayudas para el empleo las empresas que crean puestos de empleo protegido con personas con discapacidades leves, dando la espalda los nuevos CEE a los trabajadores para los se concibió el empleo protegido.

En primer lugar debería volverse a la consideración de que el empleo protegido es subsidiario del ordinario, y promover la inserción laboral de las personas con discapacidad en el mercado abierto como finalidad última de las políticas laborales. Sólo así se puede retomar el principio de transición, que también aconsejan las normas internacionales, puesto que si no hay un empleo prevalente, no se debería promover un camino hacia otras metas.

8.- Es urgente determinar quiénes deben acceder al mercado protegido de trabajo, puesto que en lugar de tener verdaderos centros especiales de empleo, ahora tenemos muchas empresas con muchos trabajadores con certificado de discapacidad, para cumplir con la normativa internacional y con el espíritu para el que fueron creados y también para potenciar la inclusión en empleo ordinario, las plazas de personas con discapacidad en los CEE deberían ser ocupadas única o mayoritariamente por personas con especiales dificultades de acceso al empleo ordinario, determinadas en el RD 290/2004.

9.- En el empleo ordinario se incentiva la inserción de trabajadores con discapacidad, en función de las necesidades de apoyo de estos, primando con más cuantías a quienes dan trabajo a quien más difícil lo tienen. Esto no sucede en el empleo protegido, donde se bonifica por igual todas las contrataciones, tanto de quienes tienen dificultades de acceder al empleo, como de quienes tienen salarios altos.

Si las bonificaciones pretenden la inclusión laboral de las personas, y su promoción desde el desempleo, la bonificación de salarios de cuantías elevadas debería suprimirse, debiendo aplicar en todos los tipos de empleo, ordinario y protegido, la bonificación de cuotas de cuantía fija anual, que se podría revisar, por ejemplo, bianualmente.

La bonificación del empleo protegido, debe estar incluida en los programas generales de empleo, para poder estudiar la promoción de empleo de las personas con discapacidad de forma conjunta con el régimen general y para comparar su promoción con el de otros colectivos. Además esta regulación unitaria, genera la visión de que el empleo protegido debe estar muy cerca del empleo ordinario. Incluso deberían tener las mismas cuantías bonificadas que el empleador ordinario, para no generar tránsito inverso, desde el ordinario hacia el protegido. Pero se deben regular condiciones específicas por medio de las exclusiones, para promover el tránsito hacia el empleo ordinario.

10.- La lógica del empleo especial es dar oportunidades, por medio de un mercado protegido de trabajo, a quien no las encuentra en el mercado ordinario. Carece de sentido que precisamente dónde se debería fomentar el empleo para personas con discapacidades severas, la inclusión de estos trabajadores no esté incentivada de forma especial.

El empleo protegido disfruta de bonificaciones superiores en base, únicamente a su cualidad del empleador, no tomando en consideración a quien contrata. El actual sistema de bonificación establecido para los CEE puede estar provocando que se trasladen trabajadores desde el empleo ordinario hacia el empleo protegido. Más del 70 por cien de los contratos de personas con discapacidad firmados en los años 2013, 2014 y 2015, se firmaron en CEE, lo que evidencia que en lugar de tener un empleo protegido subsidiario, actualmente es preferente, ello es debido fundamentalmente a las ayudas que recibe.

Dentro de una lógica económica, tanto por parte de las empresas como por los trabajadores con remuneraciones medias y altas, en su mayoría con discapacidades leves, es más ventajosa la contratación en empleo protegido que en el ordinario. Esta situación es contraria al principio de incentivación del trabajador con problemas de exclusión laboral, pues al beneficiar por igual a los trabajadores con discapacidades leves que a quien tiene discapacidades severas, los CEE que no tienen intereses sociales optan por la contratación del trabajador más rentable, descartando a quien tiene discapacidades severas y sólo las entidades sin ánimo de lucro mantienen empleo protegido con los fines para los que fue creado.

11.- En la Comunidad Valenciana, en sólo cuatro años, desde el año 2011 al 2014, se ha pasado de que los trabajadores con discapacidad severa sean un 46,37 por cien de las plantillas de los CEE a sólo un 36,04 por cien. Debería reducirse el número de trabajadores con discapacidad leve en los CEE , para dejarlos únicamente para trabajadores con discapacidades severas o hasta dejar, al menos, una composición similar,

a la de los enclaves, que deben tener un mínimo del 60 por cien de trabajadores con dificultades de acceso al mercado ordinario.

