

La Promoción del Empleo de las personas con discapacidad en España

The Employment Promotion of people with disabilities in Spain

Antonio B. GARCÍA SABATER*

RESUMEN: En España existen diferentes tipos de empleos y distintos tipos de apoyos para acceder al trabajo. En general la estructura laboral para promover la incorporación al empleo de las personas con discapacidad es buena, contando con oportunidades intermedias entre el empleo ordinario y los servicios sociales. La desconexión entre las necesidades de apoyo y los beneficiarios de algunas medidas, está perjudicando el derecho al trabajo de las personas con discapacidad con especiales dificultades de acceso al empleo.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad; trabajo; inclusión; integración; empleo protegido; empleo con apoyo; centros ocupacionales.

ABSTRACT: In Spain there are different types of jobs and different types of supports to access to work. In general, the labour structure to promote the employment of people with disabilities is good, with intermediate opportunities between ordinary employment and social services. The disconnection between the needs of support and the beneficiaries of some measures is harming the right to work of people with disabilities with special difficulties on access to employment.

* Abogado. Doctor en Derecho. Especialista en Derecho del Trabajo y Discapacidad. Contacto: <antonio.garcia@sabateripiens.es>. Fecha de recepción: 12/11/2018. Fecha de aprobación: 03/02/2019.

KEYWORDS: Disability; work; inclusion; integration; sheltered employment; supported employment; occupational centres.

I. INTRODUCCIÓN

La promoción del empleo de las personas con discapacidad en España mantiene una estructura casi idéntica a la que tenía en los años 60 y 70, con dos grandes bloques, que son el empleo ordinario y el protegido. En el año 2004 se desarrolló la legislación de los enclaves laborales con la finalidad doble de promover el empleo de las personas con discapacidades severas e introducir los CEE dentro de estructuras empresariales ajenas al “mundo de la discapacidad”, y en el año 2007 se desarrolló el modelo de empleo con apoyo, como un punto intermedio o mixto entre el ordinario y el protegido. El Programa de Acción Mundial para las personas discapacitadas de la ONU del año 1982¹ estableció que “la enseñanza debe realizarse dentro del sistema escolar normal, el trabajo debe proporcionarse mediante empleo abierto, y la vivienda facilitarse en la misma forma que para la población en general”. En la misma línea integradora, el mismo año en España se había aprobado la LISMI² que determinaba que las personas con discapacidad tenían derecho a que se tomara en consideración las posibilidades de empleo existentes y sus motivaciones aptitudes y preferencias (at. 33) y que la finalidad primordial de la política de empleo debía ser la integración en el sistema ordinario y subsidiariamente el empleo protegido (Art. 37).

Antes de iniciar el estudio de la promoción laboral de las personas con discapacidad, es necesario tener presente que la inserción laboral es un medio que promueve la inclusión social, y también que dentro de la discapacidad quienes más difícil lo tienen

¹ Resolución 37/52 de 3 de diciembre de 1982, de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Consultado en: <http://www.insor.gov.co/descargar/programa_mundial_discapacidad_1982.pdf> (18/11/2018).

² Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, BOE, núm. 103, de 30 de abril de 1982.

para integrarse en la sociedad y en el empleo son las personas con discapacidad

El trabajo proporciona un salario, que como fuente de ingresos genera independencia y autonomía, pero el derecho al trabajo va más allá, es el derecho a ser útil a sí mismo y a los demás, tener un empleo es una actividad socialmente valorada y al participar en el mundo laboral se mejora la autoestima y se ayuda a la persona a construir su autoimagen.

Seré crítico con la normativa española y con la situación actual de promoción del empleo, basando mi argumentación en las estadísticas que muestran la realidad y en la normativa internacional como lo expuesto en la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad³ que en su extenso art. 27, reconoce el “derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad”.

En primer lugar describiré como el concepto legal de persona con discapacidad a efectos laborales se ha desdibujado de tal forma que beneficia a un grupo más amplio de la sociedad, perdiendo efectividad sobre las personas con discapacidades severas, que son quienes más apoyos necesitan.

Posteriormente hablaré de la promoción del empleo ordinario y del empleo con apoyo, y seguidamente del empleo protegido, y de los enclaves laborales que pueden desarrollar los centros especiales de empleo. Destacando como son promocionados y como se accede a dichos empleos, que adelanto son de libre mercado en todos los casos, esto es sin necesidades de autorizaciones administrativas para el acceso de los trabajadores.

³ La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York. Consultado en: <<http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>> (18/11/2018).

Por último me referiré a las labores que se desempeñan en los recursos sociales como los centros ocupacionales, que España están separados del empleo.

Debido a la extensión del artículo no hablaré de la promoción del trabajo autónomo ni tampoco de empleo público

II. PERSONA CON DISCAPACIDAD A EFECTOS LABORALES

En España hay varios tipos de reconocimientos administrativos relacionados con la discapacidad: la dependencia que determina el derecho a servicios sociales, la modificación de la capacidad obrar que afecta a la capacidad civil de las personas, la incapacidad laboral que determina prestaciones para trabajadores que tras haber iniciado su vida laboral por situaciones sobrevenidas al inicio de esta no puede continuar trabajando y por último, al que voy a dedicar casi todas las referencias de este artículo es el grado de discapacidad que determina las dificultades de participación plena en la sociedad.

