



universidad
de león



**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2021 / 2022**

**ADAPTACIÓN DE UNA RELACIÓN LABORAL
COMÚN A LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD MENTAL**

**ADAPTING THE ORDINARY EMPLOYMENT
RELATIONSHIP TO PEOPLE WITH MENTAL
DISABILITY**

MÁSTER EN ABOGACÍA

AUTOR/A: DÑA. PATRICIA MARÍA REY RODRÍGUEZ

TUTOR/A: DÑA. JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ



ÍNDICE:

INDICE DE ABREVIATURAS	3
RESUMEN	4
OBJETO DEL TRABAJO	5
METODOLOGÍA.....	6
1.- LA DIFÍCIL EMPLEABILIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL	7
1.1.- El planteamiento normativo y político a nivel internacional y europeo	10
1.2.- Normativa y políticas nacionales	14
1.3.- Normativa y políticas autonómicas en Castilla y León.....	16
1.4.- El quehacer de las organizaciones comprometidas con la salud mental	18
2.- CONDICIONANTES PRIMARIOS PARA INCORPORAR A UN TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD MENTAL A LA EMPRESA.....	20
2.1.- Cuestiones previas a la contratación	20
2.2.- El reconocimiento médico “prelaboral” y el inmediatamente posterior al contrato	26
2.3.- La adaptación del puesto de trabajo	29
2.4.- El empleo con apoyo	31
3.- MODULACIÓN DEL PODER DE DIRECCIÓN.....	33
3.1.- El <i>ius variandi</i> ordinario. Singularidades en el ámbito de la movilidad funcional extraordinaria.....	33
3.2.- La movilidad geográfica de las PCD.....	34
3.3.- La modificación sustancial de condiciones de trabajo	35
3.4.- La suspensión del contrato	36
4.- EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	36
4.1.- Despido disciplinario	37
4.2.- Despido por razones objetivas.....	38
4.3.- Despido por razones empresariales	39
5.- CONCLUSIONES	42
6.- BIBLIOGRAFÍA.....	45
7.- WEBGRAFÍA	49



INDICE DE ABREVIATURAS

- art./arts.: artículo/artículos
- CCAA: Comunidades Autónomas
- CE: Constitución Española
- CERMI: Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
- cit.: citado
- Dirs: director(es)
- ECA: empleo con apoyo
- ET: 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.
- INE: Instituto Nacional de Estadística
- INSST/INSHT: Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo/ Instituto Nacional de Salud e Higiene en el Trabajo
- LGD: 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 su inclusión social
- LISMI: Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos
- LOPD: Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales
- LPRL: Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales
- OIT: Organización Internacional del Trabajo
- OMS: Organización Mundial de la Salud
- pág./págs.: página/páginas
- PCD: personas con discapacidad
- PCDM: personas con discapacidad mental
- SAAD: Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- TES: Trabajador Especialmente Sensible
- UE: Unión Europea
- vol.: volumen



RESUMEN

Intentar mostrar el desarrollo de la relación laboral de una persona con discapacidad mental, no incluida dentro del empleo protegido, desde los estadios previos a la contratación hasta la extinción de su vínculo laboral por cualesquiera motivos, constituye la que se quiere sea aportación más saliente de este estudio.

Bajo cuanto es más visible, subyace otro doble aspecto de interés: de un lado, la de cotejar las variables en presencia de este grupo de discapacitados respecto de otros colectivos de personas con déficit físico o psíquico, pero con un inferior nivel de afectación; de otro, la de intentar explicitar los elementos de modulación de los poderes de dirección y control empresarial, a la luz de cuanto las normas y los tribunales vienen reconociendo, dentro del haz de derechos y obligaciones de los trabajadores especialmente sensibles con discapacidad mental.

PALABRAS CLAVE:

Discapacidad mental, personas con discapacidad, trabajadores especialmente sensibles, relación laboral.

ABSTRACT

The most remarkable contribution of this study is showing the development of the employment relationship of a person with mental disability (not included in sheltered employment), from the pre-contracting stages until the end of their employment relationship for any reason.

The more visible part, there is another double aspect of interest: on the one hand, to compare the variables in the presence of this group of disabled people with other groups of people with physical or mental disabilities, with a lower level of involvement; on the other, to clarify the elements of control and corporate leadership, in the light of the fact that the rules and courts have recognized within the range of rights and obligations of Specially Sensitive Workers.

KEY WORDS

Mental disorder, disabled people, specially sensitive workers, labour relationship.



OBJETO DEL TRABAJO

La relación laboral de los Trabajadores Especialmente Sensibles (TES), con o sin discapacidad, aparece impregnada de una serie de peculiaridades de alto interés para un jurista. Su análisis aún introduce mayores elementos de singularidad en cuanto afecta, en concreto, a las PCD y, en concreto, a las PCDM.

El objetivo último pretendido en las líneas que siguen radica en acompañar el itinerario de quien padece una deficiencia mental a través de los distintos momentos de su periplo laboral como trabajador ordinario; al margen, por tanto, de cuando pudiera desarrollar una actividad en el empleo protegido. Narrará, así, los momentos previos a su contratación, las condiciones especiales bajo las cuales habrá de comenzar el desarrollo de la prestación, la eventual exigencia de apoyo que podrá demandar la exigencia de un empleo seguro y adecuado, las obligaciones y derechos de las partes y su modificación a lo largo del vínculo, así como las distintas circunstancias bajo las cuales habrá lugar a la extinción del contrato.

El vacío normativo o, mejor dicho, la falta de concreción de las normas a aplicar, hará preciso acudir a la jurisprudencia y a la doctrina para colmar lagunas y encontrar luz allí donde el legislador no ha tenido a bien intervenir.

La labor es ardua, pues el parecer de los tribunales dista de ser unánime y la voz de la doctrina científica a menudo se pierde entre los ecos y opiniones sobre los discapacitados en general.

Trasunto, ambas noticias, de un camino aún por recorrer a nivel social y jurídico, dentro del cual este trabajo quiere tomar parte.

La forma bajo la cual intenta conseguir una contribución positiva adquiere un doble sentido: de un lado, una dación de cuentas públicas sobre aspectos a cubrir o corregir; de otro, una constante solicitud de ayudas a nivel técnico, económico y jurídico que pueda hacer realidad el sueño de una inserción social a partir de la integración laboral de aquellas personas que más dificultades presentan.



METODOLOGÍA

Intentar trazar una visión panorámica de los problemas derivados de la integración laboral que encuentran las PCDM signa de manera indeleble el método a aplicar, que necesariamente ha de conjugar la vertiente inductiva y la deductiva.

La primera resultará vital en tres ámbitos:

1º.- Los análisis estadísticos, de donde cabrá extraer la posición del colectivo en el mercado laboral y su sentido final llegado el momento de marcar las líneas de actuación que procederá seguir para corregir los datos más negativos.

2º.- El estudio de la jurisprudencia, a partir de la cual cabrá extraer algunos de los problemas que han alcanzado eco en los tribunales, así como de la orientación derivada de su solución.

3º.- Por último, los informes, noticias y valoraciones doctrinales, capaces de poner sobre aviso de las situaciones a abordar y del concepto y modo para hacerlo.

La perspectiva anterior ha de encontrar el correlato lógico de un análisis de la normativa existente destinado a encontrar adecuada solución a aquellos supuestos que demandan una actuación legal inmediata. A veces lo hará integrando situaciones de clara anomia; en otras, exigiendo un cambio *de lege ferenda*; en algunos más, en fin, trazando un norte posible de intervención a nivel internacional, nacional o autonómico.

Es indudable que esta doble opción metodológica ha de venir acompañada de una correcta utilización de los criterios de interpretación de las normas. Si bien el sentido histórico, literal o sistemático ostentan la importancia merecida, la perspectiva finalista anunciada convierte al teleológico en un patrón que no deja de aparecer como constante lo largo de todo el ensayo.



1.- LA DIFÍCIL EMPLEABILIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL

Según los datos que figuran en el Informe de Empleo de Personas con Discapacidad del año 2020, el número de PCD en edad laboral alcanza la cifra de 1.933.400, lo cual supone el 6,3% de la población total en activo; con un aumento del 3,0% (56.500 personas) respecto a 2019.

Las mayores tasas de actividad concurren, tanto en la población con discapacidad como sin ella, en el rango de edad comprendido entre los 25 y los 44 años, siendo las de superior volumen de inactividad aquellas comprendidas entre 16 a 24 y entre 45 a 64 años. En concreto, los menores de 25 suponen el grupo más afectado, con una subida en los dos últimos años de 5,8 puntos.

De atender a las personas con problemas de salud mental o discapacidad mental, denominación que proviene del art. 1 de la Convención de la Organización de Naciones Unidas de Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, cabrá comprobar que son quienes encuentran más problemas para acceder al mercado laboral. En este sentido, el porcentaje de desempleo del colectivo alcanza el 80% en la sociedad europeo-occidental; más aún, sólo el 5% de las PCDM logran mantener un empleo estable, lo cual parece aludir a un especial estigma social, así reconocido por el Parlamento Europeo cuando se propone ponerle coto.

De seguir abundando en datos capaces de ilustrar sobre la dimensión del problema, cabrá traer a colación el parecer de la OMS, cuando concluye que una de cada cuatro personas en todo el mundo sufrirá algún problema de salud mental a lo largo de su vida; atribuyendo a este colectivo de PCD, entre otros, el incremento del volumen de afectados en los últimos años, no en vano más de 450 millones de personas padecen alguna discapacidad mental¹.

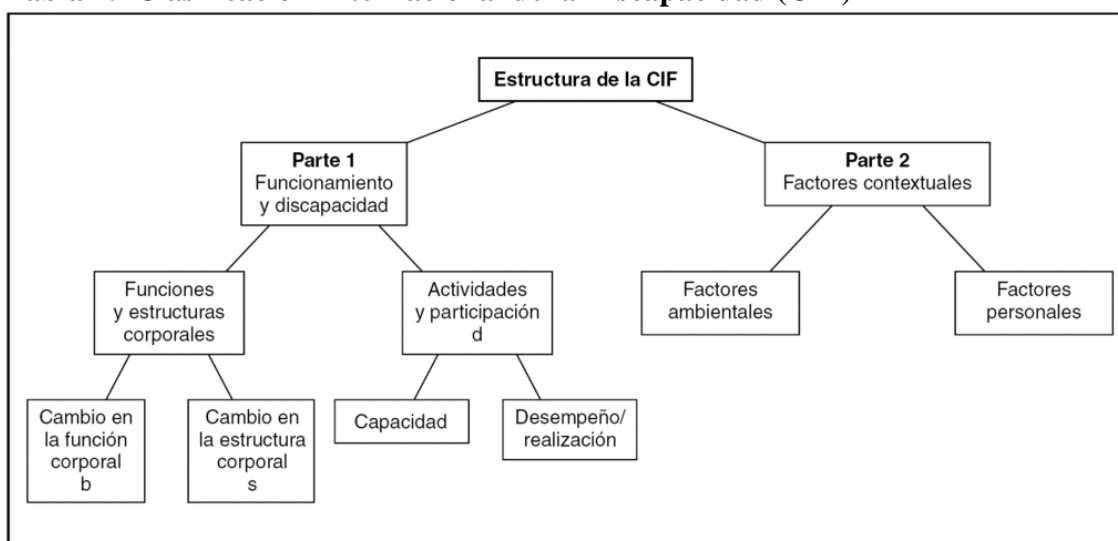
De los someros datos llama poderosamente la atención la brecha existente entre este tipo de discapacidad y el resto, tanto en cuanto hace a los factores que la llevan a calificar como un grado de discapacidad superior, como por el resultante medido en cifras de empleo.

¹ DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: *El empleo de las personas con discapacidad: oportunidades y desafíos*, Dykinson, Madrid, 2018, págs. 240-241.



El primero de los dos elementos obliga a atender a la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE), con su modificación CIE-11 que entró en vigor en 2022 para sustituir a la anterior de 1990²; y, sobre todo a la Clasificación del Funcionamiento, de la discapacidad y de la salud (CIF), que aporta un marco conceptual estandarizado y unificado bajo la fórmula compendiada gráficamente:

Tabla 1.- Clasificación Internacional de la Discapacidad (CIF)



Fuente: OMS (2021)

En lo tocante a la situación laboral de los trabajadores con problemas de salud psíquica o discapacidad mental, cabrá seguir que constituyen uno de los colectivos con mayores obstáculos a la hora de acceder y mantener un empleo estable. A tal punto que conseguir su efectiva inclusión supone todo un reto.

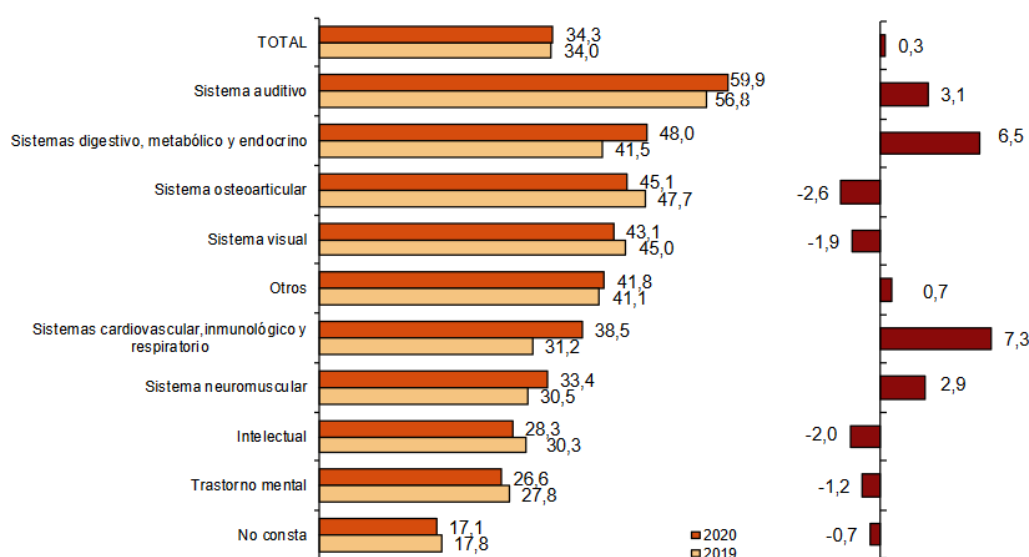
Para comprobarlo bastará con acudir a los datos del INE, actualizados a 28 de febrero de 2022, donde queda reflejado que España dista de constituir una excepción a la tónica europea y también aquí conforman un grupo de población con bajísima participación en el mercado, ocupando el último eslabón de la cadena de empleo.