Para ello, la forma más sencilla sería planificar que en un periodo de cinco años se redujeran las ayudas para quienes tienen discapacidad leve en el empleo protegido dejándolas al mismo nivel que en el empleo ordinario. Por medio de esta equiparación progresiva en las bonificaciones y con la eliminación de subvenciones para el empleo de personas con discapacidades leves en empleo protegido, la incentivación que ahora existe para que quienes no lo necesitan, ocupen puestos en un empleo especial como es el protegido, desaparecería.

12.- Además, debería fomentarse la transición, animando de forma activa el paso de los trabajadores desde los CEE hacia el mercado abierto de trabajo, promocionando en primer lugar el paso de las personas con discapacidades leves, que no deberían estar en empleo protegido y después la transición de trabajadores con discapacidades severas, puesto que la integración debe darse también para estas personas en el medio ordinario.

Se deberían establecer legalmente cuotas anuales o bianuales en función del número de empleados de los CEE, creando obligaciones distintas en función no sólo del número de trabajadores del centro, sino también de la proporción de personas con especiales dificultades que tenga cada uno, sabiendo que las transiciones de trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo son más difíciles de conseguir, y por lo tanto apoyando económicamente al empresario que los acoja y al centro que consiga la transición.

Es necesario determinar ratios de trabajadores y plazos en la futura obligación de transición, cuya normativa podría basarse en la legislación vigente para los enclaves laborales. Estos se utilizan como instrumento para la integración de personas con especiales dificultades de acceso al empleo y pueden servir como modelo para realizar cambios en la legislación general de los CEE.

13.- Los enclaves laborales, por ser un instrumento de integración que acerca al trabajador con discapacidad al empleo ordinario no debería tener fecha de caducidad. Una nueva regulación de su normativa debería eliminar el plazo máximo de duración de seis años, permitiendo, por ejemplo, la posibilidad de realizar prórrogas trianuales como las que existen en la actualidad, sin limitar el número máximo de estas.

14.- Es necesario redefinir la relación laboral especial de trabajadores con discapacidad para que continúe siendo «especial». Las propuestas doctrinales parten de la base de que únicamente se destine esta RLE a personas con especiales dificultades de acceso al empleo, definidas en el RD 290/2004. Por otro lado, se plantea que no se aplique únicamente en los CEE sino que también lo sea en el mercado ordinario de trabajo. Creo que la introducción de la RLE para personas con discapacidad en el régimen abierto de trabajo es positiva, pero puede generar problemas por las mayores limitaciones contractuales que provoca la normativa de la RLE y también por la ejecución más dificultosa de los ajustes personales y sociales en empresas no especializadas, por lo que necesitará que se aprueben partidas presupuestarias o instrumentos específicos para su aplicación fuera de los CEE.

Pese a que la LGDPDIS modificó el ámbito de los ajustes personales y sociales, eliminando las labores de rehabilitación y las terapéuticas que constaban en la LISMI, continúan siendo la base de la especialidad de la RLE, puesto que dicha norma, continúa estimado que estos ajustes se deben prestar para ayudar a los trabajadores a superar las barreras, obstáculos o dificultades que encuentren en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo.

15.- Para ayudar en las tareas de transición y para mejorar el empleo de las personas con discapacidad con relación laboral especial, sería conveniente poner en funcionamiento los equipos multiprofesionales, que establecen todas las normas de promoción laboral de personas con discapacidad y que todavía no han sido creados. Estos equipos no sólo deberían realizar profesiogramas de trabajadores, sino que por medio de los contactos con empresas podrían ayudarles a transitar al empleo ordinario. Estos equipos podrían también fomentar el paso de la desocupación hacia el empleo protegido por medio de las adaptaciones contractuales previstas en normativa de la relación laboral especial y controlar que las ayudas que se prestan para el empleo protegido se utilizan para los fines por los que son concedidas.

La mayoría de personas con discapacidad pueden realizar un sinfín de trabajos, para ello únicamente habría que realizar un estudio personalizado de capacidades y necesidades y tener voluntad de conciliar aptitudes y empleos ofertados. La labor de los equipos multiprofesionales es fundamental, y la creación de los equipos sería más económica para la administración que pagar subvenciones y bonificaciones a personas

que no lo requieren, además potenciaría las capacidades y las posibilidades de las personas que necesitan más apoyos para acceder al empleo.

