

DL

Documentación Laboral

Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Nº 120 - Año 2020 - Vol. II
Edita: Ediciones Cinca

Empleo de las personas con discapacidad

PRESENTACIÓN

José Fernando Lousada Arochena

Algunos aspectos estructurales ante el empleo de las personas con discapacidad,

Ricardo Esteban Legarreta

El deber de introducir adaptaciones como medida de acceso y mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad,

Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano

Empleo y discapacidad.
Un análisis en perspectiva de género,

Eva María Blázquez Agudo

La extinción causal del contrato de trabajo vinculada a la discapacidad,

Amanda Moreno Solana

La regulación española de la cuota de empleo de personas con discapacidad y medidas alternativas: reflexiones y propuestas de mejora a propósito de su compatibilidad con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,

David Gutiérrez Colominas

La extinción “no causalizada” del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador,

Juan Carlos Iturri Gárate



Consejo de Redacción:

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE
Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

JAIME CABEZA PEREIRO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo

MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO
Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago de Compostela

GUILLERMO L. BARRIOS BAUDOR
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

Consejo Científico:

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Consejero Permanente del Consejo de Estado

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Of Counsel de Sagardoy Abogados

FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Magistrado del Tribunal Constitucional

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

JUAN ANTONIO SAGARDOY BENGOCHEA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Presidente de Honor del Despacho Sagardoy Abogados

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Magistrado del Tribunal Supremo

REMEDIOS ROQUETA BUJ
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

RICARDO ESTEBAN LEGARRETA
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona

Director:

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO

Índice

| | |
|--|----|
| Presentación, <i>José Fernando Lousada Arochena</i> | 3 |
| ESTUDIOS | |
| Algunos aspectos estructurales ante el empleo de las personas con discapacidad, <i>Ricardo Esteban Legarreta</i> | 11 |
| Empleo y discapacidad. Un análisis en perspectiva de género, <i>Eva María Blázquez Agudo</i> | 27 |
| La regulación española de la cuota de empleo de personas con discapacidad y medidas alternativas: reflexiones y propuestas de mejora a propósito de su compatibilidad con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, <i>David Gutiérrez Colominas</i> | 41 |
| El deber de introducir adaptaciones como medida de acceso y mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad, <i>Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano</i> | 59 |
| La extinción causal del contrato de trabajo vinculada a la discapacidad, <i>Amanda Moreno Solana</i> | 75 |
| La extinción “no causalizada” del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador, <i>Juan Carlos Iturri Gárate</i> | 97 |

Documentación Laboral

Publicación periódica (Tres números al año)
Esta publicación se edita desde noviembre de 1981
Edita: **Ediciones Cinca, S. A.**

Precio número suelto:

25€ (IVA no incluido)

Precio número doble:

50€ (IVA no incluido)

Suscripción anual:

España: 60€ (IVA no incluido)

Extranjero: 104€ (IVA no incluido)

Fecha de publicación de este número: septiembre, 2020

Distribución a librerías y suscripciones:

Ediciones Cinca, S. A.
General Ibáñez Íbero, núm. 5A
28003 Madrid
Teléfono: 91 553 22 72
grupoeditorial@edicionescinca.com

Producción editorial, coordinación técnica e impresión:

Grupo Editorial Cinca, S. A.
General Ibáñez Íbero, núm. 5A
28003 Madrid

Depósito legal: M.38.180-1981

ISSN: 0211-8556

La suscripción a esta publicación autoriza el uso exclusivo y personal de la misma por parte del suscriptor. Cualquier otra reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta publicación sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares. En particular, la Editorial, a los efectos previstos en el art. 32.1 párrafo 2 del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquier fragmento de esta obra sea utilizado para la realización de resúmenes de prensa, salvo que cuente con la autorización específica.

Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar, escanear, distribuir o poner a disposición de otros usuarios algún fragmento de esta obra, o si quiere utilizarla para elaborar resúmenes de prensa (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

EDITA:
Ediciones Cinca, S. A.

PRODUCCIÓN EDITORIAL:
Juan Vidaurre

DIRECTOR DE EDICIONES:
Joaquín Sastrón Urioste

EDITOR:
Luis Sastrón Gandullo

PRESENTACIÓN

DISCAPACIDAD Y TRABAJO

DISABILITY AND WORK

José Fernando Lousada Arचना*
*Asociación Española de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*

1. El concepto jurídico de discapacidad ha evolucionado profundamente a lo largo de la Historia. Si nos remontamos al Derecho romano, se consideraba al loco y al pródigo como incapaces, sometidos a curatela (*cura furiosi* y *cura prodigi*), lo que venía a suponer la muerte civil, pues el curador pasaba a controlar su vida y su patrimonio. En la Edad Media, las personas con discapacidad eran consideradas anormales, olvidadas, rechazadas e incluso temidas; se les tildaba de locos, herejes, embrujados, delincuentes, vagos o corruptos. Las personas con discapacidad eran marginadas, a veces internadas de por vida en instituciones cerradas e incluso sometidas a políticas de eugenesia que, desafortunadamente, han pervivido en países avanzados hasta fechas no muy lejanas.

Cuando los poderes públicos comenzaron a intervenir en beneficio de las personas con discapacidad, muy especialmente a favor de los mutilados de las guerras mundiales, las políticas públicas se enfocaron al apoyo asistencial de cada individuo: un ejemplo típico: proporcionar una silla de ruedas a una persona paralítica. Pero sigue sin haber un enfoque de derechos humanos. Ni siquiera la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) recogió la discapacidad como causa de discriminación. Tampoco el Convenio 111 OIT sobre discriminación en el empleo y la ocupación (1958), aunque se alude a la discapacidad para considerar no discriminatorias las medidas dirigidas a personas que, como los inválidos, son acreedores de necesidad especial de asistencia.

* Copresidente de la Comisión de Igualdad de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Se sustentaba esta alusión del Convenio 111 OIT –y algunas otras de aquellas épocas– en una concepción médico asistencial individual que se desarrolló en dos Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la 2856, de 20 de diciembre de 1971, sobre derechos del retrasado mental, y la 3447, de 9 de diciembre de 1975, sobre derechos de los impedidos. La discapacidad se consideraba una deficiencia física, psíquica o sensorial de cada individuo y las mismas denominaciones, algunas de las cuales serían percibidas actualmente como ofensivas, denotan esa consideración.

2. Con la Resolución 37/52 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 3 de diciembre de 1982, Programa de Acción Mundial para los Impedidos (sic, se mantienen aún las denominaciones ofensivas), dictada tras el Año Internacional de la Discapacidad (1981), comienza a ceder terreno el modelo médico asistencial individual a favor de otro modelo diferente llamado social. El modelo social considera que la discriminación por discapacidad no obedece tanto a una supuesta menor capacidad del individuo como a los prejuicios sociales –en el ejemplo, la integración del parálítico no se solventa con una silla de ruedas, se deben de eliminar las barreras arquitectónicas y, en general, los prejuicios sociales que lo mantienen fuera del disfrute de los derechos–.

Un modelo social que se ha afianzado en la Resolución 48/96 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1993, Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (por fin, una denominación no ofensiva), que –en su artículo 7– establece los principios generales de las políticas de empleo, a saber (1) el objetivo principal es el acceso al mercado de trabajo abierto, quedando como último recurso el empleo protegido, (2) el apoyo activo a la integración a través de formación profesional, cuotas basadas en incentivos, o asistencia financiera a empresas empleadoras de personas discapacitadas, y (3) el estímulo a las empresa para ajustes razonables para empleo de personas discapacitadas.

Tal evolución ha culminado, en el ámbito internacional, con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006. Es una convención internacional concebida como amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Efectivamente, su propósito es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” –artículo 1–.

