

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (32) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

DISCAPACIDAD Y DERECHO LABORAL "TRANSVERSAL"**Rodrigo Martín Jiménez**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo. Universidad Rey Juan Carlos
Consejero Académico de Gómez-Acebo y Pombo*

A partir de dos conocidos Tratados Internacionales adoptados en el marco de las Naciones Unidas en 2006, la perspectiva médica y asistencial de la discapacidad ha sido reemplazada por otra basada en los **Derechos Humanos**, con un standard muy superior al que se desprende del art. 49 de la Constitución Española. Superada la perspectiva meramente "reparadora", hay que situarse –según se indica en la Exposición de Motivos de la **Ley 26/2011, de 1 de agosto¹- en una óptica** "social y de derechos y capacidades, que configura la discapacidad como un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales están originadas o agravadas por el entorno social. En este sentido, se hace necesario adoptar "todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para asegurar el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna".

Para el Derecho Laboral, esta pretensión de reforma legislativa integral tiene importantes consecuencias, habida cuenta la "resistencia" de nuestros Tribunales a considerar la discapacidad como una causa de discriminación al no formar parte del listado del art. 14 CE, e incide en numerosos frentes, todos ellos diversos, complementarios y, por utilizar una terminología al uso, "transversales".

1. Se modifica la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad en los aspectos siguientes:

- La **igualdad de oportunidades** ahora se concibe (nuevo art. 1.1) como la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o sobre la base de (no que tenga su causa en) una discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. En la igualdad de oportunidades se incluyen, como antes, las medidas de acción positiva orientadas "a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social".
- Se mantiene el concepto legal tradicional de "**persona con discapacidad**" (art. 1.2) por referencia a un porcentaje o grado reconocido (el 33%), pero se

¹ Esta Ley ha sido desarrollada por el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (BOE del 17).

hace prevalecer una noción más amplia y general: "Son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás". A lo anterior se añade que "Las medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial, contempladas en esta Ley serán de aplicación a las personas con discapacidad, con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad. En todo caso, las Administraciones públicas velarán por evitar cualquier forma de discriminación que afecte o pueda afectar a las personas con discapacidad".

- Se introduce un nuevo art. 10 *bis*, que lleva por rúbrica "**Igualdad de trato en acceso a bienes y servicios**" y que sin duda tiene importantes consecuencias en las relaciones laborales tanto privadas (empresas) como públicas (Administraciones): "1. Todas las **personas físicas o jurídicas** que, **en el sector público o en el privado**, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar, estarán obligadas, en sus actividades y en las transacciones consiguientes, al cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, **evitando discriminaciones**, directas o indirectas, **por razón de discapacidad**. 2. Lo previsto en el apartado anterior **no afecta a la libertad de contratación**, incluida la libertad de la persona de elegir a la otra parte contratante, **siempre y cuando dicha elección no venga determinada por su discapacidad**. 3. No obstante lo dispuesto en los apartados anterior-

res, **serán admisibles las diferencias de trato** en el acceso a bienes y servicios **cuando estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograrlo sean adecuados, proporcionados y necesarios**".

- Se introduce un nuevo art. 21 específicamente vinculado con las discriminaciones a que se refiere el art. 10 *bis*: "Sin perjuicio de otras acciones y derechos contemplados en la legislación civil y mercantil, la persona que, en el ámbito de aplicación del art. 10 *bis* sufra una conducta discriminatoria por razón de discapacidad, tendrá derecho a **indemnización por los daños y perjuicios sufridos**". Esta indemnización es la común establecida en el ámbito civil (arts. 1101 y ss.; y 1902 y ss.) que se viene aplicando con normalidad en el ámbito laboral.
- **Se elimina la "gravedad" con que debe apreciarse la discriminación por razón de discapacidad a los efectos probatorios en los procesos judiciales**. El nuevo art. 20.1 es del siguiente tenor literal: "En aquellos procesos jurisdiccionales en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de discapacidad, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la conducta y de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Cuando en el proceso jurisdiccional se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de discapacidad, el Juez o Tribunal, a instancia de parte, podrá recabar informe o dictamen de los organismos públicos competentes". Se mantiene la inaplicación de la anterior previsión a los procesos penales y contencioso-administrativos iniciados contra resoluciones sancionadoras.

