

# ALGUNOS ASPECTOS ESTRUCTURALES ANTE EL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

## SOME STRUCTURAL ISSUES REGARDING THE EMPLOYMENT OF PEOPLE WITH DISABILITIES\*

Ricardo Esteban Legarreta\*\*  
Universidad Autónoma de Barcelona

**SUMARIO:** 1. Planteamiento. –2. En qué momento estamos en la regulación del empleo de las personas con discapacidad. Un breve recordatorio de cifras. –3. El concepto de persona con discapacidad en el ordenamiento jurídico español; 3.1. Concepto vigente tras la aprobación del nuevo texto refundido; 3.2. Cuestiones adicionales en torno al concepto laboral de persona con discapacidad; 3.3. Referencia a la última jurisprudencia del Tribunal Supremo refractaria a la asimilación, en la LGDPD, de la incapacidad permanente a la discapacidad; 3.3.1. Planteamiento de la cuestión; 3.3.2. Problemas en torno a los efectos de esta jurisprudencia. –4. Algunos apuntes sobre la conveniencia de implementar planes de igualdad de empresa en materia de discapacidad. –5. Algunos apuntes a propósito de las bonificaciones a la contratación y a su régimen vigente. –6. Conclusiones.

---

### RESUMEN

*El artículo se aproxima a diversas cuestiones generales relacionadas con la regulación del empleo de las personas con discapacidad. En primer lugar se destaca la parálisis que afecta a la reforma de algunos aspectos relevantes en la materia, y se sostiene la urgencia de orientar la regulación hacia las personas con discapacidad afectadas de especiales dificultades, todo ello partiendo de las bajas tasas de actividad y de empleo que afectan a algunos subcolectivos. El artículo analiza el amplio concepto de persona con discapacidad de la Ley y se detiene de modo particular en la jurisprudencia del TS que ha rechazado la equiparación de la personas con incapacidad permanente a persona con discapacidad. Asimismo se identifican las consecuencias de esta jurisprudencia sobre las personas declaradas en incapacidad permanente. A continuación, el artículo propone la expansión de los planes de igualdad a la discapacidad, en concreto en empresas de 50 o más trabajadores, a fin de combatir mejor las discriminaciones descarnadas sobre personas con especiales dificultades. El artículo se cierra con una serie de propuestas de mejora sobre las bonificaciones a las cuotas patronales de Seguridad Social por la contratación de personas con discapacidad.*

---

\*Recibido el 17 de julio de 2020. Aceptado el 24 de julio de 2020.

\*\* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

**ABSTRACT**

*The paper deals with general issues on the regulation of the employment of people with disabilities. Firstly, the article focuses on the lack of reforms in recent years, and it stresses the urgent need of redirecting regulations towards disabled people affected by deep impairments considering their low activity and employment rates. Secondly, the paper approaches the wide legal concept of person with disability in the field of employment regulations, and it analyzes the last sentences of the Supreme Court against equality of legal status among people who draw compensations for permanent disabilities and, in general, persons with disabilities. Besides, the article calls attention to the consequences of this case law. Then, the paper proposes the application of equality plans to the field of disability in order to avoid clear discriminations; namely, the proposal focuses on companies with 50 or more employees. Finally the paper proposes some changes in the reductions of Social Security corporate contributions in order to foster the employment of people with severe disabilities.*

**Palabras clave:** concepto legal de persona con discapacidad; planes de igualdad y discapacidad; bonificaciones a la Seguridad Social.

**Key words:** legal concept of person with disability; equality plans at work and disability; reductions in Social Security corporate contributions.

---

**1. PLANTEAMIENTO**

Dado el contenido del programa de la Jornada en la que se originó esta aportación<sup>1</sup> y teniendo en cuenta las materias a tratar en el resto de ponencias –artículos, en este número de *Documentación Laboral*– me ha parecido de interés abordar específicamente algunas cuestiones generales que pueden servir para comprender cuál es el estado actual de la regulación –o de no regulación– del empleo de las personas con discapacidad. En este sentido, el artículo se va a iniciar con 1) una reflexión a propósito del momento o fase regulatoria en la que nos encontramos al tiempo que se apuntan algunos datos sobre empleo y discapacidad, pasando a abordar otros puntos básicos de interés como son 2) el concepto de persona con discapacidad; 3) la conveniencia de poner en marcha un tratamiento más incisivo a la hora de lograr mayores resultados en la igualdad en el empleo, y, en fin 4) algunas breves reflexiones sobre las bonificaciones a la Seguridad Social por la contratación de personas con discapacidad.

Se ha considerado que un artículo de apertura hacía conveniente una mirada general a algunos aspectos que no van a ser abordados en los otros artículos pero que pueden estar estrechamente relacionados con ellos. Asimismo, más allá de tratar algunas cuestiones de apertura o generales, la ponencia pretende llamar la atención sobre la pluralidad de situaciones que conviven bajo la etiqueta de la discapacidad y sobre la conveniencia de tenerlas muy en consideración, especialmente las de las personas con discapacidad afectadas por especiales dificultades que suelen responder más al patrón de la discapacidad congénita. En este sentido, es cierto que algunas materias que van a tratarse en este número monográfico afectan a todas las personas con discapacidad –la cuota de reserva de empleo sería un caso evidente, así como las adaptaciones–, pero también es verdad que otros contenidos de esta revista inciden más en la discapacidad sobrevenida, como es el caso de las ponencias referidas a la extinción del contrato de trabajo por discapacidad y/o por enfermedad.

---

<sup>1</sup> Se trata de la Jornada sobre el Empleo de las Personas con Discapacidad, desarrollada en Madrid el pasado 7 de noviembre de 2019 y organizada por la Comisión de Igualdad de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

## 2. EN QUÉ MOMENTO ESTAMOS EN LA REGULACIÓN DEL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. UN BREVE RECORDATORIO DE CIFRAS

En la actualidad una de las bases reguladoras del empleo de las personas con discapacidad se encuentra en la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (en adelante LGDPD), aprobada mediante el Real Decreto-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que constituye la refundición de dos leyes que representaron un papel clave hasta el año 2013. De un lado, la ya clásica Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de las Personas con Discapacidad, (en adelante LISMI, un acrónimo que muestra una sorprendente capacidad de resistencia), y de otro, la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de personas con discapacidad, (en adelante LIONDAU)<sup>2</sup> a la que se añade la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por el que se estableció el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Al respecto, son difíciles de entender las razones que llevan en 2013 a una opción “tímida” –la refundición– en lugar de abordar la renovación de las diversas cuestiones que integran el puzle del régimen jurídico de la discapacidad, y especialmente el de su empleo. Como ya he tenido oportunidad de señalar en otro momento, daría la impresión de que tras el fracaso de la Estrategia Global de Empleo de las Personas con Discapacidad<sup>3</sup> se ha pretendido “amarrar” un *statu quo* que asegurase los incentivos al empleo protegido y las medidas alternativas a la cuota de reserva de empleo de personas con discapacidad, sin abordar seriamente una puesta al día de nuestro ordenamiento jurídico<sup>4</sup>. Esto ha comportado al menos las siguientes consecuencias: entre otras y sin ánimo de exhaustividad, un empleo protegido blindado, de lo que da fe el escandaloso artículo 40 de la LGDPD y la desaparición del principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario; un concepto de persona con discapacidad con varias vías de agua abiertas; una relación laboral especial con escaso sentido y un empleo con apoyo que va tomando cuerpo a partir de una apuesta más decidida por parte de algunas Comunidades Autónomas.

