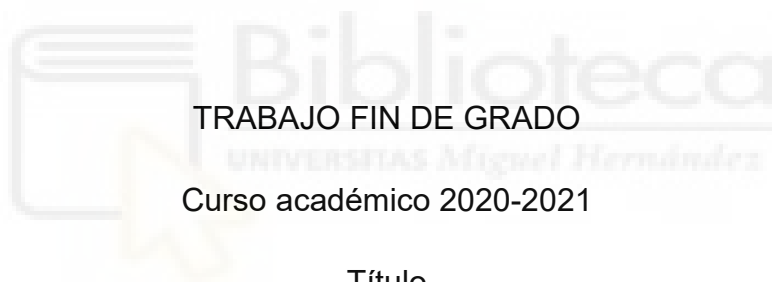


UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Grado en Derecho



TRABAJO FIN DE GRADO

UNIVERSITAS Miguel Hernández

Curso académico 2020-2021

Título

EQUIPARACIÓN DE DERECHOS RECONOCIDOS A PERSONAS CON
DISCAPACIDAD A PERSONAS QUE OBTIENEN UNA INCAPACIDAD
PERMANENTE

Y LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Alumna: Soriano Maestre, Georgina María.

Tutor académico: Martínez-Pujalte, D. Antonio Luís.



ÍNDICE

RESUMEN

INTRODUCCIÓN

- I. DEFINICIÓN DE LOS TERMINOS DE DISCAPACIDAD E INCAPACIDAD PERMANENTE EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO Y SU EQUIPARACIÓN.
- II. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU INFLUENCIA EN LAS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS.
- III. INTEGRACIÓN LABORAL:
 1. Baremo del grado de discapacidad.
 2. Reserva de empleo.
 3. Estímulos para la contratación.
 4. Teletrabajo y consecuencias covid.
- IV. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE INAPLICAN LA EQUIPARACIÓN JURÍDICA ENTRE DISCAPACIDAD E INCAPACIDAD PERMANENTE.
 1. Las Sentencias TS N° 992/2018, N° 993/2018 y N° 994/2018.
 2. El voto particular.
 3. Efecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la reserva de empleo protegido.
 4. Consulta a la Abogacía del Estado.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

ANEXO

BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

El presente trabajo pretende abordar la situación actual de las personas con discapacidad y la equiparación de sus derechos a las personas reconocidas con alguna incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

Mediante la introducción cito sucintamente los temas que afectan a la discapacidad y su extensa regulación, para, seguidamente, entrar de lleno en la definición del concepto de discapacidad e incapacidad permanente en sus diversas regulaciones para distinguir las modificaciones normativas que llevan al cambio de perspectiva, poniendo énfasis en el modelo social debido a la influencia de la Convención Internacional sobre el resto de normas.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, recoge los principios de respeto a la dignidad inherente de la persona, la autonomía individual, la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas. Bajo estos principios, incide en el cambio hacia la valoración de las barreras externas que dificultan la accesibilidad y participación plena de los aspectos socio-laborales de la persona con discapacidad.

En el epígrafe sobre integración laboral de personas con discapacidad, se analiza el sistema de valoración del grado de discapacidad mediante un baremo necesitado de reforma pues la Convención Internacional y las últimas regulaciones de nuestro ordenamiento jurídico, nos inducen a que el modelo social debe valorarse en mayor medida, pues la valoración en la que se centra el actual modelo es en una cuantificación médica. Tras el ineficaz baremo, se analiza la pequeña cuota de reserva de empleo y su cobertura mediante la correcta contratación en cuanto a la jornada laboral correspondiente.

En referencia a los desafíos que nos han sacudido por el covid, planteo el teletrabajo como una oportunidad para el acceso laboral de personas con discapacidad y las necesidades que se deben cubrir en su caso.

La equiparación de los derechos de las personas con discapacidad a las personas con incapacidad permanente reconocida por el INSS, queda sin aplicación debido a las sentencias del Tribunal Supremo que dictaminan el exceso de habilitación del Gobierno al modificar los efectos del texto refundido RDL 1/2013 de 29 de noviembre, Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión social. El análisis de cada una de las sentencias y la posición contraria del voto particular, nos lleva a valorar el efecto de la jurisprudencia en la reserva de empleo del 2 por cien.

Para finalizar, planteo propuestas de mejora sobre acciones directas orientadas a la integración de personas con discapacidad en el ámbito de la empresa privada. Una de las propuestas trata sobre la valoración por tramos de facturación de la empresa para establecer una cuota de reserva de empleo complementaria al porcentaje actual o ampliado al 4 por ciento. Otra propuesta que planteo es una posible deducción en el Impuesto de Sociedades como incentivo a la contratación de personas con discapacidad en el caso de no ser obligatorio para la empresa por no cumplir los requisitos para su obligatoriedad. También añado otras interesantes propuestas.

INTRODUCCIÓN

Cualquier tema que afecte a un colectivo con especial vulnerabilidad merece una profunda reflexión, análisis de sus obstáculos y propuestas de acciones concretas que protejan los derechos de las personas, en este caso, personas con discapacidad y la equiparación en derechos de las personas con incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez reconocida.

La norma fundamental en materia de discapacidad que aporta un nuevo enfoque al concepto es la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. A nivel europeo encontramos la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, la Directiva 2000/78 de 27 de noviembre y la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 de 15 de noviembre de 2010, en la que se encuentra como ámbito de intervención prioritaria el empleo y la protección social.

En nuestro ordenamiento jurídico encontramos diversas regulaciones sobre discapacidad que van modificando su concepto y contenido según se adaptan a las nuevas influencias de otras normas. Cabe señalar, que las materias que recoge una norma, la siguiente no las mejora todas o no las incorporaba adecuadamente.

Nuestro recorrido jurídico comienza con la Orden de 7 de noviembre de 1968 por la que se conceden ayudas a Centros de Empleo Protegido para Trabajadores Minusválidos y el Decreto 2531/1970 de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores minusválidos, tras ellas, la Ley 13/1982 de 7 de abril, Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), la Ley 51/2003 de 2 de diciembre Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad (LIONDAU), la Ley 26/2011 de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el 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.

Desde la nueva perspectiva del concepto de discapacidad que irradia la Convención al resto de normas, se reconocen los obstáculos para el reconocimiento de derechos a las personas con discapacidad. Principalmente, las situaciones que genera la aplicación del actual baremo de los grados de discapacidad, debiendo alcanzarse la cifra de 33 por ciento, pues corresponde a los aspectos médicos centrados en la valoración de las deficiencias y minimiza la valoración correspondiente a las barreras externas que recoge el modelo social; son las barreras sociales, laborales y físicas las que dificultan la accesibilidad y participación plena e igualitaria a las personas sin discapacidad y para conseguirlo, se deben realizar los ajustes razonables necesarios a cada caso en su peculiaridad. Este cambio de perspectiva deja obsoleto el sistema de valoración actual de la discapacidad.

La integración laboral de las personas con discapacidad merece un profundo análisis por la importancia que genera para la participación social de la persona y su autonomía en la mayor medida que pueda conseguirse. Mediante la reserva de empleo, disponemos de una cuota del 2 por cien que resulta insuficiente para una integración real, además de los necesarios apoyos dentro de la empresa a nivel psicosocial para evitar el abandono por parte de las personas con discapacidad. Otro de los objetivos es plantear estímulos para la contratación de personas con discapacidad, dando a conocer sus ventajas fiscales y humanas.

Los actuales acontecimientos covid, nos han conducido al teletrabajo y a unas consecuencias que trato desde la oportunidad. El teletrabajo favorece la incorporación al mundo laboral de las personas con discapacidad eliminando los inconvenientes que puedan surgir para personas con movilidad reducida y, además, se hace necesaria la eliminación de la brecha digital para que desarrollen su labor satisfactoriamente.

En cuanto a la equiparación de derechos de las personas con discapacidad a las personas con la incapacidad permanente, resulta difícil de aplicar pues su regulación es declarada *ultra vires* por la jurisprudencia pero la norma no se ha declarado nula, por lo tanto, genera inseguridad jurídica.

Además de todo lo que se puede expresar negro sobre blanco, todas las reformas legislativas que sean necesarias y todas las legítimas reivindicaciones, necesitamos un cambio de mentalidad coherente con el modelo social de la discapacidad, concretamente, exige apartar cualquier visión negativa de las características físicas o mentales en las que se concreta la diversidad del funcionamiento que da origen a la discapacidad y que no pueden ser consideradas como un mal o una carga, lo son, las barreras sociales las que constituyen la discapacidad¹.



