

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS Y REPERCUSIONES DE LAS ÚLTIMAS RECOMENDACIONES INTERNACIONALES SOBRE EL EMPLEO DE LOS DISCAPACITADOS. LA OBSERVACIÓN GENERAL N° 8/22 SOBRE EL DERECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AL TRABAJO Y AL EMPLEO DE NACIONES UNIDAS Y LA ESTRATEGIA EUROPEA SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PARA LOS AÑOS 2021-2030

NOEMÍ SERRANO ARGÜELLO
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valladolid

1. INTRODUCCIÓN

El grado de cumplimiento de los derechos de la Convención de NNUU sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006 es analizado periódicamente por el Comité de Derechos de las personas con discapacidad. Gracias a las Observaciones efectuadas por el citado comité especializado de Naciones Unidas se detectan fricciones y se aportan medidas que, llevadas a efecto, pueden suponer mutaciones en legislaciones y prácticas nacionales para lograr — o al menos avanzar en — los derechos reconocidos por la citada Convención.

La Observación nº 8 adoptada en el mes de septiembre de 2022 por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad se centra en un pilar fundamental de la Convención, aquel que ofrece independencia y permite la realización de la persona mediante el derecho al trabajo y al empleo. Se podría decir que en 2022, después de haberse examinado previamente otros derechos, le tocó el turno al trabajo (art. 27 de la Convención internacional). Así la Observación nº 8 ofrece a los países pistas para atajar situaciones de desventaja laboral que son comunes en muchos Estados e indican las dificultades en el empleo de las personas con discapacidad. La Observación nº 8 de 2022 pone el dedo en la

llaga al señalar la falta de acceso al empleo de los discapacitados, en particular considera que el empleo del discapacitado no suele ser un empleo ordinario sino principalmente empleos protegidos y esta respuesta en no pocas ocasiones se asemeja a la segregación laboral, también con el apartamiento inicial, en el momento del acceso al trabajo, o, en su caso, la expulsión temprana del mundo laboral.

Todos los escenarios del trabajo para las personas con discapacidad identificados persisten en la discriminación laboral, manifestada ésta ya no sólo en la falta o carencias de su inclusión laboral sino en los propios centros de trabajo que no se preparan para acoger y mantener el empleo del discapacitado como se concluye por la denegación de medios necesarios adaptados, la falta de accesibilidad y también falta de ajustes razonables o la presencia de acoso por razón de discapacidad. El otro grave problema está en el empleo segregado, que ya podemos anticipar que no es bueno, pese a ser una práctica generalizada en las legislaciones bajo la excusa de mejor un empleo (empleo protegido) que la carencia o falta de empleo en sociedades que quieren o pretenden ser inclusivas para los discapacitados pero que en la realidad no lo son.

Sin duda, el principal aporte para el jurista nacional del trabajo de estos textos internacionales será que nos permiten repensar todo el diseño del derecho al trabajo y al empleo de las personas con discapacidad y comenzar a cambiar la legislación y nuestras prácticas, a fin de cuentas eso es lo que se requiere con la Observación nº 8 sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo, de 9 de septiembre de 2022.

2. LA OBSERVACIÓN GENERAL N° 8/22 SOBRE EL DERECHO AL TRABAJO Y AL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

2.1. Un acercamiento a la observación

La finalidad de la Observación que comentamos se desprende ya de su primera línea: aclara obligaciones de los Estados para que lleven a efecto el cumplimiento del art. 27 de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad; precepto, que recoge tanto el derecho al trabajo como al empleo de los discapacitados, y lo hace en distintos planos o dimensiones del trabajo. Conviene resaltar que el derecho al trabajo es un derecho que ayuda al desarrollo de muchas otras facetas de la persona y de la propia vida (reforzándolas), en tanto que se adhiere o (si se prefiere la expresión) es inherente a la propia dignidad de la persona. Por ello se dirá que es un derecho que permite la realización de otros derechos en tanto aporta un sustento o medio de supervivencia a través de la remuneración, independencia económica, realización personal y el reconocimiento social de la persona (que también contribuye al desarrollo de la sociedad y comunidad en la que vive con su trabajo mientras se encuentra en activo). Lo que supone el reconocimiento del derecho al trabajo y su aportación social en la más pura perspectiva humanística y de los derechos humanos, en ocasiones paradójicamente muy olvidada por el derecho.

Se insiste, además, en un aspecto que desde el propio nacimiento histórico del Derecho del Trabajo se vincula con este derecho al trabajo, la libertad de elección o

aceptación¹, un aspecto al que debemos estar muy atentos porque la Observación en algunos pasajes exterioriza que no siempre la elección de la persona con discapacidad es efectivamente de libre elección y ello principalmente porque la oferta de empleos para los discapacitados no es la que existe para todas las personas, suele ser menor y más bien reducida a los ámbitos de empleo protegido.

