

DERECHO AL TRABAJO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD



D O C U M E N T O S



MINISTERIO
DE TRABAJO
Y ASUNTOS SOCIALES

REAL PATRONATO
SOBRE DISCAPACIDAD

DERECHO AL TRABAJO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Autor:
Ricardo Esteban Legarreta

Los trabajos del Real Patronato en materias relativas al empleo privado de personas con discapacidad vienen siendo asesorados por un Grupo Técnico de Inserción Laboral con la siguiente composición:

Astarloa Gómez, Alberto. Coordinador General CC.OO. - Federación Sindical de la Administración Pública.

Bellver Silván, Fernando. Director Servicios Acción Social - Consejo Insular de Mallorca.

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

García-Camino Burgos, Mercedes. Fundación Telefónica.

Jiménez Lara, Antonio. Fundosa Teleservicios.

Jordán de Urríes Vega, Borja. INICO. Universidad de Salamanca.

Liébana, Ana. CC.OO. Federación Sindical de la Administración Pública.

Rueda Ruiz, Begoña. Asociación IGON.

Peralta, Mario. Fundación Catalana Síndrome de Down.

Sotelo, Helena, SIIS - Centro de Documentación y Estudios.

Villalobos, Elvira. Centro Español de Documentación sobre Discapacidad del Real Patronato.

DERECHO AL TRABAJO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

DOCUMENTOS 10/2003

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

EDITA: Real Patronato sobre Discapacidad.

CUIDADO DE LA EDICIÓN Y DISTRIBUCIÓN: Centro Español de Documentación sobre Discapacidad del Real Patronato. Serrano, 140. 28006 Madrid. Tel.: 91 7452449-46. Fax: 91 4115502 cedd@futurnet.es - rp@futurnet.es

IMPRIME: Industrias Gráficas Caro, S. L.

Primera edición (Luis Enrique de la Villa y Juan Antonio Sagardoy): Septiembre de 1987, 1.200 ejemplares.

Reimpresión: Mayo de 1988, 500 ejemplares.

Segunda edición: Junio de 1989, 500 ejemplares.

Tercera edición (Actualizada por Eusebio Niño): Junio de 1991, 800 ejemplares.

Cuarta edición (Actualizada por Ricard Esteban): Septiembre de 2001, 1.000 ejemplares.

Quinta edición: Septiembre de 2003, 1.000 ejemplares

NIPO: 214-03-001-2

Depósito Legal:M-40411-2003

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	5
I. LA GARANTÍA DEL DERECHO AL TRABAJO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES	7
1. Planteamiento general	8
1.1. La tutela del derecho al trabajo en la Constitución Española y en los textos internacionales	8
1.2. La especial tutela de los Derechos de las personas con discapacidad	10
1.3. Legitimidad de las políticas de especial atención: su carácter no discriminatorio	15
1.4. Destinatarios de las políticas: el concepto de persona con discapacidad respecto al empleo	16
2. Algunos elementos de intervención más allá de la LISMI: las menciones a la discapacidad en el estatuto de los Trabajadores	17
ANEXO SOBRE LA NATURALEZA VICULANTE DE LOS DOCUMENTOS INTERNACIONALES CITADOS	19
II. LA POLÍTICA PÚBLICA A FAVOR DEL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: LA LEY 13/1982, DE 7 DE ABRIL, DE INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS MINUSVÁLIDOS	21
1. Significado y valor de la LISMI	22
2. Las medidas de fomento de la inserción laboral de las personas con discapacidad	23
2.1. Medidas orientadas a la integración en el mercado ordinario de trabajo. Planteamiento	23
2.2. La reserva de empleo	24
2.3. El sistema de contratación laboral en el medio ordinario de trabajo	32
2.4. Medidas orientadas a la integración en el medio protegido	49

3. El empleo selectivo	53
4. Empleo con apoyo y enclaves protegidos.....	58
4.1. El empleo con apoyo	59
4.2. Los enclaves protegidos.....	60
5. Centros Ocupacionales y actividad ocupacional	61
5.1. Los Centros Ocupacionales	61
5.2. Personas admitidas y actividad desarrollada en los Centros Ocupacionales	62
 ABREVIATURAS UTILIZADAS	 63

PRESENTACIÓN

El presente trabajo “Derecho al trabajo de las personas con discapacidad” constituye la segunda edición revisada de un trabajo que el Real Patronato sobre discapacidad tuvo a bien encargarme en la primavera de 2001. Tanto en su planteamiento como en su contenido, la obra sigue la estela que en anteriores ediciones iniciaron los profesores Sagardoy Bengoechea y Villa Gil¹, con la pretensión de ofrecer una panorámica general del empleo de las personas con discapacidad desde una perspectiva jurídica.

La obra se divide en dos grandes bloques claramente diferenciados. El primero se dedica a un comentario del derecho al trabajo a la luz de la Constitución Española de 1978 y de varios textos internacionales de diverso grado de vinculación para España. Este bloque esboza el alcance del derecho al trabajo de las personas con discapacidad al tiempo que, con carácter introductorio, presenta el concepto de persona con discapacidad a los efectos de nuestro derecho del empleo.

El segundo gran apartado arranca de la Ley 13/1982, de 7 de abril, (LISMI) para a continuación pasar a examinar los dispositivos que nuestro ordenamiento jurídico ha puesto en marcha a fin de impulsar el empleo de las personas con discapacidad. De este modo, se repasan las figuras más emblemáticas como la reserva de empleo o los incentivos a la contratación temporal e indefinida. Asimismo, son examinadas otras intervenciones como el empleo selectivo de personas con discapacidad recuperadas o la regulación del trabajo protegido desarrollado en Centros Especiales de Empleo. En fin, destaca también la referencia a algunas iniciativas autonómicas de gran valor cualitativo, como es el caso del empleo con apoyo o los enclaves en el medio ordinario de trabajo. Más allá de cuestiones de contenido, se observará que el texto no abunda demasiado en cuestiones valorativas, sin perjuicio de que en ocasiones se haga alguna apreciación en este sentido. Ello es debido a que, a grandes rasgos, el texto pretende ofrecer una explicación asequible y directa de los principales aspectos relacionadas con el empleo de las personas con discapacidad. De este modo, para un estudio de mayor profundidad se sugiere la consulta de la bibliografía citada en las páginas que siguen.

Finalmente, el texto tiene muy en cuenta la perspectiva temporal de manera que remarca las importantes transformaciones operadas en este conjunto regulador tras la puesta

¹ Los profesores Villa Gil y Sagardoy Bengoechea, fueron los autores de la obra en las ediciones de 1987, 1989 y 1991; en este último caso, actualizada por Eusebio Niño.

en marcha del Primer Acuerdo firmado entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Comité de Representantes de Minusválidos (CERMI) en el año 1997. Tal metodología permite ahondar en la comprensión de la regulación vigente, a la vez que puede evaluarse la aportación de este tipo de acuerdos al progreso de nuestra normativa. Además, esta edición ha podido reflejar algunas de las reformas llevadas a cabo a partir de la firma del Segundo Acuerdo firmado entre el Ministerio de Trabajo y el CERMI en diciembre de 2002, y que se encuentra en una fase inicial de puesta en marcha.

Ricardo Esteban Legarreta
Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona
28 de julio de 2003

I
LA GARANTÍA DEL DERECHO AL
TRABAJO EN LA CONSTITUCIÓN
ESPAÑOLA DE 1978 Y EN LOS TEXTOS
INTERNACIONALES

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

1.1. La tutela del derecho al trabajo en la Constitución Española y en los textos internacionales

Una aproximación a la intervención de los poderes públicos en favor del empleo de las personas con disminución exige en primer lugar dirigir una mirada hacia el fundamento constitucional del derecho al trabajo. Por esta razón, se efectuará en un primer momento una aproximación a los preceptos constitucionales más importantes sobre este particular; al tiempo, se intercalarán diversos comentarios a propósito de la incidencia de algunos textos jurídicos internacionales en la eficacia del derecho al trabajo de las personas con discapacidad.

Como punto de partida, hemos de tener en cuenta que en un sistema de economía de mercado como el introducido en el artículo 38 la Constitución de 1978 (en adelante CE), no es posible reivindicar por parte de cada ciudadano el derecho a un concreto puesto de trabajo. Así, un sistema de economía de mercado se distingue por dejar la mayoría de la iniciativa económica en manos de los particulares, sin que a su vez sea posible exigir al empresariado la creación de un determinado volumen de empleo que satisfaga el derecho al trabajo del conjunto de la población. Por ello, se ha interpretado que la proclamación del derecho al trabajo del artículo 35.1 CE —*"Todos los españoles tienen (...) el derecho al trabajo"*— no implica la exigibilidad de un puesto de trabajo. Más bien, el artículo 35.1 CE significa, según criterio del Tribunal Constitucional plasmado en la clásica sentencia 22/1981, de 2 de julio, el refuerzo del concreto derecho al trabajo de un ciudadano ante una situación determinada², habiendo recibido esta formulación la denominación de vertiente individual del derecho al trabajo.

¹ Con carácter general, son de especial interés las indicaciones que sobre el marco constitucional se señalan en VILLA GIL, L.E. y SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.(NIÑO RÁEZ, E. Actualización): *Derecho al trabajo de las personas con minusvalía*, Madrid, Real Patronato de Prevención y Atención a Personas con Minusvalía, 1991, págs. 6 a 22. También con carácter general: ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, Ibídem, 1999, págs. 75-136 y NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: *La integración laboral de las personas con discapacidad: régimen jurídico*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 2000, págs. 36-79. Un tratamiento específico de los textos internacionales en: SÁNCHEZ CERVERA-SENRA, J.M. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M.: *Los trabajadores discapacitados*, Valencia, CISS, 2000, págs. 17 a 30 y TUSET DEL PINO, P.: *La contratación de trabajadores minusválidos*, Elcano, Aranzadi, 2000, págs. 47 a 66.

² A título de ejemplo, en concretas controversias es plausible la alegación y la utilización del derecho al trabajo "individual" como elemento de ponderación en el debate. A título de ejemplo, el derecho al trabajo es alegable a la hora de favorecer, en caso de duda, la compatibilidad entre una pensión y actividad laboral.

Más interés tiene para nosotros la denominada vertiente colectiva del derecho al trabajo, recogida en el artículo 40.1 último inciso CE, en el que se prevé que *"Los poderes públicos (...) de manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo"*. Realmente, es esta la clave de bóveda de la intervención de los poderes públicos en el mercado de trabajo, ya que el artículo 40.1 CE reconoce la realidad de un nivel de desempleo más bien permanente pero compromete a los poderes públicos en la búsqueda del mayor volumen posible de empleo. De acuerdo con el artículo 53.3 de nuestra Constitución³, el objetivo del pleno empleo deberá informar a la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de la administración pública. Llegados a este punto, cabe analizar cómo se materializa este deber de velar por alcanzar, y en su caso, por mantener un importante nivel de empleo. Al respecto, la Ley 51/1980, de 8 de octubre, básica de empleo, constituye la base legislativa de la intervención de los poderes públicos en materia de mercado de trabajo.

Tal intervención se traduciría, entre otros, en la constitución y el mantenimiento de servicios públicos de colocación, el control de los mecanismos privados de colocación y la fijación de incentivos —bonificaciones, subvenciones— dirigidos a fomentar el empleo de trabajadores desempleados. Asimismo, las Comunidades Autónomas gozan de un cierto espacio de intervención en la incentivación del empleo. Así, en base a las competencias sobre el desarrollo de la actividad económica de su territorio (art. 148.1.13.ª CE), las Comunidades Autónomas pueden fijar incentivos que complementarán los que en su caso haya establecido el Estado. A lo anterior cabe añadir el creciente papel asumido por las Comunidades Autónomas en la ejecución de las políticas de empleo, colocación y formación profesional. Como ejemplo, téngase en cuenta la gran cantidad de Servicios Autonómicos de Empleo que han substituido ya al INEM en tales funciones.

Por otra parte, diversos textos de origen internacional refuerzan las obligaciones constitucionales de los poderes públicos en esta búsqueda del pleno empleo. Así, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, obligatorio para España, establece en su artículo 6.1 el derecho de toda persona *"de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado"*, lo que se tra-

³ Téngase en cuenta que el artículo 41 CE, en tanto que ubicado dentro del Capítulo III del Título I de CE, es un principio rector de la política social y económica. Los principios rectores de la política social y económica son preceptos que establecen directrices de actuación de los poderes públicos en el terreno de los derechos prestacionales.

duce en una serie de obligaciones prestacionales para los Estados signatarios⁴. Asimismo, la Carta Social Europea, también de valor obligatorio para España, establece importantes obligaciones prestacionales en materia de protección del empleo. En la misma línea, cabe poner de relieve el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo número 122 sobre Política de Empleo (1964). Este instrumento establece la obligación para los Estados miembros de desarrollar y formular una política activa destinada a fomentar "el pleno empleo, productivo y libremente elegido". El texto, como es frecuente en los instrumentos de la OIT, es muy lacónico, lo que exige la remisión a diversas recomendaciones de la OIT: las recomendaciones sobre política de empleo números 122 (1964) y 169 (1991); la recomendación sobre orientación profesional número 87 (1949) y la recomendación sobre formación profesional número 117 (1962). En fin, es también de gran relieve el Convenio de la OIT número 88, de 1948, sobre Servicios de Empleo, un texto que establece la obligación de los Estados de garantizar un servicio de colocación público y gratuito. De particular interés es su artículo 7, en el que se afirma el deber de garantizar que los servicios satisfagan adecuadamente las necesidades de categorías especiales, mencionando expresamente a las personas con discapacidad. La recomendación sobre el servicio de empleo número 83 (1948) complementa el Convenio número 88.

1.2. La especial tutela de los Derechos de las personas con discapacidad

Nuestro modelo de Estado Social de Derecho no limita su intervención a una política general de tutela de los derechos del conjunto de los ciudadanos. Antes al contrario, la Constitución Española exige una política de atención particular para aquellos individuos y/o colectivos que la merezcan de modo especial. A este respecto, el logro de una igualdad real y no solamente formal entre todos los ciudadanos es una de las aspiraciones de nuestro Estado Social, que supera las pretensiones del modelo del Estado liberal. Por ello, el artículo 9.2 de la Constitución reclama la atención de los poderes públicos hacia

⁴ Así, el artículo 6.2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece algunas de las medidas que deberán adoptar los Estados a fin de que los ciudadanos puedan satisfacer su derecho a ganarse la vida. Entre otras el Pacto señala: "*orientación y formación tecnicoprofesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana*".

los ciudadanos con mayores dificultades. En concreto, este precepto atribuye a los poderes públicos el deber de velar por el logro de una igualdad efectiva, la remoción de los obstáculos que lo impidan y la facilitación de la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social⁵. Ciertamente, el calado social del precepto es considerable y en sí mismo sería suficiente para legitimar políticas específicas de atención a las personas con discapacidad. Sin embargo, las políticas de atención a las personas con disminución disfrutaron de un refuerzo específico en el artículo 49 CE donde se establece que *"Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos"*.

Del precepto constitucional señalado se extraen dos órdenes de consecuencias. De un lado, los poderes públicos deben llevar a cabo una política de prestaciones técnicas y económicas dirigida a atender las necesidades del colectivo. Además, el precepto remarca en su último inciso un deber cualificado de amparo hacia las personas con discapacidad en el ejercicio de los derechos que la CE reconoce al conjunto de los ciudadanos. Al igual que en el caso del derecho al pleno empleo, ya comentado (art. 40.2 CE), el artículo 49 CE es un principio rector de la política social y económica de lo que se derivan las siguientes consecuencias:

a] De un lado, el artículo 49 CE informará la práctica judicial, la legislación positiva y la actuación de la administración (art. 53.3 CE). De este modo, en su actuación, los poderes públicos deberían inspirarse en las líneas directrices del artículo 49 CE.

b] Pero debe recordarse que en sí mismo el artículo 49 CE no reconoce a los ciudadanos con discapacidad derechos exigibles ante los poderes públicos, ya que *a priori*, el único deber de los poderes públicos será el de no contradecir las grandes líneas del precepto. Todo ello porque los principios rectores de la política social y económica únicamente generarán derechos en tanto en cuanto se reflejen en disposiciones legales que desarro-

⁵ Art. 9.2 CE: *"Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social"*.

llen el texto constitucional. En nuestro caso, el artículo 49 CE generará derechos a partir de la aprobación de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (en adelante, LISMI)⁶.

