

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIÁQUEZ

Profesor Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Deusto

Secretario del Instituto de Estudios Cooperativos de dicha Universidad

Investigador Principal del Equipo de Investigación Cooperativismo, Fiscalidad, Relaciones Laborales y Protección Social

Promotor y Coordinador de los Estudios de Relaciones Laborales

Miembro de la Junta Directiva de la Academia Vasca de Derecho, del Consejo Vasco de Previsión Social y Árbitro del Servicio Vasco de Arbitraje Cooperativo

Destacamos su labor como traductor de textos jurídicos del castellano al euskera

Autor de numerosas publicaciones en material de derecho laboral y de la seguridad social y de multitud de conferencias sobre esta materia

Ha participado en diversos Proyectos de Investigación financiados por distintas Administraciones Públicas para las cuales también ha redactado informes jurídicos

Ejerce como Director de Tesis Doctorales y Tesinas

EL EMPLEO ORDINARIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD FÍSICA: MANIFESTACIONES Y CONSECUENCIAS EN EL RÉGIMEN PROFESIONAL

Egun on, eskerrik asko, muchas gracias

Por organizar las Jornadas y por invitarnos a colaborar aquí y aprender también nosotros de vuestras experiencias porque en realidad el mundo del derecho tiene que ir siempre por detrás de lo que es la realidad aprehendiéndola y recogiendo para hacer esa labor de puente con la ayuda, cómo no, de la jurisprudencia que es la que va actualizando el derecho y sin más dilación vamos a comenzar

En primer lugar tenemos que preguntarnos qué es el empleo ordinario. A mí me ha tocado hablar de las manifestaciones y de las consecuencias en la legislación pero qué es. Vemos aquí a un individuo, a una persona que está intentando buscar una respuesta y que parece que no la encuentra. Se encuentra con un montón de leyes, Reales Decretos, Reales Decretos Legislativos, Convenios Colectivos, es decir, una maraña normativa... y ahí que da con una pista. Tenemos el Real Decreto Legislativo 1/2013, que es en la actualidad el que recoge los derechos de las personas con discapacidad y ahí no es que nos dé una definición de empleo ordinario pero sí hay una pista como digo muy importante. En contraposición con el empleo ordinario está el empleo protegido y nos da los tipos de empleo ordinario y de protegido. En el empleo ordinario encontramos a las empresas, que pueden ser públicas o privadas y a las administraciones públicas y en el empleo protegido a los centros especiales de empleo y a los enclaves laborales pero eh ahí que ni en un ámbito ni en otro se sitúa el empleo autónomo. Está en un limbo, está aparte. Yo voy a indicar que para mí el empleo autónomo es una forma de empleo ordinario, debía estar dentro del empleo ordinario. Luego además aquí también, el legislador como es costumbre en los últimos años, en las últimas décadas, confunde para mí personalmente los términos. El empleo autónomo no tiene porqué ser economía social y voy a poner un ejemplo. Las principales entidades de economía social en cuanto a volumen de empleo son las cooperativas y las sociedades laborales. En cuanto a las sociedades laborales, el 50%, como es sabido, tienen que ser trabajadores asalariados con contrato indefinido, luego estarán dentro del empleo ordinario, si o sí porque son empresas, hemos dicho y las cooperativas tienen también trabajadores asalariados con unos topes marcados por la correspondiente legislatura porque eso también, pues hay tantas leyes de cooperativas como Comunidades Autónomas hay. Hay un pupurri como setas, ahora que estamos en otoño y cada uno tiene que buscar cuál es la normativa de aplicación y esto dificulta tremendamente el avanzar en un sistema cohesionado. Bien, como digo, en las cooperativas hay también asalariados con esos topes pero luego se rigen los socios trabajadores o socios de trabajo por el régimen correspondiente a esa cooperativa, no es ni trabajo asalariado ni trabajo autónomo porque de hecho el

trabajo autónomo tiene un estatuto propio, el estatuto del trabajo autónomo que excluye indirectamente a los socios de las cooperativas en tanto en cuanto no son personas físicas sino que los autónomos son un colectivo que se relaciona precisamente a través de una relación societaria y no por tanto de persona física. Llegado el caso es muy común, vemos aquí el Diccionario de la Real Academia de la Lengua echar mano pues qué es empleo y qué es ordinario. Empleo y una de sus acepciones es una ocupación, un oficio y si ponemos el adjetivo de ordinario, común, regular, que sucede habitualmente, luego llegamos a la consecuencia que esa persona que estaba divagando, que estaba ahí loca entre tanta normativa, entre tanta cosa para nada porque no le define lo que es el empleo ordinario y además cuando ve esa pista ve que hay problemas porque saca a los autónomos fuera, pues llegamos a la conclusión de que el empleo ordinario está dentro de los Regímenes Profesionales, dentro de los distintos regímenes profesionales, de ahí el título de las Consecuencias y Manifestaciones del Empleo Ordinario en los distintos regímenes profesionales. Es verdad, como vamos a ver, que el Régimen profesional por excelencia, el de los asalariados es el que más juego da. Luego el de los empleados públicos, los autónomos ya empiezan ya a decaer y ya en el ámbito de las cooperativas, ahí ya veremos lo que hay. Hay una amalgama normativa todavía mayor. Por tanto tenemos aquí los Regímenes que hemos mencionado y ¿cuáles son sus manifestaciones y consecuencias?. Tenemos ahí la pregunta y tenemos que encender la bombilla. Pero tenemos antes que nada que ceder el paso. Antes de entrar en cada una de esas normativas que regula cada uno de los Regímenes Profesionales, tenemos que ceder el paso a otra serie de normas. En primer lugar, lo más importante. Hay que ceder el paso a la norma suprema que es la Constitución. Puede resultar redundante, porque se hace muchas veces alusión a esto, a que la Constitución empieza señalando que nuestro Estado es el Estado Social y Democrático de Derecho. Esa objetivación del Estado como social y democrático no es baladí. Tiene unas consecuencias y vamos a ir viendo cómo tiene que influir en este tema tan concreto como es el empleo ordinario de las personas con discapacidad. En primer lugar porque se proyecta sobre los poderes públicos pero también sobre los ciudadanos. ¿En cuánto a los poderes públicos? En tanto en cuanto estos poderes públicos tienen que llegar a los ciudadanos tanto el poder legislativo como el ejecutivo en cuanto a sus funciones normativas dando una serie de normas que sean ajustadas a la concreción de lo que es el estado social, a los principios informadores que mencionaremos a continuación y luego el poder judicial obviamente juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado pero también entre los ciudadanos, los ciudadanos también tienen unas relaciones respecto a los poderes públicos verticales para exigirles el cumplimiento de ese mandato constitucional de la concreción de ese estado social, de esos principios informadores que mencionaremos pero también en una relación horizontal entre los propios ciudadanos y aquí es donde el concepto social entronca con la función que tienen ni más ni menos los sindicatos y las asociaciones empresariales. Dentro del artículo 7 de la Constitución entronca ¿por

