

## PRESENTACIÓN

El presente volumen forma parte del proyecto de investigación “Madrid sin Barreras: discapacidad e inclusión social” (H2015/HUM3330) en el que, financiado por la Comunidad de Madrid, participamos liderados por la Universidad Carlos III y su Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” las Universidades Autónoma de Madrid, UNED, Politécnica de Madrid, Alcalá y Pontificia Comillas-ICADE y del proyecto “Diseño, accesibilidad y ajustes. El eje de los derechos de las personas con discapacidad” (DER2016-75164-P) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (ahora Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades). Estos proyectos parecen muy pertinentes cuando en 2018 se cumplen diez años de la ratificación por parte de España de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad y, sin embargo, pese al tiempo transcurrido observamos que en nuestro país todavía esos derechos no son plenamente efectivos ni están garantizados.

Dentro de la distribución de cometidos del citado proyecto de investigación interuniversitario, el Grupo de Investigación “Políticas Sociales y de Bienestar”, de la Universidad Pontificia Comillas, nos hemos centrado en la cuestión del empleo. El empleo ha venido siendo tradicionalmente el principal instrumento para lograr el reconocimiento social. De hecho, las sociedades llevamos siglos construyendo el vínculo social en torno al empleo. Éste ordena nuestra vida, nuestras rutinas, nuestros horarios, determina la posición socioeconómica, nos constituye en verdaderos ciudadanos. Se puede decir que quizá esta centralidad del empleo es cosa del pasado, en un contexto de sustitución de empleos por tecnologías cada vez más avanzadas y de la existencia de un desempleo estructural en nuestras economías. Y es que, sin duda, en una época como ésta de cambios, el empleo no es ajeno a los mismos y el mundo del trabajo está conociendo cambios muy profundos que, si se aprovechan bien, pueden ser oportunidades de construir sociedades prósperas e inclusivas donde los derechos de todos estén reconocidos, o amenazas que nos hagan profundizar más las desigualdades, la pobreza y la ausencia de reconocimiento de grupos cada vez más extensos de personas, pues no hemos de olvidar el incremento de discapacidades sobrevenidas que se están produciendo en nuestras sociedades por diversos motivos (enfermedades raras, accidentes laborales...).

Podemos decir, en consecuencia, que aun en este contexto de cambios, el trabajo y el empleo son fundamentales para las personas. No solo para que la persona tenga un salario con el que cubrir sus necesidades fundamentales, sino también para que a través de ellos esté en condiciones de desarrollar su plan de vida, su proyecto, y a través de ese trabajo se logre el reconocimiento social y una integración plena en la comunidad, al igual que el resto de trabajadores.

Si hoy el empleo es problema para muchas personas, lo es más, lo viene siendo desde hace mucho, para las personas con discapacidad. Encontramos que pese a lo que dice la Convención y las normas de nuestro ordenamiento, la inserción laboral de las personas con discapacidad es mucho menor: hay una menor tasa de actividad, una mayor tasa de desempleo, los salarios son menores, las posibilidades de promoción también... Y a eso además se añaden otros factores de discriminación interseccional, algunos generalizados en el mercado laboral (ser mujer, ser madre, ser mayor de 45 años, tener una menor cualificación...) y otros específicos de las personas con discapacidad (tener una discapacidad intelectual o un mayor grado de discapacidad...). Ciertamente, cuando nos acercamos a esta realidad se tiene la sensación de que nunca las autoridades ni los gobiernos ni los legisladores se han tomado en serio los derechos de las personas con discapacidad y, dentro de estos, su derecho al trabajo y sus derechos laborales. Y como se puede ver por las aportaciones internacionales que contiene este libro, este problema es algo compartido en muchos países.

Como queda mucho por hacer creemos que este volumen tiene interés no solo para las personas con discapacidad que pueden encontrar en él recursos o información que les puede resultar de utilidad, sino también para el público en general que en muchas ocasiones desconoce esta realidad. Y confiamos, como editores, que llegue también a los que tienen responsabilidades políticas y que sirva para cambiar muchas cosas que todavía necesitan realizarse.

La Convención de los derechos de las personas con discapacidad hace una apuesta clara por el empleo ordinario y entiende que el empleo protegido solo tiene sentido como algo transitorio. No podría ser de otra manera si estamos convencidos de que la discriminación que sufren las personas con discapacidad es algo que se debe sobre todo a los obstáculos sociales existentes que responden a un modelo liberal, capacitista, que entiende que las personas no necesitamos unas de otras. Ese modelo, por suerte, se empieza a superar y la Convención es el primer texto jurídico de derechos humanos del siglo XXI que plantea un modelo alternativo donde se valora cada persona en su diversidad como algo que enriquece nuestras sociedades y el potencial que todas las personas podemos aportar a nuestras comunidades. Porque la riqueza no es solo lo que mide el PIB o la cantidad de dinero que tienen los

países, sino las relaciones humanas que se dan entre los miembros de una sociedad, el grado de respeto, empatía, aceptación mutua y solidaridad.

