

elkartuz



**DESGAITASUNA,
ESKUBIDEAK
eta INKLUSIOA**
NAZIOARTEKO
KONGRESUA



CONGRESO
INTERNACIONAL
**DISCAPACIDAD,
DERECHOS
e INCLUSIÓN**

IZENBURUA-TÍTULO:

**EXPERIENCIAS ORIENTADAS A
LA PROMOCIÓN DEL EMPLEO
INCLUSIVO**



EGILEA-AUTOR:

Francisco Javier Arrieta

Idiakez

DATA-FECHA:

2019/11/07



Gipuzkoako Desgaitasun Fisikoa duten
Pertsonen Federazio Koordinatzailea
Federación Coordinadora de Personas
con Discapacidad de Gipuzkoa



GIZKETE
ERKINAKETAN,
ESKUBIDERAK eta
BERDINTASUNA
TRANSFORMACIÓN
SOCIAL, DERECHOS
e IGUALDAD



elkartu



AURKIBIDEA / ÍNDICE / INDEX

1. INTRODUCCIÓN.
2. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO DESTINATARIAS DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN QUE CONTEMPLA NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO CON LA FINALIDAD DE HACER POSIBLE LA APROMOCIÓN DEL EMPLEO INCLUSIVO.
3. DETERMINACIÓN DE LO QUE DEBE ENTENDERSE POR EMPLEO INCLUSIVO.
4. LAS MEDIDAS DE ACCIÓN, DIRECTAS E INDIRECTAS EXISTENTES DE CARA AL EMPLEO ORDINARIO, COMO PARADIGMA DE LA EXPERIENCIA ORIENTADA A LA PROMOCIÓN DEL EMPLEO INCLUSIVO.

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este estudio es identificar aquellas medidas de acción directas e indirectas que contempla nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de hacer posible la promoción del empleo inclusivo de las personas con discapacidad. No obstante, para poder abordar con éxito la concreción y alcance de tales medidas, es imprescindible referirse, en primer lugar, a las personas a las que se dirigen las mismas, a saber, las personas con discapacidad. Ciertamente, tales medidas deben adaptarse a la situación de las personas con discapacidad. Asimismo, debe determinarse el objetivo que se persigue con tales medidas, al no ser suficiente con referirse a la promoción del empleo inclusivo. En ese sentido, se defenderá que la prioridad del empleo de las personas con discapacidad debe ser el empleo ordinario, debiéndose reservar el empleo protegido a las situaciones de discapacidad más graves, y siempre como medida transitoria y encaminada a posibilitar el empleo ordinario. Y, precisamente, partiendo de dicha premisa, se analizarán las diversas medidas de acción directas e indirectas existentes de cara al empleo ordinario de las personas con discapacidad, a la luz de los distintos regímenes profesionales existentes.

2. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO DESTINATARIAS DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN QUE CONTEMPLA NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO CON LA FINALIDAD DE HACER POSIBLE LA APROMOCIÓN DEL EMPLEO INCLUSIVO

La concreción de las personas con discapacidad como destinatarias de las medidas de acción que contempla nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de hacer posible la promoción del empleo inclusivo resulta fundamental, en la medida en que el trabajo a desarrollarse por las mismas debe ser un trabajo ajustado a su capacidad de trabajo.

En este sentido, el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (TRLGDPDIS)¹, de entrada, establece que «son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás» (apartado 1).

Precisamente, con el objetivo de poder concretar cuándo tales deficiencias son «previsiblemente permanentes», a continuación, se matiza que «a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad 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» (apartado 2).

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la STS (4^a), de 29 de noviembre de 2018 (núm. rec. ud. 3382/2016) ha declarado que en los casos en que un beneficiario de Seguridad Social tenga reconocido los grados de incapacidad permanente total, absoluta o de gran invalidez no procede, al amparo del artículo 4.2 del TRLGDPDIS, reconocer de manera automática y a todos los efectos, el 33 por cien de discapacidad, por entender que dicho precepto incurre en *ultra vires* en relación con la autorización normativa concedida en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD)². Más concretamente, y trayendo a colación la doctrina jurisprudencial unificada³, se concluye que respecto a las consideraciones de empleo y trabajo debe estarse a las definiciones de los grados de incapacidad permanente a efectos de la Seguridad Social, siendo este, por tanto, un espacio que corresponde privativamente a la Seguridad Social.

En consecuencia, en materia de incapacidad permanente, debe acudir necesariamente a la normativa de Seguridad Social, pues es conforme a la misma como debe determinarse la capacidad para trabajar de los beneficiarios de las prestaciones de dicha contingencia.

Así, a los efectos de definir con exactitud cada uno de los grados de incapacidad permanente mencionados, debe estarse a lo dispuesto en la Disposición Transitoria 26 del Real

¹ BOE de 3 de diciembre de 2013, núm. 289.

² BOE de 2 de agosto de 2011, núm. 184.

³ Por todas, véase la STS (4^a), de 22 de julio de 2008 (núm. rec. ud. 726/2008).

Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS)⁴.