En todo caso se analiza cómo han de ser la igualdad en este ámbito, así como la implantación de condiciones justas para los discapacitados de manera que el ejercicio del derecho del art. 27 de la Convención para ellos sea un ejercicio en igualdad de condiciones al resto de las personas.

Junto con esas, ya loables pretensiones, no se olvidan los objetivos de desarrollo sostenibles (conocidos por sus siglas como ODS), en concreto la, así llamada, meta 8.5: vida plena productiva, empleo y trabajo decente de todos, que por ello también incluye a las personas con discapacidad.

La lectura reposada de las primeras páginas de la Observación que traemos a estas páginas enseña la importancia del derecho al trabajo, la extensión de su reconocimiento en la normativa internacional así como sus múltiples y conexas vertientes, que en la propia observación del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad se analizarán como las plurales dimensiones del reconocimiento del art. 27 de la Convención de NNUU sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006, esto es, buscando que el derecho al trabajo alcance también a las personas con discapacidad, su reconocimiento en igualdad de condiciones con los otros trabajadores (no discapacitados) y para que sea una realidad en empleo ordinario, que además debe reunir las características de inclusivo y accesible para los discapacitados, pero también la interdicción de discriminación por razón de la discapacidad, el disfrute de condiciones de trabajo justas y favorables en igualdad, lo que nos conduce a la necesidad de volcarnos en la igualdad real para la persona con discapacidad, o, si se prefiere, la igualdad de trato en el trabajo². También es una importante

1 Así también el art. 35 de nuestra CE recoge junto al derecho al trabajo, el derecho a la libre elección de profesión y oficio. Idea que se repite en todos los textos internacionales y Constituciones que se refieren al trabajo, pongamos como ejemplo la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuyo art. 15 antepone en su rúbrica la libertad profesional al derecho a trabajar, y en su apartado 1º dispone: *"Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada"*. La Observación cita los instrumentos internacionales que recogen el derecho al trabajo, con expresa mención de los arts. 6, 7 y 8 del PIDESC, tanto en su dimensión individual como en el disfrute de condiciones favorables y seguras, lo que nos vincula con la seguridad y salud o prevención de los riesgos laborales y, sin olvidar el derecho colectivo, en particular en la vertiente del derecho de asociación sindical.

2 Sin duda, lo que hacen las primeras páginas de la Observación nº 8 del Comité sobre los Derecho de las personas con discapacidad no es otra cosa que mostrar o, si se prefiere, aclarar (esta es como ya se ha apuntado la dicción literal utilizada, véase la página 1) cómo deben ser interpretadas las expresiones y dimensiones que el art. 27 de la Convención Internacional contempla. De ahí que, tras leer el contenido literal del precepto y las obligaciones para los Estados Partes, *"reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación"* para luego concretar el artículo en múltiples apartados esas acciones concretas (las medidas son recogidas en el largo elenco de las letras a hasta la k del art. 27.1 de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006). Medidas que van desde la prohibición de discriminación por

dimensión el derecho colectivo y su reconocimiento tanto en su expresión de libertad sindical como de participación o presencia en la negociación colectiva. No olvidándose tampoco de las fases previas y anteriores a la concertación del contrato de trabajo, esto es la importancia de las políticas de orientación laboral y de intermediación, todo lo que supone la colocación y la previa formación de la persona con discapacidad, y ello también supone la atención a la promoción, antes de obtener un puesto de trabajo, lo que se podría identificar con la promoción de oportunidades para el empleo o de empleo (si se prefiere) y además la propia promoción en el empleo o promoción profesional, que mira tanto a los ascensos como a no descuidar el aprendizaje permanente. Igualmente se hará hincapié en la incorporación de acciones positivas para fomentar la presencia de los discapacitados en el trabajo, con sistemas de cuotas, como las medidas de reserva o cuota de reserva u otros mecanismos y la debida atención a los problemas de interseccionalidad de determinados rasgos de discriminación junto con la discapacidad.

Otras facetas que se encuentran en el art. 27 de la Convención mirarán a fórmulas de empleo distintas al trabajo asalariado, o por cuenta ajena, con la vista puesta bien en las posibilidades de trabajo autónomo o por cuenta propia en todas sus vertientes (emprendimiento, economía social como el cooperativismo), o bien en las opciones de acceso al empleo público, finalmente.

No se olvidarán tampoco mecanismos estrella para conseguir la inclusión laboral de las personas con discapacidad, como son, entre otros, la implantación del ajuste razonable, la promoción de experiencias para los discapacitados en empleos ordinarios (el llamado mercado laboral abierto), la implantación de programas que contemplen todos los ángulos a los que atiende el derecho para la permanencia en el trabajo de los discapacitados, sea la rehabilitación, la readaptación o mecanismo de recolocación ya perdido el empleo.