A ello se añade la pereza del Gobierno a la hora de impulsar reformas de calado que permitan atajar las extinciones no causales de personas en situación de incapacidad temporal, o que den un impulso a las adaptaciones laborales, sin duda porque estas cuestiones contienen altos grados de complejidad y porque en el tejido social de la discapacidad no hay una representación consistente de personas con discapacidad sobrevenida o con enfermedades crónicas con capacidad de batallar por su permanencia en el mercado de trabajo disfrutando de adaptaciones. Otro tanto puede suceder con las dificultades padecidas por personas que han superado tratamientos de cáncer u otras enfermedades graves pero que sienten la presión del retorno al empleo, sin apoyos y sin suficiente flexibilidad. En este sentido, en otras latitudes el impulso de la

---

<sup>2</sup> La pluralidad de normas básicas en materia de discapacidad nunca se justificó adecuadamente. De alguna manera esta circunstancia se explica porque a la norma “clásica”, con un planteamiento médico de la discapacidad, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad (LISMI), se le añadieron normas de discapacidad de segunda generación, con un claro planteamiento social, como fue el caso, fundamentalmente de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal (LIONDAU), que añadía materias y contenidos nuevos, a los clásicos de la LISMI. Ahora bien, seguramente habría sido más razonable abordar una nueva ley general en 2003, tarea que no se acometió y que dio lugar a la disfunción de disponer de dos textos generales –tres, contando la Ley 49/2007, de 26 de diciembre– de regulación del régimen sancionador de la discapacidad.

<sup>3</sup> Sobre la estrategia global y sus magros resultados puede verse: ESTEBAN LEGARRETA, R.: “La estrategia global de empleo de las personas con discapacidad. Un balance crítico tras su finalización”, *Revista de Derecho Social*, núm. 61, 2013, pp. 43 y ss.

<sup>4</sup> Para un balance en perspectiva jurídico-laboral del nuevo texto refundido: ESTEBAN LEGARRETA, R.: “Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de la Ley de Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Temas Laborales*, núm. 127, 2014, pp. 47 y ss

legislación del empleo de las personas con discapacidad ha venido de entidades de discapacidad sin intereses empresariales, así como de organizaciones sindicales, lo que se traduce, al menos aparentemente, en otras dinámicas<sup>5</sup>. En España, por lo contrario, el impulso de las reformas –y de las no reformas– ha contado siempre con el impulso o el rechazo del CERMI un actor fundamental en este ámbito. Y en el último decenio parecería que nos encontramos en una situación de parálisis en los avances impulsados desde el “sector” de la discapacidad, con la salvedad de un documento reciente y muy embrionario en el que se proponen reformas fundamentalmente en materia de adaptaciones y en materia extintiva<sup>6</sup>.

En las líneas que siguen, se ha optado por efectuar una suerte de modesto estado de la cuestión de algunas materias, con la pretensión de advertir disfunciones y de proponer algunos cambios pensando, de modo preferente, en la consolidación de las personas afectadas de especiales dificultades en el mercado ordinario de trabajo. A estos efectos, los grandes principios del artículo 37 de la LGDPD –aumento de la tasa de actividad y de la tasa de empleo, mejora de la calidad en el empleo y dignificación de las condiciones de trabajo– deberían de focalizarse especialmente sobre los colectivos que menos favorecidos aparecen en estas cifras, que en general son las personas con trastorno mental, las personas con discapacidad intelectual y las personas con grandes discapacidades físicas. En este sentido, algunas cifras nos permiten detectar que el mercado de trabajo no es neutral ante la diversidad de situaciones y realidades que se mueven en torno a la discapacidad. Así, de acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística para 2018<sup>7</sup>, del conjunto de personas con discapacidad en edad de trabajar en España –1.899.800– solo tienen o buscan empleo un escaso 34’5 por 100 de las mismas, es decir, 654.600 personas, lo que queda muy lejos de la tasa de actividad general que fue del 77’6 por 100 en aquel año en España. Si nos aproximamos a las cifras del desempleo, observamos que la tasa de desempleo entre las personas con discapacidad es bastante más alta –25’2 por ciento– que la de las personas no afectadas por discapacidad –15’1– lo que se traduce en que la población ocupada con discapacidad fue en 2016 de 489.500 personas<sup>8</sup>. Por lo tanto, salta a la vista que el auténtico problema de las personas con discapacidad es el de la tasa de actividad, lo que se ve muy agravado en el caso de las personas afectadas de especiales dificultades. Así, las personas con discapacidad auditiva y visual muestran tasas de actividad altas en el conjunto del colectivo: respectivamente, del 58’0 y del 42’5<sup>9</sup>. Por lo contrario, las personas con discapacidad intelectual y con trastorno mental muestran tasas de actividad mucho más bajas –respectivamente, del 31’1 y del 29’1 por 100– y es sobre ese ámbito sobre el que conviene poner más intensidad y más esfuerzos.

---

<sup>5</sup> Este es el caso de la Ley de Uruguay núm 19.691 de Promoción del Trabajo para Personas con Discapacidad, aprobada el 29 de octubre de 2019. Se trata de un texto impulsado fundamentalmente por la Asociación Down Uruguay y por el Sindicato Único de la Construcción (SUNCA), integrado dentro de la confederación PIT-CNT. Curiosamente, el debate en ese país es si se va a priorizar la recolocación de las personas con discapacidad sobreenvenida o bien si se va a priorizar el acceso al empleo de las personas con discapacidad congénita.

<sup>6</sup> Es el documento CERMI: (*Borrador de Propuesta del CERMI de modificación del Real Decreto 1451/1983...* Consultable en:

<https://www.cermi.es/es/actualidad/novedades/propuesta-del-cermi-de-modificaci%C3%B3n-del-real-decreto-14511983-de-11-de-mayo>

<sup>7</sup> Se trata del documento INE: *El empleo de las personas con discapacidad. Año 2018*. Noticias de prensa. Accesible en: [https://www.ine.es/prensa/epd\\_2018.pdf](https://www.ine.es/prensa/epd_2018.pdf) (consultado el 6 de julio de 2020).

<sup>8</sup> Este conjunto de datos se extrae de INE: *El empleo...*, cit., pp. 1 a 3.

<sup>9</sup> INE: *El empleo...* cit., p. 6. Es interesante observar como de 2017 a 2018 se detecta una caída en la tasa de actividad de ambos colectivos: del 0’1 para las personas con discapacidad auditiva y del 2’2 para las personas con discapacidad visual. Entre 2016 y 2017, la tasa de actividad de las personas con discapacidad auditiva había caído en un 3’2 por 100 y la de las personas con discapacidad visual en un 3’4 por 100. Pueden verse los datos en INE: *El empleo de las personas con discapacidad. Año 2017*. Noticias de prensa. Accesible en: [https://www.ine.es/prensa/epd\\_2017.pdf](https://www.ine.es/prensa/epd_2017.pdf) (consultado el 6 de julio de 2020).

Esa realidad no es nueva ya que es harto conocida, por lo que debería de justificar una mayor incidencia en algunas políticas si se pretende revertir determinadas situaciones. Sin perjuicio de que no dependen solo de la política de empleo, sino que inciden en ella otros factores sobre los que se deberá de trabajar y que van desde la hiperprotección familiar hasta el miedo de los perceptores de prestaciones económicas a la actividad. Ahora bien, los reparos también se ven potenciados por la falta de apoyos y por el convencimiento de que el mercado de trabajo rechaza a determinados candidatos. Por eso, por respeto a los principios de la LGDPD y a una política bien orientada en la materia, vale la pena llevar a cabo una lectura crítica de algunas parcelas “estructurales” de nuestra regulación.

### 3. EL CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

#### 3.1. Concepto vigente tras la aprobación del nuevo texto refundido

La LGDPD condensa en su artículo 4 un concepto de discapacidad amplio, resolviendo una de las diversas disfunciones que había generado la existencia de tres normas, y muy especialmente la contradicción existente entre la LIONDAU y la vieja LISMI. De este modo, la LGDPD unifica el concepto de persona con discapacidad del artículo 7 de la LISMI –vinculado tácitamente a un porcentaje mínimo de discapacidad del 33 por 100 y fundamentado en la aplicación de un baremo<sup>10</sup>–, y el concepto de persona con discapacidad previsto en el artículo 1.2 de la LIONDAU, que incluía a los individuos que hubiesen sido declarados en situación de incapacidad permanente en grado de total o superior.