Este volumen pretende abordar todos o casi todos los aspectos del empleo de las personas con discapacidad desde un enfoque multidisciplinar y transversal. Está dividido en cuatro partes: la primera, eminentemente jurídica, se centra en el análisis tanto del empleo ordinario como protegido, así como en determinados colectivos dentro de las personas con discapacidad que pueden encontrarse con una mayor discriminación a la hora de acceder a un empleo o desarrollar su trabajo. La segunda parte está centrada en el entorno laboral y en el análisis de una serie de conceptos presentes en la Convención en ocasiones necesarios para que el ejercicio de los derechos laborales se haga en condiciones de igualdad: los apoyos y los ajustes razonables. En tercer lugar, se recogen una serie de casos y de prácticas que pueden servir de inspiración a la hora de hacer las cosas bien. Por último, hay una serie de trabajos que miran al futuro, analizando los desafíos que tenemos por delante y proponiendo soluciones a los mismos.

Este libro es el resultado del Congreso “Retos del empleo de personas con discapacidad” que, en el marco del proyecto “Madrid sin Barreras”, realizamos en la Universidad Pontificia Comillas los días 22, 23 y 24 de noviembre de 2017. Queremos agradecer las colaboraciones de todos los que participaron en ese congreso, muchas de ellas incluidas en este volumen. El congreso contó con el apoyo de la Facultad de Derecho-ICADE de la Universidad Pontificia Comillas y del Centro de Innovación del Derecho (CID); sin la ayuda y la dedicación de Paloma de Benito su organización hubiera sido imposible.

Queremos agradecer también el trabajo de todos los investigadores que forman parte del proyecto. Trabajar con ellos estos años es un verdadero placer e, independientemente de la vida del proyecto, esperamos que la colaboración entre nuestros grupos de investigación y universidades siga muchos años más. Por último, permítasenos agradecer a nuestros compañeros de la Universidad Pontificia Comillas que participan en el proyecto, algunos de los cuales son autores de algún capítulo: los profesores Ángeles Bengoechea, María Burzaco, Dolores Carrillo, Alberto Colino y Javier Ramos; contamos también con la colaboración de la Clínica Jurídica ICADE al frente de la cual está la profesora Concha Molina realizando un trabajo excepcional.

Solo nos queda esperar que este volumen sea de interés para los lectores y que podamos así contribuir en la medida en que un libro académico de investigación puede hacerlo, a una sociedad más inclusiva y justa.

**José Luis Rey Pérez y Lourdes Mateo Sanz**

Madrid, 8 de mayo de 2018



## PRÓLOGO

En las sociedades contemporáneas, el acceso al empleo constituye una de las fuentes de la inclusión social y, por tanto, también de la exclusión. Se trata de una cuestión de derechos humanos y de no discriminación que, como es obvio, no podía pasar desapercibida para la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD).

La CDPD dedica un artículo, el 27, a esta cuestión, reconociendo el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás. Este reconocimiento se concreta en una serie de obligaciones de los poderes públicos y de los particulares, y en una serie de derechos de las personas con discapacidad.

Nuestra Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad (LGDPD), del año 2013, contempla al empleo como uno de sus ámbitos básicos de aplicación (artículo 5), encomendando a las administraciones públicas una protección especialmente intensa en materia de empleo (artículo 7.3). La LGDPD dedica el capítulo VI, conformado por un total de 13 artículos, a la regulación del derecho al trabajo, reconociendo, en su artículo 35, que “las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación”.

Pero los datos de empleo de las personas con discapacidad en España, dan cuenta de un panorama no muy alentador. En el año 2015, en España, el número de personas de edades comprendidas entre los 16 y los 64 años, residentes en hogares familiares y con discapacidad oficialmente reconocida era el 5,9% de la población española en edad laboral. El 33,9% de las personas con discapacidad oficialmente reconocida eran activos. Esta tasa de actividad era 44,2 puntos inferior a la de la población sin discapacidad. La tasa de paro para el colectivo fue del 31,0% en 2015. Esta tasa era 9,1 puntos superior a la de la población sin discapacidad. La tasa de empleo de las personas con discapacidad era del 23,4%. El 88,6% de los ocupados eran asalariados y, de estos, el 77,0% tenía contrato indefinido.