Igualmente responde al modelo social la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, como lo acredita ya directamente la consideración de la discapacidad como una causa de discriminación prohibida y la conexión establecida en el Preámbulo de la Directiva con el bagaje internacional y europeo sobre derechos humanos. No en vano se dice que esta Directiva es una norma de derechos humanos.

3. La obligación de los poderes públicos de realizar una política de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas discapacitadas, prestándoles atención especializada y amparándolos en sus derechos de ciudadanía, establecida en el artículo 49 de la Constitución –que habla de disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos–, unida a la prohibición general de discriminación del artículo 14, han determinado el desarrollo de una normativa bastante sólida en orden a la integración laboral que arranca con la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, la cual –y así lo reconoce su artículo 2– se construye sobre las Resoluciones de la ONU sustentadas en el modelo médico asistencial individual.

Posteriormente, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU), y la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social –de transposición de la Directiva 2000/78/CE–, han supuesto una mejora del aparato normativo, introduciendo el concepto social. Como la LIONDAU no reguló un régimen de infracciones y sanciones, esa carencia se solventó con la Ley 49/2007, de 26 de diciembre. El resultado final fue una grave dispersión normativa, dada la existencia de varias duplicidades entre la LIONDAU y la Ley 62/2003, y a la circunstancia de que se mantuvo la vigencia de la LISMI.

Con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, se buscó una plena eficacia al mandato internacional para instaurar plenamente el modelo social; también se habilitó al Gobierno para refundir la normativa vigente. Así se ha aprobado el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPD).

4. A pesar de este importante bagaje normativo, la normativa presenta numerosas carencias, disfunciones y lagunas en relación con el modelo social contemplado por la Convención de Naciones Unidas que obliga a cambios profundos en

todos los ámbitos del ordenamiento jurídico que exigen reformas normativas. Señaladamente, se debería asumir una reforma constitucional para eludir la denominación, todavía con marcadas connotaciones ofensivas, con que a las personas con discapacidad se refiere la Constitución. Desde 2013, se ha realizado, en esta línea, un importante esfuerzo legislativo: la Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, garantiza el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en iguales condiciones; la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, garantiza la participación de las personas con discapacidad; y, finalmente, la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, garantiza el derecho de sufragio de las personas con discapacidad. Y en esta misma línea, el Gobierno de la Nación ha presentado recientemente (el 3 de julio de 2020) un Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

5. El Derecho del Trabajo se ha mantenido al margen de esta efervescencia normativa, y acaso sería necesario que se uniera a ella para una mejor adaptación al espíritu de la Convención de Naciones Unidas. Mientras tanto, quienes estudiamos y aplicamos el Derecho del Trabajo nos encontramos con problemas interpretativos para conjugar unas normas surgidas en el modelo médico asistencial individual y que no han sido reformadas, o no han sido reformadas con la suficiente profundidad, con el nuevo espíritu surgido del modelo social imperante en todos los instrumentos supranacionales.

Dadas todas estas circunstancias, la Comisión de Igualdad de la Asociación Española de Derecho del Trabajo, con el apoyo de toda la Directiva de la Asociación y en particular de José María Miranda Boto y de Guillermo Leandro Barrios Baudor, Secretario y Gerente, respectivamente, de la Asociación, entendió oportuno organizar una jornada sobre el empleo de las personas con discapacidad, que se celebró el 7 de noviembre de 2019, en la Universidad Carlos III en el Campus de la Puerta de Toledo, y que contó también con el apoyo de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social del Gobierno de España y de la Obra Social de La Caixa. En particular, nuestro agradecimiento a Jesús Ángel Celada Pérez, Director General de Políticas de Discapacidad, por su presencia personal en la inauguración.

Y la exitosa realización de la jornada debida a la calidad de las ponencias nos abrió el camino a su publicación en este número especial de Documentación Laboral.