En la actualidad, el artículo 4.1 de la LGDPD, define en sentido estricto a las personas con discapacidad, como titulares de los derechos reconocidos en la Ley, afirmando que serán *“aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales intelectuales o sensoriales previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás”*. En este sentido, la LGDPD sigue en ambos apartados el concepto de persona con discapacidad del artículo 1 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006, vigente en España desde 2008<sup>11</sup>, según el cual *“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, a largo plazo que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás”*. Nos encontramos pues con un claro componente social en nuestro concepto de persona con discapacidad, que subraya la necesidad de adaptación del entorno a esta realidad. En este sentido, el concepto no está ya tan vinculado a una perspectiva médica sino que subraya la importancia de las barreras generadas por el entorno y sus efectos sobre la persona<sup>12</sup>.

<sup>10</sup>El artículo 7 de la LISMI partía de que son personas con discapacidad aquellas “cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas o sensoriales”. En general, los desarrollos reglamentarios de la Ley fijaban la discapacidad en un porcentaje del 33 por 100 fundamentado en baremo.

<sup>11</sup>La ratificación de la Convención se produce mediante Instrumento de 23 de noviembre de 2007, que dispuso la entrada en vigor el 3 de mayo de 2008 y comporta una ingente tarea de adaptación de nuestro ordenamiento a la misma, escasamente abordada todavía. Para una visión rápida, pero ilustrativa, del cambio de paradigma, puede verse: ROIG, R.: “La Convención de la ONU como fuente de un nuevo Derecho de la Discapacidad”, en PÉREZ BUENO, L. C. (Director) y SASTRE, A. (Editora): *Hacia un derecho de la discapacidad*, Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 307 a 318.

<sup>12</sup>Como apunta PALACIOS, A.: “La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española”, en PÉREZ BUENO, L. C. (Director) y SASTRE, A. (Editora): *Hacia un derecho de la discapacidad*, Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 146, “La discapacidad no es la concurrencia de limitaciones individuales, sino más bien las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social”.

Ahora bien, la noción de persona con discapacidad no permite obtener una visión de conjunto sin considerar el artículo 4.2 de la Ley, según el cual *“Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de persona con discapacidad aquéllas a las que les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100”*. Dicho esto, y señaladas las grandes líneas del concepto de persona con discapacidad, es de interés resaltar algunas cuestiones adicionales, aunque por razones de distribución temática entre los artículos integrantes de este número, no se abordarán los aspectos referidos a la vinculación entre enfermedad y discapacidad, que serán tratados por otros autores.

### **3.2. Cuestiones adicionales en torno al concepto laboral de persona con discapacidad**

Sin perjuicio de la existencia de un concepto general y unificado de persona con discapacidad el artículo 4 de la LGDPD apunta que no siempre y en todo caso el nivel o el grado de la discapacidad va a ser indiferente. Antes al contrario, el artículo 4.2 LGDPD matiza que *“las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positivas podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos”*. No cabe duda que el legislador pretende reservarse la posibilidad de establecer requisitos específicos, para ser beneficiarios de medidas de acción positiva, y eso ocurre sin ir más lejos en el caso del acceso a algunos incentivos, como es el caso de las bonificaciones cualificadas a la contratación de personas con discapacidad de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre. Se trata de un elemento de gran interés para profundizar en modificaciones que eviten un concepto plano de persona con discapacidad. De hecho, los datos en materia de tasa de actividad u otros, ya apuntados, sugieren la necesidad de otros enfoques.

Por otra parte, otro elemento de enorme interés para “nuevas perspectivas” de la discapacidad se encuentra en una visión combinada de los artículos 63 y 64 LGDPD, que matiza cómo en algunas esferas no será imprescindible disponer, *a priori*, del reconocimiento formal de persona con discapacidad. Así, en el ámbito del derecho a la igualdad de oportunidades, la protección a través de medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial (art. 63 LGDPD<sup>13</sup>) serán de aplicación con independencia de que exista o no reconocimiento oficial de la discapacidad, o de su transitoriedad (art. 64.2 LGDPD). Eso sí, parecería que dicho precepto debería interpretarse en el sentido de que se trataría de personas que podrían contar con la declaración de persona con discapacidad pero no se han sometido a proceso de calificación. De todos modos se trata de un planteamiento interesante de cara a potenciar la defensa de situaciones jurídicamente inestables, como las relacionadas con la situación de discriminación de personas en situación de incapacidad temporal prolongada.

Por lo demás y de manera especial, la LGDPD abordó una clarificación de calado al equiparar a persona con discapacidad, a toda aquella que haya sido declarada en situación de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta y gran invalidez. Así, el artículo 4.2 LGDPD estableció que *“Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento, los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el Servicio o inutilidad”*. Sin duda alguna, la opción puede tener valor de cara a permitir a la administración economizar en materia de evaluaciones de modo que la valoración realizada en el marco de la LGSS por parte del INSS tiene utilidad de cara al reconocimiento de persona con discapacidad por parte de la administración competente, a la sazón la autonómica.

---

<sup>13</sup> De acuerdo con el artículo 63 de la LGDPD se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, definidas en el artículo 4.1 cuando, por motivo de o por razón de discapacidad se produzcan discriminaciones directas o indirectas, discriminación por asociación, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas.

Cabe preguntarse si esta opción ha sido racional y conveniente, lo que exige en primer lugar recordar los rasgos fundamentales de la incapacidad permanente y su mayor o menor proximidad a la valoración mediante baremo del RD 1971/1999. Como es sabido, constituye incapacidad permanente (art. 193 TRLGSS) la situación de la persona que *“después de haber estado sometida al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas que disminuyen o anulan su capacidad laboral”*. En esencia, la incapacidad permanente implica limitaciones en la capacidad funcional del individuo, si bien, en su determinación —especialmente en los grados de parcial y total—, la actividad profesional desempeñada previamente representa un papel relevante<sup>14</sup>, lo que es matizable en el grado de incapacidad permanente absoluta ya que las circunstancias profesionales son también una referencia, aunque más difusa.

A mi juicio esta equiparación genera algunas disfunciones ya que personas declaradas en incapacidad permanente total pueden mostrar un limitado grado de menoscabo, y por ende, de aplicárseles el RD 1971/1999 podrían quedar por debajo de un grado del 33 por 100 de discapacidad<sup>15</sup>, de manera que quizás habría sido más prudente limitar la equiparación para las personas en situación de incapacidad permanente absoluta<sup>16</sup>. En este sentido, comparto desde un punto de vista estrictamente de fondo las reticencias del Tribunal Supremo a la aplicación generalizada —también al empleo— del concepto de persona con discapacidad de la vieja LIONDAU, que había sido asumida por algunos Tribunales Superiores de Justicia<sup>17</sup>. En aquel momento, la STS de 21 de marzo de 2007 (RJ 2007/3539), rechazó la asimilación mediante una interpretación sistemática de la LIONDAU<sup>18</sup> y unas consideraciones adicionales de carácter finalista en las que sin duda pesaba en la Sala el bajo grado de discapacidad “general” existente en algunos casos de incapacidad permanente.