² OMS: CIE-11. Guía para la aplicación y la transición, 2019, https://icd.who.int/es/docs/192190_ICD-11_Implementation_or_Transition_Guide_edited_ES.pdf



De este modo, mientras las personas con deficiencias auditivas, por ejemplo, presentan un volumen de actividad que raya el 60%, aquellas con algún tipo de trastorno mental tan solo refieren un porcentaje del 26,6%³.

Tabla 2.- tasa de actividad según tipo de discapacidad



Fuente: INE (2022)

Un dato tan determinante sirve para reflejar las dificultades de las PCD en general, y de las PCDM en particular, las dificultades dentro del mundo laboral; en este último caso dando pie a la posibilidad de una doble discriminación: de un lado, la derivada de esa menor o diferente capacidad; de otro, la resultante del origen e intensidad del concreto déficit que, entre más acusado y de origen mental, provoca una posición más relegada del individuo.

En gran medida estos problemas derivarán de una falta de adaptación de los puestos de trabajo a sus necesidades; también, y en íntima vinculación, de una adecuada formación laboral específica y seguimiento por profesionales sociosanitarios. La ausencia de atención en el ordenamiento jurídico español a tales condicionantes primarios es capaz de provocar la situación de vulnerabilidad extrema derivada del abandono de un derecho primario cual es el relativo a un trabajo digno.

³ INE: *El empleo de las personas con discapacidad*, 2022, pág. 6, en https://www.ine.es/prensa/epd_2020.pdf



Obtener la ratificación de esta idea resulta sencillo con solo parar mientes en la impresión transmitida por el INSST (y antes por el INSHT) cuando, al hilo de su preocupación por las PCD, deja constancia no solo de la labor estrictamente apegada a la seguridad y salud laborales, sino también de su utilidad en orden a la integración y preservación de una ocupación para este conjunto de población⁴.

Condicionantes a los cuales cabrá añadir la segregación social que acompaña, en todos los países, a quienes concitan la atención de este estudio. Por acudir una vez más a los datos de la OMS, supondrá afrontar ni más ni menos que un porcentaje del 27,4 % del conjunto de enfermedades totales a atribuir a los trastornos mentales y neuropsiquiátricos en España⁵.

Afrontar tan delicada cuestión desde la perspectiva del Derecho del Trabajo supondrá atender, en primer término, a las referencias normativas y políticas a nivel internacional; descender, a renglón seguido, a la esfera nacional y autonómica; concluir, a la postre, con una breve semblanza del quehacer de las organizaciones comprometidas con el problema.

1.1.- El planteamiento normativo y político a nivel internacional y europeo

A la hora de abordar la labor de las organizaciones supranacionales en pro de las PCD y de las PCDM cabrá dar cuenta de la cohabitación pacífica entre las iniciativas mundiales y las europeas.

El instrumento normativo fundamental a nivel internacional viene dado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, cuyo art. 27 proclama su derecho a acceder al mercado laboral y a trabajar bajo iguales condiciones que cualquier otra persona⁶.

El tratado supone la culminación de un camino que previamente había transitado la OIT, a través del Convenio núm. 111, de 1958, sobre discriminación, empleo y ocupación, precedido de la Recomendación núm. 99, de 1955, sobre adaptación y readaptación profesional de los inválidos. Su texto describe la necesidad de que las PCD queden

⁴ INSST: *NTP 1003. Diseño de puestos ocupados por persona con discapacidad: Principios básicos*, 2014, <https://www.insst.es/documents/94886/566858/ntp-1003+w.pdf/3e928f7b-7a43-4a56-a44b-676c0d8f49e2?version=1.0&t=1617978847048>

⁵ OMS: *Datos y cifras de trastornos mentales*, 2022, <https://www.who.int/es/news-room/factsheets/detail/mental-disorders>

⁶ PALACIOS BARIFFI, A.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2007, pág. 93.



sometidas a un proceso continuo de adaptación y readaptación, orientado a la formación profesional y a un itinerario de colocación selectiva en un empleo adecuado y adaptado a sus necesidades.

El transcurso del tiempo hizo necesario desarrollar y actualizar algunos de los compromisos de acciones establecidos en aquella referencia universal, viendo la luz el Convenio núm. 159, de 1983, sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas, así como la Recomendación núm. 168, de 1983, encargada de abundar en algunos detalles significativos sobre los cuales volverá la relativamente reciente Recomendación núm. 205, de 2017, sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y resiliencia. De especial interés resultara el art. 1.4 del texto vinculante, cuando contempla la directriz fundamental en la ordenación del trabajo a este respecto: “la finalidad de readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad”, siempre sobre la base de los principios de igualdad de oportunidades entre este colectivo y los trabajadores ordinarios⁷.

Al margen de estos instrumentos normativos, no cabrá desdeñar el valor de un documento que emana de Naciones Unidas en 1971. La Resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de aquel año, específicamente sienta que el colectivo con disfunciones mentales tiene el derecho a recibir la educación, formación, rehabilitación y orientación que los habilite a desarrollar sus competencias y potencial al máximo, a la seguridad económica y un estándar de vida decente, a desarrollar un trabajo productivo o involucrarse en cualquier otra ocupación significativa según la extensión máxima de sus capacidades⁸.

De igual modo la Resolución 46/119 de 17 de diciembre de 1991, aprueba los 25 principios para la protección a las PCDM y constituyen una guía importante para los Estados, entre los cuales destaca la referencia al trabajo en instituciones de internamiento que mencionan los apartados 3 (“En ninguna circunstancia podrá el paciente ser sometido a trabajos forzados. Dentro de los límites compatibles con las necesidades del paciente y las de la administración de la institución, el paciente deberá poder elegir la clase de trabajo que desee realizar”) y 4 (“El trabajo de un paciente en una institución psiquiátrica no será objeto de explotación. Todo paciente tendrá derecho a recibir por un trabajo la misma remuneración que, por un trabajo igual, de conformidad con las leyes o las costumbres nacionales, se pagaría a una persona que no sea un paciente. Todo paciente tendrá

⁷ O'REILLY, A.: *El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades*, OIT, Ginebra, 2004, pág. 29. Sobre su repercusión en el ordenamiento nacional, RUBIO DE MEDINA, M.: “Las referencias al empleo en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su repercusión en la normativa laboral española”, *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y derecho del empleo*, vol. 1, núm. 1, 2013, págs. 2-7.

⁸ O'REILLY, A.: *El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades*, cit., pág. 26.



derecho, en cualquier caso, a recibir una proporción equitativa de la remuneración que la institución psiquiátrica perciba por su trabajo⁹”).

Por último, no cabra desdeñar el principal fruto del Decenio de Naciones Unidas para los Impedidos, que toma forma bajo las 22 Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las PCD, proclamadas por la Asamblea General de 20 de diciembre de 1993, cuyo art. 7, intitulado “empleo”, destaca tres aspectos importantes: en primer lugar, la igualdad de oportunidades para obtener un empleo productivo y remunerado; en segundo término, el apoyo de los estados a la integración de las PCD en el ámbito laboral a través de medidas de acción positiva; en último extremo, la adaptación de los puestos de trabajo tanto en el empleo protegido como en el ordinario¹⁰

Devolver los ojos a la UE el elenco de motivos de discriminación contra los cuales procede luchar en el Viejo Continente, entre ellos la discapacidad, viene recogido en el art. 10 TFUE. No constituye sino la culminación de un proceso que en el ámbito del Consejo de Europa arranca del art. 14 del Convenio de Derechos Humanos de 1950, bajo la fértil interpretación ampliadora del TEDH¹¹, y tiene continuación el art. 15 de la Carta Social Europea cuando señala que “toda persona discapacitada tiene derecho a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad, invitando a todos los estado a adoptar medidas que procuren a los discapacitados orientación, educación y formación profesional”; más aún a que asuman el compromiso de promover las iniciativas capaces de estimular a los empleadores con el fin de que los contraten en su entorno habitual de trabajo, llevando a cabo las adaptaciones precisas de las condiciones de empleo a sus necesidades, incluidas las derivadas de un déficit mental¹². El último hito a reseñar viene dado por la tutela anti discriminatoria que contiene el art. 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE del 2000, a la cual subsigue la garantía de integración social y profesional proclamada en su art. 26¹³.

Dentro del marco destinado a su desarrollo, importará destacar el contenido de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación; en particular, a partir de cuanto dispone su art. 5, cuyo tenor proclama la

⁹ ESPAÑA MARTÍ, M. M.: “La protección y atención socio-sanitaria de los enfermos mentales”, *Derecho y Salud*, vol. 12, núm. 2, 2004, pág. 117.

¹⁰ PALACIOS, A.: “El modelo social de discapacidad y su concepción como cuestión de derechos humanos”, *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*, vol. 8, núm. 1, 2017, pág. 15.

¹¹ STEDH 30 de abril de 2009, D 13444-2004, asunto *Glor contra Suiza*.

¹² DÍAZ JIMÉNEZ, R.: “Espacio social europeo y personas con discapacidad”, *Acciones e Investigaciones Sociales*, núm. Extra 1, 2006, pág. 250.

¹³ ZACHERT, U.: “Los derechos fundamentales de los trabajadores en la Carta Europea de Derechos Fundamentales”, *Temas Laborales*, núm. 65, 2002, pág. 15.



imperiosa necesidad de proceder a cuantos ajustes razonables favorezcan la ocupabilidad de las PCD, permitiendo las medidas de acción positiva de carácter específico que sirvan para proteger y fomentar la inserción en el mercado de trabajo¹⁴.

En su aplicación, hasta tres pronunciamientos distintos abundan en un concepto de discapacidad que queda impregnado de tintes laborales. Con el precedente de un asunto de origen español¹⁵ y la continuidad a través de un pronunciamiento ulterior con el que sienta jurisprudencia¹⁶, el *leader case* en la materia define la discapacidad como “una limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”; por ende, “debe entenderse en el sentido de que se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, pero no como una imposibilidad de ejercer tal actividad, motivo por el cual todos los esfuerzos públicos y privados han de ser dirigidos a derribar esas barreras y ese obstáculo”¹⁷.

Pero si destacables son las iniciativas normativas, no menos lo habrán de ser las estrictamente políticas. Tras el recuerdo del programa HORIZON acometido a lo largo de los años 90 y su continuación en la Estrategia Europa sobre la Discapacidad 2010-2020, procederá destacar la vigente Estrategia FSE+ 2021-2027. Portadora de numerosas medidas de acción positiva, cabrá simplemente mencionar sus esfuerzos en favor de la accesibilidad de las PCD, la igualdad de oportunidades en todos los órdenes (también el laboral), la lucha contra cualquier factor de discriminación y los esfuerzos por la integración laboral, en particular de quienes más lo precisan, entre los cuales aparecen mencionadas las personas con déficit mental o psíquico¹⁸.

¹⁴ MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 191, 2016, pág. 12.

¹⁵ STJUE 11 de julio de 2006, C-13/05, asunto *Chacón Navas*.

¹⁶ STJUE 14 de marzo de 2014, C-363/12, asunto *Z y A*.

¹⁷ STJUE 11 de abril de 2013 C-335 y 337/11, asunto *HK Danmark*; comentándola, DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Sobre el concepto jurídico de persona con discapacidad y la noción de apoyos necesarios”, *Revista Española de Discapacidad*, núm. 4, 2016, pág. 87.

¹⁸ BLÁZQUEZ GARCÍA, M.V.: “El valor de los Fondos Europeos desde la perspectiva de la evaluación de las políticas públicas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 20, 2021, pág. 149.



1.2.- Normativa y políticas nacionales

El cimiento de la normativa nacional en cuanto hace a los derechos de los discapacitados aparece recogido en el art. 49 CE, a cuyo tenor “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”.

Este precepto deja en evidencia la débil protección al máximo nivel de las PCD, al constituir el único momento donde quedan mencionados, relegados a “ciudadanos de segunda categoría”¹⁹. Tal sería así si no fuera porque el precepto debe ser completado de manera ineludible y elevado al máximo rango a partir de su integración con el art. 14 CE y la extensión general de los principios de igualdad y no discriminación.

En el desarrollo de tales previsiones, va a surgir un importante acervo de normas destinadas a proteger a las PCD. En primer lugar, la LISMI que, con 40 años de vigor, fue la primera recopilación sistemática de preceptos destinada a regular la atención y los apoyos a las personas con minusvalía (en aquel entonces) y sus familias. Completada más tarde, por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad, sus previsiones fueron remozadas tempranamente por dos normas: de un lado, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, con el importante diseño del SAAD; de otro, la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones que acompañaba a la norma de 2003.

El último hito viene dado por el diseño de un verdadero estatuto especial para este colectivo que contiene el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba la LGD, de cuyo texto procederá destacar las siguientes referencias:

—Por primera aparecen clasificados los tipos de trabajo a partir de los cuales estas personas podrán ejercer el derecho recogido en el art. 35 CE, dispone, a tal efecto el art. 37 LGD dispone a tal efecto que caben tres modalidades de empleo: el ordinario (por cuenta ajena), el autónomo (por cuenta propia) y el protegido (amparado en una normativa especial solo aplicable a los discapacitados).

—El compromiso de los poderes públicos de fomentar el índice de ocupación a través de ayudas que faciliten su inserción social, (art. 39 LGD).

¹⁹ PUJALTE MARTÍNEZ, A.L.: *Derechos fundamentales y discapacidad*, Cinca, Madrid, 2015, pág. 17.



universidad
de león



—Por último, y a tenor del art. 42 LGD, las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que entre ellos, al menos, el 2% sean trabajadores con discapacidad.