¹ MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L.: *Derechos Fundamentales y Discapacidad* Ediciones CINCA. Colección Convención ONU núm. 14, Madrid, pág. 19.

I. DEFINICIÓN DE LOS TÉRMINOS DE DISCAPACIDAD E INCAPACIDAD PERMANENTE EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO Y SU EQUIPARACIÓN. CRONOLOGÍA LEGISLATIVA.

La primera norma de calado sobre la discapacidad en España fue la Ley de Integración Social de los Minusválidos 13/1982, de 7 de abril, en adelante LISMI, donde definía el concepto de discapacidad en su art. 7: *La persona con discapacidad es aquella 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, psíquicas o sensoriales.*

Un avance significativo de la LISMI, aunque no lo aborda totalmente, es la orientación hacia el modelo social, modelo que insiste en las barreras provocadas por la discapacidad que dificulta el desarrollo ordinario de las personas. En lo que no acierta, es en la permanencia de los términos *minusválido, disminuido, minusvalía*; Además de no concretar el concepto desde el acotamiento de un grado para ser considerado como persona con discapacidad, que sí recogían dos normas anteriores a la LISMI como son, la Orden de 7 de noviembre de 1968 en la que señala: *“...que la afección por una disminución de su capacidad física deberá ser superior a un 30 por 100, el cual le impide el acceso a puestos de trabajo normal”*, porcentaje, que debería ser considerado en la actualidad y así quedaría cubierta la capacidad intelectual límite, definida con un cociente de inteligencia entre 71 y 84, no valorándose suficientemente los obstáculos externos que les impiden el acceso a las actividades sociales y laborales en condiciones igualitarias. La siguiente norma fue el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, en el que se reconoce la discapacidad psíquica, que no mencionaba la Orden anterior y establece un incremento del grado de discapacidad al 33 por ciento para que sea considerado. Por lo tanto, la LISMI, no fija el grado que permite considerar a una persona con discapacidad, aunque sí recoge la existencia de equipos multi-profesionales encargados de determinar el tipo y el grado de

discapacidad, pero el reglamento estableció el requisito del 33 por ciento siendo una regulación *ultra vires* respecto de la norma en cuestión.

Tras la LISMI, surgen normas referidas a la discapacidad con sus propias características, no con la referencia establecida por la LISMI para su concepto. La Ley de Igualdad de Oportunidades No Discriminación y Accesibilidad Universal, en adelante LIONDAU, 51/2003 2 de diciembre, define el concepto de discapacidad en su art. 1.2. párrafo primero: *“Son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”*.

La LIONDAU, nos ofrece un concepto de discapacidad en el que señala hacia la existencia de obstáculos externos que impiden que las personas con discapacidad participen en las relaciones socio-laborales en igualdad de condiciones, apuntando así hacia un modelo social. También concreta el grado exigido para que se considere a una persona con discapacidad, al menos, en un 33 por ciento y se remite al Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre que determina el procedimiento, solo que indicando “a los efectos de esta ley”, y quedando con “carácter supletorio” el ámbito de reconocimiento de la discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación², por tanto, dejando sin resolver ese aspecto.

La Ley 26/2011 de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), ratificada por España en el 2007 y entró en vigor en 2008, emite el mandato de la adaptación normativa a la Convención, que abordo más adelante, y define el concepto de discapacidad en su apartado 2 del artículo 1: *“Son personas con discapacidad aquellas que presenten 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”*.

² Art. 3, LIONDAU.

Dicha adaptación normativa, ordena la refundición de la LISMI, la LIONDAU y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, dando lugar al 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 adelante LGDPD³, y define el concepto de discapacidad en su artículo 2: “A los efectos de esta ley se entiende por: a) Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Este nuevo concepto es casi literalmente idéntico a la definición que ofrece la Convención.

Y en el artículo 4, apartado 1 LGDPD: “Son personas con discapacidad 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 los demás”.

Se observa en el concepto de discapacidad que propone la LGPDP, una conexión entre el elemento subjetivo de la discapacidad, la deficiencia previsiblemente permanente de la persona, y el elemento objetivo, que son las barreras que impiden la participación plena en la sociedad en igualdad de condiciones⁴.

El RD 1971/1999 recoge como deficiencia previsiblemente permanente: “aquellas acciones orgánicas o funcionales no recuperables, es decir, sin posibilidad razonable de restitución o mejoría de la estructura o de la función del órgano afectado”⁵. Pero según la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y la salud de la OMS, la diferencia se

³Anexo 1. Comparativa de la definición de discapacidad en su sucesiva regularización.

⁴FERNANDEZ ORRICO, F.J. *Inserción laboral de personas con discapacidad y capacidad intelectual límite* ARANZADI. Pág. 73.

⁵ Anexo I.A) 2º del RD 1971/1999.

encuentra en que “las deficiencias pueden ser temporales o permanentes; progresivas, regresivas o estáticas; intermitentes o continuas”⁶. Por lo tanto, la incidencia en la característica de *permanencia* en las deficiencias, no parece apropiada para el modelo social actual en el que se pretende eliminar los factores sociales que limitan la participación en la sociedad en igualdad de condiciones. Esa idea de irreversibilidad de las deficiencias es un concepto a revisar para su adaptación al concepto de la OMS y en la LGDPD.

El elemento que caracteriza al modelo social de discapacidad (el modelo médico corresponde al baremo del grado de discapacidad), son las barreras que limitan o impiden la participación plena y efectiva en la sociedad, para ello, la valoración del entorno familiar, económico, laboral y cultural como factores sociales relacionados con la valoración de la discapacidad, se realizará a través del RD 1971/1999.

Otra matización importante es la generalización que señala el art.4.2 de la LGPDP: *“Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, 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”*.

Cabe resaltar que el término “*además*” se refiere a la adhesión del concepto anterior, el recogido en el art. 4.1 de la LGDPD, con una interpretación finalista, y que recaerá “a todos los efectos de esta ley”, incluyendo así el ámbito de aplicación en materia de empleo y ocupación que no establecía la LIONDAU por referirse en su terminología “a los efectos de esta ley” y quedando, por tanto, con carácter supletorio.

⁶ CIF: Núm. (6) Pág.22.

En otras palabras, el texto refundido plantea el reconocimiento de una discapacidad, a partir de las causas sociales que crean una limitación física, psíquica o sensorial, es decir, es una condición que merma dichas capacidades en la persona y que pueden ser de nacimiento o sobrevenidas, y que se someterá a valoración mediante un porcentaje establecido en unas tablas que recogen unos determinados baremos. Según esa valoración y porcentaje, se le reconocerá administrativamente a través de un certificado, con el propósito de compensar las desventajas sociales que implica la discapacidad, proporcionándole acceso a derechos y prestaciones de diferentes tipos y bajo la finalidad de equiparar discapacidades.

Entre las ventajas reconocidas se encuentran las que proporcionan determinados beneficios fiscales y sociales si se es reconocida una discapacidad de al menos el 33 por ciento, por lo tanto, no se trata de una pensión propiamente dicha, sino de beneficios en la declaración de la Renta, beneficios fiscales para los impuestos en sucesiones, la condición de discapacitado para acceder a determinados puestos de trabajo y también obtener la tarjeta para viajar en transporte público.

En cuanto a la empleabilidad de las personas reconocidas con más del 33 por ciento, cabe señalar que para la empresa supone un importante beneficio a nivel humano y fiscal.

En el caso de tener reconocida una discapacidad del 33 al 64 por ciento, se dispone de todos los beneficios reconocidos en el baremo del 33 por ciento, además de recibir una pensión no contributiva, si la unidad familiar no sobrepasa un nivel determinado de ingresos.

Otro baremo a señalar es el de la movilidad en cuanto a las dificultades de desplazamiento: se valorará si se precisa de muletas, andador o silla de ruedas, al superar dicho baremo en más de 7 puntos en la valoración de movilidad, se podrá acceder a solicitar plaza de aparcamiento cercana al domicilio del afectado, a adaptar el vehículo a las necesidades del usuario y acceder a la tarjeta de discapacidad para que se le permita aparcar en las plazas asignadas para personas con movilidad reducida en las zonas habilitadas.

Aquellas personas que les sea reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento reciben una pensión, contributiva o no contributiva, en función de si han cotizado a la seguridad social en años anteriores. Dicha pensión se extingue cuando comiencen a trabajar y podrán solicitarla de nuevo cuando hayan finalizado su contrato laboral.