---

<sup>14</sup> La doctrina judicial ha clarificado que la profesión habitual no es igual a un puesto de trabajo, como acertadamente señala la STSJ de la Rioja de 15 de febrero de 2017 (JUR 2017/69458), que apunta a que *la profesión habitual no equivale “(...) a las concretas labores que desempeña la trabajadora normalmente pues, según determina el Tribunal Supremo, por “profesión habitual” no debe entenderse la labor que se realice en un determinado puesto de trabajo sino aquella que el trabajador esté cualificado para realizar y al que la empresa le haya destinado o pueda destinarse”*. De otro lado será profesión habitual aquella a la que se haya dedicado durante el año anterior, lo que resulta problemático en el caso de cambios profesionales en momentos próximos a la situación de IP: STS de 9 de diciembre de 2002 (RJ 2002/1947).

<sup>15</sup> A este respecto, un análisis de la doctrina judicial nos indica que personas declaradas en situación de incapacidad permanente en grado de total o superior han obtenido en la aplicación del RD 1971/1999 porcentajes de discapacidad, del 22, del 17 o incluso del 15 por 100. Este es el caso, respectivamente, de las sentencias del TSJ de Extremadura de 21 de diciembre de 2006 (AS 2007/338); TSJ del País Vasco de 16 de mayo de 2006 (AS 2007/774) y, en fin, STSJ de Navarra de 19 de abril de 2006 (AS 2006/1815). Este último caso es particularmente remarcable, porque se trata de una persona declarada en situación de incapacidad permanente absoluta que en la evaluación llevada a cabo por la Administración autonómica no supera un porcentaje del 15 por 100. La última de las sentencias dictadas en el marco de la nueva jurisprudencia, a la que luego me referiré, la STS de 12 de mayo de 2020 (recud 243/2018), también recoge el caso de una persona que ha sido declarada en incapacidad absoluta y no alcanza el grado del 33 por 100 en la aplicación de baremos.

<sup>16</sup> Desde una perspectiva global no es tan fácil defender dicha postura teniendo en cuenta que la incapacidad permanente total va a ser en muchos casos el detonante de la extinción del contrato (art. 49 TRLET) y, por ende, de la pérdida de rentas salariales para el sujeto, mientras que la cuantía de la pensión no va a substituir el salario dejado de percibir. En el mismo sentido, ITURRI GÁRATE, J. C.: *“¿No puedo trabajar y no soy persona con discapacidad? Sobre la equiparación de situaciones de incapacidad permanente y el reconocimiento de situación de discapacidad. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 02 2020”*, *Ciudad del Trabajo*, núm. 32, junio 2020, p. 18.

<sup>17</sup> A este respecto cabe destacar las sentencias del TSJ de Extremadura de 21 de diciembre de 2006 (AS 2007/338) y del TSJ del País Vasco de 16 de mayo de 2006 (AS 2007/774). Una perspectiva contraria la tenemos, entre otras, en las sentencias del TSJ de Navarra de 19 de abril de 2006 (AS 2006/1815) y del TSJ de Castilla y León/Valladolid de 23 de julio de 2007 (AS 2007/2960).

<sup>18</sup> En este sentido, defendía el Tribunal que la expresión “En todo caso” presente en la LIONDAU no debía dar lugar a una aplicación generalizada del concepto amplio de persona con discapacidad sino que, dicha noción

Ahora bien, sin perjuicio de que la ultimísima jurisprudencia del Tribunal Supremo comentada en el apartado siguiente exija tomar alguna decisión, creo que hoy por hoy lo prudente no sería abordar una reforma general del concepto de persona con discapacidad. Sin olvidar que la agenda legislativa, ahogada por la emergencia sanitaria, no parece ponerlo fácil. Antes al contrario el concepto de persona con discapacidad y la asimilación de las personas con incapacidad permanente total podría mantenerse pero sería necesario abordar algunas reformas para evitar que personas con incapacidad permanente total y discapacidad ligera puedan acceder con plena igualdad a algunos beneficios en materia de empleo que a mi juicio, deberían reservarse o al menos potenciarse, en beneficio de personas con discapacidad más severa, todo ello en coherencia con el espíritu del artículo 4.2 de la LGDPD, más arriba apuntado. Y me estoy refiriendo fundamentalmente, de un lado, a la cuota de reserva de empleo, de otro lado a la cobertura de puestos de trabajo y a la subvención y bonificación previstas en la regulación de los Centros Especiales de Empleo. En otras palabras, no veo razonable que personas con discapacidad ligera –o “no severa”– puedan acceder en plena igualdad de condiciones con las personas con discapacidad severa a beneficios clave, que es lo que hoy en día sucede. Por lo tanto lo más sensato sería extender los matices que la Ley 43/2006 prevé en el acceso a bonificaciones a la Seguridad Social por la contratación en el mercado ordinario entre diversas tipologías de personas con discapacidad –personas con discapacidad afectadas por especiales dificultades y no afectadas por especiales dificultades<sup>19</sup>– a la cuota de reserva de empleo y a los Centros Especiales de Empleo. Ahora bien, estas opciones tienen además costes políticos, de los que son muestra los problemas que generó la primera versión del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, cuando se intentó racionalizar el gasto en bonificaciones a la Seguridad Social en los Centros Especiales de Empleo.

### **3.3. Referencia a la última jurisprudencia del Tribunal Supremo refractaria a la asimilación, en la LGDPD, de la incapacidad permanente a la discapacidad**

#### *3.3.1. Planteamiento de la cuestión*

El Tribunal Supremo ha vuelto a irrumpir en este debate a través de diversas sentencias, las tres de 2018, encabezadas por la STS de 29 de noviembre de 2018 (RJ 2018/5846/recud 3382/2016)<sup>20</sup>, la STS de 19 de febrero de 2020 (recud 2927/2017) y la STS de 12 de mayo de 2020 (recud 243/2018)<sup>21</sup> mediante las que el Alto Tribunal entiende que el Gobierno se excedió en las atribuciones otorgadas por las Cortes Generales (art.85.5 CE) a la hora de abordar la refundición de la LISMI y de la LIONDAU mediante la regularización, aclaración y armonización de los textos refundidos. En particular, el Tribunal Supremo considera que el concepto unitario de persona con discapacidad de la LGDPD excede a las atribuciones constitucionales de las que disponía el Consejo de Ministros ya que en realidad dicha concepción amplia de discapacidad, originaria de la LIONDAU –que refundía la IP y la “discapacidad de baremo” en un solo concepto– no puede mutar a concepto general de la Ley resultado de refundición por decisión

---

sería aplicable únicamente a las materias recogidas en la LIONDAU, para lo cual en su fundamento jurídico segundo el Tribunal Supremo recopila los esfuerzos sistematizadores llevados a cabo por la doctrina judicial de los Tribunales Superiores de Justicia a fin de identificar qué era contenido LISMI y qué era contenido LIONDAU.

<sup>19</sup> Al respecto, la Ley 43/2006 diferencia entre personas con discapacidad afectadas por especiales dificultades, que incluirían de un lado a personas con discapacidad intelectual, personas con trastorno mental y personas con parálisis cerebral con un grado de discapacidad no inferior al 33 por 100, incluyendo también a las personas con discapacidad física no inferior al 65 por 100. Las personas no afectadas por especiales dificultades serían las que estén afectadas por discapacidad física con un grado de discapacidad entre el 33 y el 64 por 100.

<sup>20</sup> Con la misma fecha de 29 de noviembre de 2018, el Tribunal Supremo dictó dos sentencias más con los siguientes números de recurso: recud 1826/2017 (RJ 2018/5942) y recud 239/2018 (RJ 2018/6053).