Obviamente, el deber de promoción de los derechos de las personas con discapacidad implica el apoyo específico y señalado a su derecho al trabajo. A este respecto, tanto nuestra Constitución como diversos textos internacionales vienen a apoyar y a legitimar las políticas de promoción del empleo de las personas con discapacidad. En lo concerniente al derecho interno, la lectura sistemática de los artículos 9.2, 40.1, 41 y 49 de nuestra Constitución se traduce en una clara legitimación de estas políticas. A nivel internacional, llevaremos a cabo un breve comentario de una selección de textos. En esta materia, es particularmente destacable el Convenio OIT número 159, sobre Readaptación Profesional y Empleo de Personas Inválidas, de 20 de junio de 1983. Este Convenio establece para los Estados miembros de la OIT la obligación de llevar a cabo una política que asegure la existencia de medidas adecuadas de readaptación profesional y de promoción de oportunidades de empleo (art. 3). Como buena parte de los Convenios de la OIT, el número 159 es un texto de contenido breve y que, bien que obligatorio, no pone en aprietos a la mayoría de Estados industrializados ya que éstos, por lo general, cumplían ya con los genéricos deberes impuestos por aquel Convenio.

Por otra parte, el Convenio número 159 deberá interpretarse de conformidad con las Recomendaciones de la OIT número 99 —Recomendación sobre la adaptación y readaptación profesional de los inválidos— y la Recomendación número 168 OIT, sobre la readaptación y el empleo de personas inválidas. Ambos textos complementan al Convenio OIT y sugieren cuáles podrían ser las medidas de readaptación y de promoción de oportunidades en el empleo: incentivos económicos, adaptaciones de puestos de trabajo, ayudas al empleo protegido, formación de profesionales y potenciación de servicios de recuperación profesional y otras.

⁶ En cualquier caso, debe advertirse que al igual que en otros terrenos, en materia de atención a las personas con discapacidad existía un marco de atención preconstitucional, ordenado en torno a diversos ejes normativos. Entre otros, el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto en materia de empleo, o bien el Decreto 1315/1962, de 14 de junio, de pensiones a favor de ancianos y enfermos carentes de medios de subsistencia. A grandes rasgos, en la última disposición citada, dentro del concepto enfermo encajaba la figura de la persona con discapacidad.

Una panorámica de la producción supranacional en materia de empleo de personas con discapacidad, exige una referencia a diversos instrumentos de valor obligatorio menor, pero con un contenido de notable interés. Entre éstos destacan sin lugar a dudas, algunos textos de Naciones Unidas que aunque con un valor de recomendación tienen un significativo valor. Cabe señalar en primer lugar la Declaración de Derechos del Deficiente mental de 1971 (Resolución 2856 [XXVI]) y la Declaración de Derechos de los Minusválidos, esta última de 1975 (Resolución 3447 [XXX]). Como aspecto a destacar está el reconocimiento en ambos textos del derecho de las personas con discapacidad a desarrollar una actividad profesional. Al valor intrínseco que tienen como recomendación se añade el peso añadido de ser citadas por el artículo 2 de la LISMI, bajo el compromiso del Estado español de inspirarse y de amoldar a ellas su actuación, lo que significa que la LISMI deberá interpretarse en base a aquellos documentos. A los anteriores cabría añadir el Programa de Acción Mundial para las personas impedidas, (Resolución 37/52, de 3 de diciembre de 1982) un texto de rotunda exhaustividad, plasmada en materia de empleo en las directrices contenidas en los puntos 128 a 133, dirigidas a indicar las medidas de incentivación o los modelos —empleo protegido, empleo ordinario y empleo en la administración pública—propuestos a los Estados a fin de promover la inserción de las personas con discapacidad.

Desde una perspectiva europea, son remarcables por un lado la Recomendación del Consejo de la Comunidad Económica Europea de 24 de julio de 1986 (86/379/CEE) y la Recomendación R (92)6 del Consejo de Europa, sobre la elaboración de una política coherente en materia de personas discapacitadas. Se trata de textos en los que se observa una completa y atinada aproximación a la problemática del empleo de las personas con discapacidad, con algunas recomendaciones particularmente interesantes para los Estados integrantes de tales organizaciones. A mi juicio, tienen especial valor las referencias de ambos textos a favor de impulsar experiencias de transición gradual hacia el mercado ordinario de trabajo.

Por su parte, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 dedica también un precepto a las personas con discapacidad. De este modo, el artículo 26 reconoce el derecho de aquéllas a una atención especial dirigida a la integración social y profesional. La atención especial en materia profesional se vehicularía según la Carta mediante la formación profesional, la ergonomía, la accesibilidad y el transporte.

Finalmente, en el contexto de la Unión Europea debe ponerse de relieve el interés suscitado por el desarrollo del artículo 6 A del Tratado de la Comunidad Económica Europea tras la reforma operada mediante el Tratado de Amsterdam. Así, este artículo habilitó al Consejo de la Unión a adoptar medidas adecuadas para la lucha contra toda discriminación, por razón, entre otras, de discapacidad⁷. Ello ha dado lugar a la aprobación de la Directiva 2000/78/CEE, del Consejo, de 27 de noviembre, de establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En su artículo 5, la Directiva establece el deber de los Estados de introducir ajustes razonables a fin de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidad. Los ajustes razonables se definen como las medidas adecuadas, en cada situación concreta, *"para permitir a la persona con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación"*⁸. En todo caso, la Directiva no es aplicable directamente pero exige que su contenido sea acogido por el ordenamiento español en el plazo de tres años, ampliable a seis⁹. Se trata de una Directiva que va a exigir una detenida reflexión para que la transposición o acogimiento en el ordenamiento interno se realice adecuadamente. A este respecto, la figura del "ajuste razonable" forma parte de la tradición jurídica anglosajona pero para el ordenamiento jurídico-laboral español implica una importante novedad, lo que aportará alguna dificultad adicional a la transposición. En fin, destacar al respecto que en estos momentos se encuentra en tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados el proyecto de "Ley núm. 121/00152 de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad", que contiene específicas reglas laborales que deberán ser objeto de posterior desarrollo reglamentario.

⁷ Se muestran optimistas sobre las posibilidades del nuevo impulso del Tratado en su lucha contra la discriminación: SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J.M. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M.: Los trabajadores discapacitados, ob. cit., págs. 28 a 30.

⁸ A este respecto, la Directiva matiza que tales medidas serán obligatorias salvo que "(...) 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".

⁹ Téngase en cuenta que las Directivas son obligatorias para los Estados en cuanto al resultado. Es decir, no son directamente aplicables pero obligan a que el Estado adapte su legislación al contenido mínimo de la Directiva en un determinado plazo.

1.3. Legitimidad de las políticas de especial atención: su carácter no discriminatorio

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que tanto el marco constitucional español como el internacional han reivindicado la legitimidad y la adecuación jurídica de las iniciativas tomadas en favor del empleo del colectivo. Es decir, de acuerdo con los instrumentos españoles e internacionales, las políticas de atención especial a las personas con discapacidad no habrán de considerarse discriminatorias para el resto de ciudadanos.

Así, debe recordarse que en tradiciones jurídicas más proclives a la utilización de acción o discriminación positiva, como la norteamericana, son frecuentes las reclamaciones por discriminación refleja o inversa, efectuadas por personas no pertenecientes a la minoría o grupo protegido.

Por ello, el apoyo explícito a la legitimidad de las medidas de acción positiva aparece como muy conveniente. A este respecto, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 269/1994, de 8 de noviembre, se vio obligado a pronunciarse a propósito del carácter no discriminatorio para terceros de la reserva de empleo público en favor de las personas con discapacidad. Para ello, el Alto Tribunal se basó en el mandato del artículo 9.2 de nuestra Constitución. Desde la perspectiva internacional, diversos textos han avalado la legitimidad de tales iniciativas a la luz del derecho a la igualdad y a la no discriminación. Así, el artículo 4 del Convenio OIT número 159, sobre readaptación profesional y empleo de personas inválidas (1983) o bien, más tímidamente¹⁰, el Convenio OIT número 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (1958), afirman la legitimidad de tales políticas adelantándose a eventuales reclamaciones por discriminación inversa. Finalmente, en el ámbito comunitario la Directiva 2000/78/CEE afirma claramente (art. 7.2) la legitimidad de las políticas de acción positiva.

Efectuado este breve recorrido a través de nuestra Constitución y de diversos instrumentos internacionales, pasaremos a exponer las diversas etapas de desarrollo de la LISMI en favor del empleo de las personas con discapacidad.

¹⁰ El Convenio OIT número 111 es más moderado en sus planteamientos ya que su principal pretensión es la protección ante el trato discriminatorio; no tanto la tutela de la acción positiva en favor de grupos con especiales dificultades. En todo caso, su artículo 5.1 prevé que todo miembro de la OIT puede definir en su legislación interna, como no discriminatoria, cualquier medida destinada "*a satisfacer las necesidades de personas a las que (...) se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial*".

1.4. Destinatarios de las políticas: el concepto de persona con discapacidad respecto al empleo

Antes de iniciar el comentario de las disposiciones legales y reglamentarias sobre empleo de las personas con discapacidad, parece necesario indicar brevemente quien va a ser considerado como tal a los efectos de beneficiarse de las medidas de política de empleo. Así, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional sexta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, deberá ser una persona con un grado de minusvalía física, psíquica o sensorial no inferior al 33 por 100 y, además, deberá acreditar una disminución de la capacidad de trabajo al menos igual a dicho porcentaje. A partir de esta definición legal, cabría destacar dos elementos. De un lado, el grado de minusvalía deberá ser valorado de acuerdo con las previsiones del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Serán competentes para valorar el grado de minusvalía, o bien los órganos autonómicos encargados de esta materia o el IMSERSO en aquellos territorios en que conserve la atribución (art. 6 RD 1971/1999). En caso de personas declaradas en algún grado de incapacidad permanente de Seguridad Social, deberán obtener igualmente la declaración de minusvalía a los efectos de beneficiarse de las ventajas en materia de empleo. De otro lado, cabe destacar la novedad introducida por la Ley 24/2001 consistente en la necesidad de que la persona esté afectada por una disminución en la capacidad de trabajo no inferior a un 33 por 100. Ciertamente, con anterioridad este requisito sólo se exigía para formalizar una relación laboral especial de las personas con discapacidad que realizan su actividad en Centros Especiales de Empleo, mientras que tras la última reforma este requisito ha venido a añadirse con carácter general al grado de minusvalía de base. Sin embargo, no se han creado los baremos que permitan la valoración de la disminución de la capacidad de trabajo y además, la reforma tampoco parece contar con el apoyo del asociacionismo. Al menos, eso cabe deducir del punto III.8 del Segundo Acuerdo firmado entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Comité Español de Representantes de Minusválidos (vid más adelante referencia sobre el mismo), donde se ha pactado la eliminación de este último requisito para acceder a la condición de persona con discapacidad en materia de empleo.

2. Algunos elementos de intervención más allá de la LISMI: las menciones a la discapacidad en el Estatuto de los Trabajadores.

Antes de abordar el desarrollo sistemático del artículo 49 CE por parte de la LISMI, el examen de la garantía del derecho al trabajo de las personas con discapacidad exige una referencia a algunas tímidas aportaciones del Estatuto de los Trabajadores de 1980 (en adelante ET 1980)-aprobado mediante la Ley 10/1980, de 8 de marzo. Se trata de disposiciones que no han sufrido modificación alguna a lo largo de los años, por lo que las líneas que siguen reflejan una realidad normativa todavía vigente¹¹.

De un lado, el ET reconoce el derecho a la igualdad de los trabajadores en la relación de trabajo, de manera que los ciudadanos no sólo tienen derecho a ser tratados de modo igual por los poderes públicos, como prevé el artículo 14 CE, sino que también cabe exigir la efectividad del derecho a la igualdad en la relación de trabajo; frente al empleador. Por ello, el ET protege a los trabajadores cuando se establezcan diferencias no justificadas, basadas en alguna o algunas de las cláusulas de discriminación previstas en la Ley; entre otras, la discapacidad. De este modo, el artículo 4.2 c] ET establece que *"En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho (...) A no ser discriminados para el empleo, o una vez empleados (...). Tampoco podrán ser discriminados por razón de disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate"*. A priori esta opción legislativa se ha de valorar positivamente, sin olvidar que la plasmación del derecho a la igualdad por razón de discapacidad es limitada. En este sentido, el artículo 4.2 c] ET establece el derecho a la igualdad cuando los trabajadores se hallen en condiciones para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate, si bien no se menciona un derecho a la adaptación del puesto o a la modificación de funciones que permitan, en su caso, la supervivencia de la relación laboral. A estos efectos, cabe recordar que la futura Ley de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad (anteriormente señalada) profundizará en alguna medida en estas cuestiones.

¹¹ El único matiz a este respecto está en que el texto del Estatuto de los Trabajadores actualmente vigente no es el aprobado por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, sino por el Real Decreto-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, (Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

Una segunda mención del Estatuto de los Trabajadores a las especiales circunstancias de las personas con discapacidad la hallamos en su artículo 20.3, regulador del deber de rendimiento y diligencia del trabajador. Así, este precepto establece que en el cumplimiento de los deberes laborales del trabajador el empresario tendrá en cuenta "*la capacidad real de los trabajadores disminuidos en su caso*". A grandes rasgos, este precepto exige al empresario un sistema de valoración subjetiva de las capacidades del trabajador, y por ende, de su deber de rendimiento. Por ello, cuando contrate a una persona con discapacidad el empresario no puede exigirle el nivel de rendimiento común o general, aplicable a otro trabajador sin discapacidad que desarrolle las mismas funciones. Antes al contrario, la Ley exige al empresario que evalúe la capacidad del trabajador de acuerdo con diversas circunstancias; fundamentalmente la discapacidad y las funciones desempeñadas. Por ello, como ha señalado algún autor, el Estatuto de los Trabajadores conserva el sistema subjetivo de determinación del rendimiento únicamente para las personas con discapacidad¹². Como veremos, el mismo criterio se establecerá años más tarde en la relación laboral especial de las personas con minusvalía que desarrollen su actividad en Centros Especiales de Empleo (en adelante CEE).

¹² Una cuestión puesta de relieve por MONTOYA MELGAR, A.: "Dirección de la Actividad Laboral" en BORRAJO DACRUZ, E. (Director): *Comentarios a las Leyes Laborales*, Madrid, EDERSA, 1985, Volumen V, pág. 111. En este sentido, debe tenerse en cuenta a que con anterioridad a la aprobación del Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 establecía con carácter general la determinación individual del deber de rendimiento.

ANEXO SOBRE LA NATURALEZA VINCULANTE DE LOS DOCUMENTOS INTERNACIONALES CITADOS

En lo que concierne a los textos internacionales citados y comentados en el epígrafe 1.2 únicamente tienen valor vinculante algunos de ellos. Así, los textos vinculantes crean obligaciones para los Estados y generan derechos exigibles en la esfera de sus ciudadanos. A este respecto, tienen naturaleza vinculante los Convenios de la OIT —no las recomendaciones, que sólo son un complemento interpretativo de los Convenios— y la Carta Social Europea. Cabe atribuir un valor similar a la Directiva 2000/78/CEE, de 27 de noviembre, sobre discriminación, ya que si bien necesita de la transposición de los Estados, la Directiva acaba generando deberes sobre los Estados y derechos exigibles por los ciudadanos.

El resto de textos citados —Resoluciones de Naciones Unidas, del Consejo de Europa o del Consejo de la Unión Europea— no tienen carácter vinculante ni crean derechos, ya que únicamente cumplen el papel de guía de los Estados en la planificación y desarrollo de sus políticas .