El Comité de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, en su informe sobre España de 2011, expresaba su inquietud por

la baja tasa general de empleo de las personas con discapacidad, y ello, decía, a pesar de la existencia de una serie de disposiciones destinadas a mantener empleadas a las personas con discapacidad. En este sentido, recomendaba al Estado elaborar “programas abiertos y avanzados para aumentar las oportunidades de empleo de las mujeres y los hombres con discapacidad”.

Como ya he dicho en otras ocasiones, la diferencia entre la realidad social y la normativa tiene que ver con las dificultades que encuentra el modelo social, esto es la filosofía que está detrás de la Convención y del enfoque de derechos humanos aplicado a las personas con discapacidad, de situarse por encima del tradicional modelo médico.

No cabe duda de que la superación de este modelo, alejado en muchos aspectos del enfoque de derechos humanos, requiere de la concienciación y la sensibilización, pero también, de la formación y la investigación. De ahí, la importancia de este libro que prologo en el que se abordan desde distintos ángulos el empleo de las personas con discapacidad.

Desde mi punto de vista, y tomando como referencia la situación del empleo de las personas con discapacidad en España, cuatro son los principales problemas a resolver: (i) el cupo de reserva y las medidas alternativas; (ii) la determinación del significado y alcance de los ajustes razonables; (iii) la promoción del empleo con apoyo; (iv) la transición al empleo ordinario.

Como es sabido, según dispone nuestra legislación, las empresas públicas y privadas que empleen a 50 o más trabajadores deberán contratar al menos el 2 por 100 de personas con discapacidad. En el ámbito del empleo público, según señala el art. 59 del Estatuto Básico del Empleado Público, el cupo no debe ser inferior al 7 por 100 siempre que superen los procesos selectivos, acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas (al menos el 2 por 100 de las plazas ofertadas deben ser para personas con discapacidad intelectual).

Ahora bien, esta obligación se puede excepcionar bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial, bien por opción voluntaria del empresario. Las causas que permite excepcionar son: a) imposibilidad de que los Servicios Públicos de Empleo o las Agencias de Colocación puedan atender la oferta de empleo después de haber efectuado las gestiones de intermediación necesarias; b) acreditación por parte de la empresa de cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motiven especial dificultad para incorporar a trabajadores con discapacidad.

Pero lo más problemático y lo que hace que la obligación no sea eficaz es que también puede ser dejada a un lado si se llevan a cabo otras medidas tales como: a) la realización de un contrato mercantil o civil con un Centro

Especial de Empleo (CEE) o con un trabajador autónomo con discapacidad (para el suministro de bienes, o para la prestación de servicios ajenos); b) la realización de donaciones y acciones de patrocinio; c) la constitución de enclaves laborales.

Pues bien, conviene repensar estas excepciones y analizar si constituyen un mecanismo eficaz para la inclusión de las personas con discapacidad en el mercado laboral ordinario.

Otra cuestión problemática pendiente de resolver es la de la determinación del significado y alcance del ajuste razonable. Nuestra LGDPD lo define como: “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos”. Por su parte, el Comité de derechos de las personas con discapacidad, en su comentario general sobre accesibilidad, señaló: “La obligación de realizar ajustes razonables es una obligación *ex nunc*, lo que significa que estos son exigibles desde el momento en que una persona con una deficiencia los necesita en una determinada situación, por ejemplo, el lugar de trabajo o la escuela, para disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones en un contexto particular”.

Los ajustes razonables forman parte de lo que he denominado en otros lugares como el eje de la accesibilidad y, en este sentido, el eje de los derechos de las personas con discapacidad. Se trata de un derecho que adquiere sentido cuando el diseño universal o las medidas de accesibilidad han fallado de manera justificada.

La justificación del ajuste exige su razonabilidad en dos momentos. En el primero de ellos, lo razonable del ajuste radica en la existencia de una falta de accesibilidad justificada y por lo tanto no discriminatoria; en el segundo, lo razonable del ajuste radica en que no se traduce en una carga indebida o desproporcionada. En todo caso, la razonabilidad no puede ser una válvula de escape de la exigencia del diseño universal y convertirse en una estrategia que permita ocultar verdaderos casos de discriminación.

En el ámbito del empleo, el artículo 40.2 de la LGDPD establece: “Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profe-

sionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”. Por su parte, el artículo 59.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, afirma: “Cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad”.

Así, el ajuste se configura como una obligación de los empresarios y de la Administración Pública y, a la vez, como un derecho del trabajador (e incluso, de sus familiares, a través de la incorporación del principio de no discriminación por asociación).

Los objetivos del ajuste razonable en el empleo son tres: facilitar el acceso al empleo, facilitar el ejercicio del derecho al trabajo y progresar en el empleo (formación).