<sup>21</sup> Las dos últimas sentencias, en especial la de 19 de febrero de 2020, son comentadas por ITURRI GÁRATE, J. C.: “¿No puedo trabajar...”, ob. cit., pp. 119 y ss.

del Gobierno en el marco de la elaboración de un texto de refundición del artículo 82.5 CE. Según cabe deducir de la mencionada jurisprudencia del TS, el Consejo de Ministros no podía aplicar el concepto amplio de persona con discapacidad de la vieja LIONDAU<sup>22</sup> a todos los efectos, es decir, para todas las materias, sino que, como sugiere la jurisprudencia debería haberse mantenido un concepto de discapacidad amplio para las materias procedentes de la LIONDAU y otro concepto más restringido para los contenidos procedentes de la LISMI<sup>22</sup>. En este sentido, desde 2003, la LIONDAU ya efectuaba dicha asimilación de la IP a la discapacidad para las materias reguladas en aquella Ley, si bien dicha asimilación no era completa o generalizada, ni mucho menos para materias laborales dado el limitado alcance de la LIONDAU a determinados ámbitos<sup>23</sup>. Ahora bien, en algunos terrenos específicos la normativa efectuaba ya dicha asimilación, siendo ese el caso de las bonificaciones reguladas mediante la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

A mi juicio, las atribuciones del artículo 82.5 de la Constitución —en particular la de “armonización”, otorgaban margen suficiente al Gobierno para extender el concepto de la LIONDAU al conjunto de las materias del nuevo texto, es decir, “a todos los efectos”<sup>24</sup>, todo ello sin perjuicio de mis reticencias de fondo, ya expresadas en este y otros trabajos y sin perjuicio, además, de que haya argumentos adicionales de fondo para censurar la jurisprudencia comentada<sup>25</sup>. En todo caso, la situación actual genera inseguridad y problemas a la hora de valorar el alcance de las consecuencias de esta nueva jurisprudencia, cuestión a la que dedicaré el siguiente subepígrafe.

### 3.3.2. Problemas en torno a los efectos de esta jurisprudencia

Ciertamente, la jurisprudencia analizada no ha anulado el artículo 4.2 de la LGDPD porque para ello debería haberse dictado sentencia por parte de la Sala de lo Contencioso-Administra-

<sup>22</sup> Para el TS, el legislador “(...) ha incurrido en *ultra vires* por exceso en la delegación legislativa, porque no ha respetado el contenido del art.1 de la propia Ley 26/2011, de 1 de agosto, que, además de atribuirle esa delegación, ratifica el contenido de aquel art. 2.1 Ley 51/2003 en los términos que hemos expuesto, y que se han visto sustancialmente alterados en la redacción final del texto refundido, al sustituir la frase “a los efectos de esta ley” por la de “a todos los efectos”, en una evidente alteración del mandato legislativo que modifica de manera esencial el texto que debía refundir, hasta el extremo de que su aplicación conduciría a una interpretación contraria a la mantenida hasta ahora por el Tribunal Supremo conforme al contenido de la norma que el legislador no ha querido variar”. Obsérvese cómo el Alto Tribunal pretende hacer valer la vigencia de su vieja jurisprudencia, ya comentada.

<sup>23</sup> El artículo 3 de la LIONDAU establecía que “La garantía y efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, en el ámbito del empleo y la ocupación, se regirá por lo establecido en esta Ley, que tendrá carácter supletorio a lo dispuesto en la legislación específica de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación”. Como apuntaba ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “De nuevo sobre la (no deseable) eficacia jurídica de la automática concesión de la condición de minusválido a los perceptores de las prestaciones de incapacidad permanente por razón del artículo 1.2 de la Ley 51/2003”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2008, versión electrónica consultada a través de Aranzadi Bibliotecas (BIB 2007/766), pp. 7, dicho artículo adolecía de una gran ambigüedad porque o bien esas materias debían regirse por la LIONDAU o ser supletoria, lo que el redactado de la Ley no aclaraba.

<sup>24</sup> Se expresa en la misma línea ITURRI GÁRATE, J. C.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2018”, *Revista Jurisdicción Social*, núm. 196, enero de 2019, p. 24, accesible en: <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2019/01/REVISTA-SOCIAL-ENERO-2019.pdf>

<sup>25</sup> ITURRI GÁRATE, J. C.: “¿No puedo trabajar y soy persona con discapacidad?”, ob. cit., pp. 123 y ss., apunta a diversas consideraciones de notable interés como son la necesaria prevalencia de un concepto no médico de discapacidad, sugerido por la Convención y presente en la LGDPD, que debería incluir a las personas con incapacidad permanente, máxime teniendo en cuenta que pierden su puesto de trabajo cuando concurre la incapacidad. Asimismo, cabría interpretar que estamos en un ámbito de relaciones entre las personas con discapacidad y las Administraciones pública y por lo tanto, este sería también un entorno en el que cabría la aplicación del concepto más flexible de discapacidad recogido en la vieja LIONDAU.

tivo del Tribunal Supremo en el momento procesal oportuno, que habría sido el de la impugnación en el momento posterior a la aprobación del texto refundido. Por ello, las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo han confirmado el criterio administrativo de las Comunidades Autónomas que no otorgaban la condición de persona con discapacidad a personas declaradas en situación de IPT o en grado superior, pero no han ido más allá. Eso sí, evidentemente las sentencias abrían la puerta a plantearse diversas cuestiones teniendo en cuenta que no nos hallamos ante una sola sentencia, sino ante cinco resoluciones que comparten una línea interpretativa.

En este sentido, los efectos de las sentencias se han amplificado tras emitir el SEPE un informe el 16 de mayo de 2019 a petición del Servicio Valenciano de Empleo. En este sentido, el informe parte de algunas consideraciones de la Abogacía del Estado y llega a una serie de conclusiones interesantes, aunque también inquietantes. De un lado, el informe señala acertadamente que las sentencias no afectarán a aquellos ámbitos específicos en que una Ley asimile directamente la IP en grado de total o superior a la discapacidad. Ese es el caso de las bonificaciones de la Ley 43/2006 y del contrato temporal de fomento del empleo de las personas con discapacidad de la misma Ley donde se señala que a esos efectos, las personas declaradas en situación de IPT o superior tendrán la condición de persona con discapacidad.

Asimismo, por una razón de seguridad jurídica el SEPE señala que la jurisprudencia del TS no debería ser de aplicación a contrataciones de personas declaradas en IPT o superior con anterioridad a la fecha en que se dictaron las primeras tres sentencias, es decir, al 29 de noviembre de 2018. A partir de aquí, el informe se pronuncia expresamente sobre algunos extremos que afectarían a trabajadores en situación de IPT o superior, no evaluados como personas con discapacidad en el marco del RD 1971/1999 y contratados a partir del 29 de noviembre de 2018. A estos efectos, el SEPE señala que estos trabajadores no podrán generar las subvenciones por empleo indefinido en el medio ordinario de trabajo –RD 1451/1983 y art. 39 LGDPD– ni las subvenciones salariales por la contratación en Centros Especiales de Empleo (art. 39 y 45 LGDPD).

Ciertamente, el informe del SEPE no se pronuncia sobre si los trabajadores “cuestionados” deben contar como trabajadores con discapacidad a los efectos de alcanzar el 70 por 100 de la plantilla con discapacidad en Centros Especiales de Empleo (art. 43.2 LGDPD) o si podrían contar a los efectos de la cuota de reserva de empleo (art. 42 LGDPD). Si seguimos el criterio de la jurisprudencia del TS la respuesta sería excluyente porque la regulación de los Centros Especiales de Empleo y de la cuota de reserva proviene de la vieja LISMI<sup>26</sup>, que no contemplaba un concepto amplio de persona con discapacidad.

Ante esta situación, lo más razonable sería introducir una reforma legislativa que aportase algo de luz, porque de lo contrario el grado de inseguridad jurídica puede tornarse insostenible. Evidentemente, siempre cabe que las personas en situación de IPT intenten pasar por la evaluación del RD 1971/1999 pero creo que sería más razonable acometer una reforma legislativa en sede parlamentaria y acogiendo las razones de fondo del Tribunal Supremo –que comparto– intentar modular el acceso a los incentivos y otras medidas en base al grado de discapacidad y a las necesidades de apoyo.