II
**LA POLÍTICA PÚBLICA EN FAVOR
DEL EMPLEO DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD:**
**LA LEY 13/1982, DE 7 DE ABRIL,
DE INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS
MINUSVÁLIDOS**

1. Significado y valor de la LISMI

La LISMI constituye el eje central de las políticas en favor de las personas con discapacidad, estableciendo las bases y criterios que deben regir la intervención de los poderes públicos. Los diversos espacios de actuación constituyen los Títulos de la Ley: entre otros, prevención de minusvalías, diagnóstico y valoración, sistema de prestaciones sociales y económicas, rehabilitación, integración laboral o Servicios Sociales.

En materia de empleo, el contenido más importante se encuentra en el Título VII de la Ley, dedicado a la integración laboral. Todo ello sin perjuicio de la oportuna mención a algunos aspectos que se incluyen en otros títulos de la Ley pero que inciden en el empleo como el VI —De la rehabilitación— o el VIII —De los Servicios Sociales. El título VII —De la integración laboral (artículos 37 a 48)—, se basa en una suerte de principio De integración normalizada afirmado en el artículo 37 de la Ley de manera que *"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 que se menciona en el artículo 41"*. También desde una perspectiva general, destaca la opción de la LISMI por reivindicar la promoción y defensa del derecho a la igualdad y a la no discriminación en su artículo 38.2. En este caso, se enriquece el contenido del ya comentado artículo 4.2 c) del Estatuto de los Trabajadores al prohibirse el trato discriminatorio en materia de condiciones de trabajo y acceso al empleo, cuando tal discriminación provenga de Convenios Colectivos, pactos individuales (contractuales) o decisiones unilaterales empresariales¹³.

A continuación se abordará un comentario de las figuras más importantes de la LISMI y de su desarrollo reglamentario. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la exposición que sigue es obligadamente dinámica porque la regulación del empleo de las personas con discapacidad ha experimentado una importante transformación en los últimos años. En este sentido, en el conjunto regulador del empleo de las personas con discapacidad se distinguirían dos fases fundamentales:

¹³ El artículo 38.2 establece que *"Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los Convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales de las Empresas que supongan en contra de los minusválidos discriminaciones en el empleo, en materia de retribuciones, jornadas y demás condiciones de trabajo"*. De todos modos, una lectura combinada de los artículos 4.2 c) y 17.1 ET establecía esta misma protección con anterioridad a la aprobación de la LISMI.

1] Por una parte, el texto de la LISMI (1982) y su primer desarrollo reglamentario llevado a cabo a lo largo de los años ochenta.

2] De otra parte las modificaciones, en ocasiones importantes, introducidas fundamentalmente a partir de la puesta en marcha del *Acuerdo entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Comité Español de Representantes de Minusválidos (CERMI)* de 15 de octubre de 1997 (en adelante *Acuerdo MTAS-CERMI*). Este acuerdo, firmado entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y lo que se ha venido a denominar "el sector"¹⁴, proponía importantes modificaciones legislativas, muchas de ellas con una incidencia destacada en la integración laboral. En la práctica, la mayor parte del *Acuerdo MTAS-CERMI* se ha plasmado en reformas legislativas aprobadas a lo largo del periodo 1997-2000 lo que se va a reflejar en las páginas que siguen.

A lo anterior, cabe añadir que en el momento de redactarse estas líneas, se encuentra en fase de ejecución el *Segundo Acuerdo MTAS-CERMI*, que incluye otras tantas reformas y que ha sido suscrito en fecha 3 de diciembre de 2002. Se trata de un texto que apenas ha dado lugar a reformas legislativas, aunque en su momento se hará referencia a las que ha generado.

2. Las medidas de fomento de la inserción laboral de las personas con discapacidad

2.1. Medidas orientadas a la integración en el mercado ordinario de trabajo.

Planteamiento

A continuación se procederá a examinar las medidas que nuestro ordenamiento jurídico prevé para potenciar el empleo de las personas con discapacidad en el denominado mercado ordinario o mercado no protegido de trabajo. Con esta expresión nos estamos refiriendo a todas aquellas empresas que no tengan la consideración de Centro Especial de Empleo¹⁵, sea cual sea su forma jurídica.

¹⁴ Se trataría más concretamente del Comité Español de Representantes de Minusválidos (CERMI), que aglutina a la gran mayoría de las entidades vinculadas al mundo de la discapacidad. Una visión jurídica del Primer *Acuerdo MTAS-CERMI* en ESTEBAN LEGARRETA, R.: "La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997-2000)", *Relaciones Laborales*, núm.1, 2001, págs. 41 a 70.

¹⁵ El concepto de Centro Especial de Empleo se encuentra referenciado en el epígrafe 2.4.

Como matiz a lo señalado deberá tenerse en cuenta que algunas de las disposiciones que se comentan a continuación no se limitan a fomentar o potenciar el empleo en el mercado ordinario de trabajo sino que eventualmente también podrían utilizarse en el mercado protegido de trabajo, es decir, en los Centros Especiales de Empleo. Este sería el caso del contrato temporal para el fomento del empleo de las personas con discapacidad. Sin embargo se ha considerado que era más oportuno abordar su comentario en este apartado porque se trata de una figura utilizada masivamente en el mercado ordinario.

No se realizará un apartado específico dedicado a la colocación o intermediación de las personas con discapacidad, si bien cabe señalar que los servicios públicos de colocación tienen un papel destacado en esta función, como recordaba la LISMI en 1982 (art.39.1). De todos modos, la autorización de las agencias no lucrativas de colocación en 1994 (art. 16.2 ET), ha propiciado la aparición de agencias especializadas en la intermediación de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo, un dato que considero de interés ante las dificultades de los servicios públicos en el eficaz desempeño de este cometido. Sobre este particular pueden ser de interés algunas figuras conexas impulsadas por las Comunidades Autónomas –significativamente el empleo con apoyo—que favorecen un particular acompañamiento en el acceso al empleo en el caso de personas con discapacidad afectadas de especiales dificultades. Al respecto, me remito a los comentarios efectuados en el epígrafe 4.

2.2. *La reserva de empleo*

2.2.1. Planteamiento: la reserva de empleo en su versión de 1982 (LISMI).

En el año 1982, la reserva o cuota de empleo se reguló en el artículo 38.1 de la LISMI con la previsión de que *"Las empresas públicas y privadas que emplean un número de trabajadores fijos que excedan de 50 vendrán obligadas a emplear un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100 de la plantilla.* Tal disposición pretendía y pretende aún hoy en día impulsar el acceso de las personas con discapacidad a la empresa ordinaria, tratándose de una norma de carácter coercitivo, ya que lejos de tratarse de una disposición de fomento o incentivación, limita la libertad de contratación del empresario. A este respecto, el empresario está obligado a contratar un determinado nivel de personas con dis-

capacidad (no menos del 2 por 100 de los trabajadores contratados). La legitimidad de tal medida se encontraría en la necesidad de reequilibrar una situación de notoria desigualdad.

Dentro de esta regulación original de la reserva (1982) destacan algunos aspectos de gran interés:

- De un lado, los obligados a cumplir con la reserva son las empresas públicas o privadas, no la administración pública. Para este último caso, la normativa específica establecerá también una obligación de reservar un 3 por 100 de las plazas en las convocatorias de funcionarios y de personal laboral¹⁶, a fin de alcanzar un nivel de empleo del 2 por 100.
- Además, el cómputo de la plantilla debía hacerse en base a trabajadores fijos. De este modo, en un primer momento y hasta reformas posteriores no se tuvo en cuenta a los trabajadores con vínculo contractual temporal a la hora de verificar si la empresa contaba con una plantilla de 50 trabajadores.

Durante la primera época de la reserva, que alcanzaría el periodo 1982-1997, no se llevó a cabo desarrollo reglamentario amplio. En este sentido, el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, sobre empleo selectivo y medidas de fomento de empleo de personas con minusvalía (en adelante DFEM) estableció simplemente dos tímidos puntos del desarrollo reglamentario:

1) El primero (art. 5 DFEM), establecía y establece que dentro del primer trimestre de cada año las empresas obligadas a cumplir con la reserva deberán de comunicar al servicio público de colocación (por aquel entonces, en todo el Estado el INEM) relación detallada de los puestos de trabajo ocupados por trabajadores minusválidos y de aquellos que por sus características queden reservados a estos trabajadores. Asimismo, este precepto preveía que el servicio público de colocación daría traslado de estas relaciones a los equipos multiprofesionales, a los que más adelante nos referiremos.

¹⁶ A este respecto se expresa el artículo 19 de la Ley 23/1988, de 28 de julio, de modificación de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública: *"En las de empleo público se reservará un cupo no inferior al 3 por 100 de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad de grado igual o superior al 33 por 100, de modo que progresivamente se alcance el 2 por 100 de los efectivos totales de la Administración del Estado, siempre que superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el indicado grado de discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes, según se determine reglamentariamente"*.

2) Además, el artículo 6 del DFEM, prevé la posibilidad de que las partes puedan establecer puestos de trabajo reservados a minusválidos. A este respecto, el artículo 6 establece dos categorías de puestos: a] puestos destinados preferentemente a personas con discapacidad; b] puestos de trabajo destinados de manera exclusiva a personas con discapacidad como medida de empleo selectivo.

El limitado desarrollo reglamentario ha podido influir en el incumplimiento de la reserva constatado hasta finales de los años noventa, todo ello sin perjuicio de lo que luego se dirá respecto a las medidas alternativas. Otras claves que pueden explicar tal grado de incumplimiento son, entre otras, los elevados niveles de desempleo que potencian el rechazo de los candidatos con algún tipo de discapacidad, una cierta resistencia empresarial al reclutamiento de estas personas o bien los frecuentes déficits formativos del colectivo. Por otra parte, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no se ha distinguido por su celo en la utilización de las sanciones administrativas previstas por incumplimiento de la reserva, aunque a decir verdad el marco sancionatorio no era técnicamente el más adecuado¹⁷.

2.2.2. La reforma de la reserva de empleo tras el Acuerdo MTAS-CERMI: la introducción de medidas alternativas

Las Leyes 66/1997 y 50/1998 introdujeron importantes reformas en la regulación de la reserva de empleo (art. 38 LISMI). Así, el nuevo redactado establece interesantes modificaciones en la línea de garantizar una mínima efectividad de la reserva, aunque ésta sea indirecta. Por ello, la reforma de la cuota implica una clara flexibilización de su régimen jurídico, probablemente necesaria si atendemos a los magros resultados de la rígida versión de 1982. En todo caso, la nueva reserva de empleo ha necesitado de un desarrollo reglamentario llevado a cabo mediante el Real Decreto 27/2000, y la Orden de 24 de julio de 2000. Los puntos clave de la reforma han sido los siguientes:

¹⁷ A este respecto, el artículo 27.4 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social establecía como infracción grave en materia de empleo "El incumplimiento de las medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo dictadas en virtud de lo dispuesto en los artículos 17.2 y 17.3 del Estatuto de los Trabajadores". El problema de este precepto derivaba de que la reserva de empleo en favor de las personas con discapacidad no se había dictado en desarrollo del Estatuto de los Trabajadores sino, en todo caso, de la propia Constitución.

- De un lado, se establece que la reserva de empleo será exigible a empresas con 50 trabajadores, sin necesidad de que éstos sean fijos. Además, el RD 27/2000 (disposición adicional 1.^a) introduce diversas reglas de cómputo de la plantilla: así, cada trabajador contratado a tiempo parcial contará como un trabajador más; asimismo, para computar adecuadamente a los trabajadores temporales, se establece un sistema de promedio de los trabajadores contratados dentro de los doce meses anteriores a la aplicación de la medida¹⁸.

- De otra parte, se prevé la posibilidad de aplicar medidas alternativas al cumplimiento de la reserva; eso sí, con carácter excepcional.

- Además, se reforma el marco sancionador estableciéndose una infracción más clara y definida, necesaria para garantizar la seguridad jurídica al empresario. A este respecto el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, en adelante LISOS), en su artículo 15.3 tipifica como infracción grave en materia de empleo el incumplimiento de la reserva de empleo o de las medidas alternativas¹⁹. En su caso, la sanción a imponer según las circunstancias será de entre 300'51 y 3005 euros, de conformidad con el artículo 40.1 b) LISOS.

- Finalmente, la nueva regulación de la LISMI enfatiza que el cómputo de los trabajadores debe realizarse a nivel de empresa, no a nivel de centro, lo que sin duda va a reforzar su efectividad²⁰.

¹⁸ A este respecto, se considera que los contratados temporales con una duración superior al año computan como fijos. Respecto a los otros trabajadores temporales, se computará el número de días trabajados en el periodo de referencia, de manera que por cada 200 días trabajados o fracción se computará un trabajador más. En fin, como es natural, cada trabajador fijo computa con valor de uno, con independencia de su antigüedad en la empresa.

¹⁹ Más concretamente, se establece como infracción grave *"El incumplimiento en materia de integración laboral de minusválidos de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para minusválidos, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional"*.

²⁰ A este respecto, debe tenerse en cuenta que en ocasiones si se cuenta la plantilla a nivel de centro la reserva puede no ser obligatoria, mientras que si el cómputo se realiza a nivel de empresa sí. Por otra parte, la clarificación legal es de gran interés si tenemos en cuenta que algunas sentencias habían admitido el cómputo a nivel de centro: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 11 de mayo de 1995, citada por CABRA DE LUNA, M.A. y FARRÉ MORAN, J.: *Desarrollo normativo referente a las personas con discapacidad desde el 1 de enero de 1995 al 15 de marzo de 1996*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 1996, págs. 191 y 192.

A los efectos de exponer qué ha significado la reforma de la reserva de empleo, se procederá a dividir la exposición en diversos apartados.

A) Excepcionalidad de las medidas alternativas

En consonancia con lo establecido en el artículo 37 LISMI las medidas alternativas al cumplimiento de la reserva han de ser de carácter excepcional, por lo que las empresas que superen la cifra de 50 trabajadores deberán a priori contratar directamente. Sólo cuando concurren circunstancias excepcionales será posible aplicar medidas alternativas de forma parcial o total. Ahora bien, ¿de qué modo define la Ley el carácter excepcional de estas medidas alternativas? Hay dos criterios para determinar si se dan circunstancias excepcionales:

1) De un lado, se podrá aplicar medidas alternativas cuando el servicio público de empleo o una agencia privada de colocación no provean a la empresa de los trabajadores con discapacidad necesarios. De este modo, superado el plazo de dos meses sin encontrar un candidato, el Servicio Público de Empleo deberá dictar una resolución reconociendo la excepcionalidad; es decir, la imposibilidad de hallar personas con discapacidad inscritas como demandantes de empleo en la ocupación indicada o bien, cuando aun existiendo personas con el perfil adecuado, éstas no estén interesadas en ocupar el puesto de trabajo (art. 1.2 RD 27/2000). Evidentemente, será necesario que el servicio público de empleo o una agencia de colocación, haya "*efectuado todas las gestiones de intermediación necesarias para dar respuesta a los requerimientos de la misma y concluirla con resultado negativo*" (art. 1.2 RD 27/2000). Constatada la excepcionalidad, la administración laboral dictará resolución en el plazo de dos meses desde la presentación de la oferta de empleo, haciéndose constar la excepcionalidad, total o parcial para la empresa, en lo que se refiere a su deber de contratar personas con discapacidad. Transcurrido el plazo de dos meses sin resolución, se interpretará que concurre la causa que justifica la aplicación de medidas alternativas.

2) Hay un segundo criterio de excepcionalidad referido a la posibilidad de la concurrencia de circunstancias que impidan total o parcialmente la contratación de personas con discapacidad. En este supuesto, hay dos aspectos a remarcar:

— Por un lado, tales circunstancias pueden ser alegadas unilateralmente por el empresario o bien puede pactarse su constatación a través de acuerdo colectivo de carácter sectorial estatal o de ámbito territorial inferior; no de empresa (art. 1.1 RD 27/2000).

— Las circunstancias que pueden alegarse para no emplear directamente a trabajadores con discapacidad vienen explicitadas en el artículo 3.1 del RD 27/2000. Se tratará de "*peculiaridades de carácter productivo, organizativo, técnico, económico, etc., que motiven la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la plantilla de la empresa*".