16.- La actual figura de contratos a bajo rendimiento que se puede aplicar dentro de la RLE, debidamente controlada, puede fomentar la empleabilidad de algunas personas que actualmente realizan labores ocupacionales por no alcanzan niveles de rentabilidad, para integrarlos en el empleo protegido. Modulando los salarios del trabajador entrante, se podría promover el paso desde la inactividad hacia el empleo, realizando así de forma más completa las labores que los CEE tienen encomendadas, dando trabajo a personas con especiales dificultades de acceso al empleo. Este tránsito entre centro ocupacional y empleo protegido viene recogido en la LGPDIS, pero se debe implementar normativamente por medio de procedimientos administrativos. La promoción de la ocupación desde los CO u otros servicios sociales hacia el empleo, tomando a los CEE como punto intermedio es clave para la integración social y para promocionar el derecho al trabajo.

17.- Si se pretende la integración laboral, se debe determinar que el empleo protegido es subsidiario del ordinario y que es para personas con especiales dificultades de acceso al empleo. Se deberían establecer obligaciones de transición y poner en marcha los equipos multiprofesionales. Con ello recobraría sentido la existencia de los CEE y la necesidad del mantenimiento de estos, además se daría un impulso en la integración socio-laboral de las personas con discapacidad.

BIBLIOGRAFIA CITADA

AA.VV. (Coord. ESTEBAN LEGARRETA, R), *Informe sobre la elaboración de un decreto regulador de la relación laboral especial de las personas con discapacidad afectadas por especiales dificultades*. Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona. 2010. <http://www.uab.cat/Document/896/293/ElaboracionDecretoRegulador,0.pdf>. Consultado el 27 de septiembre de 2015.

AA.VV. (Dir. TOHARIA CORTES, L.), *El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la seguridad social para el empleo en la afiliación a la seguridad social: un intento de evaluación macroeconómica, macroeconómica e institucional*. Diciembre 2008. <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/115801.pdf> Consultado el 21 de septiembre 2010

AA.VV. (Dir. MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J.), *Tratado práctico de derecho de la seguridad social. Tomo I*. Aranzadi. Pamplona. 2008.

AA.VV. (Responsable CUETO IGLESIAS, B.), *Trayectorias laborales de las personas con discapacidad y centros especiales de empleo: Análisis empírico con la MCVL*. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Madrid. 2007 <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/119779.pdf> Consultado el 27 de septiembre de 2015.

ALONSO SOTO, F. “Tratamiento de la discapacidad en la Unión Europea”. En AA.VV. (Dir. DE LORENZO GARCIA. R. y PEREZ BUENO, L.C.), *Tratado sobre Discapacidad*. Aranzadi. Pamplona. 2007.

ALONSO-OLEA GARCÍA, B. “Concepto de discapacidad y su distinción de otros afines, la deficiencia y la incapacidad”. En AA.VV. (Coord. ROMERO RÓDENAS, M. J.), *Trabajo y protección social del discapacitado*. Bomarzo. Albacete. 2003.

ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LUCAS DURÁN, M., MARTÍN DÉGANO, I., *La protección de las personas con discapacidad en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*. Aranzadi. Pamplona. 2006.

ARIAS DOMINGUEZ. A., “De nuevo sobre la (no deseable) eficacia jurídica de la automática concesión de la condición de minusválido a los perceptores de prestaciones de incapacidad permanente por obra del art. 1.2 de la Ley 5/2003”. *Aranzadi Social*. Núm. 3. 2008.

AZAGRA SOLANO M., “Reflexiones sobre el despido del trabajador enfermo”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Núm. 4. 2011.

AZAGRA SOLANO M., “Reflexiones sobre el despido del trabajador enfermo”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Núm. 4. 2011.

CABEZUELO ARENAS, A.L., “Discapacitado no incapacitado judicialmente: intromisión ilegítima en su honor e imagen. Consentimiento no válido aunque no medie sentencia de incapacitación.” *Aranzadi Social*. 2014.

CABRA DE LUNA, M.A. y GAZTELU SAN PIO, C., “Derecho Internacional y Comunitario. La protección jurídica e las personas con discapacidad en la normativa comunitaria y en los instrumentos internacionales”. En AA.VV. (Coords. ALCAÍN MARITNEZ, E., GONZALEZ-BADÍA FRAGA, J. y MOLINA FERNADEZ F.), *Régimen Jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*. Comares. Granada. 2006.

CABRA DE LUNA, M.A., “Discapacidad y empleo”. En AA.VV. (Dir. LAORDEN FERRERO, J.), *Los derechos de las personas con discapacidad*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007.

CABRA DE LUNA, M.A., “Tratamiento de la discapacidad en la legislación autonómica. Análisis de la legislación general y específica de las Comunidades Autónomas”. En AA.VV. (Dir. DE LORENZO GARCIA. R. y PEREZ BUENO, L.C.), *Tratado sobre Discapacidad*. Aranzadi. Pamplona. 2007.