El foco de la situación de falta de inclusión laboral de los discapacitados se centra en la lucha contra el capacitismo que ha venido identificando el trabajo, de manera que ello supone una afectación muy negativa para la discapacidad, porque es vista como “desgracia”. El capacitismo impide oportunidades de empleo a la persona con discapacidad. Pero esta visión del mundo laboral ha estado muy dentro de los diseños normativos de la integración laboral de los discapacitados durante años, porque fue sin duda la base del modelo médico y benéfico, que miraba por tanto a la capacidad de la persona desde esa visión (y sólo si lo era desde su concepción le permitía su integración laboral). Algo de ello persiste hasta nuestros días al seguir situando la mirada de los discapacitados en sus limitaciones funcionales, de su persona, sin examinar las limitaciones del entorno que impiden o dificultan sobremanera el trabajo de la persona con discapacidad. Pero no

razón de discapacidad en el empleo, pasando por medidas que protejan o aseguren sus derechos laborales en igualdad de condiciones, hasta la implantación de acciones positivas. Ya sólo los verbos utilizados son muy expresivos, prohibir, proteger, asegurar, permitir, alentar, promover, emplear, velar, de manera que el grado de compromiso y obligación también será diverso porque en algunos casos las obligaciones de los Estados serán más fuertes (prohibir discriminación por el motivo de la discapacidad, asegurar el ejercicio de sus derechos laborales y sindicales, emplear en el sector público, o velar por los ajustes razonables en el lugar de trabajo por ejemplo) y en otros de carácter más programático (alentar oportunidades de empleo y promoción y apoyar a las personas, promover oportunidades empresariales o su empleo en el sector privado).

conviene confundir la expresión *capacitismo* con la determinación de la persona como apta para el desempeño del puesto de trabajo³.

El *capacitismo* fue también el origen del empleo segregado para la persona con discapacidad, que quizás su primordial expresión en España se muestra en la implantación de los llamados Centros especiales de empleo. Así la persona podría realizar un trabajo pero para protegerlo, por ser discapacitado, se creaba un sistema de *ghetto* laboral, no en empleos abiertos u ordinarios. De manera que este enfoque *capacitista* impide eliminar: barreras, estigmas y estereotipos de la inclusión laboral (plena) de la persona con discapacidad. Además, dificulta el trabajo, su trabajo, sobre criterios de igualdad en comparación con las personas no discapacitadas. Conviene estar atentos a la expresión que utiliza la Observación el *capacitismo*⁴, no sólo resta oportunidades de empleo a los discapacitados, y en ocasiones podríamos decir que se las niega de plano, sino que les aparta del trabajo ordinario, o lo que es lo mismo si permite la incorporación laboral pero no la inclusión, porque acceden a trabajos protegidos, pero eso no es ni trabajo, ni empleo significativo. Sin duda la expresión trabajo y empleo significativo (que bien podría traducirse o leerse en nuestra lengua como el trabajo y empleo genuino, el ordinario, el normal, el común) debe ser analizada por las legislaciones nacionales para desterrar de sus normas y de las prácticas todo lo que aparta al discapacitado de alcanzar ese empleo. Ello supone la implicación de la legislación laboral en su sentido más amplio, pero también a las legislaciones conexas de Seguridad Social, así como a las normas que reconocen los grados de discapacidad y, por qué no decirlo, a las más modernas normativas que examinan las situaciones de dependencia de las personas, sobre todo cuando están en edad laboral, sin olvidar que se tiende al alargamiento de la vida activa.

En fin, el *capacitismo* se conecta más con la apariencia que con la realidad, por eso a la persona con discapacidad enfocada desde ese sistema de valores *capacitista* se la convierte en persona apartada del trabajo y empleo significativo por ser la discapacidad además de desgracia, desventaja. De ahí que cualquier acercamiento, en serio, desde el derecho a la discapacidad debe transitar por el derecho a la igualdad y la no discriminación de las personas con discapacidad. A fin de cuentas, se concluye que es precisamente la concepción desde el *capacitismo* la cual discrimina en el trabajo por razón de discapacidad a los discapacitados, porque sí admite el empleo y regula mecanismos de integración laboral específicos pero no para el empleo abierto u ordinario sino el empleo o trabajo segregado, al que ya nos hemos referido como *ghetto*. La observación coloca esta visión *capacitista* en un trabajo para los discapacitados, casi en exclusiva para ellos, esto es en talleres protegidos y en otras ocasiones, aún peor, en el apartamiento de la economía formal hacia la informal. Además de indicar que las legislaciones y prácticas que vienen asumiendo esas

3 Parece oportuno recordar como el art. 4.2 c) ET ya diferencia estas dos expresiones, porque contempla la prohibición de discriminación por razón de discapacidad, pero siempre que la persona se halle en condiciones de aptitud para el desempeño del concreto trabajo o empleo.