Comenzando, con la incapacidad permanente total, que por definición resulta para la profesión habitual, se establece que por tal debe entenderse «la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta». Por su parte, en relación con el concepto de «profesión habitual», hay que estar a la definición expresa que se contiene también en la Disposición Transitoria 26 del TRLGSS, a saber: «en caso de accidente, sea o no de trabajo, [será] la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine»⁵. Pese a la vaguedad de dicha definición, el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos⁶, parece vincular la profesión habitual al puesto de trabajo desempeñado, en coherencia con la interpretación inicialmente realizada por el Tribunal Central de Trabajo⁷, pero dicha interpretación debe entenderse superada para atender, más bien, al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional⁸. Ahora bien, conviene hacer hincapié en que, a estos efectos, y mientras que no entre en vigor la redacción del artículo 194.2, el concepto de profesión habitual es un concepto autónomo, distinto de grupos profesionales y de calificaciones oficiales⁹. En cualquier caso, el Tribunal Supremo ha entendido que el desarrollo de la misma profesión como autónomo es compatible con el percibo de la pensión por IP total, al considerar que la posibilidad que tiene el trabajador por cuenta propia de organizar su actividad o, incluso, de contratar empleados, puede hacer compatible la gravedad de las dolencias con la titularidad de un negocio y el desenvolvimiento más relajado de la profesión (vid. STS de 2 de marzo de 2004, núm. rec. 1175/2003). Por tanto, en este último supuesto, la persona con discapacidad por ser, al mismo tiempo, beneficiaria de la prestación de incapacidad permanente total, podría desempeñar sin límite normativo alguno su misma profesión como autónomo.

Ahora bien, en el supuesto de que el beneficiario cumpla los requisitos para que su incapacidad permanente total sea calificada como calificada, y, en consecuencia, vea incrementada en un 20% de la Base Reguladora su pensión vitalicia, se producirá una incompatibilidad con la realización de trabajos, por cuenta propia o ajena, incluidos en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social (cfr. artículo 198.1 del TRLGSS). Por consiguiente, en este supuesto no cabrá hablar de empleabilidad de la persona con discapacidad, salvo que el beneficiario optara por la realización de tales trabajos, dejando en suspenso el incremento mencionado por todo el tiempo que estuviera trabajando (cfr. artículo 6.4 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio¹⁰).

En lo que se refiere a los grados de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez, la mera denominación de «incapacidad permanente absoluta para todo trabajo», su definición como aquella que «inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio», y el hecho de que se entienda por gran invalidez «la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos» pudieran hacer pensar que queda descartado cualquier tipo de compatibilidad entre las prestaciones derivadas de estos grados de incapacidad permanente y el trabajo, simplemente por «irracional»¹¹. Sin embargo, nada más lejos de la realidad, pues «de forma sorprendente»¹² el

⁴ BOE de 31 de octubre de 2015, núm. 261.

⁵ De acuerdo con la Orden de 15 de abril de 1969 (BOE de 8 de abril de 1969, núm. 190), ese período de tiempo es de doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad temporal de la que se derive la IP (cfr. artículo 11.2).

⁶ BOE de 4 de junio de 1983, núm. 133.

⁷ Véanse al respecto las SSTCT de 5 y 24 de mayo de 1975.

⁸ Por todas, SSTS de 17 de enero de 1989 (EDJ 1989/200), 27 de abril de 2005 (núm. rec. 998/2004), 23 de febrero de 2006 (núm. rec. 5135/2004), 10 de junio de 2008 (núm. rec. 256/2007) y 10 de octubre de 2011 (núm. rec. 4611/2010).

⁹ En este sentido, POQUET CATALÁ, R. «La actual doctrina en la concepción de la profesión habitual a efectos de la incapacidad permanente». En *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2015, núm. 3, p. 13 (BIB 2015\542). Por su parte, advirtiendo sobre las perniciosas consecuencias que tiene el hecho de considerar al grupo profesional como punto de referencia para valorar cuales son las funciones básicas de la profesión habitual del trabajador, conforme a la redacción del artículo 194.2 del TRLGSS, véase SELMA PENALVA, A. «Cuestiones prácticas en torno a la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual». En *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2016, núm. 7, pp. 57-61.

¹⁰ BOE de 28 de junio de 1972, núm. 154.

¹¹ Vid. MORENO DE VEGA y LOMO, F. «¿Compatibilidad entre pensión de invalidez absoluta y trabajo productivo?». En *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2013, núm. 4, p. 8 (BIB 2013\1512).

artículo 198.2 del TRLGSS señala que «las pensiones vitalicias en caso de incapacidad absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión». A buen seguro, como advierte parte de la doctrina científica, el motivo de reconocer dicha compatibilidad se debe a «la intensa promoción legal del trabajo de los discapacitados, como un medio para conseguir una auténtica integración social»¹³, lo que viene a ser confirmado incluso por el TS, cuando afirma que «la incompatibilidad (...) tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en incapacidad permanente absoluta o gran invalidez pues (...) lo cierto es que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario (...) privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con toda seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo —psicofísico— por parte del inválido». Es más, se considera que «este planteamiento cobra pleno vigor si se atiende a las nuevas tecnologías (particularmente informáticas y de teletrabajo), que consienten pluralidad de actividades laborales —a jornada completa— a quienes se encuentran en situaciones de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, de manera que la compatibilidad ahora defendida representa —en el indicado marco de actividades sedentarias— un considerable acicate para la deseable reinserción social de los trabajadores con capacidad disminuida»¹⁴.

Pero al margen de las situaciones de incapacidad permanente en los grados señalados, la verdad es que es posible realizar una interpretación flexible del concepto de persona con discapacidad a tenor de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 4 del TRLGDPDIS. Es más, esta interpretación cobra fuerza, dadas las posibles incoherencias que traen causa de la compatibilidad del trabajo con los grados de incapacidad permanente señalados, tanto desde la perspectiva de permitir trabajar a quien no debiera, motivo por el que, precisamente, cuenta con una protección, a efectos de evitar su situación de necesidad por el mero hecho de carecer de ingresos suficientes como causa de su incapacidad para trabajar, como desde la perspectiva de la sostenibilidad y buena gestión del Sistema de la Seguridad Social.