Por medio de criterios técnicos unificados en el RD 1971/1999⁴, califica en grados según el alcance de la discapacidad, valorando las dificultades que para interactuar con el entorno provocan las limitaciones funcionales de la persona. Tras la evaluación se emite un certificado que expresa en porcentaje tanto las discapacidades que presenta la persona como, en su caso, los factores sociales complementarios relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural, que dificulten su integración social. Para ser considerado persona con discapacidad se establece se debe obtener al menos un 33 por cien en dicha valoración.

Hasta el año 2003, para ser persona con discapacidad a efectos laborales, los equipos de valoración debían determinar que las limitaciones además de afectar a la vida personal y social, afectaban a la capacidad laboral de la persona, obligando a tener al

⁴ BOE 26 enero de 2000.

menos el grado del 33 por cien⁵ de reducción en la capacidad laboral para beneficiarse de ayudas para la promoción laboral. Pero la LIONDAU⁶, eliminó el requisito de tener también disminución de la capacidad laboral, empezando esta norma la difuminación del concepto de persona con discapacidad a efectos laborales, que el profesor ESTEBAN LEGARRETA denomina acertadamente como la “contrarreforma en el concepto de persona con discapacidad ante el empleo”⁷.

Posteriormente, el año 2013, la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad (LGDPDIS)⁸ derogó toda la normativa general previa sobre derechos de las personas con discapacidad y determinó que desde entonces los trabajadores con incapacidad permanente⁹ serían considerados personas con disca-

⁵ Ello estaba establecido de forma explícita en la Orden de 8 de marzo de 1984 (BOE, núm. 65 de 16 de marzo de 1984) y también posteriormente en la Disposición adicional sexta de la Ley 24/2001 (BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 2001).

⁶ La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad BOE, núm. 289 de 3 de diciembre de 2003, por medio de su disposición adicional cuarta, modificó la disposición adicional sexta de la Ley 24/2001 eliminando el requisito de disminución de capacidad de trabajo.

⁷ ESTEBAN LEGARRETA. R., “Un análisis en perspectiva jurídica del II Acuerdo MTAS-CERMI”, *Boletín del Real Patronato sobre Discapacidad*, núm. 53, 2003.

⁸ Real Decreto Legislativo 1/2013 Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. BOE núm. 289/ de 3 de diciembre de 2013.

⁹ En España hay cuatro tipos de incapacidades permanentes, parcial para su profesión habitual, total para su profesión habitual, absoluta para cualquier profesión y gran invalidez. Han sido asimiladas al 33 por cien de discapacidad todas menos la incapacidad permanente parcial, por lo que a partir de ahora, para que sea más fácilmente comprensible para el lector, me referiré a la

pacidad a todos los efectos, y por lo tanto también en cuanto a la promoción laboral.

Es muy destacable que algunas de las personas con discapacidad asimilada, que tienen la prestación por incapacidad laboral, tienen un 1 por cien de discapacidad real o incluso con un 0 por cien (p.ej. peluqueros con alergias a lacas o deportistas profesionales que no pueden continuar compitiendo en grado de exigencia de élite) y por “gracia” de esa modificación legal disfrutaban de los derechos de quienes tienen discapacidad real y compiten, con evidente ventaja, por los mismos puestos de trabajo.

Se puede afirmar que la LGDPDIS acabó de desdibujar por completo el concepto de discapacidad a efectos laborales, pues personas sin grado de discapacidad real, acceden a plazas de empleo reservadas para personas con discapacidad y son contratadas en puestos de trabajo protegido sin tener especiales dificultades para acceder al mercado ordinario, pervirtiendo el sistema de incentivos laborales, incrementando además el número de personas con discapacidad.

En España el año 1999 tenían certificado de discapacidad 1.255.798 personas y el año 2016¹⁰ había 3.378.622 personas consideradas como con discapacidad, esto es, se ha producido un incremento de un 269 por cien en 17 años. Pasando de ser un grupo poblacional que representaba únicamente el 3,12 por cien de la población a ser un 7,26 en estos momentos.

Ese cambio poblacional que también ha modificado la composición estadística de las distintas etiologías que lo conforman¹¹, no ha sido percibido por el legislador español y en lugar de foca-

incapacidad permanente en general, debiéndose tener en cuenta que la parcial no tiene dicha asimilación.

¹⁰ El último estudio publicado del IMSERSO es de fecha 4/07/2018, con datos hasta el 31/12/2016. Consultado en: <http://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/bdepcd_2016.pdf> (24/11/2018).

¹¹ Un estudio pormenorizado, en el que se incluye también el factor de edad laboral se pueden encontrar en GARCÍA SABATER, Antonio, *Necesidades*

lizar los apoyos y ayudas en función de las distintas necesidades, generaliza cada vez más los derechos llegando por lo tanto con menos impacto a quien más lo necesita.