4 Lo describe como *un sistema de valores que considera las características típicas del cuerpo y la mente como esenciales para vivir una vida valiosa. Basados en estándares estrictos de apariencia, funcionamiento y comportamiento*, añadiendo que este pensamiento identifica o considera la discapacidad como *desgracia que conduce al sufrimiento y a la desventaja* y ello devalúa la vida humana. En esta última apreciación se ve la importancia de la nueva perspectiva de la persona con discapacidad como persona merecedora del respeto de sus derechos como el resto personas, siendo estos derechos humanos y entre ellos el derecho al trabajo, motor de otros derechos, en cuanto “esencial para la realización de” esos otros derechos humanos.

fórmulas provoca a los discapacitados lesiones involuntarias, esto es quizá no queridas por el legislador, pero en ese afán de protección sin duda paternalista del trabajo, perpetradas.

Es sobradamente conocido que el gran giro de la Convención de 2006 fue la apuesta por el llamado modelo de derechos humanos de la discapacidad, para desterrar de los ordenamientos jurídicos esas perspectivas que no les hacían merecedores de los derechos humanos, no les reconocían como sujetos de derechos. Y así fijándose en sus discapacidades y al centrarse más en sus deficiencias se permitía un trato excluyente y hasta discriminatorio de la persona con discapacidad, permitía no imponer obligaciones normativas para eliminar todo tipo de obstáculos o barreras, tratar al discapacitado bajo criterios estigmatizantes que le alejaban del trabajo en igualdad real y efectiva (además de en las otras facetas de su vida). La ausencia de mirada a las potencialidades y capacidades reales de la persona con discapacidad a su vez dificultaba las políticas legislativas de reconocimiento del trabajo del discapacitado y en particular, no contemplaban políticas de empleo dirigidas a alcanzar niveles elevados de empleo para la persona con discapacidad en equiparación con el resto de la población trabajadora.

2.2. La radiografía de las personas con discapacidad: están peor posicionados

No sorprenden las afirmaciones de la Observación nº 8 que van ilustrándonos de la realidad de las personas con discapacidad en el empleo, en cualquier Estado, porque en todos ellos se observan sus muy altas tasas de desempleo, siempre en comparación con los no discapacitados, más aún si se integra la discapacidad en determinados grupos etarios, como los jóvenes o las llamadas personas de edad madura o se diferencia por sexos, más las mujeres, o se combina estos rasgos (discriminaciones múltiples) o se mira al territorio, siendo peor la inclusión en las zonas rurales o las no urbanas.

Penetrando en las condiciones laborales, otro punto en común son los salarios siempre más bajos los de las personas con discapacidad y por ello, pero no sólo, su empleo se adjetiva como vulnerable. No se puede olvidar tampoco que el acceso al trabajo en no pocas ocasiones lo es mediante el empleo no reconocido sea en cualquier manifestación de su plural cromática (negro, gris, informal).

Igualmente podría calificarse como barreras propias del trabajo de los discapacitados, que comparten con otras expresiones del empleo precario, la menor estabilidad laboral que se traduce en inestabilidad — incluida la pérdida o expulsión temprana del trabajo —, la pertinaz realidad de condiciones laborales “inferiores”. El no cumplimiento de exigencias de accesibilidad universal en los centros de trabajo que se traducen en no accesibilidad. La realidad de una menor promoción, habiéndose estudiado poco los techos de las personas con discapacidad, en este caso opacos y no precisamente de cristal, ni tampoco se ha estudiado suficientemente el suelo pegajoso vinculado a determinado puesto de trabajo que dificultan la progresión laboral y su ascenso.

Como hemos anticipado, ser persona con discapacidad en el mundo laboral es más difícil si además se pertenece a determinados grupos o colectivos, por ejemplo y especialmente si se es discapacitado y mujer, o por la edad, también en relación con el origen y la raza, problemas singulares de los migrantes, o, en fin, la discriminación por discapacidad en su intersectorialidad por razón de religión.

Finalmente, cabe cuestionarse si lo que para el conjunto de los trabajadores puede verse como oportunidades de mayores empleos y mejora de condiciones, algunos de los retos actuales del mercado laboral también lo son para los trabajadores que son discapacitados, como la digitalización, determinadas tecnologías y la misma inteligencia artificial o las transformaciones económicas. Sin duda debe observarse con detenimiento (y atendiendo al tipo de discapacidad) si las innovaciones y cambios laborales permiten las adaptaciones del puesto y su accesibilidad o, por el contrario, aumentan las ya abultadas brechas de la discapacidad frente al trabajador no discapacitado. Si configuran una mejora de sus oportunidades o no, ralentizan la inclusión laboral. La observación pone el dedo en la llaga al hablar de peligro, amenaza dice, de dejar atrás a las personas con discapacidad en su inclusión laboral. ¿Cuántas veces las legislaciones nacionales o han dejado en la cola o han escorado las posibilidades de empleo de las personas con discapacidad?