qué? Porque estos sujetos también tienen capacidad normativa, capacidad normativa que se manifiesta en las distintas normas colectivas, empezando por los acuerdos interprofesionales que son normas para convenir, tenemos un ejemplo claro como es el último acuerdo interprofesional para el empleo y la negociación colectiva y ¿qué dice sobre las personas con discapacidad? Dice y es algo novedoso lo que dice la ley, lo que vamos a hablar nosotros. Se limita ni más y ni menos a copiar y pegar, que hay que fomentar, que hay que hacer, no dice nada más. Pero luego, a renglón seguido también, están los convenios colectivos. Los convenios colectivos, los sindicatos y los empresarios pueden desarrollar toda esa normativa respetando los mínimos legales establecidos, pueden mejorarla, pueden ir más allá, luego tienen un papel muy importante. Eso respecto a los asalariados pero esa horizontalidad entre ciudadanos se da también en el empleo público, porque el Estatuto básico del empleado público con sus particularidades reconoce el derecho a la negociación colectiva. Dentro de los autónomos pues tenemos una figura sui generis que nunca puedo evitar mencionarla por exótica que sea, que es la de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, los famosos trades, bien pues, estos señores y señoras tienen derecho también a una negociación colectiva sui generis, que se llama acuerdos de intereses profesionales, los aipes, en los que también se puede desarrollar políticas interesantes para el empleo ordinario de las personas con discapacidad. Y en último término están los pactos contractuales que pueden ser las cooperativas, la propia cooperativa, no ya cuando establecen sus estatutos o sus reglamentos de régimen interno, más allá puede establecer políticas que vayan en esa línea de fomentar el empleo ordinario de las personas con discapacidad pero ¿cuáles son esos principios informadores que tienen que influir tanto en los poderes públicos como en las relaciones horizontales que tienen los ciudadanos? Hay algunos que son muy importantes. El primero es la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad y en el artículo 10, no es casualidad, que esto se vincule con la obligación que tiene el Estado Español de respetar todos los derechos fundamentales y las libertades básicas conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos que no tiene un valor normativo propio pero sí el resto de los Tratados y los acuerdos internacionales sobre las mismas materias que vaya ratificando España y en nuestra materia concreta veremos que hay uno concreto muy importante. Otro principio informador muy importante es el contemplado en el 9.2, el que hace referencia a la igualdad material, si la igualdad formal está en el artículo 14, el 9.2 habla de la igualdad sustantiva o material en el sentido de que los poderes públicos deben promover las condiciones para que esa libertad y esa igualdad sean efectivas, sean reales y para que también los poderes públicos puedan remover los obstáculos con los que se encuentran las personas para llevar a cabo esa igualdad o esa libertad en distintos ámbitos, en lo que nos atañe a nosotros, el ámbito económico-social básicamente. Concreción de esos dos principios, pues viene a ser ya un principio programático del artículo 49, de los que parece que tiene menos valor pero si nosotros lo vestimos con el artículo 10, con el artículo 9.2 y