También en este supuesto —de un modo especialmente intenso— será necesario que la Administración verifique la concurrencia de la circunstancia alegada y dicte la oportuna resolución en el plazo máximo de tres meses a contar desde la presentación de la solicitud. A estos efectos, transcurrido el plazo sin haberse dictado resolución se entenderá aceptada la solicitud por silencio positivo (RD 27/2000, [art. 3]).

En su caso, la excepcionalidad se concederá por un plazo de dos años contados desde la fecha de expedición de la resolución, quedando las empresas eximidas de contratar personas con discapacidad durante dicho plazo, excepcionalmente ampliable a tres años²¹.

B) Contenido y cuantía de las medidas alternativas.

En lo que concierne al contenido de las medidas alternativas, el artículo 2 del RD 27/2000 establece tres posibilidades.

1) En primer lugar, las empresas pueden optar por formalizar un contrato civil o mercantil con un Centro Especial de Empleo o bien con un trabajador autónomo con disca-

²¹ El Decreto 27/2000 prevé la posibilidad de ampliación del plazo en todos aquellos casos en que concurren "*circunstancias tales como la naturaleza de la actividad de la empresa, el tipo de ocupaciones habitualment demandadas, o el hecho de encontrarse afectada por procesos de regulación de empleo*". A este respecto, la Orden de 24 de julio de 2000 (art. 2) establece dos precisiones importantes: a) De un lado, la eventual ampliación de la excepcionalidad a tres años deberá ser expresamente solicitada por la empresa; b) además, el servicio público de empleo puede solicitar informe a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre las circunstancias alegadas para solicitar la exención durante tres años.

pacidad. La finalidad del contrato será la de suministrar materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier otro tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa. En estos casos, las empresas estarán obligadas a adquirir anualmente bienes por un valor igual a tres veces la cuantía del salario mínimo interprofesional en cómputo anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar (art. 2.2 RD 27/2000).

2) Una segunda opción bastante similar a la anterior consistiría en la realización 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. Al igual que en el supuesto anterior, en éste las empresas eximidas de contratación deberán adquirir servicios equivalentes a tres veces la cuantía del salario mínimo interprofesional en cómputo anual por cada persona dejada de contratar.

3) En último lugar, el RD 27/2000 ofrece la medida alternativa consistente en la realización de donaciones y acciones de patrocinio de carácter monetario para el desarrollo de actividades de inserción y de creación de empleo a favor de las personas con discapacidad. En estos casos, la entidad beneficiaria de la medida será una *"fundación o 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"*. En este caso, las donaciones deberán tener una cuantía equivalente a una vez y media la suma anual del salario mínimo interprofesional por cada año y persona dejada de contratar. Obsérvese, en fin, que con estas ayudas podría financiarse la creación de centros de empleo protegido, como vía de generación de puestos de trabajo para personas con discapacidad.

C) Puesta en práctica de las medidas alternativas: procedimiento y obligaciones para los sujetos.

En lo que respecta a la puesta en práctica de las medidas alternativas existen una serie de obligaciones procedimentales tanto para las empresas ordinarias como para, en su caso, el Centro Especial de Empleo, asociación o fundación beneficiarios de las medidas

alternativas. De un lado, sobre la empresa ordinaria recaen diversas obligaciones de información a la autoridad laboral²².

Además, la Orden de 24 de julio de 2000 establece que a posteriori las empresas deberán presentar ante el servicio público de empleo una memoria anual donde se harán constar una descripción detallada del cumplimiento de la medida. Las memorias serán remitidas por el servicio de empleo a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a los efectos legales oportunos.

Hasta este momento, las obligaciones reseñadas atañen a las empresas que deben poner en práctica medidas alternativas a la reserva. Además, existen una serie de obligaciones que se refieren a las entidades beneficiarias de las medidas alternativas: Centros Especiales de Empleo²³ y asociaciones y fundaciones beneficiarias de las donaciones y acciones de patrocinio²⁴.

²² • Si se acogen a las medidas consistentes en la adquisición de bienes o servicios de Centros Especiales de Empleo o de trabajadores autónomos con discapacidad, deberá de informarse al servicio de empleo en el mes siguiente a la realización de la contratación. De conformidad con lo establecido en el artículo 3.2 RD 27/2000 la comunicación deberá indicar el "contratista, objeto del contrato, número de trabajadores minusválidos a los que equivale la contratación, e importe y duración de la misma".

• Si se opta por la realización de donaciones o acciones de patrocinio, la normativa es más exigente en cuanto a formalidades. En este sentido, el artículo 3.3 RD 27/2000 establece que las empresas deberán de comunicar su opción a la administración con anterioridad a la realización de la donación o acción de patrocinio. Además, como es lógico, deberá indicarse el nombre de la fundación o asociación beneficiaria, número de contratos con trabajadores con disminución a los que se substituye e importe de la donación o acción de patrocinio. Sobre este particular, la Orden de 24 de julio de 2000 extrema las precauciones en cuanto a eventuales acciones fraudulentas ya que añade la obligación de describir detalladamente la medida alternativa prevista y acompañarse una memoria de actividades de la asociación o fundación beneficiaria de los dos últimos años. En estos supuestos, la administración resolverá motivadamente en el plazo de tres meses (art. 6 Orden de 24 de julio de 2000), interpretándose que de no dictarse resolución el silencio es positivo y por tanto, podrá llevarse a cabo la donación o acción de patrocinio proyectada.

²³ Así, en lo que concierne a los CEE que se benefician de las contrataciones de bienes o servicios, deberán destinar los recursos necesarios al cumplimiento de las obligaciones precisas para promover el tránsito de los trabajadores hacia el mercado de trabajo no protegido (art. 4.1 RD 27/2000). Como ejemplo de tales acciones el RD 27/2000 señala que los CEE podrán dedicar recursos a la formación permanente o a la adaptación de los trabajadores a las nuevas tecnologías. En cualquier caso, los CEE beneficiarios de medidas alternativas deberán presentar anualmente al servicio de colocación competente una memoria sobre la tipología de las acciones realizadas y los recursos destinados.

²⁴ En lo que respecta a las entidades beneficiarias de donaciones y acciones de patrocinio las obligaciones son más generales ya que se establece que aquéllas deberán destinar los recursos obtenidos a las finalidades a las que se dediquen (art. 4.2 RD 27/2000); es decir, *"a la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo a favor de los minusválidos que permita la creación de puestos de trabajo para los mismos y finalmente, su integración en la empresa ordinaria.*

2.2.3. Una medida alternativa indirecta: el empleo de personas con discapacidad a través de empresas de trabajo temporal.

Una última reforma de interés en materia de reserva de empleo ha sido aprobada mediante la disposición adicional decimoséptima de la Ley 24/2001. La reforma implica que a los efectos del cumplimiento de la reserva de empleo, se tendrán en cuenta no solamente los trabajadores contratados directamente, sino que se considerará, en su caso, a los trabajadores con discapacidad que desarrollen su actividad en la empresa cedidos por una empresa de trabajo temporal. Cabe subrayar que esta reforma puede facilitar el cumplimiento de la reserva –de ahí que sea tildada de medida alternativa indirecta--, si bien se renuncia al máximo grado de inserción normalizada del trabajador, sin olvidar que no siempre van a concurrir los supuestos que permitan una presencia prolongada de los trabajadores con discapacidad cedidos por empresas de trabajo temporal.

2.3. El sistema de contratación laboral en el medio ordinario de trabajo

Bajo la expresión sistema de contratación laboral en el medio ordinario de trabajo nos estamos refiriendo a aquel conjunto de modalidades contractuales que ya sea de modo exclusivo ya sea de manera más intensa se orientan a la incentivación de la contratación de las personas con discapacidad en empresas no protegidas. A este respecto, los esfuerzos desarrollados por el legislador y el poder ejecutivo han ido dirigidos a fomentar el mayor nivel de empleo posible de las personas con discapacidad, de manera que la acción llevada a cabo se enmarcaría en los artículos 40.2 y 49 de nuestra Carta Magna, que ya han sido comentados.

Ciertamente, la expresión "sistema de contratación" no obedece a una categoría establecida en la Ley. De hecho, como se explicará a continuación, la LISMI no contiene un esquema cerrado de tipologías contractuales en favor del empleo del colectivo. Al contrario, siguiendo una técnica jurídica más flexible establece dos puntos de partida para un diseño posterior del modelo de contratación:

1) De un lado, el artículo 38.4 LISMI autoriza un amplio cuadro de incentivos a desarrollar reglamentariamente en apoyo de la integración de las personas con dis-

capacidad. Entre otras medidas, el artículo 38.4 LISMI propone subvenciones, préstamos para adaptación de puestos de trabajo, el pago de las cuotas de la Seguridad Social y otras. Se trata de un listado abierto que ha dado lugar a algunas medidas de gran interés²⁵.

2) Por otra parte y fuera del espacio estrictamente laboral de la LISMI, el artículo 34.2 LISMI —Título VI, De la rehabilitación— prevé la regulación de un contrato especial de formación para trabajadores con discapacidad, mediante el cual se desarrollarán los procesos formativos en el puesto de trabajo. La Ley establece a estos efectos un desarrollo específico de la LISMI que como veremos no se ha llegado a realizar de modo estricto.

En cualquier caso, y como apunte previo al comentario de las figuras contractuales existentes, es necesario recalcar que "la contratación en favor del empleo de las personas con discapacidad" se caracteriza más por incentivar la contratación que por establecer una regulación del contrato adaptada a las necesidades y a las limitaciones de aquéllas personas; particularmente, a los problemas de rendimiento. Como se verá más adelante, esta es una característica particularmente acusada en el modelo de integración en el medio ordinario de trabajo. Como contrapunto, la regulación del empleo protegido (CEE) prevé, además de los incentivos, una regulación contractual mucho más adaptada a las limitaciones de rendimiento de las personas con discapacidad.

A continuación pasaremos al comentario de algunas de las figuras más importantes que jalonan el sistema de contratación de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo.

²⁵ En concreto, el artículo 38.4 LISMI establece que *"Se fomentará el empleo de los trabajadores minusválidos mediante el establecimiento de ayudas que faciliten su integración laboral. Estas ayudas podrán consistir en subvenciones o préstamos para la adaptación de los puestos de trabajo, la eliminación de barreras arquitectónicas que dificulten su acceso y movilidad en los Centros de producción, la posibilidad de establecerse como trabajadores autónomos, el pago de las cuotas de la Seguridad Social, y cuantas otras se consideren adecuadas para promover la colocación de los minusválidos, especialmente la promoción de cooperativas"*.

2.3.1. El contrato indefinido en favor de personas con discapacidad

A) Introducción

El contrato indefinido en favor de personas con discapacidad tiene como finalidad incentivar la contratación indefinida de estas personas en el medio ordinario de trabajo. Su regulación se encuentra en el DFEM; en concreto, regulan esta modalidad los artículos 7 a 12 y 14 del mencionado reglamento. Su finalidad parece lógica si tenemos en cuenta que en atención a las dificultades de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo, es conveniente el favorecimiento de su estabilidad en el empleo.

El régimen jurídico básico de este contrato procede de la redacción original del DFEM de 1983 y de la Orden de 13 de abril de 1994, aunque la reforma intervenida tras el *Acuerdo MTAS-CERMI* ha enriquecido esta modalidad contractual. De todos modos, considerando el escaso calado cuantitativo de la reforma operada a comienzos de 1999 (Real Decreto 4/1999), no he considerado necesario dedicar un comentario específico a esta cuestión.

B) Régimen Jurídico

Sujetos. Respecto a los sujetos que pueden formalizar este contrato, por un lado, los trabajadores con discapacidad deberán figurar como demandantes de empleo en el servicio público de colocación. En este sentido, el artículo 8 RD 1451/1983 señala que los empresarios deberán solicitar a los trabajadores ante la oficina de empleo. En lo que concierne a los empleadores no se añaden requisitos especiales de manera que cualquier empresa ordinaria tendrá derecho a la utilización de esta modalidad. En todo caso, la Orden de 13 de abril de 1994 añade la condición de que el empresario se halle al corriente en sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social. Además, los sujetos beneficiarios de las ayudas deberán estar en alta en el Impuesto de Actividades Económicas y tener asignado un Código de Cuenta de Cotización (art. 2 Orden de 13 de abril de 1994). En fin, el artículo 7.2 DFEM establece una peculiar ampliación de este tipo de ayuda a ámbitos extralaborales, ya que las cooperativas de trabajo asociado que incorporen a personas con minusvalía como socios, y por ende sin relación laboral, podrán acceder a las bonificaciones y subvención del artículo 7.1 RD 1451/1983.

Forma y formalidades. La forma del contrato es la escrita, según se prevé en el artículo 14 DFEM. La razón se halla en que se trata de un contrato subvencionado y con importantes bonificaciones a la Seguridad Social lo que aconseja un cierto control garantizado mediante la forma escrita. Además, el artículo 14 DFEM añade que deberá utilizarse el modelo oficial de contrato que se establezca al efecto. De manera adicional a la forma escrita, el artículo 8 DFEM establece importantes obligaciones en materia de formalidades: las empresas, al solicitar el trabajador ante el servicio público de empleo deberán señalar diversos datos técnicos²⁶; adicionalmente, la Orden de 13 de abril de 1994 exige información sobre determinados datos²⁷.

Duración. En lo que concierne a la duración del contrato evidentemente ésta es indefinida. En todo caso, interesa retener que el DFEM exige el mantenimiento de la estabilidad en el empleo durante al menos el plazo de tres años. De este modo, a partir de los tres años sería admisible cualquier supuesto de extinción contractual, ya sea justificada ya sea injustificada. Sin embargo, durante el periodo de los tres primeros años del contrato la norma establece dos obligaciones para el empleador: de una parte, no se admite la extinción contractual injustificada; en segundo lugar, en caso de despido procedente o dimisión acaecidos dentro del plazo de los tres años, el empresario deberá sustituir al trabajador despedido o dimitido por otro trabajador con minusvalía. Si se cumple con la sustitución del trabajador, el nuevo empleado sólo dará lugar a las bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social. En caso de no sustitución, el último inciso del artículo 10 DFEM prevé que las empresas deberán reintegrar las cantidades percibidas, es decir, el conjunto de las subvención y de las bonificaciones sobre las cuotas empresariales a la Seguridad Social.

Incentivos. Respecto a los incentivos nos referiremos en primer lugar a los que podemos denominar como laborales, es decir, las bonificaciones en la cuota empresarial a la Seguridad Social y la subvención. En lo que concierne a las bonificaciones a la Seguridad Social éstas se aplican a todos los conceptos: contingencias comunes, accidente de traba-

²⁶ Deberá señalarse una clara descripción de los puestos de trabajo a cubrir, características técnicas de los mismos, así como la capacidad de que deberá disponer el trabajador para cubrir dicho puesto (art. 8 RD 1451/1983).

²⁷ Así, se exige que las empresas beneficiarias remitan anualmente a las Direcciones Provinciales del servicio público de empleo una relación de los trabajadores por los que se hayan recibido ayudas. Asimismo, las empresas informarán sobre la permanencia de los trabajadores en la empresa, y en caso de cese, indicarán los trabajadores que les hayan sustituido.

jo y enfermedad profesional, desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional. La cuantía de las bonificaciones dependerá de la edad del trabajador contratado, prolongándose su disfrute a lo largo de toda la vida del contrato:

- Si el trabajador es menor de 45 años, la bonificación se eleva al 70 por 100 de las cuotas.
- Si el trabajador es mayor de 45 años, la bonificación se elevará hasta el 90 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social.

Como es evidente, mediante este sistema se pretende potenciar el empleo de las personas de edad con minusvalía.

Además de las bonificaciones señaladas, el empresario tendrá derecho a una subvención de 3.906'58 euros por cada contrato de trabajo celebrado. Esta es la segunda modificación operada a través del RD 4/1999 ya que con anterioridad y desde el año 1983, se había mantenido con carácter invariable una cuantía de 3.005'06 euros de subvención.