III. MERCADO ORDINARIO DE TRABAJO

Ya en el año 1966, la ONU, por medio del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹² establecía que “Los trabajadores con discapacidad no deberían estar segregados en talleres protegidos. Deberían beneficiarse de un entorno laboral accesible y no se les deben negar ajustes razonables, como ajustes en el lugar de trabajo o modalidades de trabajo flexibles”. Fomentando de forma clara la preferencia por el mercado ordinario de trabajo, al igual que lo hace la Convención de Nueva York 40 años después estableciendo el derecho a trabajar en “un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad”.

A nivel comunitario, recientemente, el Pilar Europeo de Derechos Sociales¹³, proclamado y firmado en noviembre de 2017, por el Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea determina que las personas con discapacidad tienen derecho a “participar en el mercado laboral y en la sociedad y a un entorno de trabajo adaptado a sus necesidades”.

especiales de apoyo laboral en colectivos con discapacidad. En particular, el empleo protegido, Pamplona, Aranzadi, 2018.

¹² Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, apartado 47.c). Consultado en: <<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>> (18/11/2018).

¹³ Disponible en: <https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_es.pdf> (18/11/2018).

A) EMPLEO ORDINARIO

En España la LISMI en 1982, afirmaba: “Será finalidad primordial de la política de empleo de trabajadores minusválidos su integración en el sistema ordinario de trabajo” (art. 37) pero la LGDPDIS en 2013, derogando esta norma, eliminó en el ordenamiento jurídico español la subsidiariedad del empleo protegido, a mi juicio en contra de la Convención del año 2006, y actualmente la integración en el empleo ordinario no es una prioridad para el legislador y por lo tanto tampoco para la administración pública española.

El empleo que se realiza en el mercado ordinario de trabajo, genera, o debería generar, una mayor inclusión social, esta es un proceso más avanzado que la integración, pues no sólo requiere de acciones de accesibilidad y adaptación, sino que además el entorno debe aceptar al trabajador como es, con independencia de las características que puedan hacerlo diferente.

Para la promoción del empleo ordinario la legislación española cuenta con las cuotas de reserva, las obligaciones de accesibilidad y con ayudas económicas en forma de bonificaciones y subvenciones.

Desde el año 1970¹⁴ existe una obligación legal de tener contratado un 2 por cien de trabajadores con discapacidad, para todas las empresas, la LGDPDIS en su art. 42, mantiene dicha obligación, llamada cuota de reserva y establece que todas las empresas, públicas y privadas con más de 50 trabajadores deben tener contratados de forma directa a personas con discapacidad. Aunque el mismo artículo en su segundo párrafo, determina que de forma excepcional, se podrá optar por medidas alternativas¹⁵ sustituyen-

¹⁴ Decreto 2531/1970 de empleo de trabajadores minusválidos de 22 de agosto. BOE núm. 221, de 15 de septiembre de 1970.

¹⁵ Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad. BOE, núm. 94, de 20 de abril de 2005.

do la contratación directa, por medio de la compra de bienes o la prestación de servicios ajenos o accesorios a los prestados por la empresa a CEE o trabajadores autónomos con discapacidad, o bien realizando donaciones a fundaciones o por medio de la contratación de enclaves laborales con CEE, siendo esta última la forma más cercana a la contratación directa por el empresario ordinario.

El art. 40 LGDPDIS, obliga a realizar los ajustes que sean razonables en los puestos de trabajo y por ello las empresas deben tomar las medidas adecuadas de adaptación y accesibilidad con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, excepto que dichos ajustes sean una carga excesiva para la empresa.

Como he dicho al inicio de este punto, además de las cuotas de reserva de empleo para las empresas de más de 50 trabajadores y la obligación de realizar los ajustes necesarios, para promocionar la contratación en el empleo ordinario, la administración pública ofrece subvenciones y bonificaciones, ofreciendo ayudas diferentes en función de las distintas necesidades de apoyo, tomando en cuenta el tipo y grado de discapacidad y también en función de los grupos de edad y sexo¹⁶, para focalizar las ayudas.

Me voy a centrar en la explicación de las bonificaciones puesto que son homogéneas en todo el territorio español, a diferencia de las subvenciones que en cada comunidad autónoma tienen requisitos y cuantías distintas.

La Ley 43/2006, establece las bonificaciones aplicables a los pagos de cuotas empresariales y promociona el empleo de trabajadores con discapacidad con cuantías que son aplicables durante

¹⁶ Los menores de 45 años tienen menos ayudas, las mujeres tienen más apoyo que los hombres y la contratación de personas con discapacidad severa reciben más dinero que las no severas. Véase documento SEPE Bonificaciones / reducciones a la contratación laboral. Consultado en: <https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/publicaciones/pdf/pdf_empleo/bonificaciones_reducciones.pdf> (18/11/2018).

toda la duración del contrato, disminuyendo así el coste de los seguros sociales y por lo tanto el coste laboral empresarial. Las ayudas abarcan desde los 4.500 hasta los 6.300 euros/año, para los contratos indefinidos y para los temporales se encuentran entre los 3.500 y 5.300€.