además con los derechos fundamentales que pueden ser inespecíficos, como el mismo 14, el derecho a la igualdad o a la vida y la integridad física y moral del artículo 15 pues el artículo 49 está dotado, ahí sí, de más sentido. Cuando se habla de que los poderes públicos pues deben realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos y además deben amparar especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I de la Constitución otorga a los ciudadanos y ¿qué derechos son esos? Pues ni más ni menos que los que nos interesan a nosotros y además el primero de ellos entre los derechos fundamentales, el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes. Diremos que son básicamente méritos y capacidad, el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo, el derecho a la formación y a la readaptación profesional, el derecho a la seguridad social, el derecho a la salud, el derecho a la investigación científica y técnica, el derecho al medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona. Todos esos son ámbitos en los que los poderes públicos por los principios genéricos que ya hemos mencionado tienen que desarrollar sus políticas en ese sentido. Pero luego también tenemos que ceder el paso no sólo frente ante la Constitución sino también respecto a otra serie de normas transversales. La norma transversal más importante aunque desde mi punto de vista totalmente difusa y muchas veces aunque lleve el título de texto refundido pues yo creo que refunde muy poco y además dispersa mucho. Es una tradición en nuestra legislación, dispersar, dispersar la normativa. En vez de concentrarla, dispersarla y dejarlo para luego, esto ya se desarrollará luego o luego o tal vez nunca como hemos visto antes con los equipos de valoración. Bien, pues así, el artículo 35 de esta norma transversal tan importante, Real Decreto Legislativo de 2013 que recoge los derechos de las personas con discapacidad se dice que estas personas tienen derecho al trabajo en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación y partiendo de ello nos encontramos con un problema, muy bien, eso está muy bien pero el problema es que esta norma ha omitido el principio de preferencia de empleo ordinario frente al empleo protegido. Esto puede tener consecuencias muy importantes. En primer lugar eso tiene la consecuencia de que rompe con la tradición existente en España, ya con la LISMI, con la Ley 13/82, que se establecía esa primacía del empleo ordinario frente al protegido pero es que además se le ha olvidado al legislador que existe un Real Decreto muy importante, en el tema de subvenciones y demás que es el 1451/83 que está vigente y que sigue haciendo alusión a esa preferencia. Segunda problemática que ha sido señalada por parte de la doctrina científica, la dudosa técnica legislativa de esta norma porque si su objetivo es regularizar, aclarar y armonizar entre otras la LISMI, la LIONDAU, no puede suprimir ese principio, porque ese principio está en la LISMI y ahí no hay ningún problema en cuanto a regularización, aclarar o armonizar, no hay ningún problema. Luego, conclusión, la prevalencia del empleo ordinario frente al protegido debería

manifestarse específicamente en esta norma. Luego choca también con la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con una discapacidad. Hemos dicho que el 10 nos obliga a respetar los Tratados Internacionales firmados por España, bien, pues esta Norma da prevalencia, en el artículo 27. Lo mismo hace el Convenio 159 de la Organización Internacional de los Trabajadores. Si leemos conjuntamente el artículo 3 y 4 se deduce claramente la prevalencia del empleo ordinario frente al protegido. Luego, España no ha ratificado la Carta Social Europea, la revisada, la del 96 y precisamente, en el punto, uno de los puntos que revisa, hace referencia a la cuestión que estamos tratando, a la primacía del empleo ordinario sobre el empleo protegido. Pero además, aunque España todavía no haya ratificado si existe una Recomendación del Consejo de Europa muy importante que es esta que cito aquí, que tiene un título larguísimo, la del 2006 pero aunque no voy a leer el título si voy a centrarme un poquito en su contenido, que es lo realmente interesante. Promueve derechos de las personas con discapacidad y quiere garantizar la igualdad de oportunidades porque ello lo vincula con la dignidad humana y además señala que el no hacerlo así va en contra de la democracia y la cohesión social. Aquí se percibe un cambio de paradigma muy importante que es el cambio del concepto o modelo médico de las personas con discapacidad al modelo fundado en derechos sociales y humanos y en ese sentido va en la línea, una de las líneas de acción de esta Recomendación, que se refiere al empleo, a la orientación y a la formación profesional y recoge multitud de aspectos que enfatizan la prioridad del empleo ordinario. Esta norma que estamos comentando, el Real Decreto Legislativo 1/2013 también tiene una importante carga conceptual en cuanto qué se debe entender por persona de discapacidad. Hemos visto la evolución en la Jurisprudencia. Aquí parece, solamente digo que parece, que se solventan algunos problemas porque ahora ya automáticamente y a todos los efectos se reconoce como persona con discapacidad aquellas personas que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33% los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en grados total, absoluta o gran invalidez y los pensionistas de clases pasivas, los que quedan, que todavía quedan muchos pero a partir del 1 de enero del 2012 ya no hay clases pasivas, los antiguos. Bien, aquí el problema que se suscita. Aquí se ha aclarado una cuestión que traía por la calle de la amargura a mucha gente, si era suficiente ese reconocimiento por la Seguridad Social de la incapacidad tal, para ser considerado discapacitado, vale, parece que está claro pero pensemos una persona que tiene una gran invalidez, una persona que tiene una gran invalidez ¿qué empleo va a poder desarrollar? ¿por qué se caracteriza una gran invalidez? Por necesitar la ayuda de terceros para llevar a cabo los actos más elementales de la vida tales como comer, asearse, ir al baño etc. Luego tampoco nos va a solucionar los problemas tan fácilmente, claro aquí estamos generando unas expectativas muy importantes para mucha gente que luego en la realidad, en la cruda realidad vamos a tener que enfrentarnos y no va a ser fácil eliminar esas barreras jurídicas pero es que hay más,