6. Ricardo Esteban Legarreta, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona, realiza, desde el profundo conocimiento de la normativa laboral de la discapacidad que ha demostrado sobradamente a lo largo de su trayectoria profesional, y con una perspectiva crítica, aspectos estructurales en torno a la regulación del empleo de personas con discapacidad. Su repaso a la normativa le conduce a reclamar nuevos impulsos, que deberían conducir a una mejor conceptualización legal de la discapacidad, a la implementación de planes de igualdad en materia de discapacidad y a mejoras en las bonificaciones a la cotización.

Un análisis general de la materia, ahora desde la perspectiva de género, lo realiza Eva María Blázquez Agudo, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid, y reconocida especialista en igualdad de género. Constata la autora una discriminación múltiple que sitúa a las mujeres con discapacidad en una situación más marginal que a los hombres con discapacidad. De especial interés resultan ser las medidas propositivas con las cuales culmina su estudio.

El acceso al empleo ordinario promocionado con la cuota de empleo de personas con discapacidad y medidas alternativas es analizado de una manera crítica a la vista de la Convención de Naciones Unidas, por David Gutiérrez Colominas, Investigador postdoctoral (acreditado profesor contratado doctor) de la Universidad Autónoma de Barcelona. No en vano, como muy bien pone de manifiesto el autor, la Convención, igual que la Directiva 2000/78/CE, apuesta, más que por acciones positivas, por adaptar las condiciones de trabajo como medida acorde con el modelo social a implementar.

Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pública de Navarra, analiza, con la profundidad que caracteriza a la autora, el concepto de ajuste razonable recogido en la legislación española y su conexión con el concepto ofrecido en la Convención de Naciones Unidas y en la Directiva 2007/78/CE, así como los elementos esenciales del concepto de ajuste razonable: la razonabilidad del ajuste y la idea de carga excesiva.

Los últimos dos estudios analizan aspectos de la extinción del contrato de trabajo. Amanda Moreno Solana, Profesora Doctora de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid, acomete, con sobresaliente solvencia, el estudio de las causas de extinción del contrato de trabajo vinculadas a la situación de discapacidad. Realiza la autora un repaso de la doctrina

de los tribunales de justicia, aporta propuestas de reforma legislativa, y constata, en fin, que los cambios para adecuar nuestra normativa a la Convención de Naciones Unidas están llegando, aunque se lamenta, con toda la razón, de que no lo hacen a la velocidad que le gustaría.

Quién mejor, por su condición de reconocido experto en la materia, y también por su condición de magistrado, que Juan Carlos Iturri Gárate, Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, para analizar críticamente la doctrina judicial sobre la extinción no causalizada del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador. Realiza un repaso minucioso de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia y los Juzgados de lo Social, detectando, entre los TTSSJJ y los JJSS, un prometedo ensanchamiento del ámbito operativo de la nulidad, aunque la improcedencia siga siendo principio general.

7. Nos queda solo reiterar el agradecimiento de la Comisión de Igualdad de la Asociación Española del Derecho del Trabajo, y el mío personal, a todas las personas que colaboraron en el buen fin de las jornadas, a todas las personas que asistieron a las mismas, y a los y las ponentes que asumieron la ponencia, y luego escribirla, para poder presentar esta publicación que, anuncio, es de alto nivel. Les deseo una buena lectura.



AUTORES DEL PRESENTE NÚMERO

Ricardo Esteban Legarreta

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona

Eva María Blázquez Agudo

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
(en servicios especiales)
Universidad Carlos III de Madrid

David Gutiérrez Colominas

Investigador postdoctoral (acreditado profesor contratado doctor)
Universidad Autónoma de Barcelona

Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pública de Navarra

Amanda Moreno Solana

Profesora Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

Juan Carlos Iturri Gárate

Magistrado de la Sala de lo Social
Tribunal Superior de Justicia del País Vasco