Por una parte, si se pretende la inclusión laboral de las personas que presentan «deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes», conviene modificar el actual baremo establecido por el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía¹⁵, con el objetivo de dar mayor contenido a los factores sociales, de forma y manera que, la forma natural de otorgar carta de naturaleza a la discapacidad real, sería la que combinara en igualdad de condiciones los factores médicos con los factores sociales, pues ambos, al fin y a la postre, contribuyen a que la persona con una capacidad limitada se encuentre con obstáculos para su plena integración como trabajador¹⁶.

Por otra parte, no cabe desconocer la posibilidad de equiparar una determinada enfermedad a discapacidad, a pesar de que la misma no haya sido calificada como tal, pues a partir de la *STJUE* de 11 de abril de 2013 (Asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11), se considera que si una enfermedad «acarrea una limitación» derivada de «deficiencias físicas, psíquicas, intelectuales o sensoriales» que pueden impedir la «participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional» y la limitación es de «larga duración», tal enfermedad «puede ser incluida en el concepto de discapacidad» de la Directiva 2000/78/CE. Además, de dicha sentencia se deduce que resulta indiferente que la enfermedad sea diagnosticada curable o incurable; que lo relevante es que la enfermedad conlleve una limitación de la vida profesional, sin que tampoco sea imprescindible que tal limitación sea indefinida; y que el estado de una persona enferma o discapacitada que puede trabajar, aunque sólo sea a tiempo parcial, puede entrar dentro del concepto de discapacidad. En el mismo sentido, recientemente, la *STJUE* de 11 de septiembre 2019 (Asunto C-397/18) ha declarado que:

(a) El estado de salud de un trabajador reconocido como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del artículo 25 de la 31/1995, de 8 de

¹² FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. *Las prestaciones de la Seguridad Social: teoría y práctica*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016, 3ª edición, p. 319. Más concretamente, este autor tacha esta posibilidad de «incongruencia del Sistema», tras realizar la siguiente pregunta: «¿cómo es posible que sea factible la compatibilidad del trabajo con ese estado de incapacidad?»

¹³ RODRÍGUEZ CARDO, I.A. «La compatibilidad de las pensiones de Seguridad Social con el trabajo». En *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015, núm. 119, p. 165.

¹⁴ STS ud de 30 de enero de 2008, núm. rec. 480/2007. Y en el mismo sentido, la STS de 1 de diciembre de 2009 (núm. rec. 1674/2008)_indica que la «experiencia muestra que, por grave que pueda ser el estado del incapacitado, siempre resta una capacidad de trabajo residual que puede ser utilizada, incluso de forma regular, en determinados empleos».

¹⁵ BOE de 26 de enero de 2000, núm. 22.

¹⁶ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. *Inserción laboral de personas con discapacidad intelectual límite. Diagnóstico y propuestas*. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2017, p. 83.

noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL)¹⁷, que no permite al trabajador desempeñar determinados puestos de trabajo al suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas, solo está comprendido en el concepto de «discapacidad», en el sentido de la Directiva 2000/78/CE, en caso de que ese estado de salud implique una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

Y en consecuencia:

(b) El despido por «causas objetivas» de un trabajador con discapacidad debido a que este cumple los criterios de selección tomados en consideración por el empresario para determinar a las personas que van a ser despedidas, a saber, presentar una productividad inferior a un determinado nivel, una menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y un elevado índice de absentismo, constituye una discriminación indirecta por motivos de discapacidad, en el sentido del artículo 2.2.b.ii) de la Directiva 2000/78/CE, a no ser que el empresario haya realizado previamente con respecto a ese trabajador ajustes razonables, en el sentido del artículo 5 de dicha Directiva, a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades.

3. DETERMINACIÓN DE LO QUE DEBE ENTENDERSE POR EMPLEO INCLUSIVO

Si se parte de que no existe una definición legal de «empleo inclusivo», y si se tiene en cuenta, primero, la acepción que tiene el adjetivo «inclusivo» en el Diccionario de la lengua española, a saber, «que incluye o tiene virtud y capacidad para incluir», y, segundo, que dicho adjetivo acompaña al sustantivo «empleo», entendido como «ocupación, oficio», según la segunda acepción que presenta en el mencionado diccionario, puede concluirse que el concepto de «empleo inclusivo» integra, conforme a lo preceptuado por el artículo 37 del TRLGDPDIS, bajo la rúbrica «tipos de empleo de las personas con discapacidad»: el empleo ordinario, en las empresas y en las administraciones públicas, incluido los servicios de empleo con apoyo; el empleo protegido, en centros especiales de empleo y en enclaves laborales; y el empleo autónomo.

Sin embargo, debe afirmarse que «el principio que debe presidir toda política de empleo dirigida a las personas con discapacidad es su integración en condiciones de igualdad y no discriminación en el mercado ordinario de trabajo»¹⁸. Y ello a pesar de que en el TRLGDPDIS se «elimina por omisión el principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario de trabajo»¹⁹. Principio este último de gran tradición en nuestro ordenamiento jurídico, desde que fuera contemplado por la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI)²⁰. Precisamente, hasta su derogación por el TRLGDPDIS, se consideraba «finalidad primordial de la política de empleo de trabajadores con discapacidad su integración, en condiciones que garanticen la aplicación del principio de igualdad de trato, en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto, su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo protegido» (cfr. artículo 37.1 de la LISMI).