Con estas ayudas, resulta bonificado el 100 por cien de la cuota empresarial, esto es ningún coste de seguridad social para el empresario, para salarios comprendidos entre los 1.050 hasta 1.450 euros¹⁷ en contratos indefinidos y en temporales también se bonifica el 100 por cien de la cuota empresarial pero en salarios más bajos, comprendidos únicamente entre los 810 y 1.250 euros. Resultando en todos los casos los trabajadores menos bonificados los hombres menores de 45 con discapacidad general y el más bonificado, las mujeres mayores de 45 con discapacidad severa.

Este sistema prima la contratación de los trabajadores, que estadísticamente tienen mayores dificultades de acceso al empleo, y su único inconveniente es que no se ha incrementado la cuantía bonificada desde el año 2006, y el IPC y el salario mínimo interprofesional se incrementan todos los años, por lo que la bonificación a los salarios está cada vez más desactualizada y por ello es necesaria una nueva revisión de las cuantías anuales bonificadas¹⁸.

Actualmente, a nivel estatal, hay una subvención de 3.907 euros por contratar a una persona con discapacidad a jornada completa¹⁹.

¹⁷ Para puestos de trabajo indefinidos con un coste porcentual de la cotización empresarial de un 30,9 por cien, (Contingencias Comunes 23,6% + Accidentes de Trabajo + Desempleo 6%+ FOGASA + Formación Profesional)

¹⁸ Consultado en: <<http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/smi-2019-y-trabajadores-con-discapacidad-necesaria-adequacion-de-las-bonificaciones>> Consultado (18/11/2018).

¹⁹ Ver documento SEPE Bonificaciones / reducciones a contratación laboral.

B) EMPLEO CON APOYO

El empleo con apoyo es una medida de fomento de empleo de personas con discapacidad con especiales dificultades para acceder al mercado ordinario de trabajo, creada el año 2007 y regulada por medio del Real Decreto 870/2007, de 2 de julio²⁰.

Sus destinatarios son demandantes de empleo con parálisis cerebral, personas con problemas de salud mental o personas con discapacidad intelectual con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33%, y también personas con discapacidad física o sensorial con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65%.

El empleo con apoyo lo forma el conjunto de actividades de orientación y acompañamiento personalizado, que se presta a los trabajadores con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral en el propio puesto de trabajo de empresas ordinarias. Los apoyos son prestados por preparadores laborales especializados, y su finalidad es que los trabajadores puedan desempeñar su trabajo en condiciones similares al resto sus compañeros que desempeñen puestos equivalentes.

Los proyectos de empleo con apoyo deben realizar acciones de programación de la adaptación a los puestos de trabajo que se pretenden cubrir y orientar, asesorar e incluso si es necesario, en un principio, acompañar a los trabajadores con discapacidad que se pretende insertar realizando labores de acercamiento entre el trabajador y el resto de personal de la empresa, apoyando al trabajador en el desarrollo de sus habilidades sociales, y formándolo de forma específica en las tareas del puesto a cubrir.

Una de las limitaciones más importantes que tiene el empleo con apoyo, que ha frenado su implantación, es la duración de sus programas. Estos se desarrollan en un plazo de entre seis meses y un año, prorrogable hasta otro año más, por lo que su periodo máximo es de dos años. Entiende el legislador que a partir de

²⁰ BOE, núm. 168, de 14 de julio de 2007.

esa fecha, los trabajadores estarán totalmente integrados y no será necesario el apoyo de la entidad que impulsó su inserción en el mercado ordinario.

Pero al finalizar los dos años de programa, algunos de los trabajadores con discapacidad intelectual y/o aquellos con problemas de salud mental, que continúan necesitando de apoyos puntuales, dejan de recibirlos y al no tener un “mantenimiento profesional” esa relación laboral no pudiendo continuar con ajustes personales y sociales de acompañamiento, poco a poco se estropea y en muchas ocasiones se extingue. Por lo que sería aconsejable una duración como la que puede tener un trabajador en empleo protegido, esto es toda la vida laboral, con unos apoyos más débiles, pero actuando de forma continua.

Algunos autores califican el empleo con apoyo como una figura mixta²¹ entre el empleo ordinario y el protegido y puede utilizarse de forma previa a la entrada al mercado de trabajo ordinario, pero también puede entenderse como un paso intermedio entre el trabajo ordinario y el empleo protegido²².

El empresario tiene derecho a recibir ayudas por la contratación entre los 2.500€ y los 6.600€ en función del grado y la etiología de la discapacidad del trabajador contratado²³.

²¹ PÉREZ PÉREZ, Jorge, *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*, Pamplona, Lex Nova, 2015.

²² En este sentido SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, José Manuel, SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel, *Los trabajadores discapacitados. Contratación, incentivos, centros especiales de empleo, prestaciones sociales, fiscalidad*, Valencia, Cisspraxis, 2000.

²³ Por cada trabajador con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual: Grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33% e inferior al 65%: 4.000€/año Grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%: 6.600€/año y por cada trabajador con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65% y en el caso de personas sordas y con discapacidad auditiva con un

IV. EMPLEO PROTEGIDO

La OIT en sus directivas vinculantes, no determina que el trabajo deba realizarse siempre en el medio ordinario, aunque ya desde su Recomendación 99 de 1955²⁴, afirmaba que los talleres protegidos debían dar “oportunidades de adaptación al empleo y de ascenso y siempre que sea posible, de traslado a un empleo normal”, y en el año 1983 en la Recomendación 168²⁵ estableció que “los talleres protegidos” son una oportunidad para aquellas personas que no tengan las capacidades suficientes para competir en el “mercado regular del empleo”.