#### 4. ALGUNOS APUNTES SOBRE LA CONVENIENCIA DE IMPLEMENTAR PLANES DE IGUALDAD DE EMPRESA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

En coherencia con las disfunciones que se han apuntado hasta ahora y en coherencia también con algunos problemas que se van a resaltar a continuación, *de lege ferenda* sería muy

---

<sup>26</sup> La Dirección General de Trabajo sugiere esta consecuencia en un criterio evacuado en fecha 11 de junio de 2019, documento fotocopiado.

conveniente una reforma legal que obligue a aprobar planes de igualdad en materia de discapacidad para reforzar los derechos de las personas con discapacidad. En este sentido, más allá de los esfuerzos del legislador a la hora de proteger a las personas con discapacidad de conductas discriminatorias, esfuerzos que se plasman de modo muy concreto en los artículos 35 y 36 de la LGDPD entiendo que los planes de igualdad serían especialmente necesarios en el caso de todas las empresas obligadas al cumplimiento de la cuota de reserva de empleo. A este respecto, el momento es propicio porque el Real Decreto-Ley 6/2019, de 25 de marzo está extendiendo progresivamente<sup>27</sup> la obligación de aprobar planes de igualdad, ampliando notablemente el volumen de empresas obligadas al pasarse de empresas de 250 o más trabajadores a empresas de 50 o más trabajadores (art. 45 Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres). Vaya por delante, que los planes de igualdad constituyen un valioso instrumento no consolidado en la lucha por la igualdad de género<sup>28</sup>, de modo que su ampliación a otros colectivos podría desdibujar su eficacia al dispersar los objetivos. De cualquier modo, no me cabe la menor duda de que su extensión al ámbito de la discapacidad en el momento oportuno sería de notable utilidad en la mejora de las oportunidades de empleo y de condiciones de trabajo del colectivo.

Los planes de igualdad en materia de género obligan las empresas a negociar y a efectuar un diagnóstico en diversas materias (art. 45.1 y 46.2 LOI) que también serían de gran interés en el terreno de la discapacidad, como es el caso, entre otras, de la selección y contratación, la promoción o la retribución. A ello se añade la necesidad de implementar estrategias y buenas prácticas. Obviamente, no voy a entrar en algunas de las materias que se van a abordar en los otros artículos de esta revista –adaptaciones, extinción del contrato de trabajo, recolocaciones– pero sí traer a colación algunas problemáticas que podrían paliarse mediante estrategias y buenas prácticas (art. 46 LOI) al menos en algunos ámbitos.

El primero de ellos hace referencia a una adecuada formulación de las ofertas de empleo a fin de evitar que se continúen presentando ofertas más pensadas en lograr la excepcionalidad al cumplimiento de la cuota de reserva por su no cobertura (art. 1.2 RD 364/2005, de 8 de abril, regulador de la cuota de reserva y de medidas alternativas), que en lograr la incorporación de trabajadores en la empresa ordinaria. Es posible que la implementación de algunas reformas legislativas, como es el caso del vigente artículo 33.4 e] de la Ley de Empleo (RDL 3/2015, de 23 de octubre)<sup>29</sup> y una mayor concienciación empresarial puedan paliar estas situaciones, pero sin duda los planes de igualdad con participación de los representantes de los trabajadores podrían mejorar la situación. No en vano, el estudio del Observatorio Estatal de Discapacidad<sup>30</sup> sobre el Empleo con Apoyo ha resaltado que *“las entidades aprecian que existe un mercado laboral poco social que ofrece pocas oportunidades al colectivo por desconocimiento o desinterés”*.

<sup>27</sup> En el caso de empresas de entre 50 y 100 trabajadores, se contará con el plazo de tres años a partir del 7 de marzo de 2019 para aprobar planes de igualdad. En el caso de empresas más grandes el plazo es más breve (disposición transitoria 12 del Real Decreto-Ley 6/2019).

<sup>28</sup> FABREGAT MONTFORT, G.: *La obligatoriedad del plan de igualdad tras el RDL 6/2019, de 1 de marzo*, Albacete, Bomarzo, 2019, p. 8, señala que los resultados de las medidas promocionales en materia de igualdad de género han tenido resultados discretos.

<sup>29</sup> Establece la norma que las agencias de colocación deberán velar por *“la correcta relación entre las características del puestos de trabajo ofertados y el perfil académico y profesional requerido a fin de no excluir del acceso al empleo a las personas con discapacidad”*. Con más detalle al respecto puede verse ESTEBAN LEGARRETA, R.: *“La estrategia global de empleo...”*, ob. cit., pp. 60 y 61 y muy especialmente PÉREZ PÉREZ, J.: *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*, Cizur Menor, Lex Nova/Thomson Reuters, 2015, pp. 423 y ss. En particular, señala el autor (pp. 427 y 428) en relación con la no cobertura de las ofertas que *“se trababa de la vía más prometedora para aquellos empresarios que tenían ya tomada la decisión de no contratar trabajadores con discapacidad”*.

<sup>30</sup> Observatorio Estatal de la Discapacidad: *Realidad, situación, dimensión y tendencias del empleo con apoyo en España en el horizonte del año 2020*, OED, 2018, documento fotocopiado, 2017, p. 72.

Otro tema importante sería el del acceso al medio ordinario de trabajo de las personas con discapacidad afectadas por especiales dificultades, que a mi juicio y sin la intervención intermediadora de los servicios de empleo con apoyo, dispondrían de un margen muy escaso de oportunidades, por lo que los planes de igualdad pueden representar un importante papel de progreso, a fin de que las empresas formulen ofertas pensando en estos perfiles, y añadan como buena práctica la participación de servicios de empleo con apoyo o, en general, de agencias especializadas en personas con discapacidad. No en vano, el Observatorio Estatal de Discapacidad constata cómo *“Existen pocas ofertas adaptadas en empresas ordinarias”*<sup>31</sup>.

Sin ánimo de exhaustividad cabe destacar otra cuestión sensible como es la retribución salarial, dado que en materia de niveles salariales, datos del Instituto Nacional de Estadística<sup>32</sup> correspondientes a 2017 nos indican que las personas con discapacidad perciben salarios inferiores al conjunto de la población en una cifra no desdeñable –4038’6 euros– teniendo en cuenta que el salario medio de las personas con discapacidad estaba en esas fechas en 19.726’2 euros, mientras que para la población general ese salario estaba en 23.764’8 euros, lo que nos indica un diferencial de un 17’0 por 100 de salario menor percibido por las personas con discapacidad<sup>33</sup>. Se ha de advertir, no obstante, que pesan notablemente los sesgos de género, de edad y también los grupos de empleo<sup>34</sup>; indirectamente, el más bajo nivel formativo de las personas con discapacidad puede pesar en dichos niveles salariales. Asimismo, las retribuciones de los Centros Especiales de Empleo pueden tener una incidencia en este diferencial porque se dispone de una negociación colectiva específica a la baja. Es más, puede ser que el aumento de la tasa de actividad de grupos especialmente vulnerables y menor rendimiento –personas con discapacidad intelectual o con trastorno mental poco compensado– incidan en este diferencial. Ahora bien, convendría abodar la cuestión ante la constatación de algunos datos alarmantes ya que como señala el Informe Olivenza de 2018, entre los años 2010 y 2016<sup>35</sup> el salario anual de las personas con discapacidad se ha reducido en 1255’7 euros, tendencia que no se ha producido en el caso del salario de la población en general donde el informe señala un crecimiento de 430,7 euros.

En esta materia, los planes de igualdad podrían tener la utilidad de revisar la aplicación de algunas medidas –residuales– de adaptación del salario a la discapacidad como son artículo 1.1. del RD 1451/1983, de 11 de mayo, de empleo selectivo, que permite al empresario reducir unilateralmente la cuantía del salario en un máximo del 25 por 100, para trabajadores declarados en situación de incapacidad permanente parcial con limitaciones de rendimiento<sup>36</sup>, y que el Bo-

<sup>31</sup> Observatorio Estatal de la Discapacidad: *Realidad, situación, dimensión y tendencias...*, cit., p. 89.