Y es que ahora, como se ha señalado, se prevé que las personas con discapacidad puedan ejercer su derecho al trabajo, por igual, a través del empleo ordinario, del empleo protegido y o del empleo autónomo (cfr. artículo 37.2 del TRLGDPDIS). Clasificación que tampoco se entiende, dado que el empleo autónomo no deja de ser una forma de empleo ordinario. Además, el TRLGDPDIS, al regular el empleo autónomo considera a las entidades de economía social como una forma de fomento de aquel, cuando dicha equiparación no siempre resulta acertada, pues, en último término, debe estarse a lo que se entiende por trabajador autónomo en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA)²¹ (cfr. artículo 1), así como a la normativa específica de cada una de las entidades de economía social que determina la Ley 5/2011, de 29 de

¹⁷ BOE de 10 de noviembre de 1995, núm. 269.

¹⁸ CORDERO GORDILLO, V. *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 27.

¹⁹ ESTEBAN LEGARRETA, R. «Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de Ley de derechos de las personas con discapacidad». En *Temas Laborales*, 2014, núm. 127, p. 71.

²⁰ BOE de 30 de abril de 1982, núm. 103.

²¹ BOE de 12 de julio de 2007, núm. 166.

marzo, de Economía Social (cfr. artículo 5)²². Así, de entrada, y en lo que se refiere a las entidades de economía social que más empleo generan, es decir, las cooperativas y las sociedades laborales, no cabe identificarlas con el trabajo autónomo. En las cooperativas, no puede considerarse autónomos a los socios, pues su condición jurídica es de índole societaria, es decir, se trata de «autónomos colectivos asociados»: en cuanto cooperativistas, trabajan para su propia empresa y contribuyen a su gobierno y dirección, y conforme al artículo 1 de la LETA, el autónomo, en sentido estricto, debe ser necesariamente una persona física. Por su parte, en las sociedades laborales, de acuerdo con la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas²³, se requiere que al menos la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos de forma personal y directa, en virtud de una relación laboral por tiempo indefinido (cfr. artículo 1.2.a).

Ciertamente, la forma en la que se ha procedido a la eliminación del principio de preferencia por el empleo ordinario resulta criticable por varios motivos, de acuerdo con lo que ha señalado la doctrina científica²⁴. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que dicha eliminación se ha llevado a cabo en un texto refundido, conforme la Disposición Final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD), conforme a la cual se autorizó al Gobierno a elaborar y aprobar un texto refundido en el que se regularizaren, aclarasen y armonizasen, la referida LISMI, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU)²⁵ y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad²⁶. Precisamente, por ese motivo, la eliminación del principio en cuestión resulta desproporcionada a todas luces, dado que el mismo no generaba ningún tipo de contradicción ni duda entre la LISMI y la LIONDAU. En segundo lugar, dicha eliminación contradice lo preceptuado por el artículo 27.1 de la CIDPD, que, bajo la rúbrica «Trabajo y empleo», tras establecer que «el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás», matiza como «ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad». Además, esta contradicción resulta incomprensible porque en la Exposición de Motivos del TRLGDPDIS se afirma que la labor de refundición «ha tenido como referente principal la mencionada Convención Internacional». En la misma línea que la CIDPD, cabe recordar lo establecido por el Convenio núm. 159 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), adoptado el 20 de junio de 1983, y en vigor desde el 20 de junio de 1985²⁷. Así, de acuerdo con dicho convenio, las políticas sobre readaptación profesional y empleo de personas con discapacidad deben destinarse «a asegurar que existan medidas adecuadas de readaptación profesional al alcance de todas las categorías de personas discapacitadas y a promover oportunidades de empleo para las personas discapacitadas en el mercado regular del empleo» (cfr. artículo 3). Al mismo tiempo, dichas políticas deben basarse «en el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores discapacitados y los trabajadores en general. Deberá respetarse la igualdad de oportunidades y de trato para trabajadoras discapacitadas y trabajadores discapacitados. Las medidas positivas especiales encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores discapacitados y los demás trabajadores no deberán considerarse discriminatorias respecto de estos últimos» (cfr. artículo 4).

En el ámbito estrictamente europeo, el no respetar el principio de preferencia por el empleo ordinario vulnera la Carta Social Europea (revisada el 3 de mayo de 1996), pues la misma recoge, en su artículo 15, bajo la rúbrica «derecho de las personas minusválidas a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida en comunidad», el compromiso de los Estados Parte para «tomar las medidas adecuadas para procurar a las personas minusválidas orientación, educación y formación profesional en el marco del régimen general, siempre que sea posible, o, en caso contrario, a través de instituciones especializadas, ya sean públicas o privadas», así como para «promover su acceso al empleo mediante todas las medidas encaminadas a estimular a los

²² BOE de 30 de marzo de 2011, núm. 76. Respecto a la concreción de las entidades de economía social, véase ARRIETA IDIAKEZ, F.J. «Concreción de las entidades de la economía social». En *REVESCO: Revista de Estudios Cooperativos*, 2014, núm. 116, pp. 36-56.

²³ BOE de 15 de octubre de 2015, núm. 247.

²⁴ Al respecto, véase ESTEBAN LEGARRETA, R., *ob. cit.*, pp. 49, 71 y 78.

²⁵ BOE de 3 de diciembre de 2003, núm. 289.

²⁶ BOE de 27 de diciembre de 2012, núm. 310.