No cabrá desconocer en esta evolución, tampoco, el hito que ha supuesto la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Con modificación, entre otras, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Código Civil, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, la Ley del Notariado, el Código de Comercio, la Ley Hipotecaria o la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

La aprobación de esta norma ha supuesto la supresión de la incapacitación judicial y su sustitución por cuatro nuevos institutos: la asistencia (sólo en Cataluña), la curatela (que puede ser asistencial o representativa), el defensor judicial y el guardador de hecho.

- El defensor judicial procederá cuando sea menester establecer medidas de apoyo con carácter ocasional o recurrente, o en previsión de la existencia de conflictos de intereses entre el discapacitado y la persona encargada de prestarle apoyo.
- La guarda de hecho supone el apoyo de una persona a otra con discapacidad sin haber sido dictadas medidas voluntarias/judiciales en curso de aplicación.
- La curatela, para supuestos de necesidad de apoyo continuado, admite dos fórmulas: la asistencial y la representativa. Una resolución judicial determinará el alcance de las medidas de apoyo en que consista la asistencial, que no habrá de desconocer los derechos y sí atender a la voluntad, deseos y preferencias de la PCD. A su vez, la representativa constituye una figura excepcional a la cual acudir tan solo cuando sea absolutamente imposible determinar la voluntad y deseos de la persona discapacitada; teniendo en cuenta, en estos casos más graves, la trayectoria vital, sus creencias y valores, así como los factores que hipotéticamente hubiera tenido en consideración a la hora de tomar una decisión si no hubiera precisado representación.

Además de la norma, también en el plano nacional el diseño de adecuadas políticas resulta fundamental. En el momento de escribir estas líneas la referencia indudable viene dada por la Estrategia Española de Economía Social 2021-2027, a partir de la cual queda incorporado al quehacer del Gobierno español la Estrategia FSE+ 2021-2027.



universidad
de león



1.3.- Normativa y políticas autonómicas en Castilla y León

El art. 70 del Estatuto de Castilla y León asume la competencia exclusiva en cuanto hace a “prevención, atención e inserción social de los colectivos afectados por la discapacidad, dependencia o la exclusión social”. Dentro de su art. 13 regula los derechos de los discapacitados, donde contempla que todos los ciudadanos deben gozar de igualdad de trato, así como estar en disposición de acceder, en cualquier ámbito de su vida, a las ayudas públicas previstas para su integración en los ámbitos educativo, social o laboral.

Coadyuvando a tal propósito procederá mentar dos normas autonómicas fundamentales: de un lado, la Ley 3/1998, de 24 de junio, por la que se regula la accesibilidad y la supresión de barreras; de otro, la Ley 2/2013, de 15 de mayo, de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, cuya pretensión última radica en dotar de efectividad a los derechos fundamentales y asegurar la igualdad de oportunidades, en orden a lo cual atribuye a los poderes públicos regionales la misión de fomentar su bienestar y desarrollo, como garantía de autonomía y calidad de vida.

Como complemento ineludible a tal acervo normativo procederá dar cuenta del Plan de Empleo de Castilla y León 2021/2024. En el figuran las directrices de las políticas activas de empleo a nivel autonómico, dejando constancia expresa, entre sus objetivos, del apoyo a los colectivos con mayores dificultades de empleabilidad, según resultan ser las personas objeto de este estudio. En particular, destaca el contenido del punto 5.2.2, donde figuran una serie de medidas específicas destinadas a que las PCD puedan desarrollar una actividad profesional en igualdad de condiciones que el resto de trabajadores; así mismo, y para dignificar su prestación laboral que estén en disposición de combatir activamente cuanto pudiera llevar a su discriminación. El tenor literal alude a: “la eliminación de la discapacidad como hecho determinante de su posición de desventaja en el mercado de trabajo; la integración en la comunidad a las personas con discapacidad, evitando la deslocalización y la despoblación del mundo rural y fundamentalmente, la adquisición de una experiencia profesional que constituya la base de una mejor empleabilidad de estas personas”.



universidad
de león



La concreción de tal postulado genérico lleva a siete propuestas fundamentales dentro de la política territorial:

- Fomento del empleo a través de actuaciones dirigidas tanto a los Centros Especiales de Empleo como a las empresas ordinarias.
- Fomento de la contratación indefinida.
- Contratación de personas trabajadoras para la realización de obras y servicios de interés general y social.
- Contratación temporal por entidades locales para personas con discapacidad para la realización de obras y servicios de interés general.
- Empleo con apoyo en el mercado ordinario de trabajo.
- Inserción laboral de los miembros del colectivo en el mercado de trabajo protegido.
- Inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social en empresas de inserción.

Para acometer tan ambicioso escenario obra un presupuesto notable que, por ejemplo, llevó a atribuir a la Conserjería de Empleo e Industria una dotación bastante para cubrir dos nuevas líneas de ayudas por un importe de 765.000 euros, destinados a apoyar distintas iniciativas llamadas a fomentar el empleo de PCD: por un lado, la convocatoria de subvenciones para financiar parcialmente las inversiones fijas en los proyectos generadores de empleo para PCD en Centros Especiales de Empleo; por otro, la de ayudas con la finalidad de financiar los costes laborales de los profesionales de apoyo a trabajadores con discapacidad en empresas ordinarias.

En el año 2022, y con un presupuesto inicial de 12.400.000 euros, únicamente se mantiene la primera línea de ayudas para entidades cuyo volumen de PCD no sea inferior al 70% del total de la plantilla.



universidad
de león



1.4.- El quehacer de las organizaciones comprometidas con la salud mental

La iniciativa privada está llamada a jugar un papel fundamental en esta dinámica de cambio. Al respecto cabrá dar cuenta de la existencia de una Confederación llamada a integrar las distintas organizaciones que trabajan en cada una de las CCAA: Plena Inclusión España. Su labor ha sido reconocida por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, con quien ha firmado un acuerdo de colaboración destinado a fomentar el empleo de las PCDM en riesgo de exclusión social²⁰.

El proyecto, con extensión a 12 CCAA y a Ceuta, va a implicar a 45 asociaciones de Plena Inclusión con experiencia ya en la implantación de planes de empleo personalizados para conectar las capacidades de quien demanda empleo con las necesidades de la empresa empleadora. De las entidades participantes, 13 pertenecen a la RED de empleo de Plena Inclusión, integrada por los principales servicios especializados en promover la inserción de PCDM (trastorno del espectro autista —TEA—, parálisis cerebral, etc.) y su desarrollo en la empresa ordinaria mediante la fórmula de empleo con apoyo²¹.

El proyecto tendrá cuatro fases: la primera de ellas, denominada de descubrimiento, destinada a identificar los talentos de la persona; a través de la segunda, de planificación, la elaboración de la lista de empresas en las cuales la PCDM podría seguir avanzando, contactando a tal efecto para cursar su interés; la tercera, de negociación, para intercambiar ofertas y contraofertas negociadas al propósito establecido; la cuarta, de empleo, donde la practica laboral lleva a un plan de apoyos múltiples para facilitar la incorporación y el mantenimiento del puesto de trabajo.

²⁰ PLENA INCLUSIÓN MADRID: “El Ministerio de Inclusión promueve medidas de fomento del empleo dirigidas a personas con discapacidad intelectual”, 2021, <https://plenainclusionmadrid.org/noticias/impulsar-empleo-personas-discapacidad-intelectual/>

²¹ PRESIDENCIA DEL GOBIERNO: “El Ministerio de Inclusión y Plena Inclusión desarrollarán itinerarios de integración laboral para personas con discapacidad intelectual”, 2021, <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Paginas/2021/021221-integracion-laboral.aspx>



universidad
de león



Destacable resulta también la labor de integración de las PCD llevada a cabo por la Fundación ONCE, en su doble vertiente de formación y empleo. Con una apuesta decidida por un mercado inclusivo y abierto a oportunidades para todas las PCDM, su actuación gravita entorno a tres ejes: de un lado, dotar a las personas en edad laboral de cualificación profesional y de las habilidades laborales necesarias para poder acceder en igualdad de oportunidades al mercado de trabajo; promover la creación de empleo para las PCD, utilizando las diferentes fórmulas que permite la normativa española; por último, apoyar la creación de plazas laborales en colaboración con las entidades del movimiento asociativo de PCD²².

De alto interés para este estudio resulta el programa de formación universitaria que ha puesto en funcionamiento esta renombrada Fundación, en colaboración con el Fondo Social Europeo, dirigido a jóvenes con discapacidad mental, del desarrollo y/o del espectro autista. A su través, los destinatarios de la iniciativa podrán acceder a una educación superior que, a su vez, contribuirá a construir universidades inclusivas y cerrar la brecha social, educativa y tecnológica al máximo nivel²³.

Al lado de tan estelar iniciativa, procederá resaltar como conviene la labor desarrollada en el empleo protegido, dirigido a actuaciones en entidades cuya plantilla esté integrada al menos por un 70% de PCD; en concreto, cabrá destacar presencias significativas como la de una empresa del Grupo denominada ILUNION, con distintos centros de empleo en el norte de España y dedicada a sectores como la limpieza, seguridad, jardinería u hostelería.

Por último, pero no menos importante, es de justicia mencionar al Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, más conocido por CERMI, que con más de 4 millones de ciudadanos unidos en el ambicioso objetivo de alcanzar una sociedad que ofrezca igualdad de derechos y oportunidades para las PCD, agrupa más de 8000 asociaciones y entidades cuyo compromiso lleva a la interlocución, la presión y la incidencia políticas, según reconoce su propia página de presentación²⁴.

²² FUNDACIÓN ONCE: *Formación y empleo*, 2021, <https://www.fundaciononce.es/es/que-hacemos/formacion-y-empleo>

²³ FUNDACIÓN ONCE: *Universidad y discapacidad*, 2021, <https://www.fundaciononce.es/es/que-hacemos/universidad-y-discapacidad>

²⁴ CERMI: <https://www.cermi.es/>



2.- CONDICIONANTES PRIMARIOS PARA INCORPORAR A UN TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD MENTAL A LA EMPRESA

Aclarado el marco normativo llamado a presidir el discurso, el descenso natural en la reflexión permite ubicar ya, en el contexto laboral común, a quienes han sido elegidos como objeto de análisis. En este sentido, y para incorporar una PCDM a una empresa parece necesario diferenciar tres momentos: los aspectos previos a la contratación; la situación posterior a ser contratado, pero anterior a la incorporación al puesto; por fin, la situación del recién incorporado.

2.1.- Cuestiones previas a la contratación

La gestión para la incorporación de una PCDM comienza mucho antes de su contratación, pues exige prever la adecuación del puesto y el entorno a fin de garantizar el éxito final del proceso. Las referencias concretas dentro del elenco precedente vienen dadas por el art. 13 del Tratado de Ámsterdam, los arts. 1 y 3.1 de la Directiva 2000/78/CE²⁵, así como el conjunto de disposiciones varias que integran el contenido de la Directiva 2006/54/CE. Su traducción al ordenamiento español exige estar y pasar por la adecuación al ámbito laboral de los arts. 14 y 49.2 CE, que tiene lugar con carácter general en los arts. 4.2.c) y 17.1 ET, en el art. 2.a) Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (a partir del cual aparece situado como un objetivo de la norma el de “garantizar la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación... en el acceso al empleo y en las acciones orientadas a conseguirlo²⁶), así como en el art. 5 de la LO 3/2007, cuando requiere la igualdad de trato de oportunidades en el acceso al empleo en la formación profesional y en las condiciones de trabajo²⁷.

²⁵ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “Crónica de la jornada sobre el empleo de las personas con discapacidad, celebrada el día 7 de noviembre de 2019”, *FEMERIS*, vol. 5, núm. 1, 2020, pág. 156.

²⁶ POLO SÁNCHEZ, M.C.: “Igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al trabajo”, *Aequalitas*, núm. 22, 2008, págs. 18-19.

²⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La calidad de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 13, 2009, págs. 139-140.



A la hora de ubicar a una PCDM, la libertad de contratación, entendida como manifestación de la libertad de empresa, conduce de manera inexorable a la prohibición de la discriminación en el empleo. Así lo establece el Tribunal Constitucional cuando sienta que el principio de igualdad y no discriminación se extiende a las fases previas a la contratación y, en concreto, al momento de selección del personal. De esta suerte, la autonomía de la voluntad admite una cierta discrecionalidad en favor del empleador a la hora de elegir trabajadores, pero cabrá poner el coto último de la prescripción de un trato diferencial injustificado, el cual “no pretende anular dicha libertad, sino únicamente limitar el uso ilegítimo de la misma”²⁸.

A la hora de valorar la eventual postergación de una PCD será menester recordar que las decisiones del futuro empleador podrán ser más o menos racionales, pero en ningún caso habrán de dejar traslucir su cimiento en alguno de los criterios prohibidos²⁹. En este sentido, el aspirante no tendrá un derecho a conocer los motivos exactos en virtud de los cuales la decisión se ha inclinado en favor de una persona, y no de otra; sin embargo, y según sostiene el TJUE, no cabrá tampoco una negativa total a cualquier información por la empresa, bajo el riesgo de apreciar un indicio de discriminación directa o indirecta a dilucidar en el caso concreto³⁰.

De este modo, cabrá reproducir en la presente sede la doctrina sobre inversión parcial de la carga de la prueba, en virtud de la cual quien considere que ha existido discriminación habrá de aportar los indicios de la misma; únicamente después de verificado ese “ambiente” contrario a la igualdad, corresponderá a la empresa demostrar en el caso concreto que ha respetado el principio de no discriminación.

De atender al rechazo que pueda sufrir una PCDM, no procederá apreciar una diferencia de trato injustificado en el empleo si la decisión obedece a distintas características que constituyan un requisito esencial, determinante, proporcionado y exigible desde la buena fe³¹. En estos casos no mediaría una imposibilidad, sino la falta de idoneidad para realizar las funciones básicas requeridas por la vacante³²; por tanto, al empresario le bastará con

²⁸ SSTC 41/1999, de 22 de marzo y 173/1994, de 9 de junio.