CAMPOY CERVERA, I. “Una aproximación a las nuevas líneas de fundamentación de los derechos de las personas con discapacidad”. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. Núm. 8. 2004/2005.

CANESSA MONTEJO, M.F., *La protección internacional de los derechos humanos laborales*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008.

COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, *“Negociación Colectiva e inserción laboral de personas con discapacidad”*. Colección informes y estudios. Serie Relaciones Laborales Núm. 75. http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/descargas/Negociacion_colct.pdf Consultado el 27 de septiembre de 2015. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales . Madrid. 2006.

COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Estrategia Global de acción para el empleo de personas con discapacidad. 2007-2008. Propuesta CERMI*. Ediciones Cinca. Madrid. 2007.

COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *plan para la reactivación del empleo de las personas con discapacidad*. Escuela Libre Editorial. Madrid. 1994.

CORDERO GORDILLO V., “Discriminación por discapacidad: centros especiales de empleo. Convenios Colectivos. Relación laboral e integridad física y moral”. *Actum Social*. Núm. 11. 2008.

CORDERO GORDILLO, V., “Evolución y perspectivas de futuro de la política social comunitaria en relación con las personas con discapacidad”. Comunicación presentada al XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*. Logroño, 28 y 29 de mayo de 2009. Ministerio de trabajo e inmigración. Madrid. 2010.

CORDERO GORDILLO, V., “La sucesión de contratos en centros especiales de empleo”. *Aranzadi Social* . Núm. 7. 2010.

CORDERO GORDILLO, V., *El empleo protegido de las personas con discapacidad*. Trabajo de Investigación realizado en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho. Universidad de Valencia. Valencia. 2007.

CORDERO GORDILLO. V., “El concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Núm. 16. 2006.

COURTIS C., “Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas”. En AA.VV. (Dir. DE LORENZO GARCIA. R, PEREZ BUENO, L. C.), *Tratado sobre Discapacidad*. Aranzadi. Pamplona. 2007.

DE ASIS ROIG. R., CAMPOY CERVERA I. y BENGOCHEA GIL M. A., “Derecho a la igualdad y a la diferencia: Análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva”. En AA.VV. (Dir. DE LORENZO GARCIA. R, y PEREZ BUENO, L. C.), *Tratado sobre Discapacidad*. Aranzadi. Pamplona. 2007.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "Intromisión ilegítima en la imagen y en el honor de un discapacitado, por la emisión de una entrevista y difusión de la misma en una página web, debido a la falta de consentimiento expreso del mismo. Comentario a la STC 208/2013, de 18 de diciembre". *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*. Núm. 35. 2014.

DIEZ-PICAZO. L y GULLÓN BALLESTEROS A. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I. Editorial Tecnos. Madrid. 1989.

EGEA GARCÍA, C., y SARABIA SÁNCHEZ, A., *Experiencias de aplicación en España de la Clasificación Internacional de Deficiencias Discapacidades y Minusvalías*. Artegraf. Madrid. 2001.

ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PÉREZ, J., “Los incentivos laborales a la actividad en centros especiales de empleo”. En AA.VV. (Dir. ESTEBAN LEGARRETA. R., PÉREZ AMORÓS, F.), *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009.

ESTEBAN LEGARRETA, R., “Guía sobre la regulación de empleo para personas con discapacidad en la empresa ordinaria”. Edición Obra social “la Caixa” Año 2015. <http://incorporasaludmental.org/index.php/es/content/view/447> Consultado el 27 de septiembre de 2015.

ESTEBAN LEGARRETA. R. y FUSTÉ MIQUELA J.M., “Los enclaves laborales de centros especiales de empleo en empresas ordinarias (Una aproximación crítica tras un período de experimentación)”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. Núm. 4. 2007.

ESTEBAN LEGARRETA. R. y FUSTÉ MIQUELA J.M., “Los enclaves laborales de centros especiales de empleo en empresas ordinarias” En AA.VV. (Dir.

ESTEBAN LEGARRETA. R., PÉREZ AMORÓS, F.), *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009.

ESTEBAN LEGARRETA. R., “Cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Discriminación por enfermedad”. *Aranzadi Social*. 2005.

ESTEBAN LEGARRETA. R., “La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997-200)”. *Relaciones laborales*. Núm. 1. 2001.

ESTEBAN LEGARRETA. R., “La relación laboral especial. Algunas cuestiones vertebradoras de su régimen jurídico”. En AA.VV. (Dir. ESTEBAN LEGARRETA. R., PÉREZ AMORÓS, F.), *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009.