²⁷ Ratificado por España el 2 de agosto de 1990 (BOE de 23 de noviembre de 1990, núm. 281).

empleadores para que contraten y mantengan empleadas a las personas minusválidas en el entorno habitual del trabajo y a adaptar las condiciones de trabajo a las necesidades de los minusválidos o, cuando ello no sea posible por razón de la minusvalía, mediante el establecimiento o la creación de empleos protegidos en función del grado de incapacidad. Estas medidas pueden exigir, en determinados casos, el recurso a servicios especializados de colocación y de apoyo». Ahora bien, hay que matizar que España todavía no ha ratificado esta versión revisada de la Carta Social Europea. De este modo, el problema reside en que la versión original de la Carta de los Derechos Sociales, de 18 de octubre de 1961²⁸ y su Protocolo Adicional, de 5 de mayo de 1988²⁹, no contienen el derecho que se acaba de mencionar, por el que se aboga por la preferencia del empleo ordinario frente al empleo protegido de las personas con discapacidad.

Ello no obstante, y sin salir del ámbito de actuación del Consejo de Europa, conviene recordar que también se ahonda en la preferencia por el empleo ordinario en la Recomendación Rec (2006) 5, de 5 de abril de 2006, del Consejo de Ministros a los Estados miembros sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015.

Por su parte, en el ámbito de la Unión Europea, la prueba más evidente de la preferencia por el empleo ordinario lo constituye la Directiva 2000/78CE, en la medida en que la misma tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación, entre otros motivos, por discapacidad, en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato (cfr. artículo 1).

Por todo ello, a continuación, en el siguiente apartado, se centrará la atención en aquellas medidas de acción, directas e indirectas, existentes de cara al empleo ordinario de las personas con discapacidad, a la luz de los distintos regímenes profesionales existentes. Ciertamente, se entiende que dichas medidas de acción constituyen la mejor experiencia orientada a la promoción del empleo inclusivo.

4. LAS MEDIDAS DE ACCIÓN, DIRECTAS E INDIRECTAS EXISTENTES DE CARA AL EMPLEO ORDINARIO, COMO PARADIGMA DE LA EXPERIENCIA ORIENTADA A LA PROMOCIÓN DEL EMPLEO INCLUSIVO

4.1. Medidas de acción directas

4.1.1. La adaptación de los puestos de trabajo

Una primera manifestación de esta medida se contempla en el artículo 40.2 del TRLGDPDIS, cuando se señala que «los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación».

Más concretamente, dicha adaptación, encuentra su razón de ser en los denominados «ajustes razonables» que el artículo 2.m) del TRLGDPDIS define, con carácter general y transversal para todas las materias que regula, como «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos».

En ese sentido, conforme a la STJUE de 11 de abril de 2013 (Asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11), en interpretación de la Directiva 2000/78/CE, las «medidas de ajuste» que debe adoptar el empresario pueden ser de orden «físico, organizativo o educativo». De este modo, para el TJUE lo fundamental es que tales medidas atiendan a su finalidad, cual es la «eliminación de las barreras que dificulten la participación plena y efectiva de las personas discapacitadas en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores». Y como debe tratarse de medidas no solo «materiales», sino también «organizativas», se admite como «ajuste» una eventual «disminución del tiempo de trabajo» o «reducción de jornada», que bien podría conllevar la transformación del contrato de tiempo completo a tiempo parcial.

²⁸ BOE de 26 de junio de 1980, núm. 153.

²⁹ BOE de 25 de abril de 2000, núm. 99.

En esalínea, también es posible apostar, entre otras medidas, por las variaciones de horarios, los cambios de funciones, las reubicaciones, el teletrabajo o trabajo a distancia, la suspensión del contrato de trabajo, los permisos especiales y la provisión de asistentes personales en viajes de negocios. En cualquier caso, es conveniente concretar el deber de adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo vía convenio colectivo o pacto de empresa³⁰.

El problema de esta medida reside en que conforme al último inciso del artículo 40.2 del TRLGDPDIS, el empresario puede alegar que la adopción de tales medidas de ajuste supone una «carga excesiva». De la conjunción de este precepto y del artículo 66.2 del mismo texto legal se deduce que para valorar que dicha carga excesiva existe hay que tener en cuenta si es paliada o no en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad; los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen; el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa; los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción. En verdad, parece razonable que la «carga excesiva» debiera sopesarse atendiendo al principio de conservación del negocio jurídico, es decir, acreditando el empresario que con la situación económica, técnica, organizativa o productiva de la empresa no es posible adoptar medidas alternativas que posibiliten que la persona con discapacidad trabaje.

Pero cuando no quedan acreditadas tales circunstancias que justifiquen la «carga excesiva» de la medida, el empresario deberá adoptarla. Y caso de no hacerlo parece que deben diferenciarse dos situaciones. Por una parte, si la negativa a realizar los ajustes se refiere a la situación previa a la contratación, cabrá interponer una demanda por infracción grave, a tenor de lo dispuesto en los artículos 80 y siguientes del TRLGDPDIS. Así, en el caso de estimarse dicha demanda, el empresario se enfrentará a una multa que oscila entre los 301 euros y los 30.000 euros, sin perjuicio de las sanciones accesorias que pudieran adoptarse, conforme al artículo 85 del TRLGDPDIS. Por otra parte, si la negativa a realizar los ajustes se refiere a situaciones posteriores a la contratación, es decir, cuando se producen respecto a trabajadores ya contratados, el empresario cometerá, conforme a lo establecido en el artículo 8.12 del 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 (TRLISOS)³¹, una infracción muy grave por discriminación desfavorable por razón de discapacidad, lo que supone que deberá enfrentarse a una multa en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros (cfr. artículo 40.1.c).

