

DISCAPACIDAD Y PUESTOS DE TRABAJO

Lourdes López Cumbre
Catedrática de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social
Universidad de Cantabria

ANEXO

I. LEGISLATIVO

1. Real Decreto 27/2000, de 14 de enero, BOE, 26, por el que se establecen medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2 por 100 en favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores.

“Artículo 2. Medidas alternativas.

1. Las medidas alternativas que las empresas podrán aplicar en orden al cumplimiento de la obligación de reserva de empleo en favor de los discapacitados son las siguientes:

1.ª Realización de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo discapacitado, para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo, o de cualquier otro tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa que opta por esta medida.

2.ª Realización de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo discapacitado, para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa.

3.ª Realización de donaciones y de acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo en favor de los minusválidos que permita la creación de puestos de trabajo para los mismos y, finalmente, su integración en el mercado de trabajo.

2. El importe anual de los contratos mercantiles o civiles con centros especiales de empleo de las medidas 1.ª y 2.ª del apartado anterior habrá de ser, al menos, 3 veces el salario mínimo interprofesional anual por cada trabajador minusválido dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 por 100.

El importe anual de la medida alternativa 3.ª del apartado anterior habrá de ser, al menos, de un importe de 1,5 veces el salario mínimo interprofesional anual por cada trabajador minusválido dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 por 100”.

2. Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, BOE, 8 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

“Artículo 15. Infracciones graves.

Son infracciones graves:

1. No informar las empresas de selección de sus tareas al servicio público de empleo.

2. *El incumplimiento de las medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo dictadas en virtud de lo dispuesto en el artículo 17, apartados 2 y 3, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.*

3. *El incumplimiento en materia de integración laboral de personas con discapacidad de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional.*

Artículo 40. Cuantía de las sanciones.

1. *Las infracciones en materia de relaciones laborales y empleo, en materia de Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 siguiente, en materia de movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias, excepto las que se refieran a materias de prevención de riesgos laborales, que quedarán encuadradas en el apartado 2 de este artículo, así como las infracciones por obstrucción se sancionarán:*

a) *Las leves, en su grado mínimo, con multas de 60 a 125 euros; en su grado medio, de 126 a 310 euros; y en su grado máximo, de 311 a 625 euros.*

b) *Las graves con multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros.*

c) *Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros.*

3. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, BOE, 9 de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

“Artículo 71. Prohibiciones de contratar.

1. *No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias: ...*

d) *No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de más de 250 trabajadores, no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres.*

En relación con el cumplimiento de sus obligaciones tributarias o con la Seguridad Social, se considerará que las empresas se encuentran al corriente en el mismo cuando las deudas estén aplazadas, fraccionadas o se hubiera acordado su suspensión con ocasión de la impugnación de tales deudas.

La acreditación del cumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo del 2 por ciento para personas con discapacidad y de la obligación de contar con un plan de igualdad a que se refiere el primer párrafo de esta letra se hará mediante la presentación de la declaración responsable a que se refiere el artículo 140.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto, podrá establecer una forma alternativa de acreditación que, en todo caso, será bien mediante certificación del órgano administrativo correspondiente, con vigencia mínima de seis meses, o bien mediante certificación del correspondiente Registro de Licitadores, en los casos en que dicha circunstancia figure inscrita en el mismo”.

4. Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, BOE, 23, de trabajo a distancia.

“Artículo 22. Facultades de control empresarial.

La empresa podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad”.

II. JURISPRUDENCIAL

5. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2019, asunto C-397/18, asunto Nobel Plastiques Ibérica, S.A.: asimilación del trabajo especialmente sensible a la discapacidad

“La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que el estado de salud de un trabajador reconocido como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del Derecho nacional, que no permite al trabajador desempeñar determinados puestos de trabajo al suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas, solo está comprendido en el concepto de «discapacidad», en el sentido de dicha Directiva, en caso de que ese estado de salud implique una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si en el asunto principal concurren tales requisitos.

El artículo 2, apartado 2, letra b), inciso ii), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que el despido por «causas objetivas» de un trabajador con discapacidad debido a que este cumple los criterios de selección tomados en consideración por el empresario para determinar a las personas que van a ser despedidas, a saber, presentar una productividad inferior a un determinado nivel, una menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y un elevado índice de absentismo, constituye una discriminación indirecta por motivos de discapacidad, en el sentido de dicha disposición, a no ser que el empresario haya realizado previamente con respecto a ese trabajador ajustes razonables, en el sentido del artículo 5 de la misma Directiva, a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional”.

2. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 29 de noviembre de 2018, Ar. 6053: el Pleno del Tribunal Supremo declara ineficaz por incurrir en «ultra vires» el art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, en cuanto dispone que es aplicable «a todos los efectos» la equiparación de los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalide. Incluye Voto Particular.

“En ejercicio de esa facultad, que constituye una obligación, hemos de afirmar que el art. 4. 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013 conduce a la inexorable conclusión de que ha incurrido en ultra vires por exceso en la delegación legislativa, en tanto que no respeta el art.1 de la propia Ley 26/2011, de 1 de agosto (RCL 2011, 1517, 1831) , que, además de atribuirle esa delegación, ratificó el contenido de aquel art. 2.1 Ley 51/2003 (RCL 2003, 2818) 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 radical alteración del mandato legislativo que modifica de manera esencial el texto que debía refundir, hasta el extremo de que 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. Resulta con ello palmario que si el legislador quería mantener en sus términos la dicción literal del precepto que equiparaba al 33% de discapacidad a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez a los exclusivos efectos de esa ley, no estaba en su ánimo la extensión de este beneficio a todos y cualquiera de los múltiples, variados y muy heterogéneos efectos que despliega en distintas ramas de nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento de un grado de discapacidad del 33%. La dicción literal que la propia Ley 26/2011 otorga al art. 1.2 de la Ley 51/2003 no deja ningún margen de duda sobre esa voluntad del legislador, que se ve sustancialmente alterada en la redacción del RD Legislativo, justamente en el esencial extremo sobre el que precisamente pivota el alcance de aquella equiparación del que dependen los muy diferentes efectos legales que haya de desplegar, en razón de que se considere extensible a todos los efectos o simplemente limitada a los efectos de esa misma Ley” (FJ 3).

VOTO PARTICULAR:

En consecuencia, partiendo de que la norma cuestionada no ha incurrido en ultra vires, y a todos los efectos previstos en el RD-Legislativo 1/2013, "tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. 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 el 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". Lo que determina que no es posible en un procedimiento de determinación del porcentaje de discapacidad establecer que el interesado, por ser IPT, IPA o GI, tenga un 33% de discapacidad. Por ser IPT, IPA o GI, tendrá la consideración de persona con discapacidad, sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en el RD 1971/1999, para que se dicte resolución en la que se indique que tiene el 33% de discapacidad, con base en la asimilación que hace el Texto Refundido. Ahora bien, cuando los derechos que se reclamen impongan como requisitos que el grado de discapacidad que se requiere sea superior al 33% es cuando necesariamente deben acudir al procedimiento del RD 1971/1999 para que les sea otorgado un determinado superior al 33% (porque este porcentaje ya es el mínimo previsto para la situación de discapacidad) y en caso de que no se alcance, la resolución se limitará a establecer esa circunstancia (art. 2.2 c) del RD 1414/2006 (RCL 2006, 2235)), pero no a fijar un

porcentaje específico inferior al 33% porque por debajo de este porcentaje no podemos hablar de persona con discapacidad propiamente dicha, ni por asimilación, si no es IPT, IPA o GI. Por ello, estimo que siendo la parte demandante IPT, IPA o GI, debió estimarse su pretensión, por cuanto automáticamente y a todos los efectos tiene la consideración de persona con discapacidad, sin necesidad de acudir al procedimiento del RD. 1971/1999, salvo que se requiera acreditación de un porcentaje determinado de discapacidad” (FJ 3).

3. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 2 de febrero de 2017, Ar. 932: aplicación procedente del Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad y no del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales, aunque la jurisprudencia sostenga lo contrario en materia de sucesión de contratas, pese a dedicarse principalmente a esta actividad, por la especialidad del primero al abarcar la relación laboral especial de los trabajadores minusválidos y sin que pueda apreciarse discriminación con respecto a los trabajadores que efectúan actividades de limpieza en el marco de una relación laboral ordinaria.