ESTEBAN LEGARRETA. R., “Un análisis en perspectiva jurídica del II Acuerdo MTAS-CERMI”. *Boletín del Real Patronato sobre Discapacidad*. Núm. 53 2003.

ESTEBAN LEGARRETA. R., *Contrato de trabajo y discapacidad*. Ibídem Ediciones. Madrid. 1999.

ESTEBAN LEGARRETA. R., *Derecho al trabajo de las personas con discapacidad*. Real Patronato sobre Discapacidad. Madrid. 2003.

ESTEBAN LEGARRETA. R., PÉREZ AMORÓS, F., “Estudio introductorio”. En AA.VV. (Dir. ESTEBAN LEGARRETA. R., PÉREZ AMORÓS, F.), *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009.

ESTEBAN LEGARRETA. R., *Una perspectiva histórica de la intervención de los poderes públicos a favor del empleo de las personas con discapacidad*. *Documentación laboral*. Núm. 64. Ediciones Cinca. Madrid. 2001.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación” *Revista General de Derecho Romano*. Núm. 17. 2001.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., TASCÓN LÓPEZ, R., ÁLVAREZ CUESTA, H., y RODRÍGUEZ HIDALGO, J. G., *Los minusválidos en el mercado laboral: incentivos a su contratación y régimen jurídico de su prestación de servicios*. Universidad de León. León. 2004.

GABINETE DE ESTUDIOS SOCIOLÓGICOS EMIKER, *Situación real de las personas con discapacidad respecto al empleo. Ejemplar multicopiado.* <http://www.fekoor.com/descargas.php> Vigente el 31/03/2009)

GANZENMÜLLER ROIG C., ESCUDERO MORATALLA J. F., *Discapacidad y derecho.* Editorial Bosch. Barcelona. 2005.

GARCÍA NINET, J. I. y VICENTE PALACIO, A., “Art. 25. Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”. En AA.VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N.), *Comentario a la ley de prevención de riesgos laborales y sus desarrollos reglamentarios.* Comares. Granada. 2004.

GARCIA QUIÑONES, J.C., “El concepto jurídico laboral de discapacitado” en AA.VV (Dir. VALDES DAL-RE, F.), *Relaciones laborales de las personas con discapacidad,* Editorial Biblioteca Nueva. Madrid. 2005.

GARCÍA ROS, A., “La cesión ilegal, pasado, presente y futuro. Su análisis jurisprudencial”. *Aranzadi Social.* Núm. 1. 2009.

GARRIDO PÉREZ, E., “El trabajo de discapacitados en centros especiales de empleo: replanteamiento sobre la necesidad de una relación laboral especial. En AA.VV. (Coord. ROMERO RÓDENAS, M. J.), *Trabajo y protección social del discapacitado.* Albacete. 2003. Bomarzo.

GARRIDO PÉREZ, E., “El tratamiento Comunitario de la discapacidad: desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades”. *Temas laborales.* Núm. 59. 2001.

GARRIDO PÉREZ, E., “Los enclaves laborales: ¿una nueva modalidad de subcontratación de obras y servicios para los trabajadores discapacitados? Comentarios al RD 290/204, de 20 de febrero”. *Revista IUSLabor.* Núm. 3. 2005. (<http://www.upf.edu/iuslabor/pdf/2005-3/GarridoPerezEnclavesLaborales.pdf>)

GARRIDO PÉREZ, E., “Trabajadores minusválidos: de la protección a la promoción”. *Temas laborales.* Núm. 51. 1999.

GARRIDO PÉREZ, E., *El trabajo de minusválidos en centros especiales de empleo.* Tirant lo Blanch. Valencia. 2000.

GÁZQUEZ SERRANO, L. y MÉNDEZ SERRANO, M.M., “Tratamiento

jurídico de la discapacidad desde la perspectiva del Derecho civil”. En AA.VV. (Coord. ALCAÍN MARITNEZ, E., GONZALEZ-BADÍA FRAGA, J. y MOLINA FERNANDEZ), *Régimen Jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, Granada. 2006. Comares.

GINES FABRELLAS, A., “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo”. *Aranzadi Social*. Núm. 2. 2010.

GOMEZ-ACEBO AVEDILLO, P., “Los Centros Especiales de Empleo y las Empresas de Inserción”. *Documentación Social*. Núm. 117-118. 1999-2000.

GUIM MARZO, O., *Centro Ocupacional Para Personas Con Discapacidad Intelectual*. http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO18263/premio_centros_ocupacionales.pdf. Ampans. Manresa.2006. Consultado el 1 de mayo 2009.