<sup>32</sup> INE: *El salario de las personas con discapacidad 2017*, septiembre de 2019, con datos de 2017, accesible en: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=El+salario+de+las+personas+con+discapacidad+2017> (consultado el 6 de julio de 2020).

<sup>33</sup> Cabría interpretar que el dato es debido a mayor trabajo a tiempo parcial entre las personas con discapacidad pero lo cierto es que el salario/hora medio de las personas sin discapacidad era en 2017 de 15’2 euros, mientras que en el caso de las personas con discapacidad alcanzaba los 12’9 euros; es decir, estas últimas percibían un 15’4 por 100 menos de salario por hora. Datos extraídos de INE: *El salario...*, cit., p. 11.

<sup>34</sup> Datos de 2017 obtenidos de INE: *El salario...*, cit. A este respecto indicaremos que:

–Los hombres perciben un salario medio de 20.614,2 euros mientras que el de las mujeres es de 17.365,1.

–Los trabajadores hasta 29 años perciben un salario de 11.834’5 euros, los de entre 30 y 44, 17.330’1 euros, mientras que de 45 años en adelante el salario alcanza un promedio de 21.577’9 euros.

–En materia de nivel ocupacional destaca una amplia diferencia retributiva entre los trabajadores de nivel ocupacional bajo y medio (14.515’1 y 17.964’7 respectivamente) y los trabajadores de grupo ocupacional alto, que perciben anualmente 30.993’8 euros.

<sup>35</sup> JIMÉNEZ LARA, A. y HUETE GARCÍA, A.: *Informe Olivenza 2018 sobre la situación general de la discapacidad en España 2018*, Madrid, Observatorio Estatal de la Discapacidad, 2018, cit., p. 390.

<sup>36</sup> Además, el RD 1451/1983 añade que eso solo será posible cuando el trabajador no haya podido ser reubicado en un puesto adecuado a su capacidad y siempre que la retribución final no quede por debajo del SMI.

rador de Propuesta de reforma del RD 1451/1983 del CERMI pretende suprimir. Asimismo, la Orden de 15 de abril de 1969, de incapacidad permanente prevé (art. 24.3) la posibilidad de disminuciones retributivas que deberán pactarse y que estarán fundamentadas en el menor rendimiento del trabajador en situación de incapacidad permanente total en el desempeño de las nuevas funciones. Más allá de la constatación de algunos abusos en la aplicación de la reducción salarial pactada de la Orden de 15 de abril de 1969<sup>37</sup>, mi impresión es que las reducciones salariales regladas no tienen un peso significativo, aunque evidentemente los planes de igualdad deberían velar, al menos, por que se garantice una esquisita aplicación de las mismas. Por lo demás, los planes de igualdad “orientados” a la discapacidad deberían proyectar su interés prioritario en la detección de prácticas abusivas que excluyan a los trabajadores con discapacidad de mejoras concedidas unilateralmente –y generalizadamente– por el empresario o bien pactadas en instrumentos de eficacia limitada de aplicación general.

## 5. ALGUNOS APUNTES A PROPÓSITO DE LAS BONIFICACIONES A LA CONTRATACIÓN Y A SU RÉGIMEN VIGENTE

La pretensión de este breve apartado es la de abordar alguna reflexión a propósito de los incentivos a la contratación laboral y más en particular en torno a las bonificaciones a la Seguridad Social previstas en la Ley 43/2006, bonificaciones que de por sí muestran, en perspectiva comparada con otros colectivos vulnerables en el mercado de trabajo, una notable apuesta por el empleo de las personas con discapacidad ya que sus cuantías son notablemente más elevadas que las dedicadas a otros sujetos, y además, se trata de bonificaciones de carácter permanente en el caso de la contratación de duración indeterminada con personas con discapacidad. A pesar de que puede haber opiniones divergentes al respecto, tampoco creo que las bonificaciones a la Seguridad Social constituyan en este caso un “peso muerto”, es decir, una medida innecesaria o prescindible debido a la necesidad empresarial de reclutar personal. Antes al contrario, a mi juicio las bonificaciones sobre las cuotas empresariales a la Seguridad Social representan un cierto papel ante una cuota de reserva tan modesta como la española, dado que muchas empresas no están obligadas a la contratación de personas con discapacidad, por lo que estos incentivos pueden realzar el atractivo de su contratación. Como es sabido, más allá de su generoso planteamiento en el ámbito de los Centros Especiales de Empleo, con una bonificación del 100 por 100 de las cuotas patronales (art. 2.3 Ley 43/2006), la Ley diseña las bonificaciones diferenciando entre trabajadores afectados por especiales dificultades y los trabajadores con discapacidad ligera, que tienen derecho a un volumen más modesto de bonificaciones. En este sentido, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 43/2006, la bonificación básica o “bonificación-tipo” del conjunto de cuotas patronales la Seguridad Social por la contratación de trabajadores no afectados de especiales dificultades asciende a 375 euros mensuales (4500 euros/año), mientras que para el caso de los trabajadores afectados por especiales dificultades la bonificación mensual-tipo es de 425 euros mensuales (5100 euros/año). Asimismo, el planteamiento regulador es interesante en tanto en cuanto tras diversas reformas, el alcance de las exclusiones del beneficio (art. 6 Ley 43/2006), apenas afecta a las personas con discapacidad, especialmente a las personas con discapacidad severa<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Es significativa al respecto la STSJ de Navarra de 2 de abril de 1993 (AS 1993/1770), en cuyos antecedentes se describe una aplicación automática y sin causa aparente del descuento y que, sin embargo, es tolerada por el TSJ de Navarra en base a una presunta libre autonomía de la voluntad en el momento de la formalización del pacto. No parece de recibo el planteamiento del Tribunal, que da por bueno un supuesto evidente de renuncia a derechos del artículo 3.5 TRLRET, teniendo en cuenta que se renuncia a cuantías salariales convencionales sin causa suficiente.

<sup>38</sup> No obstante, a las personas con discapacidad no afectadas de especiales dificultades se las excluirá de las bonificaciones en base al artículo 6.1 d) de la Ley 43/2006, es decir, cuando en los tres meses anteriores el trabajador haya finalizado su contrato en otra empresa, una circunstancia que condicionará las situaciones de mejora de empleo. Tal planteamiento ha recibido la crítica de PÉREZ PÉREZ, J.: *Contratación laboral...*, ob. cit., p. 511.

Por otra parte, la Ley 43/2006 también contempla bonificaciones a las cuotas patronales por la contratación temporal de personas con discapacidad (291'66 euros mes [3500 euros año] o 341'66 [4100 año], respectivamente, para trabajadores no afectados de especiales dificultades o sí afectados de especiales dificultades), si bien las restringe fundamentalmente al contrato de trabajo temporal para el fomento de la contratación de personas con discapacidad<sup>39</sup>, lo que deja desguarnecida de bonificaciones a la inmensa mayoría de contratos temporales formalizados con personas con discapacidad, especialmente para su integración a través de empleo con apoyo, que son los contratos eventuales o los contratos por obra o servicio. Por lo demás, el régimen jurídico de las bonificaciones cuenta con un razonable grado de adaptación a la realidad de las personas con discapacidad, especialmente a las afectadas por especiales dificultades porque todas ellas podrían disfrutarse a tiempo parcial lo que soslaya al menos en este punto y de un modo muy contundente –mediante una “sobrebondificación” del 30 por 100<sup>40</sup>–, las clásicas reticencias a la bonificación de contratos a tiempo parcial, considerados en general como una figura precarizante.