²⁹ DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Selección de personal y discapacidad. Especial referencia a las personas con trastorno mental grave”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 185, 2016, pág. 7.

³⁰ STJUE de 19 de abril de 2012, C-415/10, asunto *Galina Mesiter*.

³¹ CARRIZOSA PRIETO, E.: “La concreción de los indicios de discriminación en la Jurisprudencia comunitaria”, *Aranzadi Social*, vol. 5, núm. 7, 2012, págs. 59-65.

³² RUIZ CASTILLO, M. M.: *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Bomarzo, Albacete, 2010, pág. 115.



proporcionar prueba fehaciente sobre la necesidad de aquellas habilidades o conocimientos.

El proceso de selección puede, a su vez, quedar dividido en tres fases: en primera instancia, el diseño de la oferta con la información sobre los perfiles del puesto laboral y del candidato requerido; seguidamente, el reclutamiento de candidatos; por último, el proceso de selección en sentido estricto destinado a designar a la persona más idónea:

A.- En cuanto a la oferta de empleo hace, el empleador habrá de determinar el puesto de trabajo, las funciones y responsabilidades a acreditar y el lugar a ocupar en el organigrama. Sobre tal descripción aparecerán las características del perfil del demandado y la oferta de empleo; momento en el cual cabrá establecer si la vacante puede ser ocupada (o no) por una PCD o una PCDM, incluidos los supuestos en los cuales sea de aplicación una medida de acción positiva.

De no aparecer una precisión en sentido contrario, cabrá seguir que, en línea de principio, no media obstáculo objetivo alguno ni requisito profesional esencial que directa o indirectamente pueda vedar la plaza a una PCDM. A la hora de apreciar un posible vínculo excluyente será menester recordar el carácter variopinto de las deficiencias neuropsicológicas de una PCDM, por quedar comprometidas cualidades tales como la percepción, la atención, la concentración, la memoria, la capacidad de tomar decisiones, o la de interactuar socialmente. A partir de estos condicionantes cabría rechazarlas como aspirantes a un determinado empleo si la ocupación precisara elevadas dosis de algunas de las competencias antes enumeradas.

Al lado, no obstante, resulta oportuno recordar que no todas las PCDM tendrán afectadas las mismas capacidades y en el mismo grado, con lo cual será posible que un individuo en concreto pudiera desempeñar ese trabajo, y otro no; por consiguiente, procederá estar a cada situación y concretar puestos idóneos y no aptos, según ocurre, por ejemplo, con las Fuerzas Armadas, en cuyo cuadro médico aparecen expresamente excluidos los trastornos mentales más graves a la hora de poder ingresar en un centro docente militar de formación.

Una última cuestión a ponderar en este examen de aptitud radicará en la posibilidad o no de realizar ajustes razonables que permitan acceder al puesto designado a una persona con estas características de vulnerabilidad. De nuevo, y salvo previsión expresa en contrario, el ajuste será posible si no consta ninguna advertencia en otro sentido en la definición del perfil del puesto³³.

B.- Por cuanto se refiere al canal de reclutamiento, el proceso de selección por un puesto de trabajo común afecta a una PCDM en la misma medida en la cual lo hace a una persona ordinaria, aun cuando los escenarios son dos diferentes: en primer lugar, si la vacante a

³³ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *Temas Laborales*, núm. 127, 2014, págs. 85-120.



cubrir lo es sin distinción entre discapacitados o no; de otro, que el puesto de trabajo aparezca acotado como idóneo para una PCD o, expresamente, para una PCDM.

En la primera de las coyunturas, los canales de reclutamiento serán los comunes (empresas de selección, anuncios, ofertas públicas, etc.), pero los problemas pueden provenir de que, a diferencia de otros tipos de discapacidad, la mental puede no ser evidente y la información obtenida por los canales comunes resultar insuficiente. La respuesta a este dilema entre el medio a utilizar y la información obtenida exige valorar si los datos solicitados son imprescindibles o no, pues cuando no lo fueran, ningún reproche cabrá realizar a la omisión (intencionada o no) de la persona con deficiencias físicas o psíquicas; por el contrario, si resultara determinante, y mediara la debida diligencia por el empleador, parece claro que podría haber un rasgo de mala fe capaz de afectar al proceso selectivo ulterior.

En la segunda de las tesituras, mucho más aconsejable cuando se trate de favorecer la posición en el mercado de este grupo de población, parece necesario destacar un doble instrumento llamado a facilitar la labor de selección.

Así, en primer lugar, el papel de los Centros Especiales de Empleo a la hora de facilitar candidatos a través de su servicio de intermediación; vehículo apropiado para acreditar tanto el hecho de que el designado ha progresado de manera adecuada para incorporarse a la empresa ordinaria, como su perfil más ajustado al candidato ideal.

Como complemento a aquella vía instrumental, procederá destacar también la labor que está en disposición de desempeñar el servicio de empleo con apoyo, no en vano entre sus tareas figura la de orientar a la hora de ajustar las necesidades entre empleador y aspirante al empleo, ya en la fase de entrevista, ya en la de valoración del binomio puesto-persona³⁴.

C.- Situados ya en la fase de selección en sentido estricto, el problema vendrá dado por el descarte de una PCDM desde el momento en el cual el empleador tome conocimiento de su condición de tal. Normalmente, esto sucede en el trámite de la entrevista personal u otros similares, de ahí que proceda examinar con tiento esta vicisitud en concreto y el delicado equilibrio que concurre dentro de ella entre los dos puntos de vista concurrentes: de un lado, el de la empresa a la hora de acceder a la mayor información posible del candidato; de otro, el del trabajador a preservar su intimidad y no declarar sobre ciertos aspectos relativos a la esfera privada sin por ello quedar excluido³⁵.

En este sentido, preciso será estar a cuanto ha advertido el Tribunal Constitucional: “el padecimiento de una enfermedad se enmarca en la esfera privada de una persona, y se

³⁴ BLANCO, A.: “Responsabilidad social empresarial e integración laboral de personas con discapacidad intelectual. Estudio de caso”, *Revista Española de Discapacidad*, núm. 3, 2015, págs. 211-217.

³⁵ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Pruebas genéticas en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 128 y 177.



trata de un dato íntimo que puede ser preservado del conocimiento ajeno”³⁶. También, a cuanto completa el art. 9 LOPD, cuando califica esta información como sensible, e incluso especialmente sensible.

Son estos los referentes llamados a guiar la interpretación de la doctrina, aun cuando su resultado presente distintas fisuras, siendo la principal, probablemente, la relativa a la posibilidad o no de mantener una privacidad absoluta sobre la condición de PCDM. En este sentido, mientras para algunos no presentaría diferencias mayores como ocurre con la raza o el sexo, pues el individuo no dispone de la facultad de reservar tal cuestión frente a terceros, para otro sector (más cualificado a juicio de quien suscribe), la cuestión presenta mayor envidia, en la medida en la cual hay enfermedades mentales no perceptibles a simple vista.

Tomar posición en este debate conllevará seguir que, a la hora de recabar información para contratar a quien más le convenga, la empresa no podrá incurrir en intromisiones abusivas en la esfera privada del candidato; por ende, no podrá formular preguntas sin relación inmediata y justificada con las necesidades del puesto de trabajo, bajo el riesgo de generar fundada sospecha sobre un comportamiento abusivo y discriminatorio³⁷.

La catalogación como relación inmediata o meramente indirecta a los efectos anteriores habrá de estar y pasar por algunas consideraciones de distinto orden capaces de influir en la valoración jurídica final. Entre otros elementos a ponderar, parece oportuno parar la atención en los siguientes:

- a) La eventualidad de haber ofertado una vacante sin distinción de discapacidad o, por el contrario, haberla dirigido de manera expresa a una PCD o PCDM. En este último supuesto, y dado que ya conocerá la condición del aspirante, el proceso de indagación tan solo llevará a medir la pertinencia en relación con las características concretas demandadas para la plaza a adjudicar; en el primero, sin embargo, la cuestión presenta el notorio interés de discernir con mayor amplitud sobre si la cualidad de PCD o de PCDM resulta o no un impedimento para ser contratado y, por tanto, si la información requerida es apropiada o no a los efectos de un proceso de selección adecuado.

En la práctica, sobre la anterior distinción radicaré el pronunciamiento acerca del carácter potestativo u obligatorio de incorporar al currículum vitae el dato relativo a la discapacidad, como lo son otras circunstancias personales relacionadas con la maternidad, paternidad, el embarazo, las personas a cargo, etc. A sus resultados, o sobre los precedentes datos al respecto, será menester seguir que nadie (salvo

³⁶ RODRÍGUEZ COPÉ, M.L.: “El derecho a la intimidad del trabajador como límite al poder de dirección empresarial”. *Temas Laborales*, núm. 62, 2001, pág. 222.

³⁷ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Pruebas genéticas en el Derecho del Trabajo*, cit., págs. 114-115.



- situaciones excepcionalísimas) deja constancia de tales noticias en el informe de vida presentado para un puesto de trabajo.
- b) El criterio de indagación puede ser más sutil en la medida en la cual el objetivo radique en descubrir la discapacidad a través de vías indirectas, como pudiera ser, por ejemplo, la cuestión relativa a si toma algún tipo de medicación y cuál en concreto. En este sentido, y en la medida en la cual estuviera en disposición de suponer un diagnóstico o datos que directamente apunten a una cuestión relacionada con la discapacidad, podría mediar una manifiesta extralimitación contraria al derecho a la intimidad.
- c) Perspectiva distinta es la susceptible de afectar al cumplimiento de las obligaciones del empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo; sin embargo, esta no es una cuestión propia del proceso de selección, sino del reconocimiento médico previo a la contratación, donde esta información encuentra adecuada ubicación.

Las consecuencias de los incumplimientos empresariales en el proceso selectivo encuentran traducción inmediata en la LISOS; así como, también, en la propia validez o no del proceso llevado a cabo.

Comenzando por este último aspecto, procederá apuntar la diferente interpretación que ha merecido para tribunales y doctrina la exclusión injustificada de una PCD o PCDM. Mientras para algunos pronunciamientos y autores no hay vuelta atrás posible y cuanto procederá seguir es la proclamación del derecho a formar parte de procesos ulteriores (cuando los hubiere), para un criterio más medido procederá, por el contrario, seguir una declaración genérica sobre todo el procedimiento viciado y declarar nulas cualesquiera actuaciones posteriores a la decisión empresarial que, de manera negligente o dolosa, supuso la exclusión de la PCD³⁸.

Al margen de tal resultado, en interés del discapacitado procederá la corrección de un proceder tan repudiable a nivel social. En este sentido, el art. 18.1 LGD contempla que “la tutela judicial del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad comprenderá la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho”. Añade, además, cómo “la indemnización o reparación que pueda dar lugar a reclamación no estará limitada a priori, sino que se fijará atendiendo a las circunstancias de la infracción y la gravedad de la lesión”.

³⁸ LOZAR SAEZ, J.C.: “Claves para la búsqueda y selección de trabajadores con discapacidad”, en AA.VV.: *Tercera Jornada sobre Empleo y Discapacidad. Acciones para un empleo cualificado*, Universidad Carlos III, Madrid, 2014, http://www.repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/487/Pon_LozarSaezC_ClavesBusquedaSeleccion_2009.pdf?sequence=1



Dos formas de reacción y satisfacción pueden servir para tal cometido: por una parte, la pública, que supone catalogar como infracción muy grave la conducta consistente en una oferta de empleo o procedimiento de selección que conlleve una discriminación por razón de discapacidad (art 16.2 LISOS), merecedora de una sanción de las establecidas en el art. 40.1 c) LISOS, es decir, una multa de entre 6251 y 187.515 euros; por otra, la privada, a través de la reparación civil que pudiere instar el injustamente postergado³⁹.

2.2.- El reconocimiento médico “prelaboral” y el inmediatamente posterior al contrato

La obligación del empresario de velar por la salud del trabajador comienza en el momento mismo de la contratación, con el ofrecimiento de un reconocimiento médico ajustado a lo dispuesto en el art. 22 LPRL⁴⁰.

Concebido como un deber para el empleador, y subsiguiente derecho para el trabajador, con carácter general será menester proclamar su carácter estrictamente voluntario, lo cual supone la solicitud de consentimiento informado al interesado.

Esta regla es de aplicación también al colectivo TES y, por tanto, a las PCD y PCDM, quienes habrán de manifestar su aquiescencia al examen de salud de manera libre, voluntaria e informada, salvo si concurriera alguno de los supuestos en los cuales, como excepción, admite el art. 22 su carácter obligatorio; a saber:

- a) En primer lugar, en situaciones en las cuales aparezcan como imprescindibles para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores; es decir, resulten inevitables por no existir otro procedimiento menos gravoso para conseguir información sobre la magnitud del riesgo y su grado de incidencia en la salud de los empleados.
- b) En segundo término, cuando sean necesarios para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para sí mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa.
- c) Por último, cuando así lo establezca alguna disposición normativa en atención a la protección frente a riesgos específicos o actividades de especial peligrosidad, como

³⁹ ALAMEDA CASTILLO, M. T.: *Estadios previos al contrato de trabajo y discriminación*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2012.

⁴⁰ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53, 2004, pág. 181.



podrían ser, por ejemplo, la exposición a agentes biológicos o cancerígenos, la manipulación de cargas, el desarrollo de trabajos nocturnos y un etcétera que cabría completar con cualquier imposición de los poderes públicos relacionada con dispositivos de salud si obra un riesgo de enfermedades graves, infecciosas y de transmisión rápida.

La clave a la hora de dilucidar o delimitar los contornos entre la voluntariedad y la obligatoriedad viene fijada por el Tribunal Constitucional de manera elocuente: “los reconocimientos médicos obligatorios únicamente están habilitados por la Ley cuando concurren una serie de notas, a saber: la proporcionalidad al riesgo (por inexistencia de opciones alternativas de menor impacto en el núcleo de los derechos incididos), la indispensabilidad de las pruebas, y la presencia de un interés preponderante del grupo social o de la colectividad laboral o una situación de necesidad objetivable”⁴¹.