Con todo, las personas con discapacidad pueden obtener una mayor protección de cara a la obligación que tiene el empresario para realizar «medidas de ajuste» cuando, tras las evaluaciones de los riesgos existentes en la empresa, la persona con discapacidad sea un trabajador

³⁰ En este sentido, puede citarse como ejemplo el II Convenio Colectivo del Grupo Acciona Energía (BOE de 16 de julio de 2019, núm. 169), que dedica el artículo 38, bajo la rúbrica, «diversidad» y el artículo 39, bajo la rúbrica «integración en el empleo de los trabajadores/as con discapacidad», al empleo de las personas con discapacidad. Así, el artículo 38 establece que el Grupo de Empresas de Acciona Energía impulsará las actuaciones necesarias para la inserción laboral de las personas con discapacidad, bajo los principios de sostenibilidad y responsabilidad social con las personas, promoviendo buenas prácticas laborales y de integración. Por su parte, el artículo 39, con un amplio contenido, dispone lo siguiente:

«Con la finalidad de poder facilitar la plena integración en el empleo, de los trabajadores/as con discapacidad, este personal prestará sus servicios en condiciones, que de un lado garanticen la aplicación del principio de igualdad de trato y, por otro, les asegure progresar profesionalmente, accediendo a la formación programada y prevista para el resto de trabajadores/as.

Las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio, adoptarán las medidas oportunas y adecuadas, para la adaptación, en la medida de lo posible, del puesto de trabajo y la accesibilidad al mismo en la empresa, en función de los requisitos y características del puesto y de las necesidades de cada situación y caso concreto.

Se favorecerá la incorporación a la Empresa de personal con discapacidad, ya sea física, psíquica o sensorial así como a los colectivos con dificultades de acceso al mercado laboral y riesgo de exclusión.

Las personas con incapacidad permanente absoluta o afectados de gran invalidez cualquiera que sea su causa, que hubieren sido declarados aptos de nuevo para el trabajo, tendrán derecho a que se les reingrese al puesto de trabajo que, con carácter normal, desempeñaban al tiempo de la baja, salvo en el supuesto de que hubieran cumplido la edad de jubilación, con derecho a la correspondiente pensión, debiendo solicitar el reingreso dentro del mes siguiente a la declaración de aptitud y estando obligada la empresa a que el reingreso se produzca dentro de los 15 días siguientes.

A los supuestos de revisión de las situaciones de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez que dieran lugar a la calificación de las mismas en el grado de total, les será de aplicación lo dispuesto en el (...) [párrafo] siguiente.

Los trabajadores/as que hubieren cesado en la empresa por haber quedado incurso en una incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa, cuando experimenten una recuperación funcional para desempeñar un puesto de trabajo distinto al que venían desempeñando con anterioridad a la baja, tendrán preferencia absoluta para su readmisión en la primera vacante que se produzca que sea acorde con las funciones que puedan realizar con arreglo a sus condiciones físicas e intelectuales, sea cual fuere su edad al producirse la recuperación, a condición de que en tal fecha no tengan derecho a pensión de jubilación y de que el trabajo a realizar no represente un riesgo para su vida o la salud.

Las personas con incapacidad permanente a las que se refiere el presente artículo tendrán derecho a acceder directamente a las plazas que se trate, computándose así mismo la antigüedad ya madurada en la empresa con anterioridad a la fecha de baja».

³¹ BOE de 8 de agosto de 2000, núm. 189.

especialmente sensible a dichos riesgos. Así, como concreta manifestación del principio preventivo de humanización contemplado en el artículo 15.a) de la LPRL, según el cual el empresario debe aplicar las medidas que integran el deber general de prevención adaptando el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, el artículo 25 del mismo cuerpo legal establece para el empresario la obligación de garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que por tener reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Precisamente, como consecuencia de dicha protección los trabajadores no podrán ser empleados en aquellos puestos de trabajo en los que por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo. Además, debe tenerse en cuenta que la LPRL desborda el ámbito de las relaciones laborales objeto del Derecho del Trabajo, para extenderse también a las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones públicas (cfr. artículo 3.1 de la LPRL), a las relaciones profesionales entre los socios cooperativistas y su cooperativa (cfr. artículo 3.1 de la LPRL), así como a las relaciones entre trabajadores autónomos y empresarios que los contratan en el marco de la denominada «coordinación de actividades empresariales» (cfr. artículo 24.5 de la LPRL y artículo 8 de la LETA).

4.1.2. Los servicios de empleo con apoyo

Conforme a la definición dada por el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado de trabajo³², los servicios de empleo con apoyo consisten en un «conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, prestadas por preparadores laborales especializados, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de trabajadores con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes» (cfr. artículo 2.1). En concreto, estos servicios están destinados a trabajadores con discapacidad inscritos en los Servicios Públicos de Empleo como demandantes de empleo no ocupados, así como trabajadores con discapacidad contratados por centros especiales de empleo, siempre que, en ambos casos, se encuentren en alguno de los supuestos que se describen a continuación (cfr. artículo 3.1): (a) personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33%; (b) personas con discapacidad física o sensorial con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65%.

4.1.3. La creación de cooperativas de integración social

Conforme al artículo 127 de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi³³, cabe la posibilidad de crear cooperativas de integración social, que son aquellas que están constituidas, al menos mayoritariamente, por disminuidos físicos o psíquicos, pudiendo basarse en el trabajo asociado para organizar, canalizar y comercializar los productos y servicios del trabajo de los socios o ir dirigidas a facilitar la provisión de bienes y servicios de consumo general o específicos.

4.1.4. Las cuotas de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad

De acuerdo con el artículo 42.1 del TRLGDPDIS, las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad. En cualquier caso, de entrada, debe matizarse, que conforme al Criterio Técnico 98/2016 sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad (Criterio Técnico 98/2016), esta obligación se refiere exclusivamente a trabajadores asalariados por lo que se excluyen los supuestos de socios trabajadores en cooperativas de trabajo

³² BOE de 14 de julio de 2007, núm. 168.