En el mismo sentido se pronunció el Programa de Acción Mundial para las personas discapacitadas de la ONU en 1982, estableciendo que el empleo protegido debería realizarse en “pequeños grupos de personas gravemente incapacitadas en condiciones protegidas dentro de la industria competitiva”

A nivel europeo, el Informe sobre la movilidad y la inclusión de las personas con discapacidad y la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020²⁶, en su punto 50, subraya que los talleres protegidos y los puestos de trabajo integrados, aunque no son equiparables a la participación en el mercado de trabajo general, son soluciones valiosas para acompañar y apoyar a personas con distintas discapacidades, afirmando que los Estados miembros, pueden utilizarlos para promocionar la transición hacia el mercado laboral.

grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%: 2.500€/año Véase documento SEPE Bonificaciones / reducciones a contratación laboral.

²⁴ Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, 1955 (núm. 99).

²⁵ Recomendación sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, 1983 (núm. 168).

²⁶ Consultado en: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2011-0263+0+DOC+XML+V0//ES>> (25/11/2018).

Por lo que se comprueba que la normativa internacional entiende que el empleo protegido debería ayudar a promover el paso al mercado ordinario de trabajo y que es un empleo creado únicamente para personas con dificultades graves para acceder al empleo ordinario.

A) CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO

En España el empleo protegido se desarrolla en los denominados Centros Especiales de Empleo (CEE). Hubo varias figuras previas ya desde el año 1968²⁷, pero desde 1985 su regulación está determinada por el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo²⁸.

La LGDPDIS en su art. 43 determina que “Los centros especiales de empleo son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario.”

Este empleo puede ser promovido por entidades de cualquier tipo, mercantiles o entidades sin ánimo de lucro, los requisitos básicos son, solicitar su inscripción en el registro de CEE, que su plantilla esté compuesta con al menos tener 70% de trabajadores con discapacidad de cualquier tipo o grado y tener contratado personal técnico y de apoyo.

Deberían cumplir también la prestación de “los servicios de ajuste personal y social que requieran las personas trabajadoras con discapacidad, según sus circunstancias y conforme a lo que se determine reglamentariamente” (art. 43 LGDPDIS), pero esta obligación, que va más allá de realizar acciones puntuales y que se

²⁷ Orden de 7 de noviembre de 1968. BOE núm. 288, de 30 de noviembre de 1968.

²⁸ Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre. BOE, núm. 294, de 9 de diciembre de 1985.

debe desarrollar durante el trabajo, no está bien implementada legalmente y es incumplida, en muchas ocasiones, por las entidades con ánimo de lucro, que no están centradas en la persona sino en el beneficio de la empresa.

A diferencia de lo que sucede en el ámbito europeo, en España para que una persona acceda a un puesto de empleo protegido no necesita la autorización o la recomendación de un equipo profesional externo. Son puestos de trabajo de libre acceso para los que únicamente se debe tener un certificado de discapacidad. Incluso tras la reforma del año 2013, ni siquiera es necesario tener un 33% de grado pues los perceptores de prestaciones por incapacidad laboral, aunque su grado de discapacidad sea de un 1 por cien (por ejemplo un pianista profesional con problemas de movilidad en un dedo) también pueden trabajar en CEE. Cuando se contrata a trabajadores con discapacidades leves, esta situación legal beneficia más al empleador que al trabajador.

El número de trabajadores con discapacidades físicas y sensoriales dentro de los CEE, ha ido incrementándose tanto en número como en porcentaje, a la par que la creación de CEE por empresas mercantiles. Cada vez más trabajadores con discapacidad física y sensorial no severas se incorporan a un mercado protegido, en muchos casos dejando el mercado ordinario, y desdibujando el motivo por el que fueron creados los CEE, que era para dar una oportunidad a quienes “por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no puedan, provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales” (Art. 42 LISMI).

El año 2009 los CEE tenían contratados 56.698 trabajadores con discapacidad, de los cuales con discapacidades no severas eran 27.917, el año 2017 ese mismo grupo se había incrementado hasta los 46.126, incrementándose por lo tanto este segmento de trabajadores dentro de los CEE un 65,23%. De forma diferente los trabajadores con discapacidades severas que eran 28.415 en 1999, en el año 2017 eran 37.478 aumentando únicamente un 30%. Incrementándose dicho año hasta los 96.116 el número total

empleados en CEE, ampliando por lo tanto en casi 40.000 trabajadores el empleo protegido, que debería ser subsidiario.

La relación laboral de los trabajadores con discapacidad que trabajan en los CEE, se rige además de por la normativa general que determina el Estatuto de los Trabajadores²⁹, también por el Real Decreto 1368/1985³⁰.