Pues bien, varios son los problemas que se presentan en relación con los ajustes. El primero de ellos tiene que ver con la determinación de las medidas que se pueden considerar como ajustes razonables (medidas adecuadas). Para ello hay que tener en cuenta el considerando 20 de la Directiva 2000/78, concreta su significado como “[...] medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre”. El segundo de los problemas es el de los límites de la obligación que tiene el empresario. A estos efectos, el artículo 66.2 de la LGDPD establece: “A efectos de determinar si un ajuste es razonable, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.m), se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda. A este fin, las administraciones públicas competentes podrán establecer un régimen de ayudas públicas para contribuir a sufragar los costes derivados de la obligación de realizar ajustes razonables. Las discrepancias entre el solicitante del ajuste razonable y el sujeto obligado podrán ser resueltas a través del sistema de arbitraje previsto en el artículo 74, sin perjuicio de la protección administrativa o judicial que en cada caso proceda”. Y el artículo 40.2 de la misma Ley señala: “Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa”. El tercero de los pro-



blemas tiene que ver con su incumplimiento. Como es sabido, la Disposición adicional séptima de la LGDPD establece: “Las infracciones y sanciones en el orden social en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad seguirán rigiéndose por el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto”. Pues bien, el artículo aplicable de la Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social sería el 8,1,2, referido a las “decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad...”. Sin embargo, no está claro que sea así con lo que es necesaria una norma más clara. Además de estos tres problemas en relación con los ajustes, existen otros no menos importantes como el tratamiento de la información y los datos sensibles, el papel del ajuste razonable ante la inepititud sobrevenida (con una interesante sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 22 de febrero de 2018), o la relación entre los ajustes y las medidas preventivas contenidas en el artículo 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.

Junto a las cuotas de reserva y los ajustes razonables, otra cuestión fundamental en el campo del empleo de las personas con discapacidad es la promoción del empleo con apoyo. Como es sabido, esta medida, recogida en el artículo 41 de la LGDPD, está regulada en el Real Decreto 870/2007. En el artículo 2.1 de esta norma se refiere al empleo con apoyo como “el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, prestadas por preparadores laborales especializados, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de trabajadores con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñen puestos equivalentes”. Los trabajadores con especial dificultad de inserción laboral son personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100; personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100; personas sordas y con discapacidad auditiva con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100.

Se trata de una medida que favorece el empleo inclusivo y que debe ser promocionada y conocida.

Por último, el cuarto gran problema a resolver consiste en lograr el paso al mercado laboral ordinario de las personas con discapacidad. Como es sabido, el empleo protegido es el destinado específicamente a personas con discapacidad que se considera tienen especiales dificultades para acceder al

mercado de trabajo ordinario y que se beneficia de subvenciones y/o regulaciones especiales por parte del Estado debido a la relevante función social que desempeña. Los Centros Especiales de Empleo constituyen, en el sistema jurídico español, la principal manifestación del empleo protegido. Ahora bien, el empleo protegido no es el modelo de empleo del enfoque de derechos humanos.

Los Centros Especiales de empleo tienen su origen en la Ley 13/1982 de 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos y son definidos por la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad como: “aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario. Igualmente, los centros especiales de empleo deberán prestar, a través de las unidades de apoyo, los servicios de ajuste personal y social que requieran las personas trabajadoras con discapacidad, según sus circunstancias y conforme a lo que se determine reglamentariamente”. No cabe duda de que los Centros Especiales de Empleo cumplen un papel fundamental en la integración de las personas con discapacidad en el ámbito laboral. Sin embargo, no se ha conseguido que sean instrumentos de transición hacia el mercado ordinario.

Pero por encima de estos cuatro grandes asuntos que he destacado, considero que el logro de un mercado laboral inclusivo tiene, como barrera fundamental, una falta de comprensión de la discapacidad o, si se quiere, la ausencia de un enfoque de derechos humanos por parte de los agentes laborales. Por eso, resulta sumamente importante destinar esfuerzos a formar y concienciar en este enfoque.

*El empleo de las personas con discapacidad: oportunidades y desafíos* es un buen ejemplo de este tipo de esfuerzos. Se trata de una obra que tiene su origen en unas Jornadas organizadas por un equipo de investigación de la Universidad Pontificia de Comillas, encabezado por el profesor José Luis Rey Pérez, a quien agradezco la invitación de realizar este prólogo y el excelente trabajo que, desde hace unos años, vienen desarrollando en el campo de los derechos humanos en general, y de los derechos de las personas con discapacidad en particular.

**Rafael de Asís**  
Molino de la Hoz  
Abril de 2018