Los incentivos serán de aplicación tanto a la contratación a jornada completa como a la contratación a tiempo parcial, si bien en este último supuesto, el inciso final del artículo 7.1 DFEM establece que la subvención se reducirá en proporción a la jornada pactada. A este respecto, cabe recordar que la subvención de 3.906'58 euros toma como punto de referencia una jornada semanal de 40 horas o bien la jornada máxima semanal del sector de que se trate. Desde una perspectiva dinámica debe señalarse que la posibilidad de formalización de este contrato a tiempo parcial se introdujo, a partir de propuesta del *Acuerdo MTAS-CERMI*, mediante el Real Decreto 4/1999. De hecho, junto con la elevación de la subvención hasta los 3.906'58 euros, se trata de la única innovación de calado introducida en el régimen jurídico de 1983.

Además de lo anterior, el DFEM prevé la posibilidad de solicitar ayudas económicas adicionales al servicio público de empleo. Estas ayudas pueden tener dos finalidades: la adaptación del puesto de trabajo o la dotación de medios de protección necesarios para evitar accidentes del trabajador. La cuantía máxima de estas ayudas asciende a 901'52 euros (art. 1.2 de la Orden de 13 de abril de 1994). Curiosamente, si estas ayudas no son solicitadas por el empleador el artículo 12 DFEM prevé la posibilidad de que sean soli-

citadas por el trabajador. Además, el artículo 11 DFEM prevé un régimen específico de ayudas en materia de formación profesional o de reconversión de los trabajadores contratados bajo esta modalidad. A este respecto, se establece que las empresas y el servicio público de empleo concertarán los términos en que se hayan de desarrollar las acciones de formación.

Como modificación reciente de carácter menor que afecta al conjunto de ayudas más arriba señaladas, debe tenerse en cuenta que a partir de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, se da nueva redacción a la disposición adicional quinta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de modo que las bonificaciones a las cuotas empresariales de Seguridad Social y las subvenciones no se aplicarán cuando:

- se contrate a trabajadores que en los veinticuatro meses anteriores a la fecha de contratación, hubiesen prestado servicios en la misma empresa o grupo de empresas mediante contrato indefinido,
- o bien se pretenda reclutar a trabajadores que hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido dentro de los tres meses anteriores a la formalización del contrato.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que existen algunas formalidades vinculadas a la concesión de la subvención²⁸, mientras que en el caso de las ayudas por adaptación de puesto de trabajo o dotación de medios de protección, el DFEM exige un informe favorable de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (art. 12 DFEM), añadiéndose la

²⁸ Así, el empresario deberá presentar el contrato de trabajo por cuádruplicado ante el servicio público de empleo. Junto al contrato deberá acompañarse la solicitud de alta del trabajador ante la Seguridad Social y el certificado de minusvalía expedido por el organismo correspondiente (IMSERSO o, por lo general, organismo autonómico competente). La presentación ante el servicio público de empleo de la anterior documentación tendrá el valor de solicitud de la subvención y bonificaciones (art. 8 DFEM).

En el caso de empresas de nueva creación se añade un requisito más, debiéndose acompañar proyecto y memoria de la empresa a crear, en los que la norma exige que se haga constar las características del proceso productivo y de la plantilla de la empresa. Asimismo, deberá indicarse el porcentaje de trabajadores con discapacidad a emplear, que no podrá superar el 51 por 100, salvo que se trate de una plantilla integrada por un único trabajador. Además, el servicio público de empleo deberá solicitar en estos casos un informe de la autoridad laboral competente sobre la viabilidad económica y técnica del proyecto, recabando la documentación que considere oportuna. (art. 8 DFEM). Este segundo requisito constituye un mecanismo orientado a evitar que se subvencionen proyectos empresariales de improbable viabilidad, lo que parece razonable atendiendo a las ayudas comprometidas.

Para hacer efectivas las ayudas, las empresas utilizarán un boletín anexo específico en el que se reflejarán las bonificaciones, haciéndose constar los trabajadores correspondientes, la cuantía de la bonificación de cada uno y el importe total de la bonificación para la empresa (art. 9 DFEM).

necesidad de acompañar la factura que acredite la adaptación o dotación (art. 1.2 Orden de 13 de abril de 1994).

Hasta este punto nos hemos referido a los incentivos de carácter laboral. Sin embargo, a lo anterior hemos de añadir la existencia de incentivos de carácter tributario previstos a los efectos de impulsar la contratación indefinida. En este sentido, el artículo 36 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora del impuesto de sociedades establece el derecho a la deducción de la cuota del periodo impositivo, la cantidad de 4.808'10 euros por cada persona/año de incremento en los trabajadores con minusvalía contratados con carácter indefinido. A los efectos de verificar el aumento de empleo indefinido de las personas con discapacidad, se partirá de la cifra de trabajadores con discapacidad contratados con carácter indefinido en el ejercicio anterior.

C) La eventual combinación de las bonificaciones del DFEM con el contrato para el fomento de la contratación indefinida.

Lo hasta ahora indicado sobre la contratación indefinida hace referencia a los incentivos establecidos fundamentalmente en el DFEM y en otras disposiciones, particularmente, la Ley 43/1995 del impuesto de sociedades. Sin embargo, una visión completa de los incentivos, directos e indirectos, ordenados a fomentar la contratación de duración indefinida de las personas con discapacidad, exige recordar la posible utilización del contrato para el fomento de la contratación indefinida, regulado en la disposición adicional primera de la Ley 12/2001, de 9 de julio. Este contrato tiene como peculiaridad fundamental una indemnización más baja en caso de extinción contractual por despido objetivo²⁹ que tras una eventual demanda del trabajador, sea declarado improcedente por el

²⁹ Téngase en cuenta que el despido objetivo es un supuesto específico de extinción contractual caracterizada porque las causas de la finalización de la relación laboral son independientes de la conducta del trabajador; es decir, son causas objetivas. En este sentido, son causas de despido objetivo (artículo 52 ET): la ineptitud sobrevenida, las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, siempre que no superen un determinado nivel cuantitativo de trabajadores afectados, la inadaptación del trabajador a las modificaciones técnicas introducidas en su puesto de trabajo, las faltas del trabajador que aunque justificadas superen unos determinados umbrales cuantitativos en un espacio temporal, y finalmente, en el caso de personal laboral indefinido al servicio de administraciones públicas o entidades sin ánimo de lucro, y cuyo contrato carezca de financiación estable por depender (su financiación) de otra administración, por la falta de consignación presupuestaria suficiente para el mantenimiento del contrato de trabajo.

Juzgado de lo Social³⁰. Así, la indemnización más baja prevista en su régimen jurídico constituye un incentivo para que los empresarios opten por la utilización de la contratación indefinida.

En todo caso, aun cuando se trata de una modalidad contractual cada vez más abierta a una utilización generalizada, en la actualidad se orienta exclusivamente a incentivar el empleo de colectivos con sensibles dificultades³¹ —entre los cuales se cuenta evidentemente a las personas con discapacidad— o bien para fomentar la estabilidad en el empleo de los trabajadores con contrato temporal³².

En fin, a grandes rasgos no podrán utilizar esta modalidad contractual para el fomento de la contratación indefinida aquellas empresas que dentro de los seis meses anteriores hayan efectuado despidos bajo una serie de condiciones³³. En este último supuesto, si se contrata de modo indefinido sólo sería posible el aprovechamiento de las condiciones previstas en el DFEM (bonificaciones y subvención).

³⁰ A este respecto, la indemnización básica prevista en nuestro ordenamiento laboral en caso de despido improcedente se eleva a un total de 45 días de salario por año trabajado, con un límite cuantitativo máximo de 42 mensualidades (art. 56.1 a) ET). Sin embargo, si el despido objetivo efectuado a un trabajador contratado bajo la modalidad de fomento de la contratación indefinida es declarado como improcedente, la indemnización se limitará a 33 días de salario por año trabajado con una cuantía máxima de 24 mensualidades (punto 4 de la disposición adicional primera de la Ley 12/2001).

³¹ En la actualidad, los colectivos que pueden ser objeto de esta contratación se establecen en el punto 2 de la disposición adicional primera de la Ley 12/2001:

Se tratará de trabajadores desempleados que estén incluidos en alguna de las siguientes categorías:

- a) Jóvenes desde dieciséis hasta treinta años de edad, ambos inclusive.
- b) Mujeres desempleadas y contratadas en profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino.
- c) Mayores de 45 años de edad.
- d) Parados que lleven, al menos, seis meses inscritos como demandantes de empleo.
- e) Personas con discapacidad.

³² Así, aparte de para la contratación inicial de las personas indicadas en la nota que antecede, el contrato para el fomento de la contratación indefinida se ha orientado a favorecer la transformación de contratos temporales. A este respecto, el apartado 2 b) de la disposición adicional primera de la Ley 12/2001 establece que este contrato podrá servir también para contratar *"Trabajadores que en la fecha de celebración del nuevo contrato de fomento de la contratación indefinida, estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, celebrados con anterioridad al 31 de diciembre de 2003.*

³³ En este sentido, el punto 5 de la disposición adicional primera de la Ley 12/2001 prevé que *"No podrá concertar el contrato para el fomento de la contratación indefinida la empresa que en los seis meses anteriores a la celebración del contrato hubiera realizado extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declaradas improcedentes en sentencia judicial o bien hubiera procedido a un despido colectivo. En todo caso esto afectará a contrataciones futuras en el mismo centro y en la misma categoría.* En otras palabras, se intenta evitar el efecto sustitución.

2.3.2. La contratación temporal en favor del empleo de las personas con discapacidad

A) Introducción

Un segundo eje de interés en lo que concierne al favorecimiento del empleo de las personas con discapacidad ha venido representado por la figura de la contratación temporal regulada a través del artículo 44 de la Ley 42/1994 de 30 de diciembre, con las modificaciones introducidas por la disposición adicional 6.^a de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre. A este respecto cabe llevar a cabo algunas consideraciones generales antes de pasar a analizar los detalles de esta modalidad contractual. Una primera observación a efectuar es que este no es el único contrato temporal mediante el que se incentiva la contratación de personas con discapacidad, ya que otras dos modalidades temporales —el contrato para la formación y el contrato en prácticas— incentivan también el reclutamiento de personas con discapacidad. De todos modos, sería ésta la contratación más sensiblemente temporal ya que se caracteriza por ser una modalidad netamente no causal; es decir, no hay ningún tipo de circunstancia que a priori justifique la temporalidad, salvo, claro está, la incentivación de la contratación de las personas con discapacidad. De hecho, el único sentido de este contrato está en incentivar el empleo de las personas con discapacidad a través del reclamo de una temporalidad sin necesidad de justificación. Por ello, el contrato puede formalizarse para ocupar un puesto de trabajo fijo, sin que ello implique ningún tipo de infracción, lo que en algunos casos puede ser de gran interés considerando la frecuente aversión empresarial a contratar con carácter indefinido; aversión que suele agudizarse en lo que respecta a la contratación de personas con discapacidad.

Asimismo, otro de los aspectos característicos de esta modalidad contractual —afortunadamente superado— ha sido el de su permanente provisionalidad. En este sentido, desde el año 1994 la autorización para formalizar este contrato se prorrogaba año tras año mediante disposición específica prevista en la Ley de acompañamiento de presupuestos. Finalmente, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, ha estabilizado la posibilidad de formalizar este contrato, de modo que la autorización tiene carácter permanente mientras no sea derogada.

Desde su puesta en marcha en 1994 esta modalidad contractual ha sido objeto de algunas reformas independientes y anteriores al Acuerdo MTAS-CERMI³⁴, razón por la cual en la exposición que sigue entraré directamente en el comentario del régimen jurídico vigente en la actualidad.

Finalmente, desde una perspectiva del conjunto de disposiciones de apoyo al empleo de las personas con discapacidad, podríamos afirmar que este contrato encaja en la filosofía del artículo 38.4 LISMI, es decir, es una medida orientada a incentivar la contratación de las personas con discapacidad mediante la temporalidad no causal —medida, por cierto, no prevista expresamente en el artículo 38.4 LISMI— y una serie de bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes. Sin embargo, puede señalarse que no se trata de una disposición directamente derivada de la LISMI, como es el caso del contrato indefinido DFEM. Al contrario, el contrato temporal como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad es el residuo que ha sobrevivido del contrato para el fomento de la contratación temporal coyuntural, regulado en el RD 1989/1984, de 17 de octubre; ampliamente utilizado mientras estuvo en vigor. Así, con carácter general, el contrato temporal para el fomento del empleo del RD 1989/1984 se derogó en el año 1994 pero la Ley 42/1994 lo mantuvo, entre otros³⁵, en favor de las personas con discapacidad.

B) Régimen jurídico

Sujetos. Por lo que respecta a los sujetos de este contrato temporal, cabe señalar que el trabajador deberá ser una persona con discapacidad inscrita como demandante de empleo en el servicio público de colocación. En este sentido, el apartado 1 del artículo 44 de la

³⁴ A este respecto la Ley 13/1996 retocó algunos aspectos de notable interés:

- De un lado, limitó la utilización de este contrato a los trabajadores con discapacidad cuando su versión inicial también incentivaba la inserción de trabajadores mayores de 45 años y desempleados de larga duración.
- Por otro lado, la reforma estableció que la contratación de cualquier trabajador con discapacidad se beneficiaría de bonificaciones de cotizaciones empresariales. Téngase en cuenta que en su versión original la normativa sólo preveía el disfrute de bonificaciones a las cuotas de Seguridad Social cuando el trabajador con discapacidad fuese perceptor de prestaciones por desempleo. A este respecto, fueron de gran interés las observaciones del CERMI que recibieron la acogida del legislador. En este sentido, vid el documento CERMI: *Plan de medidas urgentes para la promoción del empleo de las personas con discapacidad*, Madrid, 1996, ejemplar fotocopiado, propuesta número 18.

³⁵ Vid la nota anterior.

Ley 42/1994 establece que *"Los empresarios deberán contratar a los trabajadores a través de la Oficina de Empleo"*. Además, el mencionado precepto establece que el trabajador deberá estar desempleado pero no es necesaria antigüedad en tal situación³⁶.

Hay otras condiciones que debe cumplir el trabajador contratado. En este sentido, podría decirse que existe un doble orden de requisitos:

- 1) Para la formalización del contrato temporal se exige el grado de minusvalía, la situación de desempleo y la inscripción del trabajador en el servicio público de empleo.
- 2) No obstante, para que la empresa contratante pueda beneficiarse de las bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, el trabajador deberá de cumplir otro orden de requisitos. En todo caso, como se indicará, cabría contratar temporalmente sin que la empresa pueda beneficiarse de bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social.

En lo que concierne a los requisitos a cumplir por la empresa, se prevé que no podrán hacerlo aquéllas que hayan amortizado puestos de trabajo por despido declarado improcedente, expediente de regulación de empleo o despido económico objetivo (art. 52 c] ET) con posterioridad al 1 de enero de 1994. Se trata, a través de esta medida, de evitar la substitución de empleo indefinido por empleo temporal bonificado o bien evitar que una empresa que teóricamente ha despedido recientemente por causas económicas, pueda beneficiarse de incentivos. De todos modos, a lo señalado en la norma cabe efectuar dos matizaciones:

- 1) Por un lado, para cada ejercicio deberá interpretarse que la extinción se ha producido a partir del 1 de enero del año anterior. En este sentido, para el año 2003, no podrán beneficiarse de esta modalidad las empresas que hayan efectuado las extinciones señaladas a partir del día 1 de enero de 2002. Por el contrario, si las extinciones se han realizado con anterioridad a esta fecha, sí podrían llevarse a cabo tal contratación.

³⁶ A este respecto el Tribunal Supremo (Sentencia de 1 de febrero de 1996 [RJ 836]) ha venido a señalar interpretando el RD 1989/1984 —antecedente inmediato de la Ley 42/1994— que: *"...pese a la falta de una situación de puente de paro entre los dos contratos, el segundo contrato ha cumplido efectivamente su función de fomento del empleo, pues sin él el trabajador hubiera cesado el día anterior quedando en paro"*.

2) Además, como ha señalado el Tribunal Supremo en diversas ocasiones³⁷, no es suficiente con la extinción del contrato de trabajo sino que además deberá de amortizarse — o lo que es lo mismo, eliminarse por completo— el puesto de trabajo. De lo contrario, es decir, si se cubren los puestos de trabajo de los trabajadores despedidos o bien son readmitidos tras acto de conciliación o sentencia, cabrá la posibilidad de acogerse a esta modalidad contractual.