HERRERA CUEVAS, E. J., “La sucesión contractual de empresas de limpieza y la relación especial de trabajo en centro especial de empleo”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*. Núm. 21. 1996.

IBÁÑEZ LÓPEZ, P., MUNDARRA SANCHEZ M. J., *Integración Sociolaboral. Trabajadores con discapacidad intelectual en centros especiales de empleo*. Dykinson. Madrid. 2007.

IGARTUA MIRÓ, M. T., *Visión panorámica de las relaciones laborales de carácter especial*. Laborum. Murcia. 2003.

IMSERSO. *Rehabilitación e integración social de las personas con trastorno mental grave. Documento de consenso. 2003*. <https://consaludmental.org/publicaciones/Rehabilitacionintegracionsocial.pdf> Consultado el 23 de octubre de 2015.

INFORME CERO DEL OBSERVATORIO SOBRE DISCAPACIDAD Y MERCADO DE TRABAJO 2014. [file:///C:/Users/Antoni/Downloads/informe-cero-del-observatorio-sobre-discapacidad-y-mercado-de-trabajo%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Antoni/Downloads/informe-cero-del-observatorio-sobre-discapacidad-y-mercado-de-trabajo%20(1).pdf) Consultado el 27 de septiembre de 2015.

JENARO, C., FLORES, N., RODRÍGUEZ, P., “Calidad de vida laboral como marco para valorar el empleo y las actividades ocupacionales de trabajadores con discapacidad: recursos, demandas y riesgos psicosociales”. En AA.VV. (Coords. VERDUGO ALONSO, M. A., JORDÁN DE URRIES VEGA, F. B.), *Rompiendo*

inercias. Claves para avanzar. VI Jornadas científicas de investigación sobre personas con discapacidad. Amarú Ediciones. Salamanca. 2006.

JIMENA QUESADA, L., *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (Sistema de reclamaciones colectivas Vol. I: 1998-2005).* Tirant lo Blanch. Valencia. 2007.

JORDÁN DE URRIES VEGA, F.B. y VERDUGO ALONSO, M. A., “Principios éticos y estándares de calidad para inserción en el empleo ordinario mediante empleo con apoyo”. En AA.VV. (Coords. VERDUGO ALONSO, M. A., JORDÁN DE URRIES VEGA, F. B.), *Rompiendo inercias. Claves para avanzar. VI Jornadas científicas de investigación sobre personas con discapacidad.* Amarú Ediciones. Salamanca. 2006.

JUAN PABLO II. *El trabajo Humano.* Artes Gráficas Gar Vi. Madrid. 1981.

LAHERA FORTEZA. J., “Acceso al Mercado Laboral y contratación de los discapacitados”. En AA.VV. (Dir. VALDES DAL-RE, F.) *Relaciones laborales de las personas con discapacidad.* Editorial Biblioteca Nueva. Madrid. 2005.

LALOMA GARCÍA. M., *Empleo Protegido en España. Análisis de la normativa legal y logros alcanzados.* Ediciones Cinca. Madrid. 2007.

LLANO SÁNCHEZ, M., “El enclave laboral”. *Actualidad Laboral.* Núm. 22. 2004.

LLOMPART BENNÀSAR, M., “Régimen jurídico de los enclaves laborales”. *Actualidad Laboral.* Núm. 21. 2007.

LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M. P., “Los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad”. *Revista de información laboral. Legislación y Convenios Colectivos.* Núm. 31. 2005.

LUJÁN ALCARAZ, J., “El nuevo programa de fomento de empleo”. *Aranzadi Social.* Núm. 20. 2006.

LUJÁN ALCARÁZ, J., “La directiva sobre empresas de trabajo temporal”. *Aranzadi Social.* núm. 20. 2008.

MABABU, R., MARTINEZ MOURE, O. NAVLET SALVATIERRA, R., “Empleo y discapacidad. Análisis evolutivo de la tasa de actividad de las personas con

discapacidad: una comparativa autonómica en España". *Revista Autonomía personal*. Núm. 10. 2013.

MALO OCAÑA, M. A., "Las personas con discapacidad en el mercado de trabajo español". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Núm. 46. 2003.

MARIN CALERO, C., *El derecho a la propia discapacidad*. Editorial centro de estudios Ramón Areces. Madrid. 2013.

MARÍN CALERO, C., *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*. Editorial Centro de estudios Ramón Areces. Madrid. 2005.

MARTINEZ RIVERO, A., "El estatus jurídico de las personas con discapacidad". En AA.VV. (Dir. DE LORENZO GARCIA. R, PEREZ BUENO, L. C.), *Tratado sobre Discapacidad*. Aranzadi. Pamplona. 2007.