hay más, tenemos ahí al Tribunal de Justicia de la Unión Europea dando sentencias importantes pero también polémicas y aquí tenemos una sentencia importante en el ámbito que nos atañe, en tanto en cuanto se señala que aunque una persona que tenga una determinada enfermedad no obtenga el grado o el certificado de discapacidad podrá ser calificada a los efectos de la norma, de las normas estatales, nacionales respecto a empleo, como una persona discapacitada, nos pone unas condiciones. Nos dice lo siguiente: si una enfermedad acarrea una limitación derivada de deficiencias físicas, psíquicas, intelectuales o sensoriales que pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional y la limitación es de larga duración, primera condición, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de discapacidad, puede estar, por tanto, el que la enfermedad sea diagnosticada curable o incurable es indiferente, lo relevante es que conlleve una limitación de la vida profesional sin que tampoco sea imprescindible que tal limitación sea indefinida y el estado de una persona enferma o discapacitada que puede trabajar aunque sólo sea a tiempo parcial puede entrar dentro del concepto de discapacidad. Luego ya amplía sobremanera el concepto de discapacidad. Otro artículo, el que se refiere al empleo ordinario. La propia Ley nos dice para garantizar la plena igualdad en el trabajo el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad, es decir, nos está abriendo las puertas a las medidas de acción positiva. Hay que adoptar medidas de acción positiva que son también definidas en un artículo más genérico pero hay que adoptar esas medidas específicas. Estamos pensando tanto en el momento previo a la contratación como en el posterior. Luego vamos a hacer una diferencia con la otra norma transversal, que es la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que habla de trabajadores especialmente sensibles pero hay que diferenciar porque esto juega, estas medidas de acción positiva vamos a ver que juegan tanto antes como después mientras que el tema de prevención de riesgos laborales respecto a los derechos tiene efectos contractuales, es a posteriori, básicamente. Siguiendo el orden establecido, las normas que regulen los beneficios o las medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos, es decir, nos está en realidad remitiendo a los regímenes profesionales, luego Texto Refundido muy bien pero lo que decíamos antes, usted tiene que ir como ese señor de la primera diapositiva o esa señora de la primera diapositiva a buscar en cada uno de los regímenes profesionales cómo se concretan esas medidas de acción positiva. Además esas medidas de acción positiva pueden consistir en apoyos complementarios, normas, criterios y prácticas favorables, es decir, comenzar ya, comienza ya aquí a definirnos qué se entiende por esas prácticas, de manera un poco genérica, difusa. Las medidas de igualdad de oportunidades pueden ser también ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayuda a servicios auxiliares para la comunicación... Todo esto además, por si parece poco, toda esa nebulosa indeterminada dice que son mínimos, es decir,

las Comunidades Autónomas pueden desarrollar todo eso, más normativa todavía. El 40.2 nos concreta alguna medida de acción positiva que son la posibilidad que tienen o la obligación que tienen, mejor dicho, la obligación que tienen los empresarios de adaptar el puesto de trabajo a las personas que tienen discapacidad, es decir, hay que valorar los puestos de trabajo, por una parte y por otra parte las capacidades que tiene la persona que se presenta como candidata, de una forma neutra, para hacer este trabajo tiene que tener estas capacidades ¿usted tiene estas capacidades? Muy bien, entonces usted es una persona apta para este trabajo. Otra cosa es que haya que adaptar pero ¿cómo se adapta eso? Concreción de ajustes razonables ¿cómo se llevan a cabo esos ajustes razonables? Bien, pues la sentencia que hemos mencionado antes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dice lo siguiente: las medidas de ajuste que debe adoptar el empresario pueden ser conforme a la jurisprudencia de orden físico, organizativo que es lo que más nos va a interesar en estos momentos o educativo. Y así lo fundamental es que tales medidas atiendan a su finalidad que es la eliminación de barreras que dificulten la participación plena y efectiva de las personas discapacitadas en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Pues esto puede ser muy fácil para las personas que van en silla de ruedas, eliminar todas las barreras arquitectónicas para que esa persona que ha demostrado que tiene esa aptitud, esas competencias para desarrollar el puesto de trabajo X conforme a los derechos y obligaciones del grupo profesional pueda acceder al mercado de trabajo pero lo más novedoso de esta sentencia es lo siguiente, que no solamente se refiere a medidas materiales sino que también se está refiriendo a medidas organizativas, se admite como ajuste razonable una eventual disminución del tiempo de trabajo, una reducción de jornada que tampoco va a ser para mí la solución más adecuada porque a menor tiempo de trabajo, menor reducción de jornada... menor salario pero vamos a ver esto en qué situaciones puede tener interés para el trabajador más tarde. También es posible apostar por variaciones de horarios, esto es interesante, cambios de funciones, reubicaciones, teletrabajo o trabajo a distancia, trabajos intelectuales. Oiga, una persona con una discapacidad física el teletrabajo o el trabajo a domicilio que abarca también el teletrabajo, el trabajo a distancia mejor dicho, perdón conforme al artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores pues puede abrir un mundo, un sinfín de posibilidades a las personas que no tienen que desplazarse gracias a las técnicas de la información y de la comunicación, suspensión del contrato de trabajo, permisos especiales. Estas dos van en la línea de reducción de jornada y demás ¿porqué? Muchas personas además de tener que trabajar, tienen que adherirse a determinados tratamientos, entonces ahí hay que dar facilidades. Esas facilidades vendrían a través de estos institutos jurídicos, de la suspensión del contrato de trabajo cuando hay situaciones muy perdurables en el tiempo o de permisos especiales etc. Luego también en alguna legislación de derecho comparado se vé la provisión de asistentes personales en viajes de negocios. En cualquier caso todo esto se puede concretar o se debiera concretar en ámbitos inferiores, más cercanos, la