Abordemos ahora la definición de incapacidad permanente acudiendo a la literalidad del artículo 193 y al artículo 194 para atender a sus grados, del Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁷:

Artículo 193 Concepto:

1. La incapacidad permanente contributiva es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo.

Artículo 194 Grados de incapacidad permanente:

1. La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará, en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades que se apruebe reglamentariamente en los siguientes grados:

a) Incapacidad permanente parcial. Es aquella que, sin alcanzar el grado de total, ocasiona al trabajador una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para la profesión habitual.

⁷ Anexo 2. Cuadro con la definición de Incapacidad Permanente.

b) Incapacidad permanente total. Es la que inhabilita para el desarrollo de la profesión habitual, pero sí que puede optar a otra profesión, siempre y cuando las funciones sean compatibles con las posibilidades del trabajador, y esto sea aprobado por la propia Seguridad Social, a quien habrá que presentar un certificado de las funciones que se van a desempeñar en el nuevo puesto. Se equipara a un certificado de discapacidad del 33%.

c) Incapacidad permanente absoluta. Se trata de la que inhabilita para el desempeño de cualquier profesión.

d) Gran invalidez. Es la incapacidad que requiere la ayuda de otras personas para realizar funciones esenciales de la vida.

2. La calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca.

A este respecto, podemos concretar que se trata de un concepto profesional, haciendo referencia a la imposibilidad del trabajador a continuar desempeñando una profesión, como consecuencia de una enfermedad o tratamiento médico del que se deriven unas secuelas.

A diferencia del reconocimiento de discapacidad, que se valora bajo las competencias de las Comunidades Autónomas y lo emite el órgano de gobierno competente de la Comunidad Autónoma a la que pertenece la persona afectada, en el caso de la incapacidad permanente, se realiza mediante el órgano de gobierno con competencias estatales.

La valoración se argumentará según la enfermedad, lesión o patología determinada que le impida a la persona trabajar, es decir, ha de realizarse atendiendo a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos del trabajador.

La pensión correspondiente será contributiva y la proporcionará la Seguridad Social o la mutua correspondiente, tratando así de suplir la falta de ganancia de la persona afectada.

Se entenderá por profesión habitual la desempeñada por el trabajador al tiempo de sufrir un accidente, sea o no de trabajo. En caso de enfermedad común o profesional será la definida entre el espacio de tiempo al que el trabajador dedica su actividad fundamental durante ese periodo de tiempo y el anterior a la iniciación de la incapacidad. No es obstáculo a la declaración de determinado grado de incapacidad, que el trabajador pueda realizar actividades distintas, más livianas o secundarias de la que era su profesión habitual o tareas complementarias de esta.

En cuanto a los beneficiarios de las prestaciones por incapacidad permanente, acudimos al Art. 138 de Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en el que señala que tendrán derecho a dichas prestaciones las personas incluidas en el Régimen General que sean declaradas en esa situación y que hubieran cubierto el periodo mínimo de cotización, salvo que sea debida a accidente, laboral o no, o a la enfermedad profesional, en cuyo caso no será exigido ningún periodo previo de cotización. En los grados de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez, podrán causarse, aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta. En estos supuestos, el periodo mínimo de cotización exigible será de quince años.

Según el art. 143 de la presente Ley, la calificación y revisión corresponderá, a través de los órganos reglamentariamente establecidos y en todas las fases del procedimiento, al Instituto de la Seguridad Social y a los efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas a las que se refiera su sección.

Las pensiones de incapacidad permanente pasarán a denominarse pensiones de jubilación cuando el beneficiario cumpla la edad de sesenta y cinco años, sin que la nueva denominación no implique modificación respecto

de las condiciones de la prestación hasta la fecha en que se viniese percibiendo.

En suma, la clasificación tradicional sobre la incapacidad laboral está claramente obsoleta, especialmente en lo relativo al concepto de “incapacidad total para su puesto de trabajo habitual”. Responde a una clasificación que no se adecúa a la evolución experimentada por la sociedad. Son las limitaciones funcionales y no los diagnósticos las que consolidan una situación de incapacidad. Solo se protege al trabajador que sufre de una situación de daño sobrevenido en el caso de que se produzca una mejoría y recupere su capacidad para desempeñar un puesto de trabajo similar al que ocupaba con anterioridad a la situación invalidante, pero no se ampara la situación del trabajador que puede desarrollar un trabajo distinto en la misma empresa, con las adaptaciones precisas⁸.

Definidos los conceptos de discapacidad e incapacidad permanente, procedemos a señalar de forma precisa la equiparación que pretende la norma realizando un paralelismo automático entre la declaración de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y el reconocimiento del grado de discapacidad igualado, como mínimo al 33 por ciento.

Dicha equiparación se encuentra recogida en la Ley 51/2003 de 2 de diciembre LIONDAU y que la Ley 26/2011 de 1 de agosto de adaptación normativa a la Convención, mantiene, tan solo modificando necesariamente el término de “minusvalía” por “discapacidad”, y que el posterior Real Decreto Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre LGDPD, recoge dicha equiparación ofreciendo una nueva redacción, además de otros preceptos. El texto refundido, LGDPD, en teoría debería recoger las normas que refunde sin cambiar ningún término que modifique la naturaleza de las normas refundidas. Es evidente, que la modificación de “...a los efectos de esta ley...” recogida en

⁸ RODRIGUEZ RUIZ, E. “Daño sobrevenido, incapacidad, discapacidad y empleo”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, vol. III, CERMI, págs. 106 y 107.

la redacción del art. 1.2 de la LIONDAU, a la redacción del texto refundido LGDPD en su art. 4 "... a todos los efectos..." supone una forma de legislar *ultra vires*, pues el texto refundido debe mantener los derechos recogidos en la legislación objeto de la refundición en su naturaleza original.

Así las cosas, nos encontramos ante una situación compleja a nivel legislativo, por lo que necesitamos el criterio de la jurisprudencia, no sin antes señalar, que la asimilación de la incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez con el grado de discapacidad del 33 por ciento, se encuentra equiparada en la LIONDAU. Basándome en la teoría de que se ha legislado *ultra vires* en la LGDPD y que deroga la LIONDAU, nos encontramos en un escenario jurídico a la espera del criterio de la jurisprudencia, el cual más adelante abordo.

Los artículos, en su literalidad, a los que se hace referencia son:

LIONDAU. *Artículo 1. Objeto de la ley.*

1. Esta ley tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución.

A estos efectos, se entiende por igualdad de oportunidades la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social.

2. A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía 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.

La acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.

El articulado de la Constitución Española directamente referido a la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad recogido en el artículo 1 de la LIONDAU, incide sobre la responsabilidad de los poderes públicos para garantizar la libertad y la igualdad del individuo y facilitar su plenitud en la participación social, preservar la dignidad de la persona, los derechos inviolables y el libre desarrollo de la personalidad. Todo esto, enmarcado en la igualdad de todos los españoles ante la ley sin que prevalezca ningún tipo de discriminación. En la especial situación de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, la Constitución Española puntualiza sobre la atención especializada que requieran y la realización de políticas de rehabilitación e integración para el disfrute de los derechos que les son inherentes.

Constitución Española

Artículo 9.

2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Artículo 10.

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Artículo 14.

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Artículo 49.

Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

El artículo 49 de la Constitución, merece una incursión en su contenido para ofrecer una propuesta de reforma, que se iniciaría modificando el término “disminuidos” por “personas con discapacidad”. También, se reclama un cambio de ubicación debiendo incluirse en la Sección 1ª del Capítulo segundo del Título I de la Carta Magna (artículos 15 al 29) y así transformarse en derechos fundamentales. En cuanto a su contenido, debe evolucionar y recoger los principios de: igual capacidad, vida independiente, accesibilidad universal y ajustes razonables, la lengua de signos y diálogo civil. Y por supuesto, considerar el reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas con una mejor distribución que permita desarrollar políticas sociales⁹.

El precepto de la Constitución Española que autoriza al Gobierno a refundir textos legales de un determinado ámbito normativo, como es el compromiso acordado en la Convención, en el que se especificará si la delegación al Gobierno se trata de mera formulación en un texto único debiendo regular, aclarar y armonizar los textos legales que deben ser refundidos, sin modificar los derechos reconocidos, además, el precepto constitucional, señala la competencia propia de los “Tribunales” para establecer fórmulas de control adicionales tras la refundición normativa.

Art. 82 Constitución Española en el que se autoriza la delegación al Gobierno:

Artículo 82.1. Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior.2. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo.3. La

⁹ DE LORENZO GARCÍA, R. “Reforma social de la Constitución”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, vol. III, CERMI, pág. 11.

delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado. Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno.4. Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio.5. La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.6. Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control.