Forma y formalidades. En lo que concierne a la forma del contrato, éste se deberá formalizar por escrito y en el modelo oficial que facilite el servicio público de empleo (Inciso final del punto 1 del artículo 44 Ley 42/1994). Estos requisitos parecen de todo punto justificados en atención al carácter temporal y bonificado de esta modalidad contractual.

Duración y derecho a compensación económica. De conformidad con lo previsto en la legislación aplicable (punto Uno 2 artículo 44 Ley 42/1994) la duración mínima del contrato será de 12 meses y la duración máxima de 3 años. Cuando el contrato se concierte por un plazo inferior al máximo establecido, podrá prorrogarse antes de su terminación por periodo no inferiores a doce meses. De este modo, al contrato inicial que no supere la duración máxima se le podrá añadir, según el caso, una o dos prórrogas de 12 meses cada una (Punto Uno 2 artículo 44 Ley 42/1994).

En lo que concierne a la compensación económica, se prevé el derecho a una indemnización equivalente a doce días de salario por año de servicio (punto Uno 4 de la Ley 42/1994) a la finalización del contrato. Tal disposición tendría por finalidad compensar al trabajador por la mengua sufrida en su estabilidad en el empleo. En este sentido, cabe recordar que se permite al empleador utilizar un contrato temporal para ocupar un puesto de trabajo muy probablemente fijo. Tal indemnización no deberá pagarse si el contrato se transforma en indefinido; debiéndose satisfacer, por el contrario, cuando extinguido el contrato temporal se pase sin solución de continuidad a otra modalidad temporal³⁸.

³⁷ Debe tenerse en cuenta que estas sentencias han sido dictadas en interpretación del antecedente inmediato de la Ley 42/1994, es decir, el RD 1989/1984. Entre otras: Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1997 [Aranzadi Social 3494] y de 1 de febrero de 1998 [Aranzadi Social 1806].

³⁸ Así lo ha señalado el Tribunal Supremo (sentencia de 22 de abril de 1997 [Aranzadi Social núm. 3491] en el contexto del antiguo contrato para el fomento del empleo regulado en el RD 1989/1984.

Bonificaciones en la cuota a la Seguridad Social. Una característica añadida de esta modalidad contractual está en que el empresario disfrutará de bonificaciones en las cuotas a la Seguridad por contingencias comunes (puntos números Dos y Cuatro del artículo 42/1994) siempre que la contratación se realice a tiempo completo. Si no es así, el contrato podrá formalizarse pero sin disfrutar de las bonificaciones sobre las cotizaciones por contingencias comunes.

A este respecto se debe distinguir entre la cuantía y los requisitos de acceso a las bonificaciones a las cuotas a la Seguridad Social. Por un lado, en lo que se refiere a la cuantía de las bonificaciones, las empresas que contraten a jornada completa tendrán derecho a una bonificación diferenciada según el sexo del trabajador contratado:

- La bonificación será del 75 por 100 de las cuotas a la Seguridad Social por contingencias comunes, con una duración máxima equivalente a la del contrato (tres años), en caso de contratarse a un trabajador varón.
- De contratarse a una trabajadora con discapacidad, la bonificación sobre las cotizaciones por contingencias comunes será en principio del 80 por 100, salvo que la trabajadora tenga una edad igual o superior a los 45 años, supuesto en que la cotización será del 90 por 100.

Este sistema específico de beneficios por contratación temporal de trabajadoras con discapacidad ha sido recientemente aprobado, mediante la disposición final cuarta del Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma financiera. Se trata de una reforma que había sido pactada en el *Segundo Acuerdo MTAS-CERMI* y que, como es obvio, pretende potenciar la contratación temporal femenina, si bien, no parece que el escaso margen de diferencia vaya a ser determinante en este objetivo.

Más allá del sistema básico de bonificaciones por contratación temporal, existe una regla subsidiaria si el trabajador es el primer contratado por la empresa a partir del 1 de enero de 2002, y la empresa no ha tenido trabajadores a su servicio desde esa fecha. En tal supuesto, la bonificación se ampliará hasta el 100 por 100 de las cuotas por contingencias comunes.

En cualquier caso, debe subrayarse que en algunos casos en que la norma interpreta la concurrencia de fraude, no podrá disfrutarse de las bonificaciones de cotizaciones a la Seguridad Social³⁹.

Por otro lado, puede darse la pérdida sobrevenida de las bonificaciones, que se producirá si durante la vigencia de este contrato, la empresa amortiza puestos de trabajo por despido improcedente, expediente de regulación de empleo o por la causa prevista en el artículo 52 c] del Estatuto de los Trabajadores. En estos casos, a partir del momento en el que se haya producido la amortización, se perderá el derecho a la bonificación de cuotas. De todos modos, se ha de recalcar que será necesario amortizar el puesto de trabajo; no es suficiente con la extinción. Por otra parte, la empresa no estará obligada a pagar las cotizaciones que no haya ingresado con anterioridad.

Transformaciones de estos contratos en indefinidos. La transformación de estos contratos en indefinidos dará derecho al empleador a los beneficios previstos en el DFEM respecto a la contratación indefinida de trabajadores con discapacidad.

2.3.3. Los contratos formativos

A grandes rasgos los contratos formativos —prácticas y formación— son modalidades orientadas a la obtención de una cierta formación a la vez que se desarrolla una actividad laboral. Por lo demás se trata de contratos que también disfrutan de naturaleza temporal, de manera que su propia temporalidad implica un cierto atractivo para el empresario. Dedicaremos la primera parte de la exposición a la figura más importante en este ámbito, que es el contrato para la formación para pasar a continuación al contrato en prácticas.

³⁹ Las situaciones que impiden el disfrute de las bonificaciones son las siguientes:

- 1) Por un lado, cuando el trabajador ya hubiese estado vinculado a la empresa con anterioridad a 1 de enero de 2002.
- 2) Cuando el contrato se haya realizado con el cónyuge, ascendiente, descendiente y demás parientes por consanguinidad o afinidad hasta segundo grado inclusive del empresario, cuando se trate de un empresario persona física.
- 3) Finalmente, las contrataciones que se concierten con cónyuge, ascendiente, descendiente y demás parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, de quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, y las que se produzcan con estos últimos.

A) Contrato para la formación. En lo que respecta al contrato para la formación (art. 11.2 ET), tiene por finalidad la obtención de una formación teórica y práctica en un oficio o puesto de trabajo cualificado. En este sentido, se trata de una figura diseñada para garantizar una formación a personas que no dispongan de un título universitario o de formación profesional que habilite para el desempeño de una actividad profesional cualificada. Por ello, los importantes déficits formativos que se detectan entre las personas con discapacidad, hacen que ésta haya pretendido ser una modalidad contractual tipo para el colectivo. A este respecto, el artículo 34.2 LISMI venía a exigir una regulación específica del contrato para la formación, eso sí, relacionada con la ordinaria del artículo 11.2 ET. Sin embargo, se ha optado por la simple introducción de algunos matices específicos en la regulación general del contrato para la formación, unos matices que pueden incentivar el empleo de las personas con discapacidad, pero que de algún modo incumplen con el mandato establecido en el artículo 34.2 LISMI⁴⁰.

Debe recordarse, en todo caso, que el contrato para la formación no admite la posibilidad de formalización a tiempo parcial (art. 12.2 ET) lo que limita su utilización en el caso de personas con problemas de rendimiento a lo largo de una jornada ordinaria. Además, como característica relevante se exige que como mínimo un 15 por 100 de la jornada sea dedicado a la formación teórica. A partir de este mínimo, el espacio dedicado a la formación dependerá de las características del oficio y de las horas establecidas para el módulo formativo adecuado al puesto u oficio a desempeñar.

¿Por qué razón puede considerarse este contrato como básico en la contratación de personas con discapacidad? La razón se encuentra en que diversas disposiciones están adaptadas al efecto de fomentar la contratación de personas con discapacidad:

De un lado, el hecho de que la edad límite para la formalización de estos contratos —20 años— no sea aplicable a la contratación de personas con discapacidad (art. 11.2 a) ET). Así, ello abre su utilización con cualquier persona con discapacidad, sea cual sea su edad lo que en ocasiones puede ser de gran importancia para su inserción. De todos modos,

⁴⁰ A este respecto la inmensa mayoría de autores que se han aproximado a este contrato, han puesto de relieve el incumplimiento del desarrollo de la LISMI en este punto. De especial riqueza es el comentario que al respecto efectúa AZNAR LÓPEZ, M.: "Rehabilitación", en *Desarrollo y aplicación de la LISMI (1982-1992)*, Madrid, Real Patronato de Atención y Prevención a Personas con Minusvalía, 1992, pág. 132.

tal medida ha dejado de ser privativa de los trabajadores con discapacidad, ya que la reforma de 2001 ha eliminado el requisito del tope de edad en una amplia diversidad de supuestos. Entre otros, los de las personas en situación de exclusión o bien personas que se encuentren en situación de inactividad durante más de tres años.

De otro lado, mediante la negociación colectiva se permite la prolongación de la duración máxima del contrato por razón de las especiales necesidades de la persona con discapacidad. A este respecto el contrato tiene una duración básica de entre seis meses y dos años pudiéndose prolongar con carácter general hasta los tres años mediante negociación colectiva sectorial. Además, en el caso de contratación de trabajadores con discapacidad, la duración máxima podría prolongarse hasta los cuatro años si la negociación colectiva lo establece *"dependiendo del tipo o grado de minusvalía y las características del proceso formativo a realizar"*. Es decir, a través de este precepto se está habilitando a los convenios colectivos de sector —estatales o de ámbito sectorial inferior— para que autoricen una prolongación de la duración de los contratos, exigiendo la consideración de una serie de circunstancias: fundamentalmente, el tipo o grado de minusvalía y las características del proceso formativo a realizar.

Cabe añadir algunas consideraciones respecto al especial interés de esta modalidad contractual. De un lado, los trabajadores con discapacidad no computarán dentro del número máximo de personas que a nivel de centro de trabajo pueden ser contratadas bajo esta modalidad⁴¹. En este sentido se pronuncia la disposición adicional 2.^a punto 2 del ET. Además, de acuerdo con lo previsto en el punto 3 de esa disposición, las empresas tendrán derecho a una reducción del 50 por 100 de la totalidad de las cuotas empresariales a la Seguridad Social previstas para este contrato.

Finalmente, la Ley 45/2002 ha aportado una importante novedad en lo que concierne al deber de formación teórica que caracteriza a esta modalidad (art. 11.2 e] Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET). De este modo, cuan-

⁴¹ Téngase en cuenta que tratándose de un contrato que exige un permanente seguimiento del trabajador a través de la figura del tutor, que supervisará el proceso de formación, parece aconsejable la limitación numérica de los contratos para la formación, una operación que el artículo 11.2 b] ET remite a la negociación colectiva. De todos modos, si la negociación colectiva nada dice será de aplicación la escala prevista en el Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, (artículo 7.2).

do la persona contratada sea una persona con discapacidad psíquica, la formación teórica podrá substituirse, total o parcialmente, por procesos de rehabilitación o de ajuste personal y social en un centro psicosocial o de rehabilitación sociolaboral. Para ello será necesario el informe de los Equipos Multiprofesionales de valoración correspondiente. Esta reforma ha sido impulsada por el Segundo Acuerdo MTAS-CERMI y merece una valoración positiva ya que puede contribuir a un uso más racional del deber formativo.

B) Contrato en prácticas: Se trata de una segunda modalidad de interés para la contratación de personas con discapacidad. El régimen jurídico básico de este contrato de trabajo se halla en el artículo 11.1 ET. En este caso, nos encontramos con un contrato que cuenta también con un elemento formativo aunque menor ya que esta modalidad tiene por objeto la obtención de práctica profesional relacionada con los estudios realizados por el trabajador con anterioridad a la formalización del contrato. El título obtenido deberá ser de carácter universitario, de formación profesional o bien reconocido oficialmente como equivalente. De acuerdo con el artículo 11.1 ET los títulos habilitantes para utilizar este contrato deben haberse obtenido dentro de los 4 años inmediatamente anteriores a la formalización del mismo. Por otra parte, el carácter formativo del contrato justificaría la temporalidad del mismo: una temporalidad que podrá extenderse desde los seis meses hasta los dos años, salvo que los Convenios Colectivos dispongan otra cosa dentro de los márgenes previstos. Llegados a este punto podríamos subrayar los elementos de interés de este contrato en lo que concierne al empleo de personas con discapacidad:

- De un lado, se prevé una cierta flexibilidad respecto al plazo dentro del cual debe haberse obtenido el título habilitante para la formalización del contrato. Así, en el caso de las personas con discapacidad el título puede haberse obtenido dentro del plazo de seis años inmediatamente anteriores a la formalización del contrato (art. 11.1 ET).
- Un segundo elemento de mayor importancia viene referenciado en la disposición adicional 2.ª, apartado 1 ET que establece, para los contratos formalizados a tiempo completo, una reducción del 50 por 100 en las cuotas empresariales a la Seguridad Social correspondientes a las contingencias comunes.

2.4. Medidas orientadas a la integración en el medio protegido

El legislador español, siguiendo el criterio de otros ordenamientos jurídicos y de sus propios antecedentes, optó en el momento de la aprobación de la LISMI por crear Centros Especiales de Empleo, con una estructura específica y un planteamiento particularmente orientado a la inserción de personas con discapacidad afectadas de especiales dificultades. Esa es la razón por la que hoy en día conviven dos posibilidades de integración en nuestro ordenamiento jurídico. De un lado, la integración en el mercado ordinario de trabajo y de otra la integración en el mercado protegido a través de los Centros Especiales de Empleo.

En atención a las -relativamente- recientes reformas operadas en materia de empleo protegido, en un primer apartado me referiré al planteamiento inicial en materia de Centros Especiales de Empleo (1982), para pasar a continuación a señalar las reformas introducidas en su régimen jurídico⁴².

A) Régimen jurídico inicial. En un primer momento, la regulación de los CEE, basada en el artículo 42 y ss de la LISMI, establecía que estos centros eran una estructura dirigida a realizar un trabajo productivo con personas con discapacidad. Al mismo tiempo, los centros ofrecerían la prestación de servicios de ajuste personal y social necesarios para una mejor integración de las personas con discapacidad y finalmente, el legislador pretendía que estas estructuras constituyesen un elemento de paso hacia el mercado ordinario de trabajo. En este sentido se expresaba y aún se expresa el artículo 42.1 LISMI al señalar que el CEE será "*un medio de integración del mayor número de minusválidos al régimen de trabajo normal*". A este respecto, en desarrollo del artículo 42 LISMI se aprobó el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, de Centros Especiales de Empleo para personas con discapacidad (en adelante DCEE).

En su diseño inicial, la característica más destacable de los centros era que su plantilla debía estar integrada al completo por personas con discapacidad, si bien, el artículo 42.2

⁴² Una visión general del régimen jurídico del trabajo protegido en: GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de los minusválidos en los Centros Especiales de Empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999. De modo interrelacionado con la relación laboral ordinaria vid: ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, Ibídem, 1999, págs. 276 a 473. También es de particular interés el estudio incluido en la obra de NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: *La integración laboral de las personas con discapacidad: régimen jurídico*, Madrid, Alianza Libre Editorial, 2000, págs. 222 a 237.

CEE establecía la salvedad de la admisión del personal sin discapacidad cuando fuese imprescindible para el desarrollo de la actividad. Por otra parte, los CEE fueron ideados para funcionar como auténticas empresas, razón por la cual el artículo 2 DCEE prevé que su estructura y organización se adaptarán a las de la empresa ordinaria, aunque en ocasiones, las dificultades de rendimiento y el especial apoyo recibido por las personas que desarrollan actividad laboral los alejan, al menos parcialmente, del patrón de una empresa ordinaria. En todo caso, abundando en la anterior idea, el artículo 8.2 del Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, regulador de la relación laboral especial de las personas con minusvalía que desarrollen su actividad en CEE (en adelante DRLEM), prevé que la organización y métodos de trabajo serán similares a los de las empresas no protegidas, para facilitar el acceso futuro al mercado ordinario de trabajo.