³³ BOPV de 19 de julio de 1993, núm. 135.

asociado, de becarios, trabajadores autónomos económicamente dependientes o cualquier otra relación jurídica diferenciada.

De cara a determinar si la empresa arroja un resultado de 50 o más trabajadores debe estar a las reglas fijadas por la Disposición adicional primera del Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad³⁴, así como a las matizaciones realizadas por el Criterio Técnico 98/2016.

Así, el período de referencia para el cálculo serán los 12 meses inmediatamente anteriores, de forma y manera que los cálculos deben realizarse sobre la plantilla en un período de tiempo y no respecto del número de trabajadores que tenga la empresa en un momento concreto. A falta de especificaciones, conforme al artículo 4.1 del Código Civil, el período debe computarse de fecha a fecha. Además, se trata de una obligación constante, variable y viva en su aplicación, de manera que es la propia empresa la que debe ir verificando su cumplimiento según la evolución de su plantilla. Evidentemente, en los supuestos de actuación inspectora, el cómputo se referirá a los doce meses anteriores al inicio de dicha actuación.

En sintonía con lo establecido en el artículo 42.1 del TRLGDPDIS, el cómputo debe realizarse sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella. Con otras palabras, deben computarse al mismo tiempo todos los contratos de todos los centros, independientemente de su modalidad concreta. En el supuesto de grupos de empresa deben diferenciarse los grupos fisiológicos y patológicos. Así, mientras que en los grupos fisiológicos la obligación de cómputo debe operar en cada una de las empresas que integra el grupo, consideradas de forma diferenciada, en los grupos patológicos cabe la posibilidad de que se reconozca la existencia de una realidad empresarial única y centro de imputación de obligaciones y responsabilidades frente a los trabajadores, siempre y cuando así se aprecie en sentencia o se constate por parte de la ITSS, acreditando la concurrencia de las circunstancias establecidas por la jurisprudencia.

Centrando la atención en las reglas para realizar el cómputo de los trabajadores empleados, debe obtenerse el promedio de los mismos en el período de tiempo de los 12 meses mencionado. Así, en primer lugar, cada trabajador con contrato indefinido contará como uno en cada uno de los meses en los que haya estado en situación de alta. Y dado que debe aplicarse el promedio, habrá que contabilizar mes a mes el número de trabajadores indefinidos y la suma total dividirla entre 12. En segundo lugar, los trabajadores vinculados por contratos de duración determinada superior a un año deben computarse como trabajadores indefinidos de plantilla. Y, en tercer lugar, los contratados por término de hasta un año deben computarse según el número de días trabajados en el período de referencia, teniendo en cuenta que cada 200 días trabajados o fracción se computarán como un trabajador más. Respecto a estos últimos, debe matizarse que cuando el cociente que resulte de dividir por 200 el número de días trabajados en el citado período de referencia sea superior al número de trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores; y cuando el resultado de la operación sea decimal debe redondearse por exceso. Además, a los efectos del cómputo de los 200 días trabajados deben contabilizarse los días efectivamente trabajados como los de descanso semanal, los días festivos y las vacaciones anuales.

Una vez determinada la plantilla de la empresa en dichos términos se aplicará sobre la misma el porcentaje del 2% mencionado, que arrojará la cuota de trabajadores con discapacidad que la empresa debería tener contratados. Dado que para calcular el 2% la norma no concreta de forma directa si se debe computar la fracción como uno más (redondeo al entero por exceso), o si debe desecharse la misma (redondeo al entero por defecto), debe realizarse una interpretación finalista de la norma. De este modo, al contemplar dicha norma que están obligadas las empresas con 50 o más trabajadores, la intención del legislador es la siguiente: empresas con menos de 50 trabajadores, 0 trabajadores de cuota; de 50 a 99, un trabajador, de 100 a 149, dos, y así, sucesivamente de 50 en 50, de manera que hasta que no se completen los 50 trabajadores no surge la obligación de contratar a uno más. En definitiva, el redondeo debe ser a la baja (redondeo al entero por defecto, eliminado los decimales), y no existe obligación de contratar a uno más hasta alcanzar el siguiente número entero.

Ahora bien, este deber de cuota de reserva puede excepcionarse por parte de las empresas atendiendo a las siguientes causas (cfr. artículo 1.2 del Real Decreto 364/2005): excepcionalidad por imposibilidad de contratación; excepcionalidad por cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico. Pero las empresas que aboguen por ello deberán aplicar alguna de las siguientes medidas alternativas (cfr. 2.1 del Real Decreto 364/2005):

³⁴ BOE de 20 de abril de 2005, núm. 94.

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

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

(c) Realización de donaciones y de acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo en favor de las personas con discapacidad que permita la creación de puestos de trabajo para aquéllas y, finalmente, su integración en el mercado de trabajo

(d) La constitución de un enclave laboral, previa suscripción del correspondiente contrato con un centro especial de empleo, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad³⁵.

Y ante la posibilidad de que los empresarios incumplan su obligación para con la cuota de reserva o las medidas alternativas, se prevén distintas consecuencias por el ordenamiento jurídico: (a) se comete una infracción grave, conforme a lo establecido en el artículo 15.3 del TRLISOS, con una sanción que oscila entre los 626 y los 6.250 euros (cfr. artículo 40.1.b del mismo texto legal); (b) cabe la posibilidad de imponer una sanción accesoria en los términos del artículo 46 del TRLISOS, consistente, por ejemplo, en la pérdida de ayudas, subvenciones o bonificaciones; (c) conforme al artículo 71.1.d) de la Ley 9/2017, de 18 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014³⁶, los empresarios incumplidores no podrán ser contratadas por las entidades que forman parte del sector público (cfr. artículo 3 de dicho texto legal).