La Ley 26/2011 de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el párrafo tercero de su apartado 2 del artículo 1 queda modificado el término “minusvalía” y mantiene la expresión “a los efectos de esta ley” quedando del siguiente modo: “...ello no obstante, a los efectos de esta Ley, 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. En todo caso, se considerarán 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”

Además, se ve incluida la adaptación que debía realizar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre Personas con Discapacidad, de la que España es parte del acuerdo, y autoriza al Gobierno en su Disposición Final Segunda para la refundición de los textos legales

regularizando, aclarando y armonizando las tres leyes que regulaban la discapacidad: La Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, LISMI, 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 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, de esta refundición surge el 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, LGDPD¹⁰.

A continuación, el precepto recogido en la LGDPD, que incluye la expresión “a todos los efectos”.

Artículo 4. Titulares de los derechos.

2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, 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.

Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos.

¹⁰Anexo 3. Comparativa de la equiparación entre discapacidad e incapacidad permanente en las regulaciones de LIONDAU, Convención Y LGDPD.

II. LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU INFLUENCIA EN LAS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS.

El 3 de mayo de 2008 entró en vigor la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y que posteriormente, con la Ley 26/2011 de 1 de agosto, se realizó la adaptación de este documento a la normativa española.

El Preámbulo de la Convención pone de relieve que “la discapacidad es un concepto que evoluciona” y que existe una progresiva recepción del modelo social de la discapacidad que se traslada a los ordenamientos jurídicos ocasionando una notable transformación, no solo en la terminología para designar a las personas con discapacidad, sino también, del propio concepto de discapacidad¹¹.

La Convención marcó un hito en cuanto al reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad pues, ninguna norma anterior en el marco de las normas internacionales de derechos humanos, había recogido la situación de especial vulnerabilidad de las personas con discapacidad y su promoción para la plena integración en la sociedad.

La Convención se basa en recoger todos los derechos que les deben ser reconocidos a las personas con discapacidad y sus normas de aplicación. Estos derechos abarcan desde los derechos civiles y políticos, la accesibilidad, la participación y la inclusión, el derecho a la educación, la salud, el trabajo y la protección social, quedando prohibida la discriminación por discapacidad y garantizando su igual protección de la ley.

En todo caso, el aspecto más importante que señala la Convención es la necesidad de un cambio de actitud en la sociedad hacia las personas con

¹¹ MARTINEZ-PUJALTE, A.L y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, vol. I, CERMI, septiembre 2016, pág. 9.

discapacidad, con el objetivo de conseguir la plena igualdad en todos los aspectos de la sociedad, en todas las condiciones de la vida.

Para todo ello, los países que se adhieren a la Convención adquieren el compromiso de elaborar leyes y medidas para asegurar la protección de estos derechos y derogar las normas y costumbres que contribuyen a la discriminación. Es esencial que se combatan las percepciones y estereotipos que merman la capacidad de las personas con discapacidad.

La Convención también recoge la especial protección a la que se comprometen los Estados firmantes y que deben garantizar a las mujeres y niños con discapacidad.

También aborda la cuestión fundamental sobre accesibilidad, a la que la Convención requiere a los países que identifiquen y eliminen los obstáculos y barreras para que las personas con discapacidad puedan tener acceso a su entorno, transporte, servicios y tecnologías, pudiendo desarrollarse de forma independiente e incluidas en la comunidad con la posibilidad de recibir apoyo en su hogar o residencias, además del acceso a ayudas para la movilidad personal mediante aparatos y tecnologías de asistencia personal.

La comunicación se deberá facilitar mediante el acceso a la información en formatos y tecnologías accesibles, como el uso del Braille, el lenguaje de signos u otras formas innovadoras en constante evolución.

Los países deberán asegurar la igualdad de derechos de las personas con discapacidad para, entre otros, poseer y heredar, controlar sus asuntos financieros, garantizar el acceso a la justicia y una protección social adecuada en cuanto a la vivienda y asistencia para el pago de gastos conexos en caso de pobreza.

Otro aspecto que aborda la Convención, es la eliminación de la discriminación relacionada con el matrimonio, la familia y las relaciones personales, y por lo tanto, de la igualdad de oportunidades de experimentar la procreación.

Los Estados facilitarán el acceso a la educación y medidas de apoyo apropiadas a sus necesidades para promover su participación en la sociedad, su sentido de la dignidad, valor personal y desarrollo de su personalidad, además de promover su participación en la vida cultural y de recreo facilitando el suministro de material cultural en formatos accesibles.

En definitiva, se trata de que consigan de forma real y efectiva, autonomía individual y libertad para tomar las propias decisiones.

Parece oportuno resaltar que se pone de relieve la existencia de dos elementos integrantes del concepto de discapacidad: una deficiencia y la existencia de barreras que dificultan la plena participación social de la persona. Resulta imprescindible la concurrencia de ambos elementos para que pueda hablarse de discapacidad, aunque sin duda, el elemento más importante es la existencia de barreras, que es el otorgante de la relevancia jurídica al concepto de discapacidad, pues el propósito principal de la Convención es precisamente, remover esos obstáculos que podemos denominar barreras objetivas: barreras físicas, barreras legales y barreras de comunicación¹².

Otro aspecto fundamental que nos ofrece la Convención, es alcanzar el objetivo de “diseño universal” en productos, en el entorno y en servicios que no excluyan a nadie, que no se deban adaptar a un diseño especializado, si no que convivamos y utilicemos todas las infraestructuras en plena accesibilidad inclusiva y que mejorará la eliminación de estigmas que puedan haber traspasado nuestro tejido perceptivo.

En esta síntesis de los aspectos más importantes que aporta la Convención al Derecho internacional, cabe resaltar la idea de diversidad que se observa dentro de las situaciones de discapacidad, para abordar este aspecto, es básico que los Estados Partes apliquen los denominados “ajustes razonables” realizando adaptaciones a casos particulares para garantizar la igualdad y libertad de las personas con discapacidad.

¹² MARTINEZ-PUJALTE, A.L y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, vol. I, CERMI, septiembre 2016, págs. 11 y 12.

En cuanto a las cuestiones procesales y, cómo no, burocráticas, la Convención también plantea la vigilancia de dichos objetivos y su correcta aplicación creando centros de coordinación local y nacional, para trasladar informes periódicos de los Estados Partes al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, informando de las medidas adoptadas para cumplir sus obligaciones conforme al compromiso adquirido con la Convención. El procedimiento ante el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad está recogido en el texto de la Convención como un protocolo facultativo que regula las comunicaciones al Comité para hacer llegar sus reclamaciones, presentadas por personas o grupos de personas o en nombre de ellas, una vez agotados los procedimientos de recuso a escala nacional. España reconoce la competencia de dicho Comité para la defensa de las víctimas de una violación por el Estado Español de cualquiera de las disposiciones de la Convención.

El Comité inadmitirá las comunicaciones anónimas, las que sean referidas a una cuestión que ya haya sido examinada o esté siendo examinada, o haya agotado todos los recursos internos. En cuanto a los efectos de la Ley, no se aplicará retroactividad después de la entrada en vigor del Protocolo.

El Comité informará a España de todas las comunicaciones, de forma confidencial, proporcionándole un plazo de seis meses para que presente por escrito las explicaciones que aclaren la cuestión e indicando las medidas correctivas adoptadas en el caso. También, podrá solicitar al país firmante, que adopte las medidas oportunas provisionales hasta que el Comité llegue a una conclusión sobre el fondo, para evitar daños a la víctima. Tras examinar las comunicaciones, hará llegar las sugerencias y recomendaciones a España y al interesado comunicante.

En el plazo de seis meses después de que España reciba las conclusiones de la investigación, junto con las observaciones y recomendaciones del Comité, podrá presentar sus propias observaciones e informar de las medidas adoptadas.

España podrá presentar enmiendas al Protocolo ante el Secretario de Naciones Unidas, con la posibilidad de convocar una Conferencia de Estados Parte para examinar la propuesta y someterla a votación. El plazo será de cuatro meses desde la notificación y, al menos, un tercio de los Estados Parte se declarará a favor de la convocatoria. La mayoría para aceptar las enmiendas será de dos tercios de los Estados presentes y votantes. Las enmiendas adoptadas entrarán en vigor a partir del trigésimo día a partir de la fecha en la que se hayan depositado los dos tercios de la aceptación de los Estados y, en todo caso, las enmiendas solo vincularán a los Estados Parte que las hayan aceptado.