Por otra parte, las especiales necesidades de estructura y de personal de los CEE ha hecho de ellos entidades empresariales especialmente subvencionadas. A este respecto, el artículo 43.1 LISMI prevé la introducción de ayudas que permitan mantener la viabilidad de estas entidades ya que si bien en ellas se desarrolla actividad productiva, el apoyo al trabajo y a una mejor integración social —ajuste personal y social— mediante profesionales especializados, genera costes adicionales. Por ello, los Centros Especiales de Empleo que siguen el modelo de plantilla íntegramente formada por personas con discapacidad⁴³ disfrutan del siguiente nivel de ayudas: subvención hasta el 50 por 100 del salario mínimo interprofesional y del 100 por 100 de las cuotas patronales a la Seguridad Social. Además, por cada puesto de trabajo creado puede percibirse hasta 2 millones de pesetas. Por otra parte, las anteriores ayudas pueden incrementarse mediante un convenio formalizado *ad hoc* con la administración y dirigido a reequilibrar el presupuesto de los CEE si concurren determinadas circunstancias como la falta de ánimo de lucro, el carácter de utilidad pública u otros (art. 43 LISMI).

Como he señalado, los CEE están diseñados fundamentalmente para acoger a trabajadores que no puedan desarrollar una actividad competitiva en el mercado ordinario de trabajo. Sin embargo, de un modo tácito, el artículo 42 LISMI no impide la contratación de trabajadores con discapacidad leve y que también podrían desarrollar su actividad en la empresa ordinaria.

⁴³ Téngase en cuenta que, como se detallará más adelante, la reforma operada en 1997 permitió a los CEE la contratación de un porcentaje de trabajadores sin discapacidad.

La relación laboral especial de las personas con discapacidad que desarrollan su actividad en CEE. A los efectos de facilitar la actividad laboral de los trabajadores con discapacidad y partiendo de la existencia de especiales dificultades, se instituye la relación laboral especial de las personas con discapacidad que desarrollan su actividad en CEE, regulada por el DRLEM, ya citado. En principio, y sin perjuicio de la descripción detallada a realizar en el siguiente epígrafe, lo que distingue a la relación laboral especial es un deber empresarial de prestar especial atención a las dificultades del trabajador.

En otros términos, a diferencia de los contratos de trabajo formalizados con trabajadores sin discapacidad, que se rigen por un deber de rendimiento objetivo, en el caso de la relación laboral especial —y también de la ordinaria con personas con discapacidad (art. 20.3 ET), existe un deber empresarial de atender a las circunstancias individualizadas de cada trabajador; deber que se refleja en diversos puntos del DRLEM, particularmente en su artículo 6⁴⁴. Como toda relación especial, la de los trabajadores con discapacidad que desarrollan su actividad en los CEE se distingue por la existencia de una serie de matizaciones a la normativa laboral general prevista en el ET. En la versión original del DRLEM, posteriormente modificada, se destacaban una serie de elementos clave, que resumiremos brevemente:

- 1) En primer lugar un contrato específico para la formación (art. 7.2 DRLEM) que bajo determinadas condiciones podía prolongarse hasta los seis años⁴⁵. Además, en dicho contrato no era —ni lo es actualmente-- necesario reservar una parte de la jornada a la formación teórica cuando la persona esté afectada de discapacidad psíquica y su deficiencia no le permita el aprovechamiento de la formación teórica.
- 2) Por otro lado, el periodo de prueba se preveía - y se prevé - de un máximo de seis meses, bastante superior a la duración media del periodo de prueba general (art. 14 ET) para los trabajadores no cualificados: 2 meses⁴⁶.

⁴⁴ El artículo 6.1 DRLEM establece que "El trabajo que realice el trabajador minusválido en los Centros Especiales de Empleo deberá ser (...) adecuado a las características individuales del trabajador en orden a favorecer su adaptación personal y social, y facilitar, en su caso, su posterior integración laboral en el mercado ordinario de trabajo".

⁴⁵ Así, la duración del contrato podía prolongarse hasta seis años bajo informe favorable del Equipo Multiprofesional cuando debido al grado de minusvalía y demás circunstancias personales y profesionales del trabajador, no hubiese llegado a alcanzar el nivel mínimo de conocimientos para el desarrollo de las funciones correspondientes al puesto de trabajo.

⁴⁶ Se hace referencia a la duración típica del periodo de prueba de los trabajadores no cualificados porque ese es el nivel profesional desempeñado en general por las personas con discapacidad en los CEE.

3) Además, puede establecerse un contrato a bajo rendimiento, cuando éste sea como mínimo un 25 por 100 inferior al habitual. En esos casos, podrá establecerse una reducción salarial equivalente al 25 por 100 (art. 12 c] DRLEM).

4) Finalmente, otra de las características del régimen jurídico originario de la relación laboral especial se encontraba en el horario y en la jornada (art. 13 DRLEM). A este respecto, ni se podían hacer horas extraordinarias ni bajo ningún concepto podían realizarse más de 8 horas diarias de trabajo.

B) El I Acuerdo MTAS-CERMI: modificaciones en la composición de las plantillas y en la regulación de la relación laboral especial. Ciertamente, el Primer Acuerdo MTAS-CERMI incluyó, paccionadamente, algunas reformas de calado, que el legislador va a acoger y que fundamentalmente irán en la dirección de "esponjar" los CEE admitiendo un porcentaje de plantilla "no imprescindible" de personas sin discapacidad. A su vez, el segundo gran eje de la reforma del empleo protegido se va a focalizar sobre la flexibilización del régimen jurídico de la relación laboral especial (DRLEM).

En lo que concierne al proceso de esponjamiento de las plantillas de CEE, la reforma del artículo 42.2 LISMI se introdujo mediante la disposición adicional novena de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre. Así, la reforma establece la posibilidad de que hasta un 30 por 100 de las plantillas de los CEE estén integradas por trabajadores sin discapacidad. A este respecto, la Ley matiza que no se computará dentro de este 30 por 100 a los trabajadores sin discapacidad dedicados la prestación de servicios de ajuste personal y social. Tal reforma ha venido acompañada de un importante matiz en cuanto a la financiación de la creación de puestos de trabajo en CEE. En este punto se introduce una distinción dependiendo de las personas sin discapacidad que integren la plantilla:

— Así, cuando la plantilla esté integrada por entre un 91 y un 100 por 100 de personas con discapacidad, se mantendrá la subvención de 12.020'24 euros por creación de puesto de trabajo.

— Cuando la plantilla esté integrada por entre un 70 y un 90 por 100 de trabajadores con discapacidad, la subvención por creación de puesto de trabajo ascenderá a un total de 9.015'18 euros.

Respecto a la reforma de la relación laboral especial (DRLEM), el RD 427/1999 se ha distinguido por introducir una cierta flexibilidad en su régimen jurídico, con el objetivo de favorecer la competitividad de los CEE. A este respecto, pueden destacarse tres modificaciones:

- 1) Por un lado, el nuevo artículo 7.3 DRLEM ha autorizado el trabajo a domicilio dependiente de CEE. La opción se ha tomado con algunas precauciones como por ejemplo, la prohibición de su utilización en el caso de personas con discapacidad psíquica.
- 2) Se elimina la limitación de la jornada diaria a 8 horas. De este modo, de conformidad con lo previsto en el artículo 34 ET; mediante convenio colectivo o acuerdo de empresa será posible negociar una distribución irregular de la jornada a lo largo del año⁴⁷, lo que permitirá una mejor adaptación de la fuerza de trabajo a la demanda.
- 3) Finalmente, otro elemento de interés —aunque no precisamente en una línea de flexibilidad— es la limitación de la duración de los contratos para la formación hasta un máximo de 4 años, para aquellos casos en que por sus circunstancias y grado de minusvalía el trabajador no pudiese alcanzar los conocimientos relacionados con la especialidad profesional correspondiente en el plazo máximo previsto legalmente (2 años, artículo 11.2 ET).

3. El empleo selectivo

El empleo selectivo constituye una figura notablemente diferenciada de todo lo reseñado hasta este punto. Así, a lo largo de las líneas que anteceden nos hemos aproximado a dispositivos que de un modo más o menos flexible impulsan la integración laboral de las personas con discapacidad. Por el contrario, la finalidad particular del empleo selectivo es el favorecimiento del retorno a su antigua empresa de los trabajadores con incapacidad laboral permanente recuperados. Esta figura gozaba de una cierta regulación anterior a la LISMI en la Ley General de la Seguridad Social entonces vigente (Decreto 2065/1974 de 30 de mayo [LGSS 1974] artículos 150 a 152, actualmente regulado en los artículos 157 a 159

⁴⁷ De este modo, es perfectamente posible pactar que durante 6 meses se realizarán, por ejemplo, 7 horas diarias, mientras que durante 5 meses, la actividad diaria se extenderá hasta 9 horas (art. 34 ET). De esta manera, los CEE pueden adaptar el tiempo de trabajo a las fluctuaciones de la demanda que se produzcan a lo largo del año.

del Real Decreto-Legislativo 1/1994, de 20 de junio⁴⁸ por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social actualmente vigente [LGSS 1994]). A este respecto, tanto la Ley General de la Seguridad Social vigente como el desarrollo reglamentario de la LISMI, fomentan el retorno al empleo de dos tipos de trabajadores:

- De un lado, los trabajadores en situación de incapacidad permanente parcial.
- De otra parte, los trabajadores en grado superior de incapacidad permanente (total o absoluta) que hayan experimentado posteriores procesos de recuperación.

Aparte de la regulación prevista en la actual Ley General de la Seguridad Social, el régimen jurídico básico del empleo selectivo se halla en los artículos 1 a 3 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, de regulación del empleo selectivo y del fomento de empleo de trabajadores minusválidos (en adelante DFEM). A este respecto, la LISMI (art. 40) estableció la necesidad de desarrollo reglamentario de lo previsto en la LGSS, lo que ha sido llevado a cabo por el DFEM, pretendiéndose una intervención en favor del empleo de las personas que, tras una experiencia laboral, se han visto afectadas por una incapacidad para el trabajo: una situación que podríamos denominar como discapacidad sobrevenida. Por ello, se introducen disposiciones que garanticen y/o favorezcan el retorno al empleo de aquellas personas.

A efectos de una mayor claridad expositiva dividiré en dos partes el comentario sobre la regulación del empleo selectivo. De un lado, se abordarán las medidas diseñadas para los trabajadores afectados de incapacidad permanente parcial y de otro, se examinarán las medidas previstas para el resto de trabajadores afectados de incapacidad.

Asimismo, es de importancia clarificar que el régimen jurídico del empleo selectivo no ha sufrido modificación alguna desde que se procedió a su desarrollo reglamentario en 1983, razón por la cual se efectuará una única aproximación a la figura.

A) El empleo selectivo en favor de las personas en situación de incapacidad permanente parcial.

⁴⁸ De todos modos, se ha de tener en cuenta que la Ley General de la Seguridad Social (art. 158.1) cuenta con un concepto amplio de empleo selectivo que incluiría la reserva de empleo y otras medidas que hemos comentado en diversos apartados.

El artículo 1 del DFEM regula el empleo selectivo en favor de las personas afectadas de incapacidad permanente parcial. A este respecto, cabe subrayar que la incapacidad permanente parcial no abre de manera inmediata las puertas a la extinción del contrato de trabajo (art. 49.1 e] ET⁴⁹) ni otorga tampoco el derecho a una pensión vitalicia; sólo a una indemnización a tanto alzado (art. 136.1 LGSS redacción de 1994 en aplicación transitoria⁵⁰). Nos hallamos ante una incapacidad leve o menor⁵¹ que puede, no obstante, dificultar la actividad laboral habitual del trabajador una vez dado de alta médica. Con el objeto de garantizar la estabilidad en el empleo y, por ende, el derecho al trabajo de estas personas⁵², el artículo 1.1 DFEM establece, sin perjuicio de una posterior recuperación total⁵³, el siguiente régimen jurídico del empleo de las personas con incapacidad permanente parcial:

1) Por una parte, si la incapacidad permanente parcial del trabajador dado de alta y reincorporado, no afecta a su rendimiento normal en el puesto de trabajo anteriormente ocupado, el empresario deberá recolocararlo en aquel puesto. Si no fuese posible reubicarlo en dicho puesto, el empresario deberá, en todo caso, mantener al trabajador el nivel retributivo correspondiente a las funciones desarrolladas con anterioridad.

2) En segundo lugar, si el empresario acredita una disminución en el rendimiento del trabajador en el desempeño de las funciones habitualmente desarrolladas, deberá recolo-

⁴⁹ Téngase en cuenta que el artículo 49.1 e] ET prevé la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente total —salvo lo previsto en el artículo 48.2 ET—, incapacidad absoluta y gran invalidez. En estos casos, la mera declaración administrativa en dicha situación faculta al empresario para extinguir el contrato de trabajo.

⁵⁰ En desarrollo del anterior precepto, el artículo 9 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, establece el derecho a percibir una cantidad a tanto alzado equivalente a veinticuatro mensualidades de la base reguladora que haya servido para calcular la prestación de incapacidad temporal previa a la situación de incapacidad permanente.

⁵¹ De acuerdo con el artículo 135.3 de la LGSS de 1994 en su redacción original (aplicable de acuerdo con la disposición transitoria quinta bis de la Ley General de la Seguridad Social de 1994), "*Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al treinta y tres por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma*".

⁵² A este respecto, hay que observar que aunque el artículo 49.1 e] ET no abre la puerta a una extinción contractual inmediata, los problemas de rendimiento derivados de una incapacidad permanente parcial podrían dar lugar, a priori, a una extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida del artículo 52 a] ET, con el derecho a percibir una indemnización de 20 días de salario por año trabajado. Sin embargo, como regla general, el DFEM impide este tipo de soluciones en caso de incapacidad permanente parcial.

⁵³ En caso de recuperación total de la capacidad profesional, el trabajador tendrá derecho a reincorporarse al puesto de trabajo originario si el que se ocupase fuese de categoría inferior; eso sí, siempre que no hubiesen transcurrido más de tres años en la misma situación (art. 1.2 DFEM).

carlo en un puesto adecuado a su capacidad residual. De no existir este puesto, el empresario podrá reducir el salario del trabajador sin que en ningún caso tal reducción pueda ser superior al 25 por 100, ni los ingresos finalmente percibidos inferiores al salario mínimo interprofesional.

B) El empleo selectivo a favor de personas con incapacidad permanente total o superior recuperadas.

Posiblemente, esta manifestación del empleo selectivo sea la más interesante si tenemos en cuenta la ya mencionada regla general (art. 49.1 e] ET) según la cual, la incapacidad permanente total o en grado superior extingue el contrato de trabajo⁵⁴. Ahora bien, una posterior recuperación del trabajador abriría el acceso a una serie de derechos de reincorporación a la empresa. En este sentido, el artículo 2 DFEM establece un régimen jurídico diferenciado según la recuperación sea absoluta o bien queden secuelas en el trabajador.

- Si la recuperación tiene carácter absoluto, el trabajador recuperado tendrá derecho a la reincorporación en el primer puesto de trabajo vacante que se produzca dentro de su categoría o grupo profesional en la última empresa en que desarrolló actividad.
- Si el trabajador recupera capacidad pero queda en situación de incapacidad permanente parcial tendrá derecho al primer puesto que quede vacante en la última empresa en la que trabajó y que sea adecuado a su capacidad laboral.

A lo anterior, el DFEM añade algunas normas procedimentales a los efectos de que los trabajadores puedan beneficiarse de estas medidas. Así, de una parte, los trabajadores recuperados deberán comunicar esta circunstancia a la empresa y a los representantes de los trabajadores en el plazo de un mes desde la declaración de aptitud (art. 3.1

⁵⁴ Se ha utilizado la expresión regla general ya que el artículo 48.2 ET establece una excepción a la extinción contractual por incapacidad permanente total o en grado superior. Así, si el trabajador es declarado en situación de incapacidad permanente total o superior pero existe una expectativa de mejoría en el plazo de dos años, el contrato de trabajo no puede extinguirse. En este caso, la resolución que declare la situación de incapacidad permanente —dictada por el INSS— establecerá que el contrato de trabajo se mantiene suspendido durante dos años contados a partir de la declaración en situación de incapacidad permanente, en previsión de una futura recuperación del trabajador. Por lo tanto, durante este periodo el empresario deberá reservar el puesto de trabajo al empleado en situación "provisional" de incapacidad permanente.