3. ANÁLISIS DE LOS DIVERSOS PUNTOS QUE ESCUDRIÑA LA OBSERVACIÓN GENERAL Nº 8/22

3.1. Derecho al trabajo en igualdad de condiciones: empleo ordinario versus empleo protegido

Una de las aportaciones más valiosas de la Observación es en favor de la mirada del derecho al trabajo buscando, como se busca para el conjunto de la sociedad, alcanzar el pleno empleo⁵, también el de los discapacitados o, al menos, implantar medidas que se encaminen a la consecución de este objetivo. Sin olvidar que el empleo es un bien público que debe abordarse por y desde el Estado.

Quizá la más importante de las apreciaciones, ya entrando en la cuestión que nos ataña en este epígrafe, y bajo el manto de la igualdad de condiciones es la afirmación que contiene la Observación, pero que se viene formulando desde hace décadas⁶, de que la única oportunidad de empleo de los discapacitados no puede ser el trabajo en empleo protegido y, probablemente, tampoco debería ser la oportunidad mayoritaria.

Además, se anota como una fuente de discriminación laboral es precisamente el no acceso a un mercado de trabajo ordinario así como la segregación laboral de las personas con discapacidad. Pero la fuente de discriminación para las personas con discapacidad

- 5 La observación en algún momento se refiere al Convenio nº 122 de la OIT (1964) que refiere precisamente en materia de política de empleo tres características: pleno, productivo y libremente elegido.
- 6 El texto se remite a la Observación general nº 5 (1994) del CDESC, en su párrafo 21 enmarcado dentro de los derechos relacionados con el trabajo, se trata de una observación que trataba sobre las personas con discapacidad y aunque se realizara hace casi 30 años siguen vigentes sus apreciaciones, pues después de señalar que era necesario el apoyo al trabajo de las personas con discapacidad en el empleo ordinario, al referirse al derecho recogido en el art. 6.1 del Pacto de los Derechos económicos, sociales y culturales, esto es, el “derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”, se señalaba con cierta amargura que ello no se cumplía si la oportunidad es el trabajo en talleres o lugares protegidos y se apuntillaba, además, y en condiciones inferiores a las normales. Allí ya se hacía referencia a ciertas discapacidades —entre las que se sitúa sin duda la intelectual—, con la limitación de ocupaciones o puestos, y con la advertencia de que esas prácticas “pueden violar el mencionado derecho”. Además de manifestarse abiertamente en contra de aquellas vías para los enfermos mentales que se identificasen con trabajos forzados con referencias a tratamiento terapéutico en instituciones, recordando la prohibición de este tipo de trabajos que se contempla en este caso en el Pacto Internacional de los Derechos civiles y Políticos.

que más se subraya consiste tanto en la denegación de ajustes razonables⁷, la persistencia de lugares de trabajo inaccesibles, así como el acoso por razón de discapacidad que sufren. Y, es más, se indica que estos tres focos de discriminación (denegación de ajustes, lugares inaccesibles y acoso) es una barrera para el trabajo y en particular para en empleo ordinario o empleo abierto. Ello es así hasta el punto de enmascarar una suerte de preferencia por el empleo protegido que para los redactores de la Observación provoca la falsa elección del empleo protegido o cerrado por la propia persona. Elección que se realiza ante las mayores dificultades que supondría un empleo ordinario con barreras de todo tipo (las físicas y las organizacionales, hasta de horarios y de pautas de trabajo), sin accesibilidad universal, carente de los debidos ajustes razonables para la concreta persona con discapacidad más el, sin duda, mayor riesgo de sufrir acoso por discapacidad.

Por lo cual, uno de los principales desafíos para los Estados es combatir esas formulaciones de empleo segregado, aunque sutilmente se denomine como protegido, señalando algunas características de esta tipología, tales como la segregación, su organización para determinadas actividades que se entiende que los discapacitados sí pueden realizar, la propia estructura legal, administrativa, productiva del taller protegido anclada en el modelo médico y rehabilitador, el hecho que no son una pasarela o puente para el mercado de trabajo ordinario (se dirá que no se promueve la transición al trabajo en abierto). También se destaca que en este empleo la persona discapacitada no percibe igual remuneración por trabajo de igual valor o la circunstancia de que los discapacitados no sean remunerados en igualdad de condiciones por su trabajo como los restantes trabajadores⁸.