III. INTEGRACIÓN LABORAL: 1. BAREMACIÓN DEL GRADO DE DISCAPACIDAD. 2. RESERVA DE EMPLEO. 3. ESTÍMULOS PARA LA CONTRATACIÓN. 4. TELETRABAJO Y CONSECUENCIAS COVID.

1. BAREMACIÓN DEL GRADO DE DISCAPACIDAD.

El funcionamiento del baremo para la asignación del grado de discapacidad viene recogido en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. Los instrumentos que se utilizan los encontramos en los anexos I y II de la citada norma, y mediante dos clases de valoración; la valoración de la discapacidad expresada en porcentaje (anexo I apartado A, extensión 16 capítulos) y la valoración de los factores sociales mediante aplicación del baremo (anexo I apartado B, extensión 3 páginas).

En la valoración de la discapacidad que realiza el anexo I A, destaca que considera la discapacidad en base a las deficiencias permanentes, basado en el modelo médico, mientras que la valoración de los factores sociales del anexo I B, resulta de la evaluación de los elementos accesorios externos a la discapacidad, la desventaja social de la persona con el medio, donde el modelo social debería estar dotado de mayor cuantificación en la valoración. Conviene recordar que los aspectos externos de la persona, el entorno para dotar de contenido a los factores sociales son: el entorno familiar, la situación laboral y profesional, el nivel educativo y cultural, y su entorno habitual¹³. Estos últimos factores son determinantes para la realización y desarrollo de la persona, cualquiera que fuese su situación, y en el caso que nos ocupa, sobre la valoración e integración de personas con discapacidad, requiere mayor sensibilidad en el modelo de valoración social se debería corregir su desproporción con el modelo médico, que además, resulta injusto en la cuantía del 33 por ciento de discapacidad, dejando fuera de la consideración de la

¹³ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Inserción laboral de personas con discapacidad y capacidad intelectual límite" ARANZADI. pág. 86.

discapacidad a las personas con capacidad intelectual límite, en la que la valoración del 30 por ciento, recogida en la Orden de 7 de noviembre de 1968, les sería más factible.

2. RESERVA DE EMPLEO.

Nos remitimos a la LISMI para comprobar que los arts. 38 y 42 recogen la regulación de la cuota de reserva de empleo protegido y de los Centros Especiales de Empleo, artículos que dieron lugar a los preceptos 42 y 43 de la LGDPD en su literalidad.

La obligación empresarial de reservar una parte de la ocupación laboral a trabajadores con discapacidad para su inserción laboral, parte del art. 42 LGDPD cuando establece que "... las empresas públicas y privadas que empleen un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos el 2 por ciento sean trabajadores con discapacidad". Para posibilitar las reservas de empleo por ley nos remitimos al art. 17.2 del Estatuto de los Trabajadores, ET, y en cuanto a la forma de cuantificar la obligación de reserva, acudiremos a la disposición adicional primera del RD 364/2005.

En lo relativo a los Centros Especiales de Empleo, el art. 43 de la LGDPD establece que la plantilla de trabajadores estará formada, al menos, por un setenta por ciento de personas con discapacidad:

LGDPD Art. 43.2

2. La plantilla de los centros especiales de empleo estará constituida por el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70 por 100 de aquella. A estos efectos no se contemplará el personal sin discapacidad dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social. Se entenderán por servicios de ajuste personal y social los que permitan ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que las personas trabajadoras con discapacidad de los centros especiales de empleo tengan en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo.

Igualmente se encontrarán comprendidos aquellos dirigidos a la inclusión social, cultural y deportiva.

En lo referente a la reserva en la oferta de empleo público a favor de las personas con discapacidad, regulada en el Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, en su art. 59 establece, que en las ofertas de empleo público se reservará un cupo mínimo del 7 por ciento de las vacantes para personas con discapacidad:

TR Estatuto Básico del Empleado Público. *Artículo 59. Personas con discapacidad.*

1. En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el apartado 2 del artículo 4 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública. La reserva del mínimo del siete por ciento se realizará de manera que, al menos, el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad. 2. 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.

En cuanto a la aplicabilidad de la cuota de reserva en la empresa privada, surgen dudas sobre cómo opera en el modelo de inserción laboral de las

personas con discapacidad. Uno de los conflictos más frecuentes se encuentra en la jornada del trabajador con discapacidad que debe cubrir la cuota de reserva, pues existe la picaresca de que dos trabajadores con discapacidad cubran una jornada del 25 por ciento cada uno, pues la normativa no hace distinción entre la contratación a jornada completa o a tiempo parcial. En este caso, la propuesta es obvia, se les debe contratar a tiempo completo o, en todo caso, que la jornada no sea inferior al 50 por ciento, e incluso, contemplar la posibilidad de contratar a una tercera persona en el tiempo restante de la jornada laboral¹⁴.

Mi propuesta en cuanto a la cuota de reserva de empleo para personas con discapacidad, se inicia doblando el porcentaje actual, quedando en un 4 por ciento ¹⁵ y añadiendo una valoración económica de la empresa, concretamente, por tramos de facturación, de forma que se aplicaría una doble valoración; una en cuanto al número de empleados de la empresa y otra valoración según su facturación anual, siendo las dos modalidades compatibles. En nuestro sistema fiscal, se considera gran empresa a partir de una facturación anual de 10 mll de €. Una vez superada dicha cantidad y entre los tramos de 10 mll y 30 mll, se haría obligatoria la contratación de una persona con discapacidad. El siguiente tramo sería de 30 mll a 60 mll, siendo obligatoria la contratación de una segunda persona con discapacidad. El siguiente tramo continuaría entre 60 mll y 100 mll, siendo obligatoria la contratación de una tercera persona con discapacidad. Incido en que se observe que se trata de un sistema por tramos progresivo en el aumento de la cantidad anterior más 10; de 10 a 30 la diferencia son 20, de 30 a 60 la diferencia son 20 más 10, de 60 a 100 la diferencia son 30 más 10. Es un sistema que busca la rentabilidad para que el empleador no ofrezca resistencia a la contratación de personas con discapacidad. Este sistema de valoración está ideado para los sectores servicios y manufacturero, obviamente, no cabría en este planteamiento un sector como el bursátil.

¹⁴ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Inserción laboral de personas con discapacidad y capacidad intelectual límite" ARANZADI, págs. 178 y 179.

¹⁵

3. ESTÍMULOS PARA LA CONTRATACIÓN.

La contratación de personas con discapacidad supone para las empresas reducciones en las cuotas a pagar en la Seguridad Social, que, dependiendo del grado de discapacidad, edad y tipo de contrato pueden llegar hasta los 6.000 euros por trabajador, junto a una subvención de 900 euros para la eliminación de barreras arquitectónicas en los entornos laborales.

En el caso de contratación indefinida a tiempo completo, la subvención es de 3.907 euros, mientras que la empresa recibe una bonificación en las cuotas de la Seguridad Social (incluidas accidente de trabajo y de enfermedades profesionales) y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta, por contrato de interinidad para sustituir bajas por incapacidad temporal de trabajadores con discapacidad. Además, cualquier organización que apueste por la inserción profesional de este colectivo tendrá preferencia (a veces incluso es condición indispensable) para la adjudicación de contratos con el Sector Público.

En este punto, mi planteamiento de propuesta incentivadora sería la reducción en el Impuesto de Sociedades para las empresas que contratan personas con discapacidad sin la obligación de cumplir con los requisitos de valoración, por ser un número de empleados inferior a 50.

Además de las ventajas fiscales a tener en cuenta por el sector empresarial, cabe destacar, el gran aporte humano y la innovación interna que ofrecen los diferentes enfoques y análisis para la resolución de problemas que van surgiendo, e incluir dentro de la cultura corporativa, el compromiso con las labores sociales.

Para lograr el objetivo de mejorar las oportunidades de inserción laboral de las personas con discapacidad no son suficientes los instrumentos jurídicos ni los incentivos económicos. Es preciso que las empresas conozcan las

competencias y habilidades de las personas con discapacidad para que resulte atractiva su contratación¹⁶.

4. TELETRABAJO Y CONSECUENCIAS DEL COVID.

Aunque parezca increíble, la pandemia por el COVID-19 puede suponer un impulso para la inclusión laboral de las personas con discapacidad, ya que, la implantación del teletrabajo favorece su desempeño.

También conviene analizar que el uso de internet y las nuevas tecnologías varía según el tipo de discapacidad que presente la persona. Según el OED¹⁷, el uso de Internet es mayor o menor según el nivel de educación. Las personas con discapacidad intelectual presentan un uso más bajo de internet que aquellas con otros perfiles de discapacidad.

