

INTRODUCCIÓN

El objeto de esta investigación es la discapacidad por daño sobrevenido y sus implicaciones en el ámbito jurídico laboral. Se trata de una materia particularmente relevante teniendo en cuenta los cambios normativos y jurisprudenciales operados en los últimos años.

El empleo de las personas con discapacidad es un objetivo con bases constitucionales y legales expresas que tiene gran trascendencia social. El trabajo retribuido es uno de los factores más importantes para el desarrollo personal de todos y, por tanto, constituye una de las principales muestras de integración e igualdad en una sociedad que debe atender a la diversidad.

Las personas con discapacidad constituyen un grupo vulnerable y numeroso que tradicionalmente se ha mantenido en conocida situación de exclusión siendo objeto de caridad, compasión y protección. El modelo médico o rehabilitador que concibe la discapacidad como un problema de la persona consecuencia de su enfermedad y objeto de programas sanitarios o benéficos dio paso, tras la iniciativa de los países anglosajones, a la implantación de un modelo social en el que cobra protagonismo la equidad e igualdad de oportunidades. Este nuevo enfoque tuvo su reflejo en la implantación de planes transversales e intersectoriales que promovieron la no discriminación y la inclusión social. En la actualidad, nos encontramos ante un fenómeno de gran trascendencia que ha dado lugar a un nuevo enfoque que pretende integrar todos los aspectos de los modelos anteriores y que contempla a la persona con discapacidad como alguien con capacidades, habilidades y recursos cuya participación en la sociedad dependerá de la eliminación de obstáculos y la promoción y desarrollo de soportes sociales y elementos facilitadores. Esta visión conceptual de lo que significa la discapacidad, se refleja en los cambios normativos que adoptan esa evolución.

El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social refunde las tres principales leyes marco dictadas en este ámbito en España desde 1982. Esta nueva ley actualiza los términos, definiciones, principios y contenidos de las normas derogadas, adecuándolos a la Convención Internacional de derechos de las personas con discapacidad de la ONU, lo que supone el reconocimiento expreso de la titularidad de ciertos derechos que los poderes públicos están obligados a garantizar.

En definitiva, existe un nuevo concepto de discapacidad, que cuenta con el reconocimiento del legislador, que va más allá de un trámite administrativo y que hace necesario articular nuevos mecanismos que fomenten, no sólo la inclusión laboral de personas con discapacidad, sino el mantenimiento del empleo de personas con daño sobrevenido. En nuestro ordenamiento jurídico existe una protección a favor de personas con “discapacidad” pero resulta problemático determinar el alcance de este término y en qué medida puede incluir la “enfermedad”. La alteración de la salud del trabajador va a condicionar su actividad productiva. Si las limitaciones orgánicas y/o funcionales le impiden el desarrollo de su actividad laboral o si la incorporación al trabajo implica una agravación patológica, el trabajador se encontrará en una situación de incapacidad laboral.

Debemos tener presente que incapacidad laboral permanente y discapacidad, son términos jurídicos que tienen en común las limitaciones y deficiencias originadas en las personas por patologías, lesiones o malformaciones, pero se trata de instituciones de naturaleza y finalidades diferentes, con procedimientos de valoración, baremos y organismos competentes distintos que generan en la práctica numerosos conflictos. Por citar un ejemplo ilustrativo, es posible identificar discordancias entre una resolución administrativa según la cual el trabajador no esté impedido para el desempeño de su profesión, y una calificación de no apto por parte de la empresa, que permita despedirle por causas objetivas como consecuencia de una ineptitud sobrevenida. Esto es fruto de la falta de coordinación entre los sistemas contractual y protector en la Seguridad Social y se trata de un grave desajuste en nuestro sistema con importantes consecuencias para el trabajador.

Por otra parte, si la enfermedad ha estado tradicionalmente vinculada a la discapacidad, cabe plantearse si el estado de salud de una persona con incapacidad permanente que puede trabajar, aunque sólo sea a tiempo parcial, puede entrar en el concepto de persona con “discapacidad”. A su vez puede dudarse sobre si un despido basado en la alteración de la salud padecida por el trabajador es improcedente o nulo o qué ocurriría en el caso de la extinción por causas objetivas, cuando las ausencias intermitentes, por ejemplo, traen su causa en una enfermedad de larga duración.