Dicha relación laboral, que en el fondo no contiene muchas especialidades, tiene una referencia importante a unos equipos multiprofesionales que debían en primer lugar informar sobre si los trabajadores requerían o no entrar en empleo protegido, y una vez en él determinar la adecuación del trabajo, y certificar si su situación requería o no de contratos a bajo rendimiento y la posibilidad de la utilización de incentivos para estimular el rendimiento. Pero el legislador, nunca creó estos equipos multiprofesionales por lo que la relación laboral especial quedó huérfana de una herramienta de control y promoción laboral que continúa siendo necesaria.

Aunque quizá uno de las características más destacables de dicha relación laboral especial, es que se aplica sólo a los trabajadores con discapacidad dentro de los CEE y no fuera del empleo protegido, y que debería aplicarse únicamente a aquellos que cuya “disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje” (referido al 33 por cien), (Art. 2.1) habiendo sido solicitado por la doctrina³¹ la ampliación de su ámbito de apli-

²⁹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. *BOE*, núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

³⁰ Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los Centros Especiales de Empleo. *BOE*, núm. 189 de 8 de agosto de 1985.

³¹ ESTEBAN LEGARRETA. R (coord.), *Informe sobre la elaboración de un decreto regulador de la relación laboral especial de las personas con discapacidad afectadas por especiales dificultades* Universidad Autónoma de Barcelona. 2010. Ejemplar fotocopiado.

cación. Si es una relación que protege al trabajador con discapacidad, lo lógico es que lo proteja también en el empleo ordinario y no sólo en el protegido, donde la propia estructura de ese tipo de empleo debería estar dando la cobertura necesaria.

A muchos CEE, casi todos los mercantiles, lo único que los hace especiales es la financiación, la cantidad de dinero público que reciben, puesto que la relación laboral especial de sus trabajadores lo es mucho. No prestan servicios de ajustes personales y sociales, porque los trabajadores con bajas discapacidades físicas y sensoriales no severas no requieren de estos servicios. Algunos son únicamente empresas que contratan a muchos trabajadores con discapacidad lo que les proporciona una gran cantidad de ingresos por subvenciones, pero no fomentan la integración social y laboral de sus trabajadores, ni proporcionan los ajustes necesarios para un mejor desarrollo personal de los trabajadores.

La ayuda más importante que reciben los CEE es la subvención para el mantenimiento de puestos de trabajo, también llamada ayuda salarial, por la que obtienen el 50% del Salario Mínimo Interprofesional, de cada uno de los trabajadores contratados, y la segunda en importancia económica son las bonificaciones que abarcan el 100% de las cuotas empresariales.

A diferencia de lo que sucede en el empleo ordinario, esas dos ayudas se perciben con independencia del grado de discapacidad, de la etiología, del sexo y de la edad, de los trabajadores, por lo que los centros con ánimo de lucro contratan fundamentalmente trabajadores con bajas discapacidades y alta productividad, atrayendo en muchas ocasiones trabajadores del empleo ordinario por poder ofrecer mejores condiciones salariales.

Por otro lado los centros sin ánimo de lucro, continúan ofreciendo trabajo a personas con bajas productividades apoyándose en las ayudas para mantener esos puestos de trabajo. El problema es que las subvenciones adicionales para apoyar el empleo de las personas con discapacidad severa son muy bajas y ello dificulta el trabajo de las entidades en las que el centro es la persona y su fin

la promoción laboral de quienes lo tienen más difícil para acceder al empleo.

En el año 2017, se añadió el apartado cuarto al art. 43³² de la LGDPDIS creando los CEE de iniciativa social que debe ser “promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social”. Esta idea, que debería empezar a desarrollar ventajas adicionales para quienes no buscan el lucro al crear un CEE, tiene un problema en su redacción pues todos los CEE según el art. 5 de la Ley 5/2011³³ son economía social y ello provoca una interpretación circular o en bucle de dicha cualidad.

³² “Tendrán la consideración de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social aquellos que cumpliendo los requisitos que se establecen en los apartados 1º y 2º de este artículo son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u *otras entidades de la economía social*, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social.

³³ BOE, núm. 76, de 30 de marzo de 2011.

Quizá sería mejor determinar que únicamente forman parte de la economía social, aquellos que den trabajo de forma mayoritaria, a trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo y que además reinviertan todos sus beneficios en la promoción de dicho empleo y promocionar estos “nuevos CEE” de forma activa.

El cambio legal es necesario, pero será complicado pues el número de CEE y de trabajadores en empleo protegido está creciendo y por lo tanto el cambio, que afecta cada vez a más trabajadores y a empresas con más poder cada vez es más complicado. Actualmente en España, los CEE están generando la mayor parte del empleo para personas con discapacidad, en 2017 se realizaron 110.068 contratos a personas con discapacidad³⁴, de los cuales 77.677 se realizaron en empleo protegido, por lo que un empleo que debería ser subsidiario realiza un 70,57% del total de las contrataciones.

Los datos del SEPE establecen que en 2017, de los 2.089 CEE registrados, más de un 65%, un total de 1.362, no son de iniciativa social, y su lógica empresarial busca el beneficio, por lo que no pueden estar a favor de que las ayudas se presten en función de las necesidades reales de los trabajadores sino que les beneficia que todo permanezca como hasta ahora.

B) ENCLAVES LABORALES

³⁴ SEPE. Datos Estadísticos de contratos. Datos estadísticos por Comunidades Autónomas y provincias. Diciembre 2017. Contrataciones a colectivos especiales.