Otro desafío que ha planteado la coyuntura del covid, es la eliminación de la posible brecha digital que pudiera surgir en las personas con discapacidad como, por ejemplo, el acceso a la red de internet, facilitar los elementos tecnológicos necesarios para el desarrollo de su labor desde el teletrabajo, formación y reciclaje de los conocimientos necesarios, y cualquier adversidad que surja de la adaptación a los nuevos tiempos post-pandemia.

Además, la existencia de la realización de los ajustes razonables viene recogida en nuestra LGDPD, en su artículo 40,2 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*

¹⁶ MARTINEZ-PUJALTE, A.L.: “Inserción laboral de personas con discapacidad y capacidad intelectual límite”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, vol. II, CERMI, pág. 180.

¹⁷ Observatorio Estatal de la Discapacidad. Informe anual Olivenza.

profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”.

Sería interesante, disponer de alguna norma que especifique los límites de dicha adaptación del puesto de trabajo, por lo que sería recomendable establecer unos mínimos y máximos que desarrollaran tan importante recomendación¹⁸.



¹⁸ RODRIGUEZ RUIZ, E.: “Daño sobrevenido, incapacidad, discapacidad y empleo” *Anales de Derecho y Discapacidad*, vol. IV, CERMI, pág. 106.

IV. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE INAPLICAN LA EQUIPARACIÓN JURÍDICA ENTRE DISCAPACIDAD E INCAPACIDAD PERMANENTE.

1. Las STS 992/2018, 993/2018 y 994/2018.

Tras realizar el planteamiento de la evolución y contenido de la delegación normativa prevista en la Ley 26/2011 y de las normas objeto de la refundición, abordo seguidamente, la actuación de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, al ser concedora de tres recursos de casación para la unificación de doctrina sobre el reconocimiento automático del grado de discapacidad en su 33 por ciento, en el caso de tener reconocida una incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

Las sentencias referidas son: la N° 992/2018, la N° 993/2018 y la N° 994/2018 de 29 de noviembre de 2018, por las que el Alto Tribunal unifica la doctrina sobre los derechos relativos al reconocimiento automático de la discapacidad del 33 por ciento.

En los supuestos de hecho de las tres sentencias, los demandantes presentan el reconocimiento de las prestaciones por incapacidad permanente que les había concedido el INSS y solicitaban el reconocimiento del grado de discapacidad del 33 por ciento y no siéndoles concedido, recurren al Tribunal Supremo.

Los supuestos de hecho que ponen en antecedente cada sentencia son¹⁹:

En la primera sentencia, la N° 992/2018, basa sus antecedentes en un trabajador que se le había asignado un 18 por ciento de discapacidad en lugar

19

http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/Jurisprudencia/Jurisprudencia_del_TS

del 33 por ciento automático, como debería corresponderle al tener una incapacidad permanente total. El trabajador recurrió la sentencia ante el Juzgado de lo Social nº1 de León donde fue estimada y le concedió el grado de discapacidad automático al 33 por ciento. Entonces, la Gerencia Territorial de los Servicios Sociales de Castilla y León recurrió a la sentencia del Juzgado de lo Social ante el Tribunal Superior de Justicia de León, que le retira al trabajador el reconocimiento automático del 33 por ciento, concediéndole el 18 por ciento inicial.

La segunda sentencia, la Nº 993/2018, presenta unos antecedentes similares en cuanto a que un trabajador que obtiene una incapacidad permanente total solicita la discapacidad y le es otorgada en un 29 por ciento, en lugar del automático 33 por ciento de discapacidad que marca la Ley. El trabajador recurre el dictamen ante el juzgado de lo Social nº 1 de Ciudad Real y se desestima la demanda. Seguidamente, el trabajador recurre ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, pero tampoco se estima su recurso.

En la tercera sentencia del Tribunal Supremo, la Nº 994/2018, recoge unos antecedentes semejantes a las otras dos sentencias. En este caso, un trabajador con una incapacidad permanente total solicita el grado de discapacidad, lográndolo solo en un 10 por ciento. El afectado interpone un recurso en el Juzgado de lo Social nº1 de Ciudad Real pero se desestima la demanda. Posteriormente, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha también desestima el recurso.

El Alto Tribunal analizó si en los casos en los que se es beneficiario de la Seguridad Social teniendo reconocido el grado de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, se le debe reconocer de forma automática y a todos los efectos el grado de discapacidad al 33 por ciento, en virtud del art. 4.2 de la LGDPD, o, en oposición a esto, esa atribución no cabe por incurrir el precepto del Texto Refundido en *ultra vires*, al excederse en la refundición de las normas sobre discapacidad, al desarrollar normativamente la Ley 26/2011

de 1 de agosto sobre adaptación normativa a la Convención y ordenando al Gobierno la revisión de la normativa legal.

Para la unificación de doctrina, el recurso de casación planteado pretende concretar si a partir de la entrada en vigor de la LGDPD, los afectados por una incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez tienen el grado de discapacidad automáticamente y a todos los efectos, con los derechos y ventajas de distinta naturaleza, o, de otro lado, la equiparación se aplicará a los efectos previstos en la Ley.

Conclusión del Pleno del Tribunal Supremo

El Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo decide, con 12 votos a favor, 3 en contra y un voto particular, que el 33 por ciento de discapacidad no conlleva el reconocimiento de forma automática a los afectados por una Incapacidad Permanente laboral, pues la LGDPD, contiene una regulación *ultra vires* en la refundición en un solo texto legal, pues, reconocía más beneficios respecto a las leyes anteriores, en relación con el mandato al Gobierno sobre el desarrollo del texto refundido que le otorgaba la Ley 26/2011 de 1 de agosto, en la que se mantenía el derogado art. 1.2 de la LIONDAU y en la que se basa la doctrina tradicional de la Sala. Por tanto, estipula que no todas las personas reconocidas con una incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, tienen los mismos derechos que las personas con discapacidad que la ostentan a partir del 33 por ciento.

STS 994/20018:

"...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 , que, además de atribuirle esa delegación, ratificó 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 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”.

Y por tanto, no debe asimilarse a todos los efectos, los derechos de las personas que tengan una situación de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, con las personas con el 33 por ciento de discapacidad, declarando así que en la LGDPD se produce una importantísima modificación de carácter sustancial, pues alcanza a reconocer un grado de discapacidad del 33 por ciento “a todos los efectos” con los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, no solo a los efectos de la LIONDAU, sino que varía de forma esencial el mandato recibido por el legislador.

El Tribunal Supremo señala, fundamentándose en el art. 82 de la Constitución Española, que el mecanismo que permite a las Cortes Generales que deleguen en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre determinadas materias, deberá otorgarse mediante ley ordinaria cuando el objetivo sea refundir varios textos legales en uno. La ley delimitará el objeto y alcance de la delegación legislativa y los criterios que ha de seguirse para su ejercicio, especificando si se incluye la de regularizar, aclarar u armonizar los textos legales que han de ser refundidos o si se circunscribe solo a la mera formulación de un único texto.

El Tribunal Constitucional también recuerda que se ha venido reconociendo la posibilidad de que los excesos en la delegación legislativa puedan ser conocidos por la jurisdicción ordinaria, de forma que se identifiquen los extremos en los que la delegación haya podido excederse y por lo tanto sea el juez ordinario el que pueda inaplicar el precepto, tal y como recoge nuestro art. 82 de la Constitución.

STS 994/2018:

“...El Tribunal Constitucional ha acogido la posibilidad de que los excesos de la delegación legislativa achacable a los decretos legislativos pueden ser conocidos por la jurisdicción ordinaria, de manera que por la misma se identifiquen aquellos extremos en los que la delegación hubiera sido excedida, lo que de ser así, permite al juez ordinario atribuir valor de reglamento a la norma que sobrepase aquella habilitación y entrar a valorarlo para proceder a su inaplicación si resultan ultra vires”.