Al margen de las empresas públicas y privadas, y conforme al mandato establecido en el artículo 42.2 del TRLGDPDIS, por el que en las ofertas de empleo público debe reservarse un cupo para ser cubierto por personas con discapacidad, el artículo 59 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público³⁷, determina que «en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al 7 por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad (...), siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el 2 por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública». Y, a continuación, se matiza, que «la reserva del mínimo del 7 por ciento se realizará de manera que, al menos, el 2 por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad». Y para poder cumplir con dicho mandato, también se especifica que «cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad».

4.1.5. Medidas que abogan por la conservación de los contratos de trabajo de las personas con discapacidad

El Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET)³⁸, contempla distintas medidas que abogan por la conservación de los contratos de trabajo de las personas con discapacidad. Así, respecto a las movilidades geográficas, el artículo 40.5 prevé un derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, en el centro de trabajo de otra localidad, para hacer efectivo el derecho a la protección de salud. Igualmente, se prevé la prioridad de permanencia en el puesto de trabajo, si así se establece en convenio colectivo o pacto de empresa.

³⁵ BOE de 21 de febrero de 2004, núm. 45.

³⁶ BOE de 9 de noviembre de 2017, núm. 272.

³⁷ BOE de 31 de octubre de 2015, núm. 261.

³⁸ BOE de 24 de octubre de 2015, núm. 255.

En materia de despidos colectivos, el artículo 51.5 establece la prioridad de permanencia en el puesto de trabajo, si así se establece en convenio colectivo o pacto de empresa. Y en materia de despidos objetivos, conforme a lo dispuesto por el artículo 52.a), hay que tener en cuenta que el empresario no podrá alegar la ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba. De forma y manera que la contratación con conocimiento de la ineptitud de la persona con discapacidad conlleva necesariamente la adopción de ajustes razonables para que el trabajo se adapte a la persona con discapacidad. En caso contrario, es decir, en el supuesto de que el empresario no adoptara o, por lo menos, intentara adoptar, las medidas necesarias para llevar a cabo los ajustes razonables y de ello derivara, posteriormente, un despido, esa situación daría lugar a un indicio de discriminación, con la inversión de la carga de la prueba para con el empresario.

4.2. Medidas de acción indirectas

Como complemento a las medidas de acción directas que se han analizado en el apartado anterior, existe toda una batería de medidas de acción indirectas dispersas en el ordenamiento jurídico que afectan a los regímenes profesionales de los trabajadores por cuenta ajena, los autónomos y aquellos otros trabajadores que queden encuadrados en el ámbito de las entidades de la Economía Social, siempre que todos ellos sean personas con discapacidad.

Comenzando por la contratación de trabajadores asalariados con discapacidad la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo³⁹, establece bonificaciones tanto para la contratación indefinida como la contratación temporal en supuestos excepcionales (cfr. artículo 2 y Disposición adicional primera). Por su parte, el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos⁴⁰, regula determinadas subvenciones y bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social por la contratación indefinida y a tiempo completo (cfr. artículo 7 y ss.), haciéndolas extensivas a las sociedades cooperativas de trabajo asociado que incorporen como socios a personas con discapacidad. Igualmente, la Disposición Adicional vigésima del TRLET establece que las empresas que celebren contratos formativos con trabajadores con discapacidad tendrán derecho a una reducción, durante la vigencia del contrato, del 50% de la cuota empresarial de Seguridad Social correspondiente a contingencias profesionales.

Respecto a los trabajadores autónomos, la Orden TAS/1622/2007, de 5 de junio, por la que se regula la concesión de subvenciones al programa de promoción del empleo autónomo⁴¹, contempla una serie de subvenciones para las personas desempleadas e inscritas como demandantes de empleo, en los Servicios Públicos de Empleo, con una referencia expresa a las personas con discapacidad (cfr. artículo 3.a), cuando estas se establezcan como trabajadores autónomos o por cuenta propia (cfr. artículos 2 y 10); para reducir la cuantía de los intereses de préstamos destinados a financiar inversiones por la creación y puesta en marcha de proyectos de autoempleo (cfr. artículo 10); para la asistencia técnica (cfr. artículo 10); y para la formación (cfr. artículo 10). Por su parte, la LETA, en sus artículos 32 y 32bis, contempla beneficios en la cotización a la Seguridad Social para los trabajadores autónomos con discapacidad. Igualmente, las medidas de capitalización de las prestaciones por desempleo o de pago único de la prestación por cese de actividad pueden ser utilizadas por las personas con discapacidad para realizar una actividad profesional como trabajadores autónomos (cfr., respectivamente, artículos 34 y 39).

Por último, respecto a la incorporación de trabajadores en las entidades de la Economía Social, la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social⁴², prevé una serie de incentivos para las cooperativas, las sociedades laborales y las empresas de inserción, que consisten en diversas bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social (cfr. artículo 9). Igualmente, las medidas de capitalización de las prestaciones por desempleo o de pago único de la prestación por cese de actividad pueden ser utilizadas por las personas con discapacidad para incorporarse, de forma estable, como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales (cfr. respectivamente, artículos 10 y 12).

En todos los supuestos, las deducciones fiscales también constituyen una herramienta de fomento del trabajo de las personas con discapacidad.

³⁹ BOE de 30 de diciembre de 2006, núm. 312.

⁴⁰ BOE de 4 de junio de 1983, núm. 133.

⁴¹ BOE de 7 de junio de 2007, núm. 136.

⁴² BOE de 30 de marzo de 2011, núm. 76.