MONEREO PÉREZ, J. y MOLINA NAVARRETE, C., "Art. 24. Coordinación de actividades empresariales". En (Dir. AA.VV. MONEREO PÉREZ, J. MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N.), *Comentario a la ley de prevención de riesgos laborales y sus desarrollos reglamentarios*. Comares. Granada. 2004.

MONTOYA MELGAR, A., "Comentario al artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores. Ámbito de aplicación". SEMPERE NAVARRO, A. V., MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., RIOS SALMERÓN, B., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Aranzadi. Pamplona. 2007.

MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I., "Cuestiones candentes sobre la cesión ilegal de trabajadores". *Aranzadi Social*. Núm. 20. 2008.

NORES TORRES, L.E., *El trabajo en contratas. La noción de contrata de propia actividad*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004.

NUÑEZ GONZALEZ, C., *La integración laboral de las personas con discapacidad: Régimen jurídico*. Escuela Libre Editorial. Madrid. 2000.

PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T., VALLEJO ORTE, A. *La incapacidad permanente y las lesiones no invalidantes*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010.

PÉREZ BUENO, L. C. y DE LORENZO GARCÍA, R., "La promoción de la autonomía personal y la protección en casos de dependencia por razón de discapacidad".

En AA.VV. (Dir. CAYO PÉREZ BUENO, L. y DE LORENZO GARCÍA, R.), *Tratado sobre discapacidad*. Aranzadi. Pamplona. 2007.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M.C., “Comentario a la Sentencia de 29 de abril de 2009”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Núm. 82. 2010.

PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*. Aranzadi. Pamplona. 2015.

PURCALLA BONILLA, M. A., “Delitos específicos de peligro contra la seguridad y la salud de los trabajadores: la conducta típica en los artículos 316 y 317 del Código Penal”. *Aranzadi Social*. Núm. 22. 2005.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “Prestaciones personales del menor de edad”. *Aranzadi Social*. Núm. 9. 2013.

RODRÍGUEZ CABRERO, G., GARCÍA SERRANO, C., TOHARIA, L., *Evaluación de las políticas de empleo para personas con discapacidad y formulación y coste económico de nuevas propuestas de integración laboral*. Ediciones Cinca. Madrid. 2009.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Un paso adelante en la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad: el nuevo sistema de contratación pública*. Ediciones Cinca. Madrid. 2008.

RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., “Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía” *Relaciones laborales*. Núm. 1. 2000.

RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., “El empleo de las personas con minusvalía”. *Relaciones laborales*. Núm. 1. 1999.

SAGARDOY DE SIMÓN, I., “Comentarios al artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Coordinación de actividades empresariales”. *Estudios y comentarios legislativos*. Núm. Diciembre. 2008.

SALCEDO BELTRÁN, M.C., “La responsabilidad empresarial respecto de las prestaciones de la Seguridad Social en la cadena de subcontratación”. *Aranzadi Social*. Núm. 15. 2007.

SALCEDO BELTRAN, M.C., *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*. Bomarzo. Albacete. 2005.

SÁNCHEZ CERVERA, J.M., “Los enclaves laborales”. *Siglo Cero. Revista española sobre discapacidad intelectual*. Núm. 214. 2005.

SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M., SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, J. M., *Los enclaves laborales*. Equalbur. Burgos 2004.
<http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO9238/enclaves.pdf> Consultado el 4 de abril de 2011.

SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M., SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, J. M., *Los trabajadores discapacitados. Contratación, incentivos, centros especiales de empleo, prestaciones sociales, fiscalidad*. Cisspraxis. Valencia. 2000.

SEMPERE NAVARRO, A. V., “Descentralización productiva: contratas o subcontratas, ETTS y cesión de trabajadores”. En AA.VV. (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. V.), *La Reforma Laboral de 2006. Análisis de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre*. Thomson Aranzadi. Pamplona. 2007.

SEMPERE NAVARRO, A. V., “Sobre la OIT y su acción normativa”. *Aranzadi Social*. Núm. 15. 2002.

SEMPERE NAVARRO, A. V., CHARRO BAENA P., MARTÍN JIMÉNEZ R. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Comentario al artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Subcontratación de obras y servicios*. Aranzadi. Pamplona. 2009.

SEMPERE NAVARRO, A.V., Novedades normativas sobre Empleo y Desempleo. Análisis ejecutivos de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre. *Revista Aranzadi Doctrinal* Núm. 11. 2009. (Westlaw BIB 2009/2238).