Ahora bien, dada la consolidación de estas bonificaciones en nuestro ordenamiento jurídico, se me antoja imprescindible retocar algunos aspectos, fundamentalmente en clave de consideración hacia los trabajadores afectados por especiales dificultades<sup>41</sup>. En este sentido, aunque en la práctica es muy probable que las bonificaciones vigentes combinadas con modestos niveles salariales den lugar a que muchos trabajadores con discapacidad no generen obligaciones de cotización para sus empresas, creo que la fijación de una bonificación al 100 por 100 para este colectivo sería un mensaje contundente de apoyo a su empleo, máxime cuando en los Centros Especiales de Empleo todas las personas con discapacidad generan ese beneficio<sup>42</sup>. En segundo lugar, a mi juicio carece de sentido que al menos en el caso de los trabajadores afectados por especiales dificultades se prive a los contratos temporales de bonificación, mientras que en el caso de lo Centros Especiales de Empleo esa bonificación es del 100 por 100, y

<sup>39</sup> Como es sabido, el contrato de trabajo temporal de fomento del empleo de las personas con discapacidad es un contrato que permite la contratación no causal de personas con discapacidad con una duración mínima de 12 meses y una duración máxima que no podrá exceder los tres años. Su régimen jurídico se encuentra regulado en la disposición adicional primera de la Ley 43/2006. La STS de 14 de mayo de 2020 (recud 1606/2018) ha supuesto un espaldarazo para este contrato ya que el Tribunal Supremo entiende que es utilizable incluso por Centros Especiales de Empleo, una opción muy discutible considerando que estas organizaciones deben contratar al menos a un 70 por 100 de plantilla con discapacidad.

<sup>40</sup> En este sentido, el artículo 2.7 de la Ley 43/2006 establece que para el caso de contrataciones a tiempo parcial la bonificación resultará de aplicar a las previstas en casa caso un porcentaje igual al de la jornada pactada en el contrato al que se le sumarán 30 puntos porcentuales, sin que en ningún caso pueda superar el 100 por 100 de la cuantía prevista.

<sup>41</sup> Sobre esta cuestión puede verse un tratamiento con mayor detalle en ESTEBAN LEGARRETA, R. y GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “La incentivación del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo”, *Revista Española de Discapacidad*, núm. 2, 2014. Consultable en: <https://www.cedd.net/redis/index.php/redis/article/view/106>

<sup>42</sup> De hecho se trata de una medida “de imagen” porque me da la impresión que teniendo en cuenta los salarios medios, las personas con discapacidad intelectual muy probablemente no generan cuota patronal alguna a la Seguridad Social o esta es de muy baja cuantía. En este sentido, el salario medio de estas personas en 2017 fue de 12.197'7 euros (1016'47 euros mensuales a 12 pagas). Si partimos de que el promedio “aproximado” de jornada es de seis horas, la bonificación mensual de cotizaciones empresariales estaría en torno a 318'75 euros (el 75 por 100 de 425 euros), lo que quedaría un poco por debajo de la cuota patronal prevista que estaría en 330'35, calculando un tipo patronal promedio del 32'5 por 100 de la base de cotización. En el caso de las personas con trastorno mental la cuestión está todavía más clara porque en este caso es muy posible que el empresario se vea obligado a aportar cotizaciones a la Seguridad Social. Así, el salario medio de estos trabajadores en 2017 era de 16.215'3 euros, lo que da una base mensual de 1351'27 euros. Si partimos de que la jornada de promedio puede ser de unas seis horas, la cantidad bonificada sería de 318'75 euros, pero la cuota patronal resultante estaría por encima, porque a la base de 1351'27 euros correspondería una cuota aproximada de 439'16 euros. Todo ello aplicando un “tipo general” promediado de 32'5 por 100 como integrante de la cuota patronal. Las cifras de salarios se han obtenido del documento del INE: *El salario de las personas con discapacidad*, cit.

sin perder de vista que en el caso de otros trabajadores frágiles también se bonifica con carácter general su contratación temporal<sup>43</sup>. Es posible que el legislador se muestre estricto en este ámbito porque entiende o entendió en su día que la atractiva bonificación para el contrato indefinido iba a desviar hacia el vínculo indefinido las contrataciones de personas con discapacidad, pero eso no es así y problemememente sea necesaria una reflexión a este respecto.

Por lo demás, hay otro aspecto relevante en las bonificaciones a la Seguridad Social que puede afectar negativamente a trabajadores cualificados con discapacidad baja o moderada. Así, en su diseño actual la bonificación parte de cifras fijas lo que permite visibilizar de un modo más claro el monto de la ayuda –por ejemplo, 375 euros mes en el caso de personas con discapacidad física leve o moderada–, si bien no genera una bonificación que crece en consonancia con los aumentos salariales que pueda experimentar el trabajador; antes al contrario, el régimen vigente de bonificaciones desincentiva los aumentos salariales, lo que entra en contradicción con el principio de mejora de la calidad en el empleo previsto en el artículo 37 de la LGDPD. En este sentido, sería de mayor interés la puesta en marcha de bonificaciones fundamentadas en porcentajes sobre la cuota patronal<sup>44</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

La regulación del empleo de las personas con discapacidad necesita de nuevos impulsos, ya que no tiene sentido depender permanentemente de las iniciativas del Comité de Representantes de las Personas con Discapacidad que hace años ha relajado su posición en la materia. En todo caso, hay elementos que necesitarían de mayor atención, especialmente aquellos que afectan a los subcolectivos con menor tasa de actividad y mayor necesidad de apoyos.

El concepto laboral-general de persona con discapacidad es inadecuado porque permite que las personas con discapacidad ligera puedan recibir ventajas desproporcionadas e inequitativas. En este sentido, convendría que nuestro ordenamiento jurídico-laboral tenga siempre en consideración la diferencia entre persona con discapacidad afectada de especiales dificultades y no afectada de especiales dificultades a los efectos de repartir adecuadamente los apoyos. En materia de concepto de persona con discapacidad, la última jurisprudencia del Tribunal Supremo exige algún tipo de iniciativa legislativa para superar la situación de inseguridad jurídica generada.

El apoyo equilibrado hacia las personas con discapacidad afectadas por especiales dificultades exigiría además, la elaboración de planes de igualdad para empresas de 50 o más trabajadores que ayuden a diagnosticar disfunciones y propongan buenas prácticas en diversos terrenos, especialmente en el acceso al empleo, pero también en la brecha salarial.

Finalmente, el régimen jurídico de las bonificaciones a la Seguridad Social de la Ley 43/2006 muestra un trato muy positivo hacia las personas con discapacidad. De todos modos, los obstáculos padecidos por las personas afectadas por especiales dificultades debería llevar al establecimiento de bonificaciones del 100 por 100, teniendo en cuenta que los Centros Especiales de Empleo disponen de bonificaciones con este alcance. Además, entiendo que sería necesaria una reflexión a propósito de la posibilidad de bonificar la contratación temporal estructural, al tiempo que haría falta revisar algunas exclusiones que afectan a los trabajadores no afectados de especiales dificultades en caso de cambio de empleador, ya que cortocircuitan las mejoras de empleo, en un colectivo cuyas posibilidades de mejora laboral son bastante más limitadas.

<sup>43</sup> Así lo prevé la Ley 43/2006 para las víctimas del terrorismo, víctimas de la violencia de género y personas en situación de exclusión social.

<sup>44</sup> A título de ejemplo, el documento INE: *El salario...*, cit., p. 20, apunta a que en 2017 los trabajadores con discapacidad física percibían un salario anual de 20.841'3 euros, lo que dividido entre 12 bases da una cifra de 1736'75 euros. Partiendo de un tipo global de cuota patronal del 32'5 por 100 aparece una cuota patronal de 564'44 euros, cifra que va a estar por encima de la bonificación fija –375 euros– y que lo estará más cuantas más subidas salariales beneficien al trabajador.