relación entre ciudadanos en sintonía con lo que hemos mencionado anteriormente, convenios colectivos, pactos de empresa, guías de actuación, códigos de buenas prácticas. Pero los problemas. Esto parece muy bonito, esto que tienen la obligación de realizar adaptaciones, ajustes pero el empresario puede alegar que eso puede suponer una carga excesiva para él y puede liberarse de tener que llevar a cabo esos ajustes. Bien, a tales efectos hay que tener en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para las personas con discapacidad pues no habrá carga excesiva, luego aquí el mandato va dirigido a los poderes públicos, si hay ayudas que fomentan todo esto, este tipo de contrataciones y demás o subvenciones y demás es difícil que un empresario pueda alegar el que es una carga excesiva el tener que adaptar esos puestos de trabajo. Bien, los costes financieros y otro tipo que las medidas pueden implicar, el tamaño y el volumen de negocios total de las organizaciones y de las empresas y aquí ya anticipamos una cosa, la inmensa mayoría de las empresas son pequeñas y medianas empresas en España, menores en plantilla de 50 trabajadores, eso va a tener luego consecuencias importantes y luego los efectos discriminatorios que supongan para las personas con discapacidad la no adopción de estas medidas ¿Qué hacer cuando un empresario no adopta medidas para adaptar el puesto de trabajo? Si alega esas causas se liberará de tener que llevar a cabo pero ¿si no las alega? La situación previa a la contratación, pues aquí nos encontramos como todavía no hay un contrato de trabajo, la demanda por infracción grave es contemplada en el propio Real Decreto Legislativo 1/2013 con unas multas que pueden ir de 301 euros a 30000 euros más una serie de posibles sanciones accesorias. La situación cambia si la situación es posterior a la contratación, entonces hay que estar a la regulación de cada régimen profesional y haré una referencia específica posteriormente en el ámbito laboral. La situación cambia, ya nos tenemos que centrar en lo que es la Ley de Infracción y Sanciones del orden social. El artículo 41 concreta una medida de acción positiva, es la única que concreta, que es el servicio de empleo con apoyo. Es curioso porque lo cita pero su reglamento es muy anterior. El Real Decreto Legislativo es del 2013 y el Real Decreto que regula los servicios de empleo con apoyo es el 870/2007. Ahí también desarrollado por convenios colectivos, pactos de empresa etc se podrían implementar fórmulas interesantes. Otra norma transversal es el Real Decreto Legislativo 3/2015 que es, digamos, la actual normativa de empleo, la genérica. Ahí se nos dice que el objetivo general de la política de empleo es asegurar políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a las personas con discapacidad, nuevo guiño al empleo ordinario, Estrategia española de activación para el empleo y en su eje tercero nos encontramos con algo tan importante como que hay que incentivar la contratación, la creación de empleo, el mantenimiento de los puestos de trabajo, toda la secuencia, de principio a fin. Y se considera a las personas con discapacidad como un colectivo prioritario en estas políticas y que hay que desarrollar programas específicos para materializarla. Hay un mandato muy importante a los servicios públicos de empleo para que puedan establecer itinerarios individuales y

personalizados con estas personas. Luego además tienen que valorar lo que hemos dicho antes, la necesidad de coordinación con los servicios sociales para efectivamente ver si las competencias, destrezas, habilidades de esas personas con discapacidad se ajustan a los puestos de trabajo para evitar todo tipo de discriminación y luego un último mandato a la privatización de lo que son los servicios públicos de empleo, al régimen de colaboración con las agencias de colocación y va en la misma línea, que no pueden establecer discriminación por el mero hecho de ser personas con discapacidad y nuevamente está aquí la relación que tiene que establecer, entre esas aptitudes y esos puestos de trabajo, precisamente hace hincapié en esa matización, siempre que los trabajadores se hayan en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo, el empleo, ese es el requisito. Otra norma transversal a la que me he referido anteriormente es la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales antes de que se tipificara en España las medidas de ajustes razonables ya hablaba de determinados sujetos que tenían una especial sensibilidad pero eso hay que enmarcarlo en un principio preventivo general que es el de la humanización. Mire usted, conforme a este principio la regla general es que dentro de lo posible hay que adaptar el trabajo a la persona y no a la inversa y para eso hay que analizar los puestos de trabajo, hay que analizar los equipos para desarrollar ese trabajo y los métodos de trabajo y de producción. Por eso dentro de este principio preventivo general tenemos que hacer alusión a los trabajadores especialmente sensibles y en particular a los discapacitados. Aquí, en la evaluación de riesgos que si será previa a la concepción de lo que es el puesto de trabajo y el desarrollo del negocio jurídico de la empresa en general se detectan esos riesgos y esos riesgos que pueden ser peligrosos para las personas con discapacidad tienen que ser afrontadas, tienen que ser afrontadas adoptando medidas preventivas y la protección necesaria. Luego esto es algo más concreto que los ajustes que hemos mencionado antes porque dependerá de los riesgos que se hayan identificado. No es lo mismo trabajar en la educación que trabajar como policía municipal, no, no es lo mismo o trabajar en el gran sol, pescando o trabajar en la agricultura, no es lo mismo. Entonces hay que identificar esos riesgos y en función de esos riesgos ver cuáles pueden ser peligrosos para las personas con discapacidad, para las personas que se relacionan con estas personas y atajar esos riesgos, luego aquí no hay posibilidad de alegar cargas excesivas, aquí el empresario es una obligación contractual que adquiere en cuanto a deudor de seguridad para con sus trabajadores pero siempre insisto, tiene que ir en relación con esos riesgos que atañen a la persona discapacitada porque si no hay vínculo de causalidad entre esos riesgos y esa persona discapacitada no tiene sentido alegar ese derecho. Entrando ya en los regímenes profesionales de los asalariados, en primer lugar tenemos que hacer referencia al Estatuto de los Trabajadores, habla del derecho a no ser discriminado como un derecho laboral genérico pero nuevamente con la misma matización que venimos realizando siempre que se haya en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo, el empleo de que se trate. Luego tenemos en