SEOANE RODRIGUEZ, J.A., “La convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: perspectiva jurídica”. *Siglo Cero. Revista Española sobre discapacidad intelectual*. Vol. 42. Núm. 237. Año 2011.

SPICKER, P., “Un distinguo entre discapacidad e incapacidad”. *Revista internacional de Seguridad*. Wiley-Blackwell. Vol. 56. Reino Unido. 2003.

TAPIA HERMIDA, A., “Discapacidad, invalidez y trabajo”. *Revista de trabajo y seguridad social. CEF*. Núm. 370. 2014.

TORRES LÓPEZ, M. A., “Derecho Administrativo. Régimen jurídico administrativo de las personas con discapacidad”. En AA.VV. (Coords. ALCAÍN MARITNEZ, E., GONZALEZ-BADÍA FRAGA, J. y MOLINA FERNADEZ. F.), *Régimen Jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*,

Comares Granada. 2006.

TUSET DEL PINO, P., “El centro especial de empleo. Naturaleza y clases. Constitución y Registro. Gestión y Financiación”. En AA.VV. (Coord. ROMERO RÓDENAS, M. J.), *Trabajo y protección social del discapacitado*. Bomarzo. Albacete. 2003.

TUSET DEL PINO, P., *La Contratación de Trabajadores Minusválidos*, Aranzadi. Elcano. 2000.

UNIÓN SINDICAL DE MADRID REGIÓN DE CCOO Dir. DEL RIO, D., Responsable del estudio RUBIO ARRIBAS, F.J., *Aproximación Sociolaboral al Empleo Protegido: Los Centros Especiales de Empleo*. Ediciones GPS. Madrid. 2003.

VALDÉS ALONSO, A., “Minusvalía e incapacidad: sobre la automaticidad del reconocimiento de minusvalía al incapacitado permanente total (Comentario STS 4ª de 21 de marzo de 2007)”. *Relaciones Laborales*. Núm. 4. 2008.

VALDÉS DAL-RÉ, F., “Del modelo asistencial al modelo social de discapacidad” *Relaciones laborales*. Núm. 1. 2005.

VALDÉS DAL-RÉ, F., “Derechos en serio y personas con discapacidad”. *Relaciones laborales*. Núm. 1. 2005.

VARELA AUTRÁN, B., “La cesión de trabajadores considerada lícita. Configuración y efectos”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Núm. 1. 1995.

VARELA AUTRÁN, B., “La discapacidad en el Derecho Español y en la Constitución Española”. *IV Jornadas Fundación Aequitas. Discapacidad Intelectual Y Derecho*. Colección la Llave. Madrid. 2004.

VAZQUEZ FERREIRA, M. A. “Una aproximación sociológica a la discapacidad desde el modelo social: apuntes caracteriológicos”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*. Núm. 124. 2008.

VERDUGO ALONSO, M. A., JORDÁN DE URRIES VEGA . F.B., VICENT. C. y MARTÍN, R., “Integración laboral y discapacidad”. En AA.VV. (Coords. VERDUGO ALONSO, M. A., JORDÁN DE URRIES VEGA, F. B.), *Rompiendo inercias. Claves para avanzar. VI Jornadas científicas de investigación sobre personas con discapacidad*. Amarú Ediciones. Salamanca. 2006.

VIDAGANY PELÁEZ, J.M. y GARCÍA SENTANDREU, J., Derecho para la discapacidad: Los centros especiales de empleo. Diario del Puerto. Valencia. 2003.

VIDAL LÓPEZ P. “El desgaste y la edad en los deportistas profesionales: retirada o invalidez” *Actualidad jurídica Aranzadi*. Núm. 873. 2013.

VILLA FERNANDEZ, N., *La inclusión progresiva de las personas con discapacidad intelectual en el mundo laboral (1902-2006)*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 2007.

VILLARINO VILLARINO, P., “Las organizaciones representativas de las personas con discapacidad a nivel internacional: el Foro Europeo de Discapacidad y las organizaciones representativas a nivel mundial”. En AA.VV. (Dir. DE LORENZO GARCIA. R, PEREZ BUENO, L.C.), *Tratado sobre Discapacidad*. Aranzadi. Pamplona. 2007.

XXVI JORNADES DE TALLERS PER A DISMINUÏTS PSIQUICS DE CATALUNYA, *El Centro Especial de Empleo en Cataluña. Una visión estratégica*. Ejemplar multicopiado. 2006.

YSÁS MOLINERO, H., “Estudio de derecho comparado”. En AA.VV. (Dir. ESTEBAN LEGARRETA. R., PÉREZ AMORÓS, F.), *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009.