DFEM). A continuación, la empresa pondrá en conocimiento del trabajador los puestos adecuados a la solicitud y que se encuentran disponibles en los diversos centros de trabajo de la empresa. El trabajador deberá aceptar, en su caso, la oferta empresarial cuando ésta sea adecuada a lo previsto en la norma, aunque excepcionalmente se pueda rechazar, sin pérdida de derechos, una oferta empresarial de recolocación. Esto sucederá cuando la empresa ofrezca un puesto de trabajo en un centro que implique cambio de residencia⁵⁵.

Asimismo, el artículo 2.3 DFEM incentiva la recolocación de trabajadores en situación de incapacidad permanente total o superior recuperados ya que prevé, durante el plazo de dos años, reducciones del 50 por 100 de la cuota patronal de la Seguridad Social correspondiente a las contingencias comunes.

Finalmente, debe señalarse que las medidas de empleo selectivo para trabajadores con incapacidad permanente total o superior recuperados no son de uso habitual. En ello inciden diversos aspectos aunque quizás el más importante sea que la empresa no está obligada a reservar el puesto de trabajo al empleado declarado en situación de incapacidad permanente, salvo en supuestos excepcionales previstos en el artículo 48.2 ET. Así, en otros supuestos de interrupción de la actividad laboral —enfermedad, conflicto colectivo, excedencia por ejercicio de cargo público representativo, excedencia por nacimiento de hijo u otros— el ordenamiento jurídico-laboral establece la obligación de reservar el puesto de trabajo (art. 45 y ss ET). No es éste el caso, lo que lleva aparejado que la preferencia absoluta de reingreso en la empresa (art. 2 DFEM) depende de que se generen vacantes. A este respecto, el derecho de preferencia absoluta es más débil de lo que podría parecer, siendo sólo oponible a otros trabajadores en situaciones de expectativa de reingreso todavía más débiles, como es el caso de la excedencia voluntaria del artículo 46.2 ET. En fin, no se ha de olvidar que con frecuencia los trabajadores con incapacidad recuperados, son personas de edad madura —ya de por sí rechazados por el mercado de trabajo— y desconectados de la dinámica productiva durante años, lo que los hace acreedores de retenciones empresariales, que muy posiblemente les empujen a las prestaciones de desempleo no contributivas (art.215.1.1.e] LGSS).

⁵⁵ De todos modos, si el trabajador acepta esta oferta, no perderá el derecho a obtener en un futuro un puesto de trabajo, con la preferencia señalada, en el centro donde tenga establecida su residencia (último inciso del artículo 3.2 DFEM).

4. Empleo con apoyo y enclaves protegidos

Respecto al empleo con apoyo y los enclaves protegidos, se trata de estrategias dirigidas al favorecimiento de la inserción de personas con discapacidad afectadas de especiales dificultades en el medio ordinario de trabajo. De algún modo, estas figuras llevan a cabo una de las funciones que la LISMI encomendó a los llamados Equipos Multiprofesionales y que éstos no han desempeñado a causa de su limitada puesta en funcionamiento: favorecer el flujo entre los entornos laborales especiales y los ordinarios⁵⁶. Asimismo, el empleo con apoyo es una versión especializada y ampliada del procedimiento de colocación o intermediación de trabajadores con especiales dificultades, de modo que su puesta en marcha se solaparía con la actividad de los servicios públicos de empleo y, sobre todo, con las agencias de colocación especializadas; de hecho, éstas últimas son sujetos particularmente habilitados para su implementación.

Otro aspecto a destacar es que tanto el empleo con apoyo como los enclaves laborales carecen de regulación a nivel estatal, de manera que hoy en día únicamente contamos con algunas disposiciones autonómicas, fundamentalmente centradas en su financiación. En todo caso, empleo con apoyo y enclaves protegidos pretenden potenciar el derecho al trabajo de los ciudadanos con discapacidad, razón por la que merecen su presencia en este comentario.

Una segunda razón, si cabe de mayor peso para este comentario está en que el Acuerdo MTAS-CERMI previó una regulación del empleo con apoyo⁵⁷, propósito vuelto a señalar en el Segundo Acuerdo MTAS-CERMI. En cualquier caso, la regulación estatal no se ha hecho realidad de manera que la única normativa existente actualmente es la autonómica. A este respecto, serán objeto de comentario dos disposiciones de singular relieve: la Orden de la Comunidad Valenciana de 30 de diciembre de 2002 (en adelante OCV) y la Orden de la Región de Murcia de 4 de abril de 2003 (en adelante ORM).

⁵⁶ A este respecto, la LISMI prevé la figura de los Equipos Multiprofesionales, dirigida a la intervención en múltiples ámbitos de la discapacidad. En el terreno laboral uno de sus espacios más interesantes era el previsto en el artículo 46 LISMI donde se les encomienda la realización de revisiones periódicas a las personas con discapacidad contratadas en CEE "a fin de impulsar su promoción teniendo en cuenta el nivel de recuperación y adaptación laboral alcanzado".

⁵⁷ El Acuerdo MTAS.CERMI, en su punto IV (Contratación e inserción laboral) señala que "el Gobierno (...) se compromete a establecer un sistema de empleo semi-protégido, con las siguientes características, entre otras: incentivos económicos, preparador laboral que tutele el proceso de transición, limitación de su utilización en función de la plantilla, compromiso de contratación y posibilidad de retorno al CEE, etc".

4.1. *El empleo con apoyo*

En general, puede entenderse por empleo con apoyo aquella técnica o proceso en el que, con la asistencia de un monitor de apoyo, se pretende facilitar a las personas con discapacidad⁵⁸ un acceso individualizado y progresivo al mercado normalizado de trabajo. En general, el apoyo se realizaría por un monitor externo a la empresa ordinaria⁵⁹, habitualmente empleado de una entidad promotora de empleo con apoyo. La puesta en marcha del proceso de empleo con apoyo consta de diversas fases —selección de trabajadores, prospección de puestos de trabajo, formación previa y otras—, pero desde la perspectiva de la regulación laboral nos interesan particularmente dos elementos:

- Buena parte de los programas vigentes prevén, la fase de formación-adaptación en el puesto, en la que no hay actividad laboral; esta situación sería asimilable a una actividad ocupacional.
- Superada la anterior se pasaría a una fase de actividad laboral con el seguimiento y apoyo de un monitor, siendo la intensidad y duración del acompañamiento los adecuados a cada caso.

En general, los programas autonómicos subvencionan el empleo con apoyo desde diversas perspectivas:

1) Asunción de los costes del acompañamiento durante la fase laboral, e incluso en ocasiones durante la fase prelaboral. Con estas ayudas se financiará a las entidades promotoras de empleo con apoyo a los efectos de cubrir los costes de su actividad⁶⁰.

⁵⁸ En ocasiones se establecen mayores exigencias de discapacidad, o bien algunos matices. Así, el artículo 7 OCV exige para ser beneficiario de la medida estar afectado de discapacidad psíquica en cualquier grado, o bien de discapacidad física en un grado no inferior al 50 por 100.

⁵⁹ Cabría también la posibilidad de apoyos naturales, mediante compañeros de trabajo integrados en la plantilla de la empresa ordinaria.

⁶⁰ A este respecto, el artículo 62 ORM prevé la cobertura de hasta el 100 por 100 de los costes del preparador laboral durante la inserción laboral, por un tiempo de intervención de hasta 12 meses. Deberá acompañarse a un mínimo de cuatro trabajadores con discapacidad psíquica o seis con discapacidad física. En lo que concierne a la normativa valenciana, el artículo 7.1 OCV parte de las acciones previstas: por ejemplo, por cada atención en itinerario de inserción se subvencionará con 1500 euros, o por cada contratación indefinida 3000 euros.

2) De otra parte, se incentiva la contratación de los trabajadores mediante ayudas a las empresas ordinarias⁶¹.

4.2. *Los enclaves protegidos*

Los denominados enclaves son también una estrategia dirigida a favorecer la actividad laboral de colectivos de personas con discapacidad en entornos normalizados⁶².

En estos casos, los trabajadores proceden de ámbitos laborales protegidos (CEE), reciben el acompañamiento laboral de un preparador, y mantienen al mismo tiempo su vinculación jurídico-laboral con el CEE. Por lo tanto, lo que se pretende es que grupos de trabajadores que habitualmente trabajan en un Centro especial puedan trabajar —realizando una contrata— en una empresa ordinaria, lo que sin duda rompe las barreras entre ambos ámbitos y puede favorecer contrataciones por parte de la empresa ordinaria.

Una clara manifestación normativa de este método de inserción o de mejora cualitativa de empleo se refleja en la Orden de la Región de Murcia de 4 de abril de 2003. La ayuda prevista en la ORM es la subvención de los costes del apoyo a recibir por los trabajadores desplazados a entorno ordinarios. De este modo, la entidad promotora de enclave, de la que dependerá el monitor o monitores laborales⁶³, recibirá hasta el 100 por 100 de los costes —salarios y Seguridad Social— por un tiempo máximo de intervención de 6 mensualidades.

⁶¹ Las ayudas para la contratación de trabajadores son las siguientes:

En el caso de la ORM (art. 62) la subvención para contratación temporal es del 30 por 100 del salario mensual bruto del trabajador por cada mes de contrato, con un máximo de 2400 euros. De otro lado, si el contrato se formaliza como indefinido la subvención ascenderá a 9000 euros. De acuerdo con la OCV (art. 7), la subvención es de 6900 euros por contrato indefinido y de 3000 euros por contrato temporal, siempre que tenga una duración no inferior a los tres meses.

⁶² Se advierte que el vocablo "enclave" genera más de un equívoco ya que es un término polisémico. A este respecto, sin perjuicio de lo que se diga a continuación, también se puede entender por enclave la posibilidad de que una empresa ubique a sus propios trabajadores con discapacidad en una sección, taller, etc, con la pretensión de favorecer su adaptación y la prestación de apoyos. Como se verá en las líneas que siguen, en el texto principal me voy a referir al enclave como una figura que, basada en el esquema de la contrata de obras y servicios, pretende fomentar la presencia de personas con discapacidad en entornos ordinarios, manteniendo *a priori* una relación laboral especial con el CEE del que provienen.

⁶³ A mi juicio, de la ORM se deduce que el apoyo y/o seguimiento de los trabajadores desplazados deberá ser llevado a cabo bien por personal de la plantilla del CEE desplazado a estos efectos a la empresa ordinaria.

De otra parte, como es lógico, la normativa exige (art. 68 ORM) la firma de un Convenio entre la empresa ordinaria —"acogedora" de los trabajadores con discapacidad— y el CEE. Dicho Convenio será una contrata en la que, aparte de la fijación de la actividad a realizar y el coste de la misma, se harán constar otros extremos: ubicación del enclave, clase de actividad y otras. Del Convenio deberá darse traslado a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (art. 62 ORM).

5. Centros Ocupacionales y actividad ocupacional

No obstante tratarse de una figura no laboral es conveniente una aproximación a los Centros Ocupacionales, (en adelante COs) para ofrecer una visión completa de las estructuras puestas, directa o indirectamente, al servicio del derecho al trabajo de las personas con discapacidad. Su regulación básica se encuentra en el artículo 53 LISMI —ubicado en el Título VIII de la LISMI— ("De los Servicios Sociales") y desarrollado a nivel estatal por el Real Decreto 2274/1985, de 4 de diciembre⁶⁴ (en adelante DCO).

La exposición que sigue abordará una breve referencia a los Centros y en un segundo momento se analizarán algunas cuestiones sobre la actividad ocupacional desarrollada en los mismos.

5.1. Los Centros Ocupacionales

El CO es un Servicio Social definido en el artículo 53 LISMI como aquel que tiene "*(...) como finalidad asegurar los servicios de terapia ocupacional y de ajuste personal y social a los minusválidos cuya acusada minusvalía temporal o permanente les impida su integración en una empresa o un Centro Especial de Empleo*". Los COs pueden ser públicos o privados (art. 5 DCO) y se financiarán mediante ayudas públicas y eventualmente privadas (art. 12 Dos DCO). En lo que respecta a las ayudas públicas éstas pue-

⁶⁴ Téngase en cuenta que en el ejercicio de sus competencias en materia de Servicios Sociales, algunas Comunidades Autónomas han llevado a cabo un desarrollo reglamentario propio de los Centros Ocupacionales de la LISMI: Decreto catalán 279/1987, de 27 de agosto y Decreto canario 113/1998, de 8 de julio. Estas normas serán de aplicación preferente en Cataluña y Canarias, siendo supletoria la regulación estatal (art. 149.3 último inciso CE).

den alcanzar hasta un 75 por 100 de los gastos de construcción o mejora. Además, en concepto gastos de sostenimiento y mantenimiento del Centro, las ayudas pueden ser de hasta un 100 por 100.

5.2. *Personas admitidas y actividad desarrollada en los Centros Ocupacionales*

En lo que concierne a las personas que pueden desarrollar actividad ocupacional en los COs se trata de aquéllas cuyo rendimiento productivo no alcanza los niveles necesarios para considerar su actividad como laboral (arts. 2 Dos y 10 c] DCO). En este sentido, el artículo 10 DCO establece que a los efectos de ser admitidas en un CO, las personas deberán: a) tener edad laboral y b) estar afectadas de un nivel de discapacidad que impida una actividad laboral especial u ordinaria.

Respecto a la actividad desarrollada en los COs, la llamada terapia ocupacional, tenderá a favorecer una futura inserción laboral. En este sentido, el artículo 7.1 DCO expresa la idea con rotundidad: *"La organización y los métodos de las actividades o labores a desarrollar en los Centros Ocupacionales tenderán a favorecer la futura incorporación de minusválidos al trabajo productivo"*.

La terapia ocupacional se fundamenta en la realización de actividades no productivas , o no laborales⁶⁵, con el objetivo, no obstante, de elaborar bienes o servicios. De todos modos, el Reglamento permite el establecimiento de premios o recompensas que fomenten la integración de la persona con discapacidad (art. 7.2. DCO). En fin, los Centros deberán desarrollar servicios de ajuste personal y social orientados a que los usuarios adquieran una mayor habilitación personal y adaptación social (arts. 2.2 y 4 DCO).

⁶⁵ AZNAR LÓPEZ, M. ; AZÚA BERRA, P. y NIÑO RÁEZ, E.: Integración Social de los Minusválidos, Madrid, MTSS, 1982, pág. 173, consideran que la actividad desarrollada en los COs tiene como objeto "ofrecer a los minusválidos una ocupación en el límite entre el trabajo y la ergonomía". Por otro lado, es de especial interés la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 2 de diciembre de 1986 (R.Ar 12870) que asimila dicha actividad a la puramente educacional "que corresponde a los becarios".

ABREVIATURAS UTILIZADAS

- CE: Constitución Española de 1978.
- CEE: Centro Especial de Empleo.
- CO: Centro Ocupacional.
- DCEE: Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, de regulación de los Centros Especiales de Empleo.
- DCO: Real Decreto 2274/1985, de 4 de diciembre, de regulación de los Centros Ocupacionales.
- DFEM: Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, de regulación del empleo selectivo y del fomento de empleo de trabajadores minusválidos.
- DRLEM: Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo.
- ET: Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo).
- LGSS: Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto-Legislativo 1/1994, de 20 de junio).
- LISMI: Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.
- LISO: Ley de infracciones y sanciones en el Orden Social (Real Decreto-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto)
- OCV: Orden de la Comunidad Valenciana de 30 de diciembre de 2002.
- ORM: Orden de la Región de Murcia de 4 de abril de 2003.
- TRLET: Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.



MINISTERIO
DE TRABAJO
Y ASUNTOS SOCIALES

REAL PATRONATO
SOBRE DISCAPACIDAD