el artículo 17 la base para la adopción de las medidas de acción positiva que los poderes públicos tienen que llevar a cabo para la no discriminación en las relaciones laborales y luego tenemos particularidades en determinados contratos como pueden ser los formativos que posibilitan en algunas ocasiones alargar estos contratos temporales con personas con discapacidad y también beneficiar a los empresarios que los utilicen de determinadas reducciones en las cuotas de seguridad social. Existen particularidades en los casos de movilidad geográfica. Una particularidad muy importante es relacionada con la adhesión a los tratamientos que tengan preferencia para ocupar un puesto de trabajo en otra localidad estas personas con discapacidad que necesitan esos tratamientos y luego también está la prioridad de permanencia en el puesto de trabajo si así se establece en convenio colectivo o pacto de empresa, dejamos la pelota en manos de los agentes sociales que siempre están mirando arriba a ver qué hacen los políticos pero también ellos, esa relación está muy cerquita. El artículo 6 de la Constitución y en el artículo 7. Tienen obligaciones o responsabilidades respecto a la sociedad en cuanto, por ejemplo, a través del Convenio colectivo establecer esa permanencia en los puestos de trabajo cuando se llevan a cabo traslados o desplazamientos. La misma particularidad respecto a los despidos colectivos, históricamente los representantes de los trabajadores eran los últimos en salir de la empresa porque tenían reconocido ese derecho. Ahora, siempre y cuando se active por pacto, por convenio colectivo, también las personas con discapacidad entre otros sujetos tienen este derecho de prevalencia ¿porqué? Pues porque se entiende que su situación en la sociedad puede ser más dificultosa de cara a encontrar un nuevo empleo, tiene su lógica. Particularidades en caso de los despidos objetivos por una determinada causa, por ineptitud. Aquí hay mucho juego. En primer lugar habrá que observar si hay un período de prueba y si la ineptitud es anterior al período de prueba y en el período de prueba queda de manifiesto luego no podrá alegarse. Si esa ineptitud es sobrevenida aquí entra en juego en primer lugar la necesidad de los ajustes razonables del Real Decreto Legislativo 1/2013 pero también la evaluación de los riesgos para adoptar las medidas correspondientes. ¿Qué es lo que sucede? Que si una persona es despedida por ineptitud por este tipo de razones y alega que ha habido una discriminación, se genera un indicio de discriminación, no es discriminación directa, es un indicio de discriminación que conlleva una inversión de la carga de la prueba, es decir, el empresario va a ser el que tiene que probar que a pesar de llevar a cabo los ajustes razonables, no ha sido posible mantener el puesto de trabajo porque el último fin del derecho del trabajo es conservar los puestos de trabajo, ese es el fin último del derecho del trabajo, conservar los puestos de trabajo de las empresas para generar bienes y servicios que colmen las necesidades de los seres humanos, tan sencillo como eso. Medidas de acción positiva directas que se contemplan en el ámbito de los trabajadores asalariados, pues está la tan polémica cuota de reserva que parece una maravilla pero que en realidad vamos a ver que de eso nada y establece que las empresas públicas o privadas, las públicas sería más

discutible por lo que luego diré, tampoco podré entrar mucho en profundidad pero bueno, y las privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores tienen la obligación de reservar puestos de trabajo, el 2% a personas con discapacidad ¿Qué es lo que sucede? Como hemos dicho antes, la inmensa mayoría de las empresas en España son menores de 50 trabajadores, luego aquí hay muchos problemas ¿cómo se computa cuando una empresa tiene 50 trabajadores o no porque el número de plantilla puede ir alternando, pensemos en la hostelería, muchas altas, muchas bajas constantemente, esto ¿cómo se compara? Hay una fórmula. La fórmula que se utiliza la misma para computar el número de trabajadores a efectos de determinar la plantilla para órganos de representación unitaria, comités de empresa y delegados de personal pero aquí nos llevamos muchas sorpresas aparte de eso, muchas veces nos encontramos con que a raíz de esa fórmula empresas que tienen una alta , aunque sean de 100 trabajadores, 200 trabajadores no van a tener la necesidad de cubrir esos puestos con el 2% ¿porqué? Porque por la fórmula que se utiliza, los contratos temporales computan menos que los indefinidos, sin embargo una empresa de tamaño considerable que ha fomentado el contrato indefinido y está creando empleo estable, además es la que tiene también que cumplir, se le exige el cumplimiento de este 2%, es decir, tiene que cargar con todo, encima que está haciendo bien las cosas porque está fomentando trabajo estable, también ese, tiene que ser el responsable de dar respuesta a las salidas en el trabajo ordinario de las personas con discapacidad mientras que el que está fomentando el trabajo precario, temporal se va de rositas. Bien, podíamos extendernos muchísimo más, además curiosísimo, son más las empresas de menos de 50 trabajadores las que emplean personas con discapacidad, las empresas pequeñas y medianas que las empresas de más de 50 trabajadores, curioso. Causas que excepcionan el deber de cuota porque aquí también tenemos una puerta giratoria. Podemos librarnos como empresarios de esta obligación de cuota de empresa, en primer lugar si alegamos una excepcionalidad por imposibilidad de contratación que tienen que ver mucho los servicios públicos de empleo y las agencias de colocación, aquí también tienen parte y arte porque son las que van a tener también al final que emitir el informe correspondiente señalando que efectivamente ha sido imposible contratar una persona con discapacidad para el puesto que ha reclamado la empresa. Aparte la picaresca que puede haber ofreciendo puestos de trabajo de imposibilidad de cobertura por parte de una persona con discapacidad. Luego está la excepcionalidad por cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico. Se puede alegar pero aquí hay un gran problema porque no se dice qué se entiende por productivo, organizativo, técnico o económico. Es la administración la que tiene que identificar porque no nos valen los conceptos que están acuñados en el Estatuto de los Trabajadores. Medidas alternativas a adoptar en lugar de la cuota de reserva, pues aquí también tenemos cosas muy curiosas, sentencias muy interesantes que ha expuesto nuestro compañero Jesús anteriormente tienen que ver, nos llevan directamente a Centros Especiales de Empleo, es imposible