⁷ Véanse sobre estas cuestiones las reflexiones de CABEZA PEREIRO, J.: «Los derechos de las personas con discapacidad: el derecho a un trabajo digno» VVAA (Dir. Romero Ródenas, M.J.): *Libro Blanco sobre empleo y discapacidad*. Real Patronato sobre Discapacidad. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, Madrid, 2023, págs. 254 y ss. El autor refiere la importante observación que se realizó en la Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación sobre la Convención, al poner de relieve que la ausencia de ajustes razonables incumpliendo la obligación de adaptación el empleador priva de legitimidad a medidas como el despido u otras disciplinarias, y el peligro de incurrir en discriminación. Idea que ya se reflejó por nuestro TC en STC 51/2021. El enmarque del ajuste en un incumplimiento de la normativa antidiscriminatoria puede observarse desde diversos ángulos, el propio art. 5 de la Directiva 2000/78, el art. 14 del CEDH en la interpretación del TEDH. En este sentido la STS de 23/02/22, rcud. 3259/20 avisa que la declaración de no apto de un servicio de prevención de riesgos laborales no permite despedir por ineptitud sobrevenida al trabajador discapacitado cuando previamente no se han intentado medidas de ajuste razonable por la empresa, declarándose en el caso la improcedencia del despido. En otras ocasiones la calificación será la nulidad. Por el contrario, cuando se acredita que la empresa sí realiza ajustes previos a la decisión de despedir, tratándose de personas con discapacidad, nuevamente declarando la improcedencia del despido, así la STS22/02/18, rcud.160/2016 que contiene un interesante análisis de la doctrina del TJUE sobre la discapacidad y el ajuste razonable en un despido por ineptitud sobrevenida.

⁸ Sin duda afloran con preocupación para el jurista español las dudas de cumplimiento de la legalidad internacional, cuando se recuerdan las normas que han permitido por una parte aplicar a los CEE en España su convenio colectivo propio y no el de la actividad económica realizada, pero también la excepción legal que se contempla en el art. 42.6 ET en relación con la DA 27^a que se incorpora al mismo texto legal tras la reforma introducida por el RD-Ley 32/2021 en relación a las contratas y subcontratas de obras y servicios, que lleva por rubrica “régimen jurídico aplicable en casos de contratas suscritas con centros especiales de empleo”. En ella expresamente se indica que no se aplica la regla de determinación del convenio colectivo aplicable del art. 42.6 ET cuando las contratas se realicen con esta expresión del empleo protegido que en España es el Centro especial de empleo (CEE). Ello puede comprobarse también en el concienzudo análisis que se hace de nuestra regulación en ESTEBAN LEGARRETA, R. y otros: «Régimen Jurídico» AA.VV (Dir. Romero Ródenas, M.J.): *Libro blanco sobre empleo y discapacidad*, cit., págs. 867 y siguientes, se llega a afirmar que existe distancia entre nuestra regulación y las exigencias de la convención cuando esta apuesta por el empleo ordinario

Otra cuestión que será más común localizarla en determinados países que en otros es la falta de cobertura por el sistema de Seguridad Social de quienes se refugian en el paraguas de taller protegido, sobre la base de sus contratos atípicos o irregulares.

Se concluye que las fórmulas de empleo segregado no contribuyen a la consecución del derecho al trabajo que recoge el art. 27 de la Convención de 2006.

Si bien se excepcionan de la consideración de taller protegido proscrito las empresas sustentadas por la iniciativa social, señalándose que no deben ser consideradas como empleo segregado si ofrecen condiciones de trabajo justas y favorables en igualdad de condiciones. Incluyendo expresamente a las que son dirigidas por personas con discapacidad y, también, a las de propiedad conjunta, esto es a las cooperativas o entidades asimilables.

3.2. Prohibición de discriminación

Como se viene avanzando uno de los apoyos basales del derecho al trabajo de las personas con discapacidad es la ausencia de discriminación por razón de discapacidad, esto es, el respeto a la cláusula de igualdad y del principio de no discriminación en el desempeño del trabajo para las personas con discapacidad.

Las manifestaciones de la discriminación por el motivo de la discapacidad son catalogadas como discriminación directa, indirecta, el hecho de denegar ajustes razonables también constituye una discriminación — por cierto, en el contexto normativo europeo se considera una suerte de discriminación directa —, y también el acoso por razón de discapacidad — del mismo modo es una discriminación directa —. La Observación aporta ejemplos de cada una de estas categorías, y es reseñable que la falta de accesibilidad se catalogue como una suerte de discriminación indirecta. O el hecho de que haga una amplísima consideración del ajuste razonable siendo discriminatorio tanto no llevarlos a efecto por medio de modificaciones necesarias, o mediante propiamente ajustes o mediante apoyos individualizados a la persona con discapacidad siempre que sean necesarios y adecuados, sin imposición de cargas desproporcionadas⁹. También se pone el burdo ejemplo de discriminación directa como la desconsideración de la persona, asumiendo que por su discapacidad no podrá realizar el trabajo y se indica en el empleo público (que debe ser — en otro apartado se dirá — adalid y ejemplo de inclusión de las personas con discapacidad).