En consecuencia, los límites legales de excepción a la regla general quedan vinculados, o bien a la certeza de un riesgo o peligro en la salud de los trabajadores o de terceros, o bien, en determinados sectores, a la protección frente a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. En este sentido ha de ser interpretado el art. 196.1 LGSS, cuando recoge los reconocimientos médicos denominados “prelaborales”, a su tenor: “todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos y a realizar los reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan en las normas que, al efecto, dictara el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales”.

De la conjunción entre la regla y las excepciones a la voluntariedad cabrá seguir una doble consecuencia para cualquier TES: por una parte, la obligatoriedad general que vincula a estas personas, como a cualesquiera otras, frente al riesgo de una enfermedad profesional; de otro, el deber específico que pudiera surgir de su presencia en un centro de trabajo cuando las condiciones del mismo (adaptadas o no) estuvieran en disposición de suponer un peligro para el propio interesado, para sus compañeros o para cuantos terceros se relacionan con la empresa.

De atender a esta última situación, procederá colegir una verdadera inversión en el postulado lógico, pues será frecuente o por lo menos no inhabitual, que las específicas circunstancias de la PCD, y sobre todo de la PCDM, demande la evaluación de su capacidad médica en el entorno donde debe desarrollar la prestación con carácter previo a su incorporación al puesto de trabajo. De constatar tal circunstancia, surgirá el derecho del empleador a este examen constituido en condición para el mantenimiento y desarrollo de la contratación; en consecuencia, la obligación del interesado de someterse a la

⁴¹ STC 196/2004, de 15 de noviembre.



prueba⁴², pues la intimidad tampoco es un derecho absoluto y la brecha que abre el contrato exigirá una “modalización” o “sacrificio parcial” también de este derecho fundamental⁴³.

Proclamar la obligatoriedad no supone, empero, prescindir del consentimiento válido e informado del interesado. El problema grave, en esta ocasión, viene dado por la necesidad de medir en cada caso concreto la información que resulta necesaria para que el PCDM comprenda la importancia e implicaciones de someterse al reconocimiento y prestar un consentimiento válido al efecto. Con la reforma de la Ley 8/2021 hay quien postula como elemento de garantía final la participación de un notario (o persona similar) para evaluar la capacidad de la PCDM a tal propósito, garantizar su libertad y que la decisión sea adoptada sin “sin influencia indebida” (en la medida de lo factible hacer operativo el derecho de “autodeterminación personal”); por último, su proyección concreta sobre las resultas de un acto del cual va a pender la vinculación laboral con la empresa⁴⁴.

Así, declarada la obligatoriedad del reconocimiento y constatada la prestación voluntaria de consentimiento, las conclusiones sobre su resultado serán comunicadas tanto al empleador como a los representantes de los trabajadores, incluidos aquellos con responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales. Únicamente conocerán, empero, si la persona resulta apta, apta con restricciones o no apta; noticia sobre la cual, además, deberán guardar escrupuloso deber de sigilo. En el segundo de los tres supuestos, dando pie a cuanto sigue en el discurso bajo la forma de adaptación del puesto y/o apoyo en el empleo.

En este sentido, cabrá observar la premisa tratada por el INSST, cuando certifica que las estrategias preventivas en puestos de trabajo ocupados por una PCD o una PCDM “deben tener como objetivo común no sólo proteger la salud, sino también facilitar la integración y preservar la empleabilidad de los trabajadores”. Establece, de esta manera y para las PCD, la conexión directa entre el derecho al trabajo (art. 35 CE) y el derecho subjetivo de crédito, inserto en el contrato de trabajo, a la seguridad y salud en el trabajo” [arts. 4.2 d) y 19.1 ET y 14.1 LPRL], de tal modo que el segundo puede ser un facilitador del primero⁴⁵.

⁴² TOSCANI GIMÉNEZ, G.: “Los reconocimientos médicos. Su obligatoriedad y sus consecuencias”, *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 39, 2007, pág. 21.

⁴³ RODRIGUEZ CARDO, I.A.: *Poder de dirección y esfera privada del trabajador*, CES del Principado de Asturias, Oviedo, 2009, págs. 25-26.

⁴⁴ TENA ARREGUI, R.: “El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 99, 2021, pág. 7.

⁴⁵ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: *El deber de seguridad y salud en el trabajo*, CES, Madrid, 1999, págs. 113 y ss; También, GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: *La obligación empresarial de prevención de riesgos laborales*, CES, Madrid, 2002, págs. 27 y 114-115.



2.3.- La adaptación del puesto de trabajo

El art. 15.1.d) LPRL impone a la empresa el deber de adaptar el puesto de trabajo a la persona, así como adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias en función de la especial sensibilidad que pudieran mostrar los trabajadores; incluyendo, cuando sea oportuno su no adscripción a cuantos puestos pudieran ser contraproducentes.

El examen de salud inicial, así como los periódicos o los precisos cuando hubiera mediado un incidente o un accidente, harán imprescindible una actualización de la previsión legal en los supuestos en los cuales las características personales, el estado biológico o la discapacidad física, psíquica o sensorial reconocida pudieran poner en peligro la vida o el estado de salud de los interesados, de sus compañeros o de las personas relacionadas con la empresa. No constituye, por tanto, aun cuando también, una tarea meramente inicial, sino dinámica a actualizar en cualquier momento cuando hubiera sido detectada su necesidad. Con todo, los límites a este deber (y correlativo derecho del afectado) distan de ser pacíficos, pues existen al menos dos grandes líneas doctrinales: de un lado, aquella para la cual el art. 25 LPRL únicamente impone la adaptación, si fuera posible o así lo estableciera el convenio o el contrato. De otro, quienes sostienen sin ambages la plena obligatoriedad de adaptación salvo circunstancias próximas a la excesiva onerosidad sobrevenida⁴⁶ o un esfuerzo excesivo a la luz de las circunstancias en presencia⁴⁷.

Terciar en un debate tan arduo supera los propósitos de este ensayo; sin embargo, se aspira proporcionar algunos otros elementos de juicio. Así, cabría recordar el tenor del art. 40.2 LGD cuando establece que “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 profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”. En su interpretación, para un asunto que versaba sobre un literal con bastantes semejanzas al español, el TJUE no dudó en señalar la necesidad de adoptar todos los ajustes razonables que favorezcan tanto en el entorno físico (con eliminación de barreras de todo tipo para así favorecer el acceso y la movilidad dentro de la empresa y en su entorno), como de carácter organizativo (con la adecuación de horarios, concesión de permisos, provisión de asistentes, etc.); de no acreditar un esfuerzo adecuado a la

⁴⁶ AGRA VIFORCOS, B.: “La tutela de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos en el desarrollo de su relación laboral”, *Pecunia*, núm. 7, 2008, pág. 10. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3117691>

⁴⁷ GOÑI SEIN, J.L. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “La regulación convencional en materia de adaptación del puesto de trabajo y reubicación de trabajadores con limitaciones psicofísicas”, *Revista de Información Laboral*, núm. 12, 2015, págs. 2-4.



necesidad del demandante, dentro de las normas que guían la prudencia, habrá surgido un elemento de discriminación⁴⁸.

La clave, por consiguiente, radicará en dilucidar el margen de actuación que han de desempeñar los “ajustes razonables” a la luz de como los define la letra m) del art. 2 LGD: “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas en el ambiente físico, social, y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos”. En definitiva, de la dialéctica a trabar entre la obligación que dimana del art. 40 y el concepto de “carga excesiva desproporcionada” o “indebida”, cuyo balance puede quedar compendiado a partir de los siguientes índices:

A.- Los ajustes han de proceder con independencia de la existencia o no de un reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o su carácter transitorio. Interpretación a seguir de la lectura combinada de los arts. 63 y 64 LGD⁴⁹, de los cuales cabrá colegir que no es el dato jurídico el relevante, sino el fáctico.

B.- De cotejar al mismo tiempo cuanto en esta ocasión contemplan los arts. 42 y 66.2 LGD cabrá seguir una serie de índices a partir de los cuales medir la mayor o menor exigencia al empresario en cada ocasión; entre otros, la doctrina ha destacado los siguientes⁵⁰.

- a) La asunción del coste en exclusiva por el empleador, o la posibilidad de sufragar una parte importante de su montante a través de medidas, ayudas, o subvenciones públicas de carácter finalista. Los autos más solventes demandan, no obstante, una actitud activa del empleador en busca de patrocinio, considerándose que la pasividad supone, también, desconocer el deber⁵¹.
- b) El tamaño y el volumen de negocio total de la empresa, pues una medida específica bien pudiera entenderse razonable para una gran entidad; en cambio, resultar excesivamente gravosa para otra de menor tamaño. En definitiva, y sobre

⁴⁸ STJUE 11 de abril de 2013 C-335 y 337/11, asunto *HK-Danmark*.

⁴⁹ CEREZO GARCÍA, C. y LÁZARO, A.: “Adaptación de puestos de trabajo para personas con discapacidad”, *Terapia Ocupacional*, núm. 19, 1999, pág. 6.

⁵⁰ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, cit., pág. 107.

⁵¹ ESTEBAN LEGARRETA, R. y GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “la incentivación del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo”, *Revista Española de Discapacidad*, vol. 2, núm. 1, 2014, pág. 28.



todo, las consecuencias de adoptar tal iniciativa sobre la viabilidad económica de la entidad o su capacidad para comprometer el margen lícito de beneficio.

- c) Las implicaciones para la PCD o la PCDM derivadas de no adoptar la decisión, medidas en la postergación laboral que pudiera suponer. Consistirá en un juicio de proporcionalidad en el cual a la garantía de empleabilidad cabrá contraponer las dificultades económicas que hubiera de soportar el empresario, pero corrigiendo el fiel en favor del empleado, siempre dentro de los márgenes no sustanciales⁵².

C.- Por último, cabrá apurar las consecuencias derivadas de una recentísima sentencia del TJUE cuando señala que: dentro de los márgenes de no incurrir en carga excesiva, entre las soluciones posibles, también ha de estar la del traslado a otro puesto de trabajo distinto para el cual el interesado demuestre las competencias y capacidades exigibles, acondicionándolo de manera adecuada a fin de que mantenga su empleo y, con ello, se facilite un desarrollo pleno y efectivo de la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

2.4.- El empleo con apoyo

El conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo prestadas por preparadores laborales especializados, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de PCD con especiales dificultades de inserción laboral en el mercado ordinario, es cuanto viene a ser conocido como empleo con apoyo según el art. 2.1 del RD 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo.

Metodología que incluye una alternativa compleja de trabajo, en su ánimo está eliminar cuantas deficiencias producen restricciones a la participación social y laboral de las PCDM; compensar, por ende, las dificultades directamente vinculadas a la discapacidad⁵³. Su objetivo último radica en conseguir trabajos dignos, a partir de los cuales las PCDM estén en disposición de obtener un salario y beneficios sociales anejos

⁵² FERRERAS REMESAL, A.: “Adaptación de puesto de trabajo para personas con discapacidad intelectual”, *Revista de Biomecánica*, núm. 41, 2004, pág. 26. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4682749>

⁵³ BECERRA TRAVER, M.T.; MONTANERO MORÁN, M. y LUCERO FUSTES, M.: “Empleo con apoyo. Apoyo laboral a trabajadores con discapacidad intelectual que requieren autorregulación”, *Campo Abierto*, vol. 30, núm. 2, 2011, pág. 44. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3899072>



a cuantos trabajadores ordinarios desarrollan tareas similares dentro del mismo ámbito laboral⁵⁴.

Tratando de compendiar sus rasgos esenciales, y en el contexto propio y específico del presente estudio, cabrá poner de relieve los siguientes aspectos de interés⁵⁵:

A.- Si bien ninguna norma lo demanda, lo habitual y aconsejable sería que un servicio de empleo o intermediación (preferentemente público o concertado) evalúe la oportunidad o necesidad de ofrecer apoyo público a la empresa.

B.- “Normalización” es la palabra que define tanto el proceso como el resultado, medido en una vía lo menos llamativa posible para que conduzca el fin perseguido de ser tratado sin ningún sesgo⁵⁶.

C.- El papel del preparador laboral, que atiende a personas y organizaciones propias de PCDM frente a cuanto es común en el ámbito de las PCD, acaba siendo un elemento determinante. De él se suele destacar su conocimiento específico de la persona a incorporar, la capacidad para prevenir e intervenir en situaciones complicadas, acreditadas dotes y habilidades comunicativas y relacionales o el conocimiento de recursos formativos y estrategias de toda índole (también preventivas) para la integración laboral de quienes presentan déficit intelectual. En este sentido, ayudará a explicar las funciones a desempeñar y resolverá las dudas sobre cualquier aspecto laboral, planificando la acogida, ofreciendo la vigilancia de la salud, recomendando la adaptación de puestos de trabajo, etc. En cada uno de estos momentos o fases el apoyo personal consistirá en comprobar la correcta comprensión del interesado, seguir el normal desenvolvimiento de sus tareas y proponer las actuaciones necesarias para corregir cualquier desajuste entre las capacidades del trabajador y los requisitos del puesto de trabajo⁵⁷.

D.- Al margen de la figura estelar del preparador, no cabrá desdeñar el apoyo natural de los compañeros más cercanos, el igualmente imprescindible dado por la familia y la comunidad más próxima o, incluso, el que pudieran prestar clientes y usuarios,

⁵⁴ JORDÁN DE URRÍES VEGA, F.B.: “Empleo con apoyo”, *Educación y Futuro*, núm. 23, 2010, págs. 33 y 34. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3313480>

⁵⁵ GARCÍA SABATER, A.B.: *Necesidades especiales de apoyo laboral en colectivos con discapacidad. En particular, el empleo protegido*, Aranzadi/Thomson, Cizur Menor, 2018, pág. 8.