“A) Al hilo de litigios sobre la existencia de subrogación empresarial, en numerosas ocasiones hemos defendido la aplicación del convenio sectorial de limpieza a los CEEs que realizan esa tarea, incluso aunque no vengan comprendidos dentro de su ámbito aplicativo por disponer de convenio propio o por dedicarse a varias actividades, es decir, por no tratarse de empresas de limpieza; B) De este modo, si una empresa reconocida como CEE concurre a una contrata de limpieza, actividad diferente a la que figura en el ámbito funcional de su propio convenio, debe someterse a las normas convencionales aplicables en el sector, siéndole de aplicación la cláusula de subrogación de contratas prevista en el convenio de limpieza, aunque ello implique la adscripción de trabajadores no discapacitados de la empresa saliente que no tenía la condición de centro especial de empleo.... Como allí se dice: "En tales supuestos rige el criterio funcional que determina la aplicación de la norma convencional de las empresas de limpieza, actividad que realizan los trabajadores, en cuyos contratos ha de subrogarse cualquier empresa que aspire a obtener la contrata en cuestión, incluso si dicha empresa fuera un centro especial de empleo, puesto que, en principio, nada impide a este tipo de empresas (aunque su fin primordial sea otro: favorecer la integración de las personas con discapacidad) subrogarse en los contratos de otros trabajadores, sean éstos o no personas con discapacidad, sin que todo ello entrañe trato discriminatorio alguno respecto a los trabajadores discapacitados que puedan prestar servicios en las mismas"; C) Del mismo modo, la empresa entrante, que no tiene la condición de centro especial de empleo, debe asumir a los trabajadores minusválidos de la anterior adjudicataria, que sí ostentaba esa condición, aunque la subrogación sólo afecte a una parte de la jornada que el trabajador realizaba en las dependencias de la contrata. Aunque la empresa saliente sea un CEE y la entrante no, opera la cláusula de subrogación prevista en el Convenio Colectivo del sector de la limpieza; la nueva adjudicataria ha subrogarse en el personal de la empresa saliente, aunque esta estuviese catalogada como centro especial de empleo. Así se sostiene, por ejemplo...; «Si en el caso anterior se defendía la aplicabilidad del Convenio Colectivo rector del centro de trabajo dedicado a la limpieza de edificios y locales públicos en donde el trabajador prestaba servicios al no constar en las normas en juego ninguna sobre protección a los discapacitados que actuase en detrimento de quienes no poseen esa condición, tampoco ahora existe razón para excluir al discapacitado, lo que de producirse sí constituiría un supuesto discriminatorio” (FJ 2).

“Resolución.

A) Por razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley hemos de mantener el criterio ya expuesto, favorable a la aplicación del convenio propio de Centro Especial de Empleo (condición da la empresa empleadora) y no el sectorial de limpieza (actividad desarrollada por el CEE), tal y como el Informe del Ministerio Fiscal interesa. Puesto que la sentencia recurrida contiene doctrina errónea, el recurso de la empresa ha de estimarse; B) Conforme al artículo 228.2 LRJS (RCL 2011, 1845), " Si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada. En la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Si se hubiere constituido depósito para recurrir, se acordará la devolución de su importe "; C) La anulación de la sentencia dictada por la Sala del TSJ castellanomanchega comporta que hayamos de resolver el recurso de suplicación entablado por el trabajador frente a la sentencia de instancia: 1) declarando la improcedencia de su despido (lo que comporta revocar el pronunciamiento contrario del Juzgado de lo Social; 2) desestimando la reclamación por diferencias salariales; 3) ajustando la indemnización por despido improcedente al módulo derivado de aplicar el convenio colectivo para CEEs; 4) manteniendo la condena en costas del recurso de suplicación y la desestimación de la demanda frente a Alcampo" (FJ 3).

4. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 22 de mayo de 2020, Ar.2065: Despido improcedente y no nulo del trabajador en situación de IT, sin haberse practicado prueba alguna de una situación incapacitante duradera, que deba ser considerada «discapacidad» a los efectos de la Directiva 2000/78/CE.

"Pues bien, para analizar si existe o no la discriminación que en este caso se achaca a la empresa, se hace necesario afirmar la condición de discapacitado del trabajador demandante. Y llegados a este punto los únicos datos de que se dispone son los de la existencia de dos periodos de incapacidad temporal en los que incurrió en los tres meses anteriores al despido, sin que conste las circunstancias o causas de las bajas. Se hace extremadamente difícil deducir de ello que en, efecto, nos encontremos ante una situación de "dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores", por más que conste una ulterior declaración de incapacidad permanente total del actor. Las garantías antidiscriminatorias no están condicionadas a la calificación legal de la capacidad laboral en los términos específicos de la legislación en materia de pensiones de Seguridad Social. No cabe sostener que, con carácter genérico, toda decisión ilícita de la empresa, como lo es el despido no justificado, constituye una lesión de derechos fundamentales cuando se dé la circunstancia de que afecta a un trabajador que hubiere estado en situación de IT previamente. Para que el despido pueda ser calificado de nulo, por discriminatorio, es preciso que dicho trabajador sufra algún tipo de discapacidad en los términos expresados en la definición antes transcrita" (FJ 2).

1 de octubre de 2020.