La Observación tampoco deja de afrontar el problema, frecuente en el mundo del trabajo, de la discriminación por asociación, donde la respuesta discriminatoria se produce no al discapacitado sino a su familiar, esto es por tener hijos u otros familiares con discapacidad y en este supuesto no reconocer y negar derechos de contenido laboral para

⁹ El elenco de ejemplos de ajuste razonable va desde adecuación de equipos, por citar alguna medida paradigmática, en relación con la discapacidad visual con ampliación de texto, la falta de información accesible, no modificar el equipo de trabajo adaptado a la discapacidad, permitir el teletrabajo, incorporar intérpretes si son necesarios o medidas de planificación como reorganizar actividades, reprogramar trabajo o aportar personal de apoyo — lo que nos acerca a que el empleo con apoyo puede ser considerado como ajuste razonable. Se nos indicará lo que ya conocemos que el ajuste razonable es una acción individualizada que tiene en cuenta a la persona discapacitada, al concreto individuo y su necesidad — lo que distingue y diferencia el ajuste razonable de las exigencias de accesibilidad universal porque aquí no se dirige a la concreta persona o a la particular necesidad de esa persona —, y también que se deben negociar con la persona, y que el deber surge desde la formulación de la petición.

que pueda atender al cuidado del discapacitado¹⁰. Ello nos conecta con cuestiones propias de la conciliación de la vida laboral, personal y familiar y que pueden suponer acciones de represalia en distintos momentos desde la promoción, el no acceso a la formación, cuestiones vinculadas a tiempo de trabajo y disfrute de permisos¹¹, como a reducciones de jornada pero también a extinciones de la relación laboral.

Del mismo modo se detiene en el complejo fenómeno de la llamada discriminación múltiple (discriminación por dos o más motivos, y por ello — necesariamente — agravada) y de la discriminación intersectorial (interactuación de varios motivos de discriminación al tiempo y convertirse en inescindibles), acercándonos a los dos conceptos y a sus diferencias. Señalándose la mayor desventaja que sufren las personas con discapacidad en estos casos que entrecruzan esas circunstancias personales y vitales (sea la edad, el sexo, la religión, orientación sexual, el origen, etc.), con la situación de discapacidad que padecen. Se llegan a indicar los más graves obstáculos y las barreras que en el mundo del trabajo acaba limitando oportunidades, rebajando condiciones laborales, significativamente señala las salariales, así como las relacionadas con algunos rasgos de la persona que la hacen más vulnerable a la violencia y al acoso en el trabajo, como puede ser el sexo femenino pero también la edad, en particular las circunstancias de desventaja que sufren tanto los jóvenes como los trabajadores de edad.

3.3. Condiciones de trabajo justas y equitativas

La consecución de la no discriminación lleva aparejada, de suyo, que efectivamente la persona con discapacidad que trabaja o quiere trabajar sea equiparada en sus condiciones al resto de trabajadores, no discapacitados. Se ofrece relevancia a la necesidad de no justificar el pago de remuneraciones por debajo del salario mínimo por razón de discapacidad (que en el competo entendimiento de esta apreciación debiera afectar tanto al salario mínimo legal, como al mínimo convencional de referencia)¹². Destacándose que debe obtener la

¹⁰ Sobre esta cuestión se pronunció por vez primera la STJUE de 17 de julio de 2008, asunto C 303/06, conocido como el caso Coleman. A partir de entonces empezó a escribirse sobre la discriminación refleja o discriminación por asociación, así como a valorar estas reprochables conductas en el trabajo. En España podemos encontrarnos con reacciones similares a las del asunto Coleman por ejemplo son exponentes de esta misma realidad al obtener reacciones empresariales cuando se solita cualquier tipo de medida o mejora o ayuda para la atención al discapacitado a cargo las SSTSJ de Cataluña de 23 de junio de 2011, de Andalucía (4456/2011), Sevilla, de 12 de septiembre de 2012 (rec. 3418/2011), de Cantabria de 18 de enero de 2019, rec 833/2018 o del TSJ de Madrid de 29 de julio de 2013 (rec. 340/2013).