Esta última cuestión sobre el control por la jurisdicción ordinaria, de los excesos de delegación de los decretos legislativos, presenta, doctrinalmente dos posiciones enfrentadas recogidas en el siguiente párrafo del artículo de investigación de D. Francisco Javier Donaire Villa, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid, en el que señala los dos paradigmas doctrinales a tener en cuenta con sus respectivas contradicciones²⁰:

“La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la jurisprudencia consagran el control de los excesos de delegación de los decretos legislativos por la jurisdicción ordinaria, además del que corresponde al Tribunal Constitucional. Doctrinalmente, en cambio, se enfrentan dos posiciones: la que califica la delegación legislativa como delegación recepticia acepta esa competencia sin negársela al Tribunal Constitucional, coincidiendo con la práctica legislativa y jurisprudencial; sin embargo, la que atribuye rango incondicionado de ley a los decretos legislativos otorga ese control al Tribunal Constitucional en exclusiva, negándoselo a la justicia ordinaria, a quien solo correspondería la fiscalización de la correcta tramitación de las normas gubernamentales delegadas. Ambos posicionamientos doctrinales presentan inconsistencias: el mero rango reglamentario del Decreto Legislativo ultra vires que apoyaría el control jurisdiccional ordinario solo aflora con la sentencia firme estimatoria, y no existe en el momento de la impugnación, mientras que la teoría del

²⁰ <https://www.civil-mercantil.com/decretos-legislativos-ultra-vires-control.html>

monopolio del Tribunal Constitucional se sustenta en una interpretación contra litteram del plural «tribunales» utilizado al efecto en el artículo 82.6 de la Constitución. Se debe considerar que el rango de ley de los decretos legislativos es una ficción constitucional condicionada al ajuste de estos a su respectiva ley de delegación, lo que atribuye un valor sustancial al plural «tribunales» empleado por dicho precepto, conforme con su propia literalidad y con la efectiva praxis legislativa y jurisprudencial, todo lo cual exceptuaría en esta materia concreta el carácter concentrado de nuestro modelo de control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley.”

2. El voto particular.

Recordemos que el Tribunal Supremo sienta jurisprudencia mediante las tres sentencias que emite en el mismo sentido, siendo en este caso, la decisión de la Sala Cuarta mediante 12 votos a favor, 3 en contra y un voto particular que se posiciona frente a la interpretación mayoritariamente favorable.

Dicho voto particular, emitido por tres Magistrados, discrepa de dicha interpretación mayoritaria pues entiende que en el texto refundido LGDPD no se encuentra ningún exceso en la delegación normativa, pues, cumple con la amplia autorización dada por el legislador y que la Convención de la ONU recomienda que se le debe dar cumplimiento.

Desde ese planteamiento, este voto particular señala que la tarea de refundición de la que es objeto la LGDPD autoriza al Gobierno para refundir en un texto en el que se “...regularicen, aclaren y armonicen...” las disposiciones legales ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico, y fundamentándose en el art. 82.5 de la Constitución ya citado anteriormente, por lo tanto, no incurre en una regulación *ultra vires*.

En la sentencia N° 994/2018, en el epígrafe que recoge el voto particular se encuentra en su apartado tercero dicha explicación:

“TERCERO.- Conclusión: La norma cuestionada no incurre en *ultra vires*.

A partir de la refundición normativa, la equiparación "a todos los efectos" de quienes se encuentran en situación de IPT o grado superior, se refiere al texto refundido, y ya no a las normas incorporadas en el mismo individualmente consideradas, y ello como consecuencia, ni más ni menos, que en cumplimiento del mandato refundidor del legislador".

En consecuencia, según el voto particular, la equiparación "...a todos los efectos..." con las personas que se encuentran en situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, a partir de esta refundición normativa, se refiere al texto refundido y no a las normas incorporadas individuales, por lo tanto, según el voto particular, da cumplimiento al mandato que se le ordena al legislador de unificar legislación vigente.

Desde el razonamiento de los Magistrados disidentes, la LGDPD no incurre en *ultra vires*, de ese modo, todos los efectos previstos en la citada norma señalan que tienen la consideración de personas con discapacidad a las personas que se les haya reconocido un grado igual o superior al 33 por ciento y a los pensionistas de la seguridad social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total o en grado superior.

A tal efecto, según el voto particular, para determinar que el porcentaje de discapacidad del interesado requiera que sea superior al 33 por ciento, pues según los derechos que se reclamen lo indicará como requisito, es cuando habrá que acudir al procedimiento del Real Decreto 1971/1999 para que les sea reconocido un determinado porcentaje superior al 33 por ciento, y si no es alcanzado, lo indicará de esa forma pero no fijará el porcentaje concreto inferior al 33 por ciento.

Así se indica en el segundo y tercer párrafo de la conclusión del voto particular de la sentencia N° 994/2018:

".... 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), 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.”

A mi juicio, la modificación de “a los efectos de esta ley” por “a todos los efectos” no corresponde con “regularizar, aclarar y armonizar” varias leyes para unificar a un texto que refunda. Incurre en un exceso en el mandato de legislación delegada al modificar el contenido del art. 2.1 de la LIONDAU, norma que debió integrar sin modificar, por lo tanto, el reconocimiento del grado de discapacidad del 33 por ciento asociado a la declaración de incapacidad permanente no será a todos los efectos, sino a los de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, que son los regulados en la LIONDAU.

Ante la necesidad de equiparar realmente los derechos reconocidos a personas con discapacidad a las personas que obtienen una incapacidad permanente del INSS, debemos aspirar a otro tipo de baremo para la valoración de los aspectos médicos y sociales, estos últimos en mayor medida que actualmente, en los que se atribuyan los derechos correspondientes de forma gradual.

3. Efecto de la doctrina del Tribunal Supremo en la reserva de empleo protegido.

La importancia de un empleo, en general, es incuestionable, sobre todo en el desarrollo de la persona y su independencia, cobrando más importancia en el caso de personas que tienen limitado el acceso al mercado laboral.

Según la interpretación de las sentencias del Tribunal Supremo, no opera la equiparación automática entre discapacidad e incapacidad permanente laboral que realiza el art. 4.2 de la LGDPD para el cómputo al acceso a las cuotas de reserva en el empleo protegido y en el mercado ordinario de trabajo por considerarse *ultra vires*, por lo tanto, serán únicamente considerados los trabajadores que se les haya reconocido un grado de discapacidad, igual o superior al 33 por ciento, por el órgano autonómico correspondiente, quedando sin acceso a las cuotas de reserva de empleo protegido a los reconocidos con la incapacidad permanente, debiéndosele aplicar las adaptaciones según si es total, absoluta o gran invalidez.

Todo ello me lleva a señalar, la inseguridad jurídica generada ante la aplicación de determinados beneficios reservados por la normativa para personas con discapacidad, como por ejemplo la cuota de reserva de puestos de trabajo del 2 por ciento, a personas que no han obtenido la declaración de discapacidad emitida por el órgano administrativo competente igual o superior al 33 por ciento, y sí tienen una declaración de incapacidad permanente laboral. Este sería el caso de estar ocupando plazas de empleo reservadas a personas con discapacidad por personas sin discapacidad real.

En cuanto a la irretroactividad en la aplicación de los efectos de las sentencias del Tribunal Supremo sobre el art. 4.2 LGDPD a los trabajadores que se contrataron con anterioridad a la emisión de las sentencias y que percibían prestaciones de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, poseen la consideración de personas con discapacidad para el cómputo de las cuotas de empleo.

4. Consulta a la Abogacía del Estado.

El Servicio Público de Empleo Estatal, hizo público un informe de 16 de mayo de 2019 emitido por la Abogacía del estado del Ministerio de Trabajo,

Migraciones y Seguridad Social en respuesta a la consulta planteada por el Servicio Valenciano de Empleo y Formación, sobre las consecuencias de las citadas sentencias en las medidas del empleo.

La Abogacía del Estado considera que, no cabe extender las medidas de fomento de empleo de personas con discapacidad a los pensionistas de Seguridad Social o titulares de pensiones de incapacidad permanente. Aunque el precepto no haya sido anulado por ser declarado *ultra vires* por reiterada jurisprudencia y conforme al Código civil art. 1.6, la doctrina del Tribunal Supremo complementa el ordenamiento jurídico, por lo que ha de tenerse en cuenta por la Administración.



CONCLUSIONES

Tras el análisis cronológico sobre la regulación de la discapacidad que nos conduce a la LGDPD y las posteriores sentencias del Tribunal Supremo que declaran su regulación *ultra vires* y que, por lo tanto, no reconocen la equiparación automática de las situaciones de una incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez con la atribución de la condición de persona con discapacidad, debido a la matización redactada en el texto refundido cuando menciona “a todos los efectos” refiriéndose a uno de los textos legales de la refundación, la LIONDAU, en la que realmente menciona “a los efectos de esta ley”. El Tribunal Supremo indica expresamente que el reconocimiento del grado de discapacidad del 33 por cien asociado a la declaración de incapacidad permanente, es únicamente a los efectos de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, que son los aspectos regulados en la LIONDAU. Según las sentencias, el legislador se refería a la atribución automática en dicha ley de la condición de discapacidad a los perceptores de pensiones de incapacidad permanente de la Seguridad Social en cuanto a las materias de “medidas de acción positiva”, “exigencias de accesibilidad”, actuaciones administrativas de “fomento”, a las normas de “tutela judicial” y “protección contra las represalias”.