⁵⁶ RODRÍGUEZ DE RIVERA ALEMÁN, I.: “El empleo con apoyo: una realidad para la integración laboral de las personas con discapacidad intelectual”, *Redes*, núm. 12, 2003, pág. 48.

⁵⁷ ARENAS ORTEGA, M.L. y GONZÁLEZ CELPA, R.: “El preparador laboral en el empleo con apoyo”, *Educación y Futuro*, núm. 23, 2010, págs. 43-50.



constituyendo una red que la metodología expuesta debe recibir como algo imprescindible⁵⁸.

3.- MODULACIÓN DEL PODER DE DIRECCIÓN

El poder de dirección y control empresarial reconocido en el art. 20 ET, como trasunto de los derechos de propiedad y libertad de empresa que proclaman los arts. 33 y 38 CE, encuentra la prestación laboral de las PCDM elementos de matiz trascendentes tanto en su fórmula de ejercicio estrictamente unilateral como en aquellas expresiones que requieren consultas con los representantes de los trabajadores.

Las razones son bien conocidas a esta altura del discurso, pues al evidente interés empresarial en ordenar la prestación laboral de la manera más conveniente para sus propósitos, cabrá oponer en esta ocasión las obligaciones dimanantes de la especial vigilancia de la salud y los subsiguientes ajustes razonables a adoptar cuando se trate de una persona con déficit físico o psíquico conocido.

De atender a las diversas manifestaciones del poder de dirección y su modulación en ámbito a las ahora propuestas a lo largo de la dinámica de la prestación laboral, cabrá componer un paisaje integrado por los siguientes elementos nucleares.

3.1.- El *ius variandi* ordinario. Singularidades en el contexto de la movilidad funcional extraordinaria

Tanto en su expresión ordinaria como en su vertiente excepcional recogida en el art. 39 ET, el *ius variandi*, concebido como adecuación normal de la prestación en interés del empresario, encontrará en esta ocasión el límite dado porque la alteración dentro del grupo profesional, o más allá del mismo, se desarrolle con las garantías subjetivas debidas.

Dado el problema que pudiera suponer un permanente ajuste a las nuevas variantes en presencia, cabrá aludir a una relativa inamovilidad de estos singulares trabajadores⁵⁹. Con todo, será menester confiar a la negociación colectiva o a la prudencia empresarial un

⁵⁸ SERRA BUADES, F.: “Empleo con apoyo, la planificación centrada en la persona y las redes de apoyo”, *Siglo Cero*, vol. 33, núm. 199, 2002, págs. 5-14.

⁵⁹ FERNÁNDEZ SANTIAGO, P.: “La discapacidad y la integración laboral de las personas discapacitadas: acercamiento a la realidad de la España autonómica”, *Cuadernos de Información Económica*, núm. 185, 2005, pág. 196.



desarrollo del derecho básico que no puede ser negado al empleador de ajustar su plantilla al tiempo, modo y lugar en el cual la precise⁶⁰.

En el reverso de la moneda cabrá situar los supuestos en los cuales cuanto haya sobrevenido sea un desajuste entre la capacidad inicial del trabajador con déficit mental o psíquico y las tareas propias de su puesto. Pudiendo obedecer a un deterioro de sus capacidades, o a innovaciones técnicas en el lugar de trabajo, en esta ocasión el *ius variandi* habrá de actuar en beneficio de la PCDM, llevando a exigir, por aplicación del art. 25 LPRL, su adscripción a un puesto de trabajo compatible con su cualificación y circunstancias personales. Bajo tales condicionantes, la movilidad resulta obligada para la PCD, como lo es el deber de ocupación en un lugar apropiado con los ajustes que fueren precisos y las instrucciones debidamente formuladas a través de quien presta apoyo en el empleo a la persona concernida⁶¹.

3.2.- La movilidad geográfica de las PCD

De conformidad con cuanto previene el art. 40.5 ET, “para hacer efectivo su derecho de protección a la salud, los trabajadores con discapacidad que acrediten la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de habilitación o rehabilitación médico-funcional o atención, tratamiento, u orientación psicológica relacionado con su discapacidad, tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo del mismo grupo profesional que la empresa tuviera vacante en otro de sus centro de trabajo en una localidad en que sea más accesible dicho tratamiento, en los términos y condiciones establecidos en el apartado anterior para las trabajadoras víctimas de violencia de género y para las víctimas de terrorismo”. Esta es la única previsión específica, a lo largo de toda su regulación, que el Estatuto de los Trabajadores destina al desarrollo de la prestación laboral de una PCD. Viene acompañada de cuanto recoge el art. 40.7 ET en orden a que, por convenio colectivo o acuerdo alcanzado en el período de consultas, pueda establecerse una prioridad de permanencia en favor de algunos trabajadores vulnerables, entre los cuales aparecen mencionadas explícitamente las PCD.

Una exégesis del precepto viene a poner de relieve dos factores importantes a la hora de medir su dimensión real⁶²: de un lado, los motivos de salud a los cuales alude no aparecen relacionados con riesgos derivados del puesto y lugar de trabajo, sino con la necesidad de

⁶⁰ DILLA CATALÁ, M. J. *et alii*: “Los trabajadores discapacitados en la negociación colectiva”, AA.VV. (VALDÉS DAL-RÉ, F., Dir.): *Relaciones Laborales de las Personas con Discapacidad*, Biblioteca nueva, Madrid, 2005, págs. 334-337.

⁶¹ CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 145 y 146.

⁶² SÁNCHEZ LINDE, M.: “La prioridad de permanencia de los trabajadores vulnerables en la movilidad geográfica”, *Diario La Ley*, núm. 9159, 2018.



recibir un tratamiento de rehabilitación y en concreto; de otro, y *a contrario sensu*, cualquier otra decisión empresarial atenta a los intereses económicos de la entidad aparece sin regular.

En este último sentido, la reflexión conduce al punto de origen y lleva a entender (con mayor motivo aún) que la movilidad de la PCDM va a ser ciertamente difícil no solo en los supuestos de desplazamientos o traslados, sino también en los cambios de un centro a otro de la misma localidad o, incluso, dentro del propio centro si supusiera una modificación importante del entorno. En todo caso, y como es lógico, previa adopción de los ajustes necesarios para el desarrollo de una prestación segura⁶³.

3.3.- La modificación sustancial de condiciones de trabajo

En la medida en la cual la movilidad geográfica no deja de ser un supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo cualificado por sus circunstancias locativas, cuanto se ha sentado en desarrollo del art. 40 ET puede hacerse extensivo a los supuestos de variaciones en el modo y tiempo (de lugar cuando no traiga aparejado el necesario cambio de domicilio), cuando alcancen una dimensión trascendente en el caso concreto. A resultas de tal postulado general cabrá seguir que, si bien la modificación *ex* art. 41 ET no es imposible, ciertamente aparece restringida por los condicionantes subjetivos y objetivos en presencia.

En otro sentido, y en la medida en la cual no deja de ser un supuesto “estructural” *de ius variandi* extraordinario por afectar a las prestaciones básicas de manera definitiva, cabrá reproducir en esta sede cuanto quedó afirmado en aquel momento, a saber, que también ante los desajustes entre capacidad de la PCDM y las exigencias del puesto de trabajo procederá intentar la modificación sustancial con preferencia a la adopción de otras medidas más drásticas o que cuestione, la estabilidad en el empleo⁶⁴.

⁶³ AGRA VIFORCOS, B.: “La tutela de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos en el desarrollo de su relación laboral”, cit., pág. 22.

⁶⁴ ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Ibidem, Madrid, 1999, págs. 371-372.



3.4.- La suspensión del contrato

Aun cuando el legislador español no haya recogido de manera expresa un elenco de las posibles medidas que cuya adopción fuera exigible al empresario, tal dato nunca puede conducir a un elenco cerrado; conformando el único límite su carácter irrazonable o portador de una carga excesiva.

Al respecto, el reconocimiento de permisos, o incluso la posibilidad de suspender el contrato, aparece como una medida de ajuste particularmente eficaz cuando la discapacidad mental o psíquica tenga origen en enfermedades que requieren períodos de tratamiento o den lugar a brotes puntuales capaces de impedir el desempeño del trabajo.

En este sentido, el art. 45.1.c) ET proporciona cobertura a tales vicisitudes a través de la incapacidad temporal. No cabrá desdeñar, empero, al menos cuando el recurso a la vía anterior resulte insuficiente, la viabilidad de acudir a una excedencia voluntaria o especial del art. 46.6 ET, para conferir una prioridad (relativa o en el grado que se haya considerado oportuno por convenio), en la reincorporación del afectado al puesto de trabajo una vez se haya superado el obstáculo que provocó la paralización de las prestaciones básicas y, en su caso, se haya llevado a cabo los ajustes razonables que al efecto fueran exigibles⁶⁵.

4.- EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Llegado el momento de poner fin a la relación laboral, las vías resultan ser las ordinarias, aun cuando, de nuevo, algunas peculiaridades signan de manera indeleble la especialidad de la relación laboral de quienes aquí concitan la atención. Dejando al margen las dificultades para la adaptación que puedan ser solventadas por la vía de suspensión, así como la compleja relación entre discapacidad e incapacidad permanente, el acontecimiento más singular vendrá dado por las razones objetivas que supone no encontrar un lugar adecuado en la entidad para quien presenta déficit mental o psíquico. A su lado, sin embargo, también será oportuno dejar constancia de algunos otros aspectos que tiñen de peculiaridad este momento final del contrato relacionados con los despidos disciplinario y por razones empresariales.

⁶⁵ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, cit., págs. 111-112.



4.1.- Despido disciplinario

La posibilidad de que una PCDM incurra en alguna de las causas de despido disciplinario que contempla el art. 54.2 ET no puede ser descartada de antemano. En todo caso, convendrá recordar que para llegar a esta sanción extrema la conducta del trabajador ha de suponer un incumplimiento contractual suficientemente grave y culpable, y la “teoría gradualista” viene a exigir la ponderación de los distintos aspectos objetivos y subjetivos concurrentes en el comportamiento imputado a la hora de sopesar si la reacción empresarial de poner fin a la relación es o no proporcional.

Precisamente en su aplicación un sector solvente de la doctrina viene señalando que aquellas personas con capacidad intelectual disminuida difícilmente podrán incurrir en el grado de culpabilidad subjetivo necesario, pues no será fácil probar la voluntariedad a la hora de romper con los derechos y obligaciones dimanantes de la relación laboral. Si se prefiere, la libertad de saber y querer, o bien no existe, o bien conduce a la presencia de un atenuante por mor de la alteración de los elementos “intelectivo” y “volitivo” que impiden quepa pueda aludir a la existencia de una abierta y palmaria voluntad de incumplimiento⁶⁶.

Constituye, la anterior, la parte mas saliente que una reflexión en boga desde hace ya algunos años que conecta la discapacidad con la enfermedad a un doble efecto: por una parte, y en el sentido expuesto, negar que una persona enferma y cuya patología afecte a los componentes intelectual y volitivo, pueda ser sujeto de un despido disciplinario⁶⁷; por otra, la que emite las consecuencias cuando el empresario, a pesar de la proscripción analizada y de las cautelas con las que debería obrar, decide despedir y el tribunal no considera que exista causa suficiente⁶⁸.

En este último supuesto, y a resultas de una lectura de la Directiva 2000/78 CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, efectuada por el TJUE en otro marco de reflexión, procederá seguir que el despido no ha de ser calificado como improcedente, sino nulo por los elementos de discriminación de que es portador⁶⁹.

⁶⁶ BURRIEL RODRÍGUEZ, P.: “La teoría de la gravedad y culpabilidad en el despido disciplinario. Las clausulas de blindaje de la relación laboral común”, *Aranzadi Social*, núm. 18, 2000, págs. 54-61.

⁶⁷ TAPIA HERMIDA, A.: “La enfermedad, discapacidad y despido”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 288, 2007, pág. 141-142.

⁶⁸ OLMOS PARÉS, I.: “El despido en situación de incapacidad temporal, la enfermedad y la discapacidad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 217, 2019, págs. 96-97.

⁶⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Discapacidad, enfermedad y despido en la Directiva 2000/78”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2018, pág. 246.



4.2.- Despido por razones objetivas

Precisamente la invocación de la muy progresista Directiva 2000/78 lleva a recordar que, incluso antes de cuanto ha llegado a avanzar la jurisprudencia, ya la norma daba pautas bastantes para proteger expresamente a la persona contra la discriminación por su discapacidad, proscribía tanto la discriminación directa como la indirecta y fijaba, por primera vez, la obligación de realizar ajustes razonables.

No lo hacía en un contexto neutro, sino en aquel en el cual se juzgaba el absentismo de las PCD; más aún, no cualquier ausencia justificada al trabajo (como pudiera ser la derivada de tratamientos precisos para su enfermedad y no cubiertos por permisos o situaciones de incapacidad temporal), sino el derivado de la falta de adopción por el empresario de las medidas apropiadas en cumplimiento de la obligación de realizar los oportunos ajustes razonables⁷⁰. Marco en el cual tuvo cabida la anterior letra d) del art. 52 ET, su importancia perdura pese a la derogación del precepto, como sucede con la reflexión del TJUE cuando, yendo más allá del concreto caso del absentismo⁷¹, valora que pueden concurrir factores diversos capaces de conducir por vía “objetiva” o “neutra” a una discriminación indirecta de las PCD que ponga en relación las enfermedades derivadas de la discapacidad y, por ejemplo, el riesgo de padecer un superior número de bajas laborales⁷².

Apurando la interpretación aparece un campo fértil para el vínculo entre la especial situación subjetiva de las PCD y PCDM y otras tres causas habituales de extinción por razones objetivas: el despido por ineptitud sobrevenida, por disminución involuntaria del rendimiento y por falta de adaptación a las mejoras técnicas introducidas en el proceso productivo. De nuevo aquí el contexto será propicio para reflexionar sobre la lábil frontera que va a separar la dificultad para realizar los ajustes necesarios que impidan esa ineptitud o favorezcan la adaptación y la inviabilidad de proceder a los mismos por razones

⁷⁰ MORENO I GENÉ, J.: “El difícil recurso a la ‘enfermedad asimilada a la discapacidad’ como límite del despido por absentismo del trabajador (STS de 21 de septiembre de 2017, rec. 782/2016)”, *Revista de Derecho Social*, núm. 80, 2017, págs. 175-177.