2. Se modifican ligeramente las normas referidas a **sanciones accesorias**:

- El **artículo 6 de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad**, queda redactado así: "Cuando las infracciones sean graves o muy graves, los órganos competentes propondrán, además de la sanción que proceda, la prohibición de concurrir en procedimientos de otorgamiento de ayudas oficiales, consistentes en subvenciones o cualesquiera otras ayudas en el sector de actividad, en cuyo ámbito se produce la infracción, por un período máximo de un año, en el caso de las graves, y de dos, en el caso de las muy graves.

Cuando las infracciones sean muy graves, además los órganos competentes propondrán la supresión, cancelación o suspensión total o parcial de ayudas oficiales, consistentes en subvenciones y cualesquiera otras que la persona sancionada tuviese reconocidos en el sector de actividad en cuyo ámbito se produce la infracción.

La comisión de una infracción muy grave por las instituciones que presten servicios sociales podrá conllevar la inhabilitación para el ejercicio de las actividades de cuidado, tanto para personas físicas como jurídicas, por un plazo máximo de cinco años".

- El **artículo 46.1 de la LISOS** se reafirma en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril: "Sin perjuicio de las sanciones a que se refiere el artículo 40.1 y, salvo lo establecido en el artículo 46 bis de esta Ley, los empresarios que hayan cometido la infracción grave prevista en el artículo 15.3 o las infrac-

ciones muy graves, tipificadas en los artículos 16 y 23 de esta Ley, en materia de empleo y protección por desempleo:

- a) Perderán automáticamente las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción.
- b) Podrán ser excluidos del acceso a tales beneficios por un período máximo de dos años.
- c) En los supuestos previstos en los apartados 3 y 4 del artículo 16, quedan obligados, en todo caso, a la devolución de las cantidades obtenidas indebidamente y las no aplicadas o aplicadas incorrectamente".

3. Se reforma la **Ley General de Sanidad** (Ley 14/1986, de 25 de abril) para incluir como causa posible de discriminación la discapacidad (art. 10.1) y para exigir que la información de los servicios sanitarios se realice "en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad" (art. 10.2). En la línea de mejora de los servicios, se añade un nuevo apartado en el art. 18 de la Ley en el sentido de incluir "la promoción, extensión y mejora de los sistemas de detección precoz de discapacidades y de los servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades o la intensificación de las preexistentes".

4. El **Estatuto Básico del Empleado Público** (art. 59.1), se modifica con el fin de **reservar en las ofertas de empleo público "un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes** para ser cubiertas entre personas con discapacidad (...) siempre que superen los procesos selectivos y

acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública". Lo anterior se completa con que "La reserva del mínimo del siete por ciento se realizará de manera que, al menos, el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad".

5. Más concretamente, la **Ley de ordenación de las profesiones sanitarias** (Ley 44/2003, de 21 de noviembre), se modifica el apartado 3 del artículo 22, en el sentido de encomendar al Gobierno la adopción de medidas de acción positiva "para que, en las convocatorias anuales de **pruebas selectivas**, para el acceso a las plazas de formación sanitaria especializada, **al menos, un siete por ciento de la totalidad de las plazas ofertadas** en cada una de ellas sean cubiertas entre personas con discapacidad (...) siempre que superen el proceso selectivo, acrediten la discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las funciones correspondientes a la especialidad a la que se opta". Asimismo se señala que "tanto (...) las pruebas de acceso como en los puestos en los que se formen los adjudicatarios de plaza en formación, se lleven a cabo (con) las adaptaciones y ajustes razonables a las necesidades de las personas con discapacidad".
6. Se amplía la **Ley de Contratos del Sector Público** (Ley 30/2007, de 30 de octubre) con un nuevo art. 70 bis, en el sentido de que "**Los órganos de contratación ponderarán**, en los supuestos en que ello sea

obligatorio, que los licitadores cumplan lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, relativo a la **obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad** o adoptar las medidas alternativas correspondientes". A lo anterior se añade que "en su caso, los **pliegos de cláusulas administrativas particulares** podrán incorporar en la cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, la exigencia de que se aporte un **certificado de la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma** o, en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas".

7. En fin, la Disposición Final Primera encomienda al Gobierno, en el plazo de un año, la "promoción de la adopción" de medidas para:
 - Asegurar el cumplimiento de la cuota de reserva del dos por ciento de los puestos de trabajo para personas con discapacidad en las empresas de más de 50 trabajadores mediante la contratación directa.
 - Establecer condiciones en los contratos del sector público relacionadas con el porcentaje de empleo de las personas con discapacidad en la ejecución de los mismos.
 - Evaluar las medidas existentes y estudiar medidas alternativas que conduzcan al aumento de la contratación en el empleo ordinario, al objeto de configurar un conjunto de medidas más eficiente.