Desde hace algunos años se ha cuestionado si la práctica empresarial de despedir a un trabajador con motivo de sus bajas laborales por enfermedad, se puede resolver mediante la indemnización correspondiente por despido improcedente o si merecería el mayor reproche previsto en nuestro ordenamiento jurídico para tales despidos, que serían nulos, teniendo en cuenta las posibles implicaciones discriminatorias. El Tribunal Supremo ha mantenido una posición invariable durante años que, aparentemente, ha sido respaldada por la jurisprudencia europea donde un trabajador enfermo no gozaba de la protección reforzada que el ordenamiento jurídico otorgaba a las personas con discapacidad. Sin embargo, nuevos pronunciamientos obligan a una revisión de la doctrina que han venido aplicando nuestros tribunales.

Por otro lado, el principal problema que afecta a las personas con discapacidad es la elevada tasa de inactividad. Nuestro ordenamiento contempla una serie

de medidas de empleo selectivo que tienen por objeto favorecer el retorno a la empresa de trabajadores declarados en situación de incapacidad permanente que, con posterioridad, recuperan su capacidad laboral, pero ¿es posible identificar otras alternativas con fundamento en los convenios colectivos, en la normativa de prevención de riesgos laborales o como “ajuste razonable”? ¿se podrían beneficiar de las medidas dirigidas exclusivamente a personas con el reconocimiento del grado de discapacidad? Se trata de cuestiones relevantes sin una respuesta clara y que serán abordadas en este trabajo. Es conveniente intensificar el apoyo a las personas que han sufrido un proceso de enfermedad, desincentivando el abandono prematuro de la vida laboral. Incrementar los niveles de empleo sería beneficioso para el propio sistema.

Tampoco puede dejar de considerarse que las pensiones, en muchas ocasiones, son el único medio de subsistencia de personas con discapacidad pero, en otras, constituyen un mecanismo disuasorio para la integración laboral que se explica por el temor a la pérdida de la pensión si se acepta un empleo, debido a salarios bajos y poco atractivos. Se deben implantar medidas que no dejen sin protección al trabajador incapaz, pero fomentando su capacidad para mantener el empleo. Es necesario generar mecanismos que incentiven la vida activa pues el trabajo favorece la realización e integración de la persona. En la mayoría de las ocasiones el receptor de una prestación podría desempeñar un trabajo, por ello el legislador debe configurar un adecuado sistema de compatibilidades. El derecho al trabajo es un derecho de rango constitucional y no son admisibles interpretaciones que desincentiven la reinserción del inválido.

Es importante tener presente la enorme dificultad que existe en la actualidad para acceder a los mecanismos de protección que ofrece la Seguridad Social. Las diferentes contingencias darán lugar a una intensidad de protección que enfrenta los intereses del trabajador con la deficiente situación de la Tesorería de la Seguridad Social, motivo por el que ha aumentado considerablemente el número de litigios que se dirimen ante los tribunales. Con todo, es destacable que en España contamos desde 1995 con el Pacto de Toledo, fruto del consenso de todas las fuerzas políticas representadas en el Parlamento, que supuso la reafirmación de un sistema de Seguridad Social solidario y de reparto, basado en las contribuciones de sus beneficiarios y en la separación de las prestaciones de naturaleza contributiva y no contributiva. Dicho Pacto, que influye de manera esencial sobre este ámbito, puso de manifiesto que la eficiencia económica y social del Sistema Seguridad Social han de ser necesariamente compatibles. Sea como fuere, asistimos a un problema de gran magnitud teniendo en cuenta la difícil situación en la que se encuentra la Tesorería de la Seguridad Social por lo que sería importante explorar vías alternativas de financiación de las prestaciones de la misma o, al menos, fomentar el retorno a la vida laboral activa.