⁷¹ MOLINA NAVARRETE, C.: “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del caso Ring”, *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, págs. 9-11.

⁷² STJUE 11 de abril de 2013 C-335 y 337/11, *asunto HK Danmark*. En su aplicación por los tribunales españoles, de alto interés la muestra seleccionada por MORENO I JENÉ, J.: “La nulidad del despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo derivadas de enfermedad relacionada con la discapacidad del trabajador: a propósito de la SSTSJ de Castilla-La Mancha de 10 de abril de 2019”, *Trabajo y Derecho*, núm. 57, 2019, págs. 124-128.



objetivas (básicamente económicas) o subjetivas (el grado de disfuncionalidad física o psíquica en presencia⁷³).

Quizá sea hora de reflexionar como lo hace la mejor doctrina y llevar a cabo una reforma legal finalista que conlleve la orientación social del grupo normativo incorporado al art. 52 ET para garantizar más eficazmente la tutela frente al despido de trabajadores afectos de discapacidad para el trabajo a través de actuaciones ilegítimas (o más contundentemente discriminatorias) de los empleadores⁷⁴. En particular, esta necesidad se siente o se percibe como más urgente cuando al factor ahora estudiado, o su apariencia⁷⁵, se suman otros que conducen al mismo destino fatal, como pudieran ser el género⁷⁶, el aspecto físico⁷⁷ o la edad⁷⁸.

4.3.- Despido por razones empresariales

De conformidad con cuanto reza el art. 51.5 ET, “mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad”. En su desarrollo, el art. 13.2 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (RPDC), establece que la prioridad de permanencia en la empresa “favorecerá igualmente a los trabajadores pertenecientes a otros colectivos cuando así se hubiera pactado en

⁷³ MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A.: “El despido por ineptitud sobrevenida a causa de enfermedad y la discriminación por razón de discapacidad: comentario a la sentencia núm. 178/2021 del TSJ de Navarra de 3 de junio”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 247, 2021, págs. 155-164.

⁷⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel”, *Lex Social*, vol. 9, núm. 1, 2019, en especial págs. 730-746.

⁷⁵ GARCÍA ROMERO, B.: “Discriminación por apariencia de discapacidad: despido tras accidente de Trabajo con baja de duración incierta o duradera”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2021.

⁷⁶ LÓPEZ INSUA, B.M.: “Despido discriminatorio por razón de discapacidad y transversalidad de género”, *Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019, o SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Nulidad del despido de trabajadora con cáncer uterino por discapacidad y género. Comentario a la sentencia del TSJ de Cantabria 45/2019 de 18 de enero”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 433, 2019, págs. 189-196.

⁷⁷ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A.: “Obesidad-discapacidad, absentismo y despido: el art. 52 d) ET pasa ‘rozando’ el filtro de la Directiva 2000/78 (comentario a la STJUE de 18 de enero de 2018, asunto *Ruiz Conejero*)”, *Revista de Derecho Social*, núm. 81, 2018, págs. 141-152.

⁷⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El principio de igualdad en el despido ‘objetivo’ por ineptitud, enfermedad o discapacidad y los trabajadores maduros”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A., Dirs.): *Envejecimiento Activo y Vida Laboral*, Comares, Granada, 2019, págs. 403-405.



convenio colectivo o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad”.

El tenor de ambos preceptos remite al fruto de la negociación colectiva la eventual existencia de una medida de acción positiva en favor de las PCD en los supuestos de despidos por razones empresariales [para así ir más allá de los despidos colectivos y extender el ámbito de aplicación a la selección de posibles afectados por un despido objetivo de los previstos en la letra c) del art. 52 ET]. A diferencia de cuanto ocurriera en un pasado, la prioridad legal solo cubre a los representantes de los trabajadores; decisión confirmada por el Tribunal Supremo cuando recuerda que tampoco la normativa especial del colectivo contempla esta preferencia⁷⁹ y, además, no deja de ser una medida paliativa en supuestos de crisis⁸⁰. El potencial de cuanto se ha reproducido puede quedar perfilado a partir de las siguientes ideas⁸¹:

- a) El art. 51.5 ET dista de ofrecer una garantía real para las PCD y PCDM, pues la prioridad no debería ser pactada, sino impuesta por ley; tampoco conformar una medida temporal, sino definitiva; por último, no habría de estar ceñida a un espacio funcional concreto, sino ser aplicable a toda actividad y sector⁸².
- b) En el contexto de los arts. 40, 41, 47, 51 y 83.2 ET, los acuerdos de empresa actúan como mecanismo de suplencia del convenio dotados de eficacia *erga omnes* y bajo una relación de complementariedad, integrando vacíos normativos que los hacen viables por inexistencia de otro consenso convencional más amplio o por la regulación insuficiente de la existente⁸³.

⁷⁹ SSTS, Cont.-Admtivo, 11 junio 2001. (rec. 7744/1995).

⁸⁰ SSTS, Cont.-Admtivo, 4 febrero 2002. (rec. 2620/1996).

⁸¹ TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 333-338.

⁸² COLOMINAS GUTIÉRREZ, D.: “La facultad empresarial de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo. Especial consideración a la prioridad de permanencia de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cinca, Madrid, 2014, https://scholar.google.es/citations?view_op=view_citation&hl=ca&user=QehLwgcAAAAJ&citation_for_view=QehLwgcAAAAJ:RGFaLdJalmkC

⁸³ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: “Las cláusulas convencionales de preferencia en los despidos colectivos. A propósito del convenio colectivo de Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U. y sus Técnicos de Mantenimiento de Aeronaves”, *Revista General del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 2, 2013, pág. 13.



- c) De no mediar cláusula expresa de preferencia, procederá ponderar si de algún otro modo cabría proteger a las PCDM en estos supuestos. La respuesta que proporciona la doctrina viene dada, por la ponderación de indicios de discriminación indirecta, bajo la forma de una influencia de la medida de manera más negativa sobre el colectivo⁸⁴, eludiendo una posible ponderación de méritos donde la discapacidad no podrá jugar nunca como un elemento para restar, sino como un factor de corrección.
- d) Una última cuestión es la que pone en relación la cuota de reserva del 2% en favor de los trabajadores discapacitados en las empresas de más de 50 trabajadores con el despido colectivo. Si bien, el art. 42 LGD permite acudir a medidas alternativas para cumplir “por equivalente”, no cabrá considerar como tales las derivadas de acuerdos alcanzados en consultas o decisiones unilaterales del empresario que ignoren la situación personal de los afectados para eludir el cumplimiento de la reserva legal.

En este sentido, y según interpreta algún autor muy calificado la doctrina del Tribunal Supremo, las PCD constituyen un colectivo que merece ser objeto de protección debido a su vulnerabilidad social. No obstante, la medida de acción positiva legal debe ser coherente con los fines económicos que también ampara la norma. A fin de conjugar ambos intereses, la solución deberá pasar por observar en todo momento la cuota establecida; también al designar a los afectados; hacerlo, no obstante, con un margen de flexibilidad, permitiendo al empleador situarse por debajo del umbral de utilizar la sustitución de unos trabajadores con discapacidad por otros que se encuentren igualmente cualificados por la situación subjetiva, pero presenten distintas aptitudes más acordes con el plan de viabilidad de la empresa⁸⁵.

Incumplir tal obligación no sólo pudiera viciar de nulidad la decisión empresarial final con unos tintes discriminatorios evidentes, según ha dejado claro el TJUE en supuestos de semejante calado⁸⁶, sino que habrá de llevar a la aplicación de la falta grave tipificada en el art. 15.3 LISOS.

⁸⁴ LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J.: “A vueltas con la calificación del despido por enfermedad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 209, 2018, págs. 21-22.

⁸⁵ DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Selección de personal y discapacidad. Especial referencia a las personas con trastorno mental grave”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 185, 2016, págs. 155 y ss.

⁸⁶ STJUE de 1 de diciembre de 2016, C-395/15, asunto *Daouidi* y STJUE de 18 de enero de 2018, C-270/16, asunto *Ruiz Conejero*.



5.- CONCLUSIONES

PRIMERA. – Un somero examen de las cifras sobre el empleo de las PCDM sirve para mostrar que si ya la condición de discapacitado lastra de partida la posibilidad de acceder y/o conservar un empleo digno, en el caso de quienes acreditan tener el máximo nivel según la Clasificación Internacional de Enfermedades acaba alcanzando unas dimensiones realmente sonrojantes. A riesgo de confinarlos en el empleo protegido, de cuyo examen prescinde el estudio, cabrá aludir a una doble; (y hasta una triple) discriminación del colectivo: en primer lugar, la común a todos los discapacitados; en segundo término, la propia derivada del origen de su discapacidad; en ambos supuestos, la que puede asociarse a otros rasgos como pudieran ser el género, la edad o el aspecto físico.

SEGUNDA. - A la hora de tratar de reaccionar frente a tal panorama desolador, cabrá dar cuenta de un importante acervo internacional y europeo no solo de normas, sino de iniciativas político-sociales, con adecuado reflejo a nivel estatal, autonómico y local. El elemento medular de todas ellas aparece situado en eliminar las formas más groseras de diferenciación injustificada en atención al factor que concita aquí el interés; corregir las vías de discriminación indirecta a través de un firme compromiso público en su persecución; o, en fin, prestar atención a la discriminación por asociación, es decir, aquella que surge no por razón del propio individuo postergado, sino por relación con la persona discapacitada a la cual atiende. Hacerlo con el objetivo de intentar cambiar el panorama mediante distintas medidas de acción positiva que toman forma de reservas de cuotas de empleo ordinario, prioridad de permanencia en el empleo, ayudas e incentivos a la contratación, subvenciones para realizar ajustes en el trabajo o prestar apoyo en el empleo o, en definitiva, prestar oídos (y dotar de subvenciones) al quehacer callado de cuantiosas asociaciones destinadas a favorecer la inserción laboral y social de las PCDM.

TERCERA. – El acceso a un empleo ordinario constituye el primer reto a afrontar en cualquier planteamiento inclusivo, debiendo afinar los tres instrumentos principales destinados a tal fin. En este sentido, las singularidades del empleo ordinario para las PCDM comienzan con la definición de su perfil en el doble escenario dado por la existencia o no de cupo reservado para PCD o PCDM: en el primero de los supuestos para asentar la inexigibilidad de cualquier información sobre su estado de discapacidad que no afecte de manera directa a la prestación exigida por el puesto de trabajo; en el segundo de los pasajes, dedicando un especial cuidado a la doble acción positiva que pudiera llevar a atribuir a quien tiene una deficiencia mental prioridad de empleo frente a cuantos acreditan un grado de discapacidad menor. El segundo de los momentos conllevará destacar el papel fundamental que pueden desarrollar los servicios de intermediación de los Centros Especiales de Empleo a la hora de facilitar candidatos, así como la labor del servicio de empleo con apoyo, a través de su función de orientar en el proceso de ajuste entre empleador y aspirante al empleo, bien en la fase de entrevista, bien en la de valoración del binomio puesto-persona. El último término, y situados ya en la fase de selección en sentido estricto, el principal problema puede venir dado por la postergación injustificada de aquel en quien se descubran indicios de discapacidad o se constate su situación como tal cuando no sea evidente. Mas aún, cuando el



universidad
de león



sesgo venga dado por un déficit intelectual que no influya en la posibilidad de un correcto desempeño del puesto de trabajo. En este sentido, la libertad de contratación del empresario sólo podrá ser combatida cuando obren indicios bastantes de una diferencia de trato carente de cualquier motivo razonable, en cuyo caso obrará con toda contundencia la inversión de la carga de la prueba. De quedar probada la discriminación cabrá postular (frente a muy fundadas opiniones en contrario) la nulidad de todo el proceso selectivo y la corrección pública y privada de tal lamentable conducta a partir de la infracción administrativa por falta muy grave y el resarcimiento al interesado por los daños y perjuicios causados.

CUARTA. – Al margen de cuando proceda un reconocimiento médico “prelaboral” por mediar alguna enfermedad profesional (o incluso de trabajo), la virtualidad de los exámenes inmediatamente posteriores a la contratación cobra un sentido propio y específico para todas las PCD en general, y para las PCDM en particular. El rasgo de voluntariedad que con carácter general proclama el art. 22 LPRL encuentra en la excepción relacionada con no generar riesgo para sí mismo, para los compañeros o para terceros, campo abonado para su extensión máxima, por mor de la necesidad de proceder ajustes en el puesto y, eventualmente, a apoyo en el empleo.

La obligatoriedad, sin embargo, no habrá de prescindir en modo alguno del consentimiento informado del interesado, debiendo adoptar todas las cautelas necesarias para que comprenda las implicaciones y consecuencias del examen y muestre su aquiescencia indubitada para que sea llevado a cabo.

QUINTA – Precisamente la integración en el empleo ordinario planteará la siempre difícil convivencia entre la necesidad de adaptar el entorno laboral como garantía en favor del discapacitado y la excesiva carga que ello pueda suponer para el empleador. El principio de proporcionalidad, llamado a actuar como árbitro, dibuja escenas muy distintas donde el equilibrio entre las garantías subjetivas que ostentan los destinatarios de la medida y las dificultades económicas para quien debe acometer la inversión suscitan múltiples problemas. El concepto de diligencia debida, sin quedarse en un simple obrar diligente, pero sin llegar a demandar el grado de exactísima, constituye un fiel que, poco a poco parece inclinarse en favor de la parte débil del contrato.

A tal conclusión cabrá llegar, además, a través de una característica singular de las PCDM, cual es la de poder disfrutar de los programas de empleo con apoyo destinados a tratar de conseguir que estas personas obtengan un salario y beneficios sociales similares a cuantos obtiene un trabajador ordinario en su ámbito laboral. La “normalización” de esta metodología confía al buen hacer del preparador laboral gran parte del éxito de todo el empeño legal.