no hablar de empleo ordinario sin hablar de Centros especiales de empleo ¿porqué? porque aquí podemos sustituir la reserva de cuota de personas con discapacidad con la celebración de un contrato mercantil o civil bien con un autónomo que va a estar en total desproporción en cuanto a condiciones de acceder a esas posibilidades con respecto a un Centro Especial de Empleo, no puede competir un autónomo, eso es una ilusión. Un autónomo por mucho emprendimiento y esas palabras de domingo que se están inventando estos días pues es casi inviable que un trabajador autónomo pueda competir con un Centro Especial de Empleo pues bien ¿para qué? Pues yo como una empresa, no puedo cumplir la reserva, la cuota de reserva pero yo celebro un contrato civil o mercantil con un Centro Especial de Empleo para que me suministren una serie de materias primas, maquinarias, bienes de equipo, eso sí, que tengan que ver con el normal desarrollo de la actividad. Bien, segunda medida, yo puedo celebrar también un contrato mercantil o civil para que presten servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa, términos totalmente indeterminados que nos llevan un poco a lo que es concepto de propia actividad de contrata y subcontrata, es decir, que pueden desplazarse trabajadores de los Centros Especiales de Empleo a mi empresa ordinaria a desarrollar estas actividades, que son accesorias a la actividad normal de la empresa, yo acudiría al concepto de propia actividad para determinarlo. Otra alternativa, la realización de donaciones y acciones de patrocinio, siempre tiene que ser de carácter monetario, siempre nuevamente van a estar enfocadas a determinadas empresas que tienen por fin último dar un tránsito, tránsito que muchas veces se queda en el camino y entonces ¿Qué pasa con esas donaciones y acciones de patrocinio?. No han cumplido su objetivo primordial que es posibilitar el empleo ordinario a las personas con discapacidad. Luego ¿quién es el que hace ese seguimiento? Vale, yo he dado esas ayudas a un centro de inserción, han estado formando a una persona pero luego esa persona se perdió en el camino. Luego está la constitución de un enclave laboral, un enclave laboral no deja de ser también una particularidad de una contrata o subcontrata, de hecho se tiene que articular a través del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, es una contrata muy particular reglamentada también en el Real Decreto 290/2004 que si se hace bien puede ser interesante porque permite insertar en un empleo ordinario a una persona que viene de un Centro Especial. Es verdad que están pensadas para personas que tienen un grado de discapacidad mayor pues claro, a mayor grado de discapacidad mayores dificultades para que esa coetilla siempre que sea apta para desarrollar el puesto de trabajo. Consecuencias del incumplimiento de la cuota de reserva o de las medidas alternativas, ya hemos visto una forma de vulneración, damos ayudas pero luego esas ayudas no se materialicen, estamos dando dinero, incluso igual ¿porqué no? Una serie de empresas tiene un grupo de empresa y constituye ella una fundación, una empresa de inserción laboral o X, está dándose dinero asimismo dentro del grupo de empresa porque el concepto de grupo de empresa también pues no está claro y podíamos extendernos mucho pero no procede ahora. En primer lugar una infracción grave

conforme al Texto Refundido de Ley de Infracciones de orden social hay una sanción de entre 626 euros y 6250. Vale, de acuerdo pero lo que yo no llego a entender es porque se posibilita las sanciones accesorias. Una sanción accesoria es pérdida de ayudas, subvenciones, bonificaciones... Si estás castigando con esto, el empresario te va a decir pues si encima no me das ayudas pues menos voy a fomentar. Entonces yo no entiendo realmente porqué esas sanciones accesorias de pérdida de ayudas, subvenciones, bonificaciones etc... tiene que ir aparejada a esa sanción monetaria porque lo que está haciendo precisamente es limitar las posibilidades para que el empresario X pueda contratar. Consecuencias derivadas también muy importantes de la Ley de Contratos Públicos, bueno, pues en primer lugar, en la fase de selección del contratista, esos son cláusulas sociales, en la fase de selección del contratista existe en el artículo 60 una prohibición de contratar, una prohibición de contratar a aquellas empresas que no cumplen con la cuota de reserva o con las medidas alternativas pero no nos emocionemos demasiado porque luego hay una Disposición Transitoria Décima que está medio escondida dice que claro, que esto no entrará en vigor hasta que se determine la concreción de esa prohibición de contratar respecto al incumplimiento del cupo de reserva, de la cuota de reserva o de las medidas alternativas. Luego queda en papel mojado. En la fase de adjudicación del contrato ahí si, se posibilita pero sólo cuando hay un empate técnico en cuanto a condiciones económicas o mejores técnicas, un empate técnico decantarse por aquellas empresas que si cumplen con las cuotas de reserva o con las medidas alternativas a la misma. Nunca se puede adjudicar directamente por este mero hecho porque estaríamos generando una discriminación para los que ofertan otras condiciones técnicas y aquí son intereses generales y no sólo podemos centrarnos en un bien protegible, hay otros bienes protegibles. Luego, es una técnica de desempate. Medidas de acción positivas indirectas, bueno, las bonificaciones a la contratación indefinida y las bonificaciones en supuestos excepcionales de contratación temporal que se regulan en el 43/2006 que en realidad no sé porque llama bonificaciones porque son subvenciones a tanto alzado. Yo entiendo otra cosa por bonificaciones, será por mi deformación profesional en el ámbito de la seguridad social. Luego deducciones fiscales, muy importantes, impuesto de sociedades etc , aquí rienda suelta para las administraciones competentes para que puedan establecer esas deducciones fiscales, ¿Subvenciones?, siguen estando vigentes con la multitud de actualizaciones de las del Real Decreto 1451/83 y luego bonificaciones y reducciones en las cuotas de la seguridad social, básicamente los contratos formativos. ¿Otro Régimen Profesional? El de los Empleados Públicos. Aquí tenemos el Estatuto Básico del Empleado Público refundido nuevamente el año pasado que establece una cuota de reserva mayor que en el empleo de los asalariados y que va a ser no inferior al 7%. Dentro de ese 7% , un 2% tiene que estar reservado a personas con discapacidad intelectual y el resto para el resto de las personas con discapacidad y el objetivo es que poco a poco podamos acceder a que tengamos el 2% de los efectivos totales de cada Administración cubiertos con personas con