Ciertamente existen diferentes medidas de acción positiva que incentivan el empleo de personas con discapacidad a través del empleo ordinario o el empleo protegido. Aquellos trabajadores con incapacidad laboral que tengan reconocido un porcentaje mínimo de discapacidad podrán optar, por ejemplo, a las fórmulas relacionadas con el empleo ordinario como son la cuota de reserva o los in-

centivos a la contratación. Al respecto, habrá que concluir si son efectivas estas medidas y si existen otras alternativas. Cabe plantearse si las fórmulas de empleo protegido son medidas que facilitan el tránsito al empleo ordinario y si son utilizadas como alternativa para trabajadores con incapacidad laboral.

En todo caso, para reconocer si es rentable la adopción de unas u otras medidas es imprescindible conocer los resultados de las acciones y evaluar las herramientas. Esto permitiría identificar si, por ejemplo, la actuación económica de la Administración presidida por la búsqueda de una mayor eficiencia económica, es compatible con la utilización de la contratación pública como herramienta de promoción de empleo.

Por otra parte, la Recomendación sobre readaptación y empleo (personas inválidas) núm. 168 de la OIT, ya en 1983, enumera las medidas que se deben utilizar para crear oportunidades de empleo en el mercado regular e incluye, entre ellas, incentivos económicos para alentar a los empleadores a proporcionar formación y empleo subsiguiente a las personas inválidas así como a adaptar, dentro de límites razonables, los lugares de trabajo.

La ONU, en las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para personas con discapacidad de 1993, en el apartado 2 de su art. 7 sobre empleo, describe que los Estados han de estimular a los empleadores a que hagan ajustes razonables para dar cabida a personas con discapacidad. Por su parte, el Derecho de la Unión Europea, en su Directiva 2000/78/CE, también introduce este concepto como forma de completar las garantías anti-discriminatorias. En países como Estados Unidos es un concepto ampliamente desarrollado, pero en España, no contamos con ninguna referencia detallada de las posibles medidas de ajuste y el legislador tampoco las ha enumerado. Las políticas de bonificaciones y exoneraciones de cotizaciones sociales pueden ser un instrumento adecuado para favorecer la incorporación o permanencia en el mercado de trabajo de personas con especiales dificultades de acceso pero es necesario reforzar medidas de apoyo a la integración laboral y al desempeño profesional de estas personas, como, por ejemplo, a través de la adaptación del puesto.

Para la consecución de los objetivos propuestos en la investigación, ha sido necesario realizar un análisis profundo de la normativa laboral dirigida a las personas con discapacidad, identificar las iniciativas desarrolladas a nivel nacional e internacional para promover el empleo de estas personas, conocer los pronunciamientos de los tribunales, tanto nacionales como de la Unión Europea al respecto, así como determinar la evolución de la doctrina iuslaboralista. El análisis legislativo, documental y estadístico ha facilitado un tratamiento sistematizado de las implicaciones jurídicas y laborales que tienen las diferentes condiciones de salud en un trabajador.

Este estudio parte de hechos cuantitativos importantes que carecían de un tratamiento cualitativo. Se ha contactado con las unidades médicas donde se desarrollan los procesos de valoración de incapacidades. También se ha entrevistado a facultativos que trabajan en servicios de prevención de riesgos laborales, a profesionales que trabajan en los Centros Base donde se lleva a cabo la valo-

ración del grado de discapacidad así como a profesionales de Servicios Sociales que gestionan la valoración de dependencia, lo que permite contar con elementos de análisis, a veces desconocidos, pero indispensables, para reconocer la realidad que se estudia y abordarla con propósitos de influir sobre el régimen jurídico existente y sobre las políticas públicas que afectan a este ámbito de actuación. En conexión con lo anterior, también se han realizado análisis de casos¹.

En coherencia con todo lo anterior, el resultado, en nuestra opinión, es un trabajo muy apegado a la realidad, que analiza el dato jurídico, lo contrasta con la práctica y aporta claves de propuesta para su mejora. Cada uno de los apartados se trata con una referencia, que entendemos, sólida y amplia, intentando contrastar el objeto de la investigación con las múltiples materias vinculadas, para conseguir, finalmente, un estudio sistemático y coherente que dialoga eficazmente con derecho interno, jurisprudencia, derecho comparado y datos extrajurídicos. Esto ha obligado a introducir un elemento de interdisciplinariedad jurídico-sanitaria.