Consultado en: <https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/2017/diciembre_2017/COLECTIVOS_CCAA_ACUM.pdf> (20/12/2018)

Se entiende por enclave laboral el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un CEE suscrito con la finalidad de realizar obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de la colaboradora y en sus instalaciones.

Los enclaves se crearon “para facilitar la transición al empleo ordinario de las personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades para el acceso al mismo” (art. 46 LGDPDIS) y están regulados por medio del Real Decreto 290/2004³⁵, de 20 de febrero.

Para la realización de los trabajos un grupo de empleados del CEE se desplaza, temporalmente, al centro de trabajo de la empresa colaboradora, al que deben acudir al menos 5 trabajadores con discapacidad junto los con encargados responsables del equipo de producción que dirigirán el trabajo.

Puesto que una de las finalidades principales de la creación de esta figura es el fomento del empleo de trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo, al menos el 60 por cien de los trabajadores del enclave deberá presentar dichas especiales dificultades formando parte de este grupo tanto las personas con discapacidad severa (las mismas señaladas en el empleo con apoyo), y un 50% de este grupo podrán ser mujeres con discapacidad no severa, que tengan al menos un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por cien.

En España, los CEE pueden desarrollar subcontrataciones con empresas sin necesidad de enclaves, pero por medio estos pueden desarrollar no solo tareas accesorias, sino también “obras o servicios de la propia actividad” dentro de las instalaciones de la empresa colaboradora con sus máquinas, sin considerarse ello cesión ilegal de trabajadores por ser una norma realizada específicamente para la promoción laboral de trabajadores con discapacidad.

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

La duración máxima de los enclaves es de tres años y para poder prorrogarse los contratos, la empresa colaboradora o cualquier otra del mercado ordinario de trabajo, debe contratar de forma indefinida a trabajadores con discapacidad que hayan trabajado en el enclave. Para fomentar esta contratación, también se ofrece una subvención de entre 3.907 y 7.814 euros, en función de si los trabajadores tienen o no especiales dificultades de acceso al empleo³⁶.

V. PERSONAS QUE TRABAJAN Y ESTÁN FUERA DEL EMPLEO

Fuera del empleo ordinario y protegido hay muchas personas con discapacidad que no están dentro del mundo laboral, muchas en desempleo y muchas más simplemente inactiva, en servicios sociales. En España, las personas con discapacidades severas, tienen derecho a ser atendidos por servicios de atención diurna, que están divididos en Centros Ocupacionales (CO)³⁷ y centros de día.

Los centros de día son centros de atención diurna para personas con necesidades de apoyo directo continuado con ratios de trabajadores de atención muy alta. Los CO también son centros de atención diurna de servicios sociales, pero sus usuarios no tienen tanta severidad en su discapacidad y no requieren de alta atención directa y continuada pudiendo dar servicios formativos y/o pre-laborales.

³⁶ Consultado en: <http://www.mitramiss.gob.es/es/Guia/texto/guia_5/contenidos/guia_5_12_1.htm> (24/11/2018).

³⁷ De forma genérica me referiré a los CO, aunque hay varias denominaciones y varios tipos de centros ocupacionales orientados a la ocupación terapéutica y al desarrollo de técnicas para la integración laboral, así como a actividades para la integración social. Algunos más enfocados para personas con discapacidad intelectual y otros a personas con problemas de salud mental crónica.

Hay muchas personas que no pueden trabajar y tienen derecho a ser atendidas por servicios sociales recibiendo apoyos continuos, pero es necesario tener en cuenta que hay muchas más que si bien tienen necesidad de apoyos, también tienen capacidades laborales, quizá bajas, pero que pueden desarrollar y desarrollan labores en CO, pero estas no son remuneradas y no son consideradas trabajo.

El número de personas desempleadas con discapacidad en el año 2017³⁸ fue de 170.100 siendo su tasa de paro de un 26,2 por cien, frente a 17,1 por cien de quienes no tienen certificado de discapacidad. Pero las personas inactivas, que no figuran ni como empleados ni tampoco buscando empleo son un total de 1.208.800 personas lo que supone que la tasa de inactividad de las personas con discapacidad es de un 65% frente a la inactividad de las personas sin discapacidad que es únicamente un 24,9%, por lo que laboralmente el problema más grave de las personas con discapacidad no es el desempleo sino la inactividad. Las personas con discapacidad intelectual y trastorno mental, son quienes más padecen esta situación con tasas de inactividad de 68,8% y 68,9% respectivamente.

Los equipos multiprofesionales de valoración de dependencia desarrollan los “Planes Individuales de Actuación” que certifican si una persona con discapacidad necesita o no un servicio de atención diurna y determinan cuál de ellos requiere poniendo a disposición de las personas plazas públicas de servicios sociales, que pueden ser gestionadas por la administración o por entidades de servicios sociales.