¹¹ Sírvanos de ejemplo el reciente derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor de hasta 4 días al año que incorpora el RD-Ley 5/2023 al 37.9 ET, y lo hace en trasposición del art. 7 de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y profesional de progenitores y cuidadores, que precisamente como novedad contiene este derecho a ausentarse del trabajo motivado en la, así dicha impropiamente, fuerza mayor por motivos familiares urgentes o inesperados. Directiva que también contempla particularidades del permiso parental cuando, o bien, sean los progenitores los que tengan discapacidad, o bien, en este caso sí relacionado directamente con la discriminación por asociación, para aquellos progenitores que tengan hijos con una discapacidad (también se indica con una enfermedad de larga duración, que como conocemos se ha equiparado por la interpretación del TJUE a la discapacidad). También esta Directiva europea insiste en las miradas a las necesidades específicas cuando se trata de adaptar este tipo de permiso no sólo a los progenitores con discapacidad, si no también, nuevamente, a aquellos progenitores que tienen hijos con discapacidad (o enfermedades graves o crónicas).

¹² En España se ha indicado que esta referencia podría incluir no sólo el smi sino los salarios convencionales que también determinar niveles mínimos por grupos o puestos de trabajo, no pudiendo justificarse con apoyo en la discapacidad el salario más bajo o inferior al mínimo en ninguna circunstancia, afirmación

misma protección social, también la misma remuneración ante trabajo igual o de igual valor (que la persona no discapacitada), la atención a la salud en el trabajo y evitar el acoso por discriminación y su prevención. Todo ello en los términos que resumidamente se apuntan a continuación.

El cumplimiento de condiciones de trabajo justas implica, se nos dice, que exista una igualdad salarial, lo cual supone el derecho a la misma remuneración que perciben aquellos trabajadores no discapacitados que realizan trabajos o, bien iguales, o, bien similares. Adquiere así importancia capital el principio de igual remuneración al trabajo de igual valor. Y, expresamente se exige que las legislaciones garanticen cuando se esté en proceso de transición para abandonar el empleo segregado que se cumpla esa regla remuneratoria: igual remuneración al trabajo de igual valor.

También que se proteja al discapacitado en términos de seguridad y salud, esto es que el trabajo se lleve a cabo respetando la normativa de prevención de riesgos laborales, con mención especial a la protección frente al acoso por discapacidad, lo que supondrá llevar a la práctica medidas que incidan sobre los llamados riesgos psicosociales. Se recuerda que debe haber una sanción proporcional al daño en los casos de acosos pero también disuasoria para prevenir reiteración de daños, para lo que pueden servir los diseños de las sanciones que contienen las normas antidiscriminatorias — por distintos rasgos —. En particular prestar atención a las particularidades de la siniestralidad laboral y que estén cubiertos no sólo los trabajos más estables sino que la cobertura alcance a los más precarios (independientemente de su condición formativa, de la prestación a tiempo parcial, de trabajo informal o incluso cuando se trate de trabajo por cuenta propia también se proteja el riesgo profesional). Se pone el acento en que al diseñar las políticas de salud laboral también se cuente con la participación de los discapacitados (a lo que deberán atender los sindicatos, las asociaciones empresariales y también tenerse presente en los procesos de negociación colectiva).

Al tiempo es necesaria la reparación de los daños por discriminación por razón de la discapacidad en el empleo, es decir, la protección de la debida tutela cuando se lesiona un derecho como la no discriminación, que es un derecho fundamental. Debiendo indemnizar, reparar o resarcir, reponer, etc.¹³

3.4. Derechos colectivos. Particular llamada de atención a sindicatos y negociadores

Un breve apartado se dedica a la garantía de los llamados derechos de corte colectivo, con mención del derecho de libertad de asociación, que como sabemos es lo que es el derecho de libertad sindical y también se refiere al derecho huelga. Se nos recuerda

realizada cuando se estudia la Relación Laboral especial (que permite un contrato a bajo rendimiento y una rebaja salarial que puede llegar hasta el 25% en el art. 13 RD 1368/1985), nuevamente ESTEBAN LEGARRETA, R. y otros: «Régimen jurídico» VVAA (Dir. Romero Ródenas, M.J.): *Libro blanco sobre empleo y discapacidad*, cit., pág. 890.

¹³ Consiste, como bien se conoce, en una cuádruple tutela, *declaratoria* que fijará el derecho(s) fundamental(es) vulnerados en nuestro caso en relación a la prohibición de discriminación por razón de discapacidad y concretará la nulidad de la conducta, *inhibitoria* que ordenará el cese de la conducta, *repositoria* ordenando la restitución al momento anterior a la lesión del derecho (siempre que sea posible) y *resarcitoria o reparatoria* condenando al empresario a reparar y en su caso imponiéndole el pago de una indemnización.

que estos derechos sirven a la consecución de reivindicaciones laborales, la defensa y conservación de los derechos de los trabajadores.

De ahí que expresamente se recuerde al sindicato el papel que debe jugar, y no sólo al del sindicato, también el rol de la negociación colectiva para la defensa de