SEXTA. - El desarrollo de la relación laboral de las PCDM aparece presidido por la anomia. Además de la prioridad de permanencia en el lugar de la prestación que bien establecer en su favor la negociación colectiva para el caso de desplazamientos y traslados, solo silencio. Si acaso, la puntual referencia en materia de movilidad geográfica a la prioridad que puede disfrutar para ocupar un puesto vacante en un lugar que resulte más conveniente.

Lamentable descuido que no subsana ninguna norma específica por razón del destinatario, forzar la interpretación del jurista para, sin negar el derecho de dirección y control que procede reconocer al empresario, aventurar los márgenes por los cuales debe actuar no sólo en su propio beneficio, sino también como obligación derivada de ajustes razonables que pueden conducir a la movilidad funcional o locativa, a la modificación sustancial de condiciones de trabajo o a la suspensión del contrato ya sea a través de la incapacidad temporal, ya del recurso a una excedencia especial o voluntaria.

SÉPTIMA. - La situación de discapacidad mental o psíquica que acompaña al sujeto de la relación laboral en esta ocasión conlleva, en la práctica, la nula operatividad de las causas de despido disciplinario. Si bien en hipótesis cabría invocar su aplicación, la teoría gradualista, firmemente asentada en la jurisprudencia, llevará a colegir ausencia de los elementos intelectual y volitivo en un grado necesario para poder considerar culpable a la PCDM. En consecuencia, aquellos comportamientos más típicos, como pudieran ser las faltas de asistencia justificadas, la ineptitud para desempeñar la ocupación, el desajuste en las prestaciones motivado por las innovaciones tecnológicas o la disminución del rendimiento serán el cauce habitual para poner fin a la relación a través de un despido por razones objetivas.

Con todo, procederá hilar muy fino también en este extremo, pues si el despido no se ajustara a derecho (por falta de entidad suficiente o por incumplimiento empresarial de su obligación de realizar los ajustes razonables), la calificación no será de mera improcedencia, sino de nulidad por concurrencia de causas discriminatorias.

OCTAVA. - Invocar razones empresariales para prescindir de quien tiene un déficit físico psíquico o sensorial debe encontrar una respuesta que, por supuesto, siga exigiendo respetar la cuota de reserva establecida en favor del colectivo, (con el margen o la flexibilidad, eso sí, de la posible sustitución de una PCD por otra cuando fueran distintas las aptitudes y la segunda se ajustara mejor al plan de viabilidad de la empresa); valore, en todo caso los eventuales criterios de discriminación indirecta que pudieran afectar al grupo de población analizado (en particular en atención a su incidencia cuantitativa); por último, mueva a una reacción legal que devuelva a sus orígenes la prioridad de permanencia de las PCD. Hasta tanto no suceda esto último, todo penderá de la diligencia en la negociación colectiva para acoger una medida insuficiente en el plano temporal como en el funcional.



6.- BIBLIOGRAFÍA

- AGRA VIFORCOS, B.: “La tutela de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos en el desarrollo de su relación laboral”, *Pecunia*, núm. 7, 2008.
- ALAMEDA CASTILLO, M. T.: *Estadios previos al contrato de trabajo y discriminación*, Aranzadi- Thomson, Cizur Menor, 2012.
- ARENAS ORTEGA, M.L. y GONZALEZ CELPA, R.: “El preparador laboral en el empleo con apoyo”, *Educación y Futuro*, núm. 23, 2010.
- BECERRA TRAVER, M.T.; MONTANERO MORÁN, M. y LUCERO FUSTES, M.: “Empleo con apoyo. Apoyo laboral a trabajadores con discapacidad intelectual que requieren autorregulación”, *Campo Abierto*, vol. 30, núm. 2, 2011.
- BLANCO, A.: “Responsabilidad social empresarial e integración laboral de personas con discapacidad intelectual. Estudio de caso”, *Revista Española de Discapacidad*, núm. 3, 2015.
- BLÁZQUEZ GARCÍA, M.V.: “El valor de los Fondos Europeos desde la perspectiva de la evaluación de las políticas públicas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 20, 2021.
- BURRIEL RODRÍGUEZ, P.: “La teoría de la gravedad y culpabilidad en el despido disciplinario. Las cláusulas de blindaje de la relación laboral común”, *Aranzadi Social*, núm. 18, 2000.
- CARRIZOSA PRIETO, E.: “La concreción de los indicios de discriminación en la Jurisprudencia comunitaria”, *Aranzadi Social*, vol. 5, núm. 7, 2012.
- CEREZO GARCÍA C y LÁZARO A.: “Adaptación de puestos de trabajo para personas con discapacidad”, *Terapia Ocupacional*, núm. 19, 1999.
- COLOMINAS GUTIÉRREZ, D.: “La facultad empresarial de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo. Especial consideración a la prioridad de permanencia de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cinca, Madrid, 2014.
- CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Selección de personal y discapacidad. Especial referencia a las personas con trastorno mental grave”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 185, 2016.
- DE FUENTES GARCIA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Sobre el concepto jurídico de persona con discapacidad y la noción de apoyos necesarios”, *Revista Española de Discapacidad*, núm. 4, 2016.
- DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: *El empleo de las personas con discapacidad: oportunidades y desafíos*, Dykinson, Madrid, 2018.
- DÍAZ JIMÉNEZ, R.: “Espacio social europeo y personas con discapacidad”, *Acciones e Investigaciones Sociales*, núm. Extra 1, 2006.
- DILLA CATALÁ, M. J. *et alii*: “Los trabajadores discapacitados en la negociación colectiva”, AA.VV. (VALDÉS DAL-RÉ, F., Dir.): *Relaciones Laborales de las Personas con Discapacidad*, Biblioteca nueva, Madrid, 2005.



- ESPAÑA MARTÍ, M. M.: “La protección y atención socio-sanitaria de los enfermos mentales”, *Derecho y Salud*, vol. 12, núm. 2, 2004.
- ESTEBAN LEGARRETA, R. y GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “La incentivación del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo”, *Revista Española de Discapacidad*, vol. 2, núm. 1, 2014.
- ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Ibidem, Madrid, 1999.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Pruebas genéticas en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1999.
- FERNÁNDEZ SANTIAGO, P.: “La discapacidad y la integración laboral de las personas discapacitadas: acercamiento a la realidad de la España autonómica”, *Cuadernos de Información Económica*, núm. 185, 2005.
- FERRERAS REMESAL, A.: “Adaptación de puesto de trabajo para personas con discapacidad intelectual”, *Revista de Biomecánica*, núm. 41, 2004.
- FERRERAS REMESAL, A.: “Adaptación de puesto de trabajo para personas con discapacidad intelectual”, *Revista de Biomecánica*, núm. 41, 2004.
- GARCÍA ROMERO, B.: “Discriminación por apariencia de discapacidad: despido tras accidente de Trabajo con baja de duración incierta o duradera”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2021.
- GARCÍA SABATER, A.B.: *Necesidades especiales de apoyo laboral en colectivos con discapacidad. En particular, el empleo protegido*, Aranzadi/Thomson, Cizur Menor, 2018.
- GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: *La obligación empresarial de prevención de riesgos laborales*, CES, Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: “Las cláusulas convencionales de preferencia en los despidos colectivos. A propósito del convenio colectivo de Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U. y sus Técnicos de Mantenimiento de Aeronaves”, *Revista General del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 2, 2013.
- GOÑI SEIN, J.L. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “La regulación convencional en materia de adaptación del puesto de trabajo y reubicación de trabajadores con limitaciones psicofísicas”, *Revista de Información Laboral*, núm. 12, 2015.
- GUTIÉRREZ COLOMINAS, D. “Crónica de la jornada sobre el empleo de las personas con discapacidad, celebrada el día 7 de noviembre de 2019”, *FEMERIS*, vol. 5, núm. 1, 2020.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: *El deber de seguridad y salud en el trabajo*, CES, Madrid, 1999.
- JORDÁN DE URRÍES VEGA, F.B.: “Empleo con apoyo”, *Educación y Futuro*, núm. 23, 2010.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J.: “A vueltas con la calificación del despido por enfermedad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 209, 2018.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: “Despido discriminatorio por razón de discapacidad y transversalidad de género”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019.



- LOZAR SAEZ, J.C.: “Claves para la búsqueda y selección de trabajadores con discapacidad”, en AA.VV.: *Tercera Jornada sobre Empleo y Discapacidad. Acciones para un empleo cualificado*, Universidad Carlos III, Madrid, 2014.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 191, 2016.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A.: “Obesidad-discapacidad, absentismo y despido: el art. 52 d) ET pasa ‘rozando’ el filtro de la Directiva 2000/78 (comentario a la STJUE de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero)” *Revista de Derecho Social*, núm. 81, 2018.
- MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A.: “El despido por ineptitud sobrevenida a causa de enfermedad y la discriminación por razón de discapacidad: comentario a la sentencia núm. 178/2021 del TSJ de Navarra de 3 de junio”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 247, 2021.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del caso Ring”, *Temas Laborales*, núm. 130, 2015.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “El principio de igualdad en el despido ‘objetivo’ por ineptitud, enfermedad o discapacidad y los trabajadores maduros”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A., Dirs.): *Envejecimiento Activo y Vida Laboral*, Comares, Granada, 2019.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel”, *Lex Social*, vol. 9, núm. 1, 2019.
- MORENO I JENÉ, J.: “El difícil recurso a la ‘enfermedad asimilada a la discapacidad’ como límite del despido por absentismo del trabajador (STS de 21 de septiembre de 2017, rec. 782/2016)”, *Revista de Derecho Social*, núm. 80, 2017.
- O'REILLY, A.: *El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades*, OIT, Ginebra, 2004.
- OLMOS PARÉS, I.: “El despido en situación de incapacidad temporal, la enfermedad y la discapacidad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 217, 2019.
- PALACIOS BARIFFI, A.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2007.
- PALACIOS, A.: “El modelo social de discapacidad y su concepción como cuestión de derechos humanos”, *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*, vol. 8, núm. 1, 2017.
- POLO SÁNCHEZ, M.C.: “Igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al trabajo”, *Aequalitas*, núm. 22, 2008.
- PUJALTE MARTÍNEZ, A.L.: *Derechos fundamentales y discapacidad*, Cinca, Madrid, 2015.
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *Poder de dirección y esfera privada del trabajador*, CES del Principado de Asturias, Oviedo, 2009.



- RODRÍGUEZ COPÉ, M.L.: “El derecho a la intimidad del trabajador como límite al poder de dirección empresarial”. *Temas Laborales*, núm. 62, 2001.
- RODRÍGUEZ DE RIVERA ALEMÁN, I.: “El empleo con apoyo: una realidad para la integración laboral de las personas con discapacidad intelectual”, *Redes*, núm. 12, 2003.
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *Temas Laborales*, núm. 127, 2014.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Discapacidad, enfermedad y despido en la Directiva 2000/78”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2018.
- RUBIO DE MEDINA, M.: “Las referencias al empleo en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su repercusión en la normativa laboral española”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y derecho del empleo*, Vol. 1, núm. 1, 2013.
- RUIZ CASTILLO, M.M.: *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Bomarzo, Albacete, 2010.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53, 2004.
- SÁNCHEZ LINDE, M.: “La prioridad de permanencia de los trabajadores vulnerables en la movilidad geográfica”, *Diario La Ley*, núm. 9159, 2018.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Nulidad del despido de trabajadora con cáncer uterino por discapacidad y género. Comentario a la sentencia del TSJ de Cantabria 45/2019 de 18 de enero”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 433, 2019.
- SERRA BUADES, F.: “Empleo con apoyo, la planificación centrada en la persona y las redes de apoyo”, *Siglo Cero*, vol. 33, núm. 199, 2002.
- TAPIA HERMIDA, A.: “La enfermedad, discapacidad y despido”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 288, 2007.
- TENA ARREGUI, R.: “El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 99, 2021.
- TORMOS PÉREZ, J.A.: *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- TOSCANI GIMÉNEZ, G.: “Los reconocimientos médicos. Su obligatoriedad y sus consecuencias”, *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 39, 2007.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La calidad de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 13, 2009.
- ZACHERT, U.: “Los derechos fundamentales de los trabajadores en la Carta Europea de Derechos Fundamentales”, *Temas Laborales*, núm. 65, 2002.



7.- WEBGRAFÍA

- FUNDACIÓN ONCE: *Formación y empleo*, 2021, <https://www.fundaciononce.es/es/que-hacemos/formacion-y-empleo>
- FUNDACIÓN ONCE: *Universidad y discapacidad*, 2021, <https://www.fundaciononce.es/es/que-hacemos/universidad-y-discapacidad>
- INE: *El empleo de las personas con discapacidad*, 2022, https://www.ine.es/prensa/epd_2020.pdf
- INSST: *NTP 1003. Diseño de puestos ocupados por persona con discapacidad: Principios básicos*, 2014, <https://www.insst.es/documents/94886/566858/ntp-1003+w.pdf/3e928f7b-7a43-4a56-a44b-676c0d8f49e2?version=1.0&t=1617978847048>
- OMS: *CIE-11. Guía para la aplicación y la transición*, 2019, https://icd.who.int/es/docs/192190_ICD-11_Implementation_or_Transition_Guide_edited_ES.pdf
- OMS: *Datos y cifras de trastornos mentales*, 2022, <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/mental-disorders>
- PLENA INCLUSIÓN MADRID: “El Ministerio de Inclusión promueve medidas de fomento del empleo dirigidas a personas con discapacidad intelectual”, 2021, <https://plenainclusionmadrid.org/noticias/impulsar-empleo-personas-discapacidad-intelectual/>
- PRESIDENCIA DEL GOBIERNO: “El Ministerio de Inclusión y Plena Inclusión desarrollarán itinerarios de integración laboral para personas con discapacidad intelectual”, 2021, <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Paginas/2021/021221-integracion-laboral.aspx>