El citado baremo del 33 por cien, necesita una modificación de criterios de valoración basados en que, además de la causa de disfuncionalidad que presente la persona, la LGDPD ofrece un concepto de discapacidad casi idéntico al de la Convención, poniendo de relieve que son las barreras externas las que dificultan la participación plena en la sociedad en igualdad de condiciones.

Otro aspecto a valorar, es la insuficiencia del actual ordenamiento jurídico para la inclusión laboral de las personas con discapacidad. La actual cuota de reserva de empleo del 2 por ciento resulta escasa y por lo tanto, ineficaz. En lo referente a la adaptación del puesto de trabajo en el empleo ordinario, son necesarios los ajustes no solo físicos como las herramientas y los equipos para desarrollar la actividad laboral, sino también, el apoyo

socioemocional y así favorecer la permanencia del trabajador en la empresa. La posibilidad de ofrecer los apoyos necesarios, cobra especial importancia para las personas con capacidad intelectual límite y su correcta inserción en el empleo ordinario.

Para finalizar las posibles conclusiones recogidas y tras conocer los enfoques que presenta la regulación sobre la discapacidad, me gustaría incidir en la necesidad de renovar mentalidades eliminando estereotipos hacia las personas con discapacidad. Esta reflexión implica una educación en valores hacia la inserción socio-laboral, de lo contrario, la intervención del Estado aumentará para proteger sus derechos.

PROPUESTAS

- 1- Mi propuesta en cuanto a la cuota de reserva de empleo para personas con discapacidad, se inicia doblando el porcentaje actual, quedando en un 4 por ciento y añadiendo una valoración económica de la empresa, concretamente, por tramos de facturación, de forma que se aplicaría una doble valoración; una en cuanto al número de empleados de la empresa y otra valoración según su facturación anual, siendo las dos modalidades compatibles. En nuestro sistema fiscal, se considera gran empresa a partir de una facturación anual de 10 mll de €. Una vez superada dicha cantidad y entre los tramos de 10 mll y 30 mll, se haría obligatoria la contratación de una persona con discapacidad. El siguiente tramo sería de 30 mll a 60 mll, siendo obligatoria la contratación de una segunda persona con discapacidad. El siguiente tramo continuaría entre 60 mll y 100 mll, siendo obligatoria la contratación de una tercera persona con discapacidad. Incido en que se observe que se trata de un sistema por tramos progresivo en el aumento de la cantidad anterior más 10; de 10 a 30 la diferencia son 20, de 30 a 60 la diferencia son 20 más 10, de 60 a 100 la diferencia son 30 más 10. Es un sistema que busca la rentabilidad para que el empleador no ofrezca resistencia a la contratación de personas con discapacidad. Este sistema de

valoración está ideado para los sectores servicios y manufacturero, obviamente, no cabría en este planteamiento un sector como el bursátil.

- 2- Una propuesta incentivadora para la empresa privada sería una deducción en el Impuesto de Sociedades para la empresa que no teniendo la obligación de contratar personas con discapacidad debido a no alcanzar la cifra de reserva de empleo actual del 2 por cien, sí las tenga empleadas.
- 3- Unificación relativa de los tres baremos en un mismo procedimiento: reconocimiento de su incapacidad permanente, de su discapacidad y de su dependencia²¹, mediante un sistema gradual adecuado a la proporcionalidad de su grado de discapacidad, incluyendo una mayor valoración del modelo social elaborado con los componentes de las actividades y participación socio-laboral que pueden desarrollar de forma plena.
- 4- Establecer que la jornada laboral del trabajador con discapacidad que debe cubrir la cuota de reserva debe ser a tiempo completo o, en todo caso, que la jornada no sea inferior al 50 por ciento, e incluso, contemplar la posibilidad de contratar a una tercera persona en el tiempo restante de la jornada laboral²².
- 5- Modificación del art. 49 de la Constitución. Artículo que merece una incursión en su contenido para ofrecer una propuesta de reforma, que se iniciaría modificando el término “disminuidos” por “personas con discapacidad”. También, se reclama un cambio de ubicación debiendo incluirse en la Sección 1ª del Capítulo segundo del Título I

²¹ MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L. Y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, CERMI, vol. I, septiembre 2016, pág. 21.

²² FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “Inserción laboral de personas con discapacidad y capacidad intelectual límite”, ARANZADI, págs., 178 y 179.

de la Carta Magna (artículos 15 al 29) y así transformarse en derechos fundamentales. En cuanto a su contenido, debe evolucionar y recoger los principios de: igual capacidad, vida independiente, accesibilidad universal y ajustes razonables, la lengua de signos y diálogo civil. Y por supuesto, considerar el reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas con una mejor distribución que permita desarrollar políticas sociales²³.



²³ DE LORENZO GARCÍA, R. "Reforma social de la Constitución" *Anales de Derecho y Discapacidad*, vol. III CERMI.

Anexo 1. Comparativa de la definición de discapacidad en su sucesiva regularización.

LISMI

Artículo siete.

Uno. A los efectos de la presente Ley se entenderá por **minusválidos** toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, **previsiblemente permanente**, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales.

LIONDAU

Artículo 1. Objeto de la ley.

2. Son personas con **discapacidad** aquellas que presenten 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.

CONVENCIÓN

Artículo 1. Apartado 2.

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 las demás.

LGDPD

Artículo 4. Titulares de los derechos.

1. Son personas con **discapacidad** 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 los demás.

Anexo 2. Definición de Incapacidad Permanente.

Artículo 193. Concepto. 1. La incapacidad permanente contributiva es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo. Las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el

interesado en el momento de su afiliación. 2. La incapacidad permanente habrá de derivarse de la situación de incapacidad temporal, salvo que afecte a quienes carezcan de protección en cuanto a dicha incapacidad temporal, bien por encontrarse en una situación asimilada a la de alta, de conformidad con lo previsto en el artículo 166, que no la comprenda, bien en los supuestos de asimilación a trabajadores por cuenta ajena, en los que se dé la misma circunstancia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 155.2, bien en los casos de acceso a la incapacidad permanente desde la situación de no alta, a tenor de lo previsto en el artículo 195.4.

Artículo 194. Grados de incapacidad permanente. 1. La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará, en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades que se apruebe reglamentariamente en los siguientes grados: a) Incapacidad permanente parcial. b) Incapacidad permanente total. c) Incapacidad permanente absoluta. d) Gran invalidez. 2. La calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca. A efectos de la determinación del grado de la

incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente. 3. La lista de enfermedades, la valoración de las mismas, a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo, y la determinación de los distintos grados de incapacidad, así como el régimen de incompatibilidades de los mismos, serán objeto de desarrollo reglamentario por el Gobierno, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Anexo 3. Comparativa de la equiparación entre discapacidad e incapacidad permanente en las regulaciones de LIONDAU, Convención Y LGDPD.

LIONDAU

Artículo 1.2 3er párrafo.

Ello no obstante, a los efectos de esta Ley, 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. En todo caso, se considerarán 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.

CONVENCIÓN

Artículo 1.2 3er párrafo.

Ello no obstante, a los efectos de esta Ley, 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. En todo caso, se considerarán 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.

LGDPD

Artículo 4.2 Titulares de los derechos.

2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, 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. Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos.

BIBLIOGRAFÍA

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “Inserción laboral de personas con discapacidad y capacidad intelectual límite”. Aranzadi.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L.: “Derechos Fundamentales y Discapacidad” Ediciones Cinca. Colección Convención ONU núm. 14, Madrid, 2015.

-“Inserción laboral de personas con discapacidad y capacidad intelectual límite” *Anales de Derecho y Discapacidad*. Vol. II CERMI

MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas” *Anales de Derecho Discapacidad*. Vol. I CERMI

DE LORENZO GARCÍA, R.: “Reforma social de la Constitución” *Anales de Derecho y Discapacidad*. Vol. III. CERMI.

RODRIGUEZ RUIZ, E.:”Daño sobrevenido, incapacidad, discapacidad y empleo”. *Anales de Derecho y Discapacidad*. Vol. IV CERMI.

NORMATIVA

- Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI).
- Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.
- Real Decreto 364/2005, cuantificación de la obligación de reserva.
- Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU).
- Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003,

de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.
13/12/2006

- Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

- 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 (LGDPD).

- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

- Orden de 7 de noviembre de 1968.

- Decreto 2531/1970 de 22 de agosto.