El problema es que dichos equipos multiprofesionales únicamente pueden ofrecer servicios sociales, pero no puestos de trabajo protegido. Esta situación provoca una separación muy fuerte, actualmente, insalvable entre el ámbito laboral y el de ser-

³⁸ Informe sobre *El Empleo de las Personas con Discapacidad INE* respecto del año 2017 emitido el 19 de diciembre de 2017. Consultado en: <https://www.ine.es/prensa/epd_2017.pdf> (20/12/2018).

vicios sociales, dicotomía que no debería darse de una forma tan pronunciada, alejándose de una práctica habitual en otros estados europeos, donde los servicios ocupacionales y de empleo están muy unidos.

Actualmente las labores ocupacionales realizadas por personas con discapacidad severa en los CO no se consideran trabajo, debido a la estructura del derecho laboral español que determina, que una relación laboral debe reunir las características de voluntariedad, dependencia, retribución salarial y ajenidad³⁹. Si bien estos conceptos son difusos y su rigidez provoca fugas dentro de las fronteras del derecho laboral.

Se puede afirmar que quienes realizan ocupacionales lo hacen de forma voluntaria, puesto que los usuarios acuden de forma libre a los centros. La característica de la dependencia también se cumple puesto que las labores se realizan de forma subordinada, esto es organizada y en beneficio del CO, estas dos notas se cumplen claramente pero las dos siguientes son más complejas.

La retribución y la ajenidad, se dan sólo en caso que el centro de incentivos a los trabajadores, no importando la cuantía de estos como ha determinado en numerosas ocasiones la jurisprudencia del TJUE⁴⁰, pero para tener sistemas de recompensa monetarios, estos deben estar autorizados por los equipos multiprofesionales (art. 7.2 RD 2274/1985), circunstancia que resta peso a decir que es una retribución por trabajo, pues un tercero a la relación labo-

³⁹ GUTIÉRREZ COLOMINAS, David, “Los límites entre trabajo y actividad ocupacional de las personas con discapacidad: Una actualización en clave de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y del derecho al trabajo.” XXVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Consultado en: <https://ddd.uab.cat/pub/poncom/2016/154770/Gutierrez_Colominas-centros_ocupacionales.pdf>. (24/11/2018).

⁴⁰ Vease, Sentencias FENOLL, C-316/13, EU:C:2015:200, apartado 33 y 34; TROJANI, C-456/02, EU:C:2004:488, apartado 16; KURZ, C-188/00, EU:C:2002:694, apartado 32; BETTRAY, 344/87, EU:C:1989:226, apartados 15 y 16.

ral, es quien decide si es pedagógicamente correcto el abono de incentivos.

Y por último, la ajenidad de los frutos y de los riesgos, que son del empleador, también debilita la relación laboral, al ser los centros de atención entidades sin ánimo de lucro y sobre todo puesto que habrá que determinar que en dichos trabajos existe una utilidad económica por encima de la formativa, lo cual no es impedimento para reconocer que realizan labores de calidad y de forma profesional.

Una modificación normativa, de calado, podría acercar la realización de labores ocupacionales a la relación laboral e incluir a quienes realizan estas tareas como trabajadores, para de esta forma avanzar en el reconocimiento de sus capacidades y con ello en su inclusión social.

VI. CONCLUSIONES

En general en el sistema legal español, la promoción del empleo de las personas con discapacidad tiene, a mi juicio, una estructura correcta, pudiendo acceder las personas con discapacidad al empleo ordinario de manera directa o bien haciendo uso de situaciones intermedias, como el empleo con apoyo, el desarrollo de los enclaves laborales y el trabajo en los CEE. Pero nuestra legislación necesita un cambio que aporte coherencia al sistema poniendo en el centro a las personas por encima de las estructuras y que potencie de forma activa la inclusión social y la progresión y teniendo en cuenta su sus preferencia personales, todo ello por encima del estancamiento en figuras ocupacionales o en empleo protegido.

La difuminación del concepto de persona con discapacidad a efectos laborales, el incremento de la población con certificado de discapacidad y la falta de modernización de la normativa sobre empleo, anclada en el los años 80, han provocado que se haya desdibujado el fin último de las políticas de promoción de las personas con discapacidad que es la inclusión social.

El desarrollo del concepto de trabajador con discapacidad con especiales dificultades de acceso al empleo, que está siendo aplicado para acceder al empleo con apoyo, debería también ser aprovechado en la misma medida en los CEE, que están promoviendo el empleo de trabajadores que no necesitan dichos puestos de trabajo específicos.

Al igual que sucede en el empleo ordinario, en el empleo protegido las ayudas deberían determinarse en función del grado de discapacidad, de la etiología, del sexo y de la edad, de los trabajadores, puesto que de forma distinta, está provocando una fuerza atractiva que fomenta el empleo protegido cuando debería ser subsidiario.

Además los equipos multiprofesionales deberían poder enlazar el empleo ordinario, el protegido y las labores ocupacionales, creando caminos y obligaciones de transición entre las tres opciones, pudiendo hacer uso del el empleo con apoyo o de los enclaves, en función de las necesidades de apoyo y la vocación de cada persona.

Deben cambiar las políticas, poniendo a esta en el centro de las políticas de empleo porque el derecho al trabajo no sólo es el derecho a ganarse la vida y a sentirse útil, va más allá, es el derecho a sentirse incluido, a formar parte de la sociedad.