Pues bien, sobre las premisas anteriores, y cuantas implicaciones comportan, el fin de esta investigación es identificar si el desarrollo de mecanismos para mantener a las personas con incapacidad laboralmente activas, sería una inversión para el conjunto de la sociedad. Por ello, en este trabajo se han establecido los siguientes objetivos.

En primer lugar, identificar los efectos jurídicos que tiene en un trabajador el reconocimiento de una incapacidad laboral o un grado de discapacidad consecuencia de la alteración de su salud. Esto exige acotar el significado de los términos salud, enfermedad, incapacidad y discapacidad, analizar las posibles equivalencias entre esos términos y sus efectos jurídicos.

A este contenido se dedica el primer capítulo, que trata los efectos jurídicos de la falta de salud del trabajador. En él se aborda el estudio de conceptos relacionados con la salud, la funcionalidad y el trabajo.

El segundo de los objetivos es identificar los mecanismos de protección existentes para personas con incapacidad y analizar las medidas de retorno a la empresa dirigidas a estos trabajadores frente a las medidas de integración laboral dirigidas a personas con discapacidad. Para ello se deben identificar las fórmulas que fomentan el empleo ordinario, protegido o autónomo y valorar el papel de empleo con apoyo. También es interesante estudiar el valor que puede tener la contratación pública como herramienta de integración.

Por ello el segundo capítulo se dedica al daño sobrevenido y las diferentes alternativas de empleo. En él se describen las posibles situaciones de incapacidad laboral y sus características así como las consecuencias contractuales que puede tener un menoscabo funcional. También se describen las fórmulas de protección y las posibles alternativas de trabajo ante una recuperación total o parcial de la capacidad. Asimismo se detallan las diferentes fórmulas de integración laboral como el empleo selectivo, la reincorporación al puesto o la reubicación laboral, así como las medidas propias dirigidas exclusivamente al colectivo de personas con discapacidad que se vertebran en el Texto Refundido de la Ley 1/2013, de

3 de diciembre de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Además, se especifican las alternativas existentes para promover el trabajo tanto en el sector público como privado ya sea por cuenta propia o ajena, se analizan las figuras intermedias como el empleo con apoyo o el papel de los enclaves laborales y se plantea la posibilidad de utilizar la contratación pública como herramienta de integración laboral.

Finalmente, y como elemento común a cualquier fórmula de retorno al trabajo o de integración laboral dirigida a personas con incapacidad que recuperan su salud o a personas con discapacidad, es imprescindible analizar el papel de los “ajustes razonables” y la adaptación del puesto de trabajo. Se trata de una herramienta con gran virtualidad en el campo de la prevención y una garantía de empleo de personas con incapacidad o discapacidad. Para ello se ve necesario analizar el propio concepto “ajustes razonables” a la luz de la normativa europea y española. Los problemas que pueden darse a la hora de integrar a una persona con limitación funcional ocurren, con frecuencia, en el proceso de selección o en la adaptación de los puestos de trabajo. Es imprescindible conocer las capacidades de las personas, las exigencias del puesto y poder identificar los posibles desajustes.

Por ello, el tercer capítulo tiene por objeto la adaptación de los puestos de trabajo de las personas con discapacidad. Se inicia con la descripción de las herramientas existentes para valorar la aptitud del trabajador o las condiciones del trabajo y se identifican los procedimientos para la adaptación de puestos. A continuación, se aborda el concepto jurídico “ajustes razonables” y se realiza un análisis de sus implicaciones prácticas como garantía de empleo de los trabajadores con discapacidad sobrevenida. Procede conocer los principios de accesibilidad, del diseño de entornos y equipos de trabajo así como los principios generales para una adecuada adaptación del puesto. También se identifica la puesta en marcha de estos mecanismos y su implementación en situaciones concretas como pueden ser las convocatorias de empleo público. Por último se dedica un apartado a la terapia ocupacional, profesión desconocida pero especializada en el ámbito de la autonomía y la discapacidad.