discapacidad ¿Cuál es el problema que yo aquí detecto? Estamos hablando del Estatuto del Empleado Público y antes hemos hablado de empresas públicas y privadas y si la cuota del 2% es para empresas públicas y privadas aquí tenemos un lío monumental porque la empresa pública que tiene que estar ¿a la del 2% a la del 7%? Porque ahí también tienen que jugar los principios de mérito y de capacidad, Bien, cada Administración Pública además y aquí deja en mano un poco más flexible de lo que es cada Administración, no tan regulado y tan ajustado a lo que es el Real Decreto Legislativo 1/2013 sino que aquí deja en manos de cada Administración Pública tiene que llevar a cabo las adaptaciones del puesto de trabajo a las necesidades con las personas con discapacidad conforme a sus criterios, tiene que internamente, tiene que reglamentar ese procedimiento, no tiene porqué ser tan cerrado como sucede en el empleo de los asalariados. Vamos terminando porque éstos son los dos grandes ejes por excelencia en los que se ha regulado algo respecto a los regímenes profesionales. El régimen profesional de los autónomos es de reciente creación en cuanto a una manifestación homogénea, el Estatuto del Trabajo Autónomo, el 20/2007 que nos habla del derecho individual a la no discriminación, nos habla de las políticas de fomento del trabajo autónomo, es decir, totalmente programático y lo único que nos concreta son las reducciones y bonificaciones de la seguridad social, que además vuelve a mezclar las cosas porque si es trabajo autónomo y los cooperativistas no son de trabajo autónomo, no los cite usted, sáquelos de ahí, pues los cita. Luego otras medidas de acción positiva directas que no están en el Estatuto del Trabajo autónomo pero que están desperdigadas por todo lo ancho de toda la normativa central y autonómica y en nuestro caso también de diputaciones forales, normas forales, subvenciones, capitalizaciones de las prestaciones por desempleo. Esto necesariamente vinculado a lo que es la seguridad social, pago único de la prestación por cese de actividad, que tiene un nombre muy bonito pero la cantidad va a ser escasísima, más o menos simbólica y luego vías alternativas a la reserva de cupo que me remito, siguen siendo las mismas que hemos mencionado anteriormente. Régimen profesional de los socios de las cooperativas, aquí son los principios cooperativos, uno es estar al servicio de la comunidad. Bueno, pues las cooperativas, si realmente son cooperativas al igual que otras entidades de economía social, no solamente por ser cooperativas quiere decir que son realmente entidades de economía social, hay que poner en movimiento pues, en nuestra ley la 4/93 no hay ni una sólo mención a las personas con discapacidad, ni una sólo mención. Alguien podría decir, bien, porque en cuanto al régimen profesional lo que hay es un ceda al paso a los estatutos de las cooperativas y en su defecto a los reglamentos de régimen interno que sus asambleas generales pueden aprobar y ahí es donde se contemplarán. Bueno, pues yo he estado buscando cooperativas de mucho renombre, estatutos, reglamentos internos y no he encontrado ninguna particularidad respecto a este tipo de situaciones de empleo ordinario para personas con discapacidad. Sí es verdad que esta norma habla de las cooperativas de integración social y las cooperativas de integración social enfocadas

básicamente si leemos el artículo 127 de nuestra ley vigente que habla de que las personas discapacitadas en todas sus variantes puedan integrarse en el mercado laboral a través de estas cooperativas de integración social pero lo que vamos es que es un trabajo de colaboración, de ayuda respecto a otros socios trabajadores o socios de trabajo que realizan aquellos trabajos que son impensables para las personas con discapacidad. Y luego no debemos olvidar que obviamente en las cooperativas también hay asalariados y nos remitimos a lo que acabamos de decir del régimen de asalariados. Medidas de acción positiva indirectas, bonificaciones en las cuotas empresariales de la seguridad social siempre y cuando la cooperativa opte en sus estatutos por el régimen general para con sus socios y esto está contemplado en la Ley de economía social y luego todo el tipo de subvenciones, capitalizaciones de prestaciones por desempleo, pago único de prestación por cese de actividad y demás que puedan regularse. Sin duda éste es el ámbito más difuso de todos los mencionados, el Régimen profesional de las sociedades cooperativas pero sin embargo en el que más debieran de insertarse teniendo en cuenta que son entidades de economía social, sobre el papel. Y por mi parte nada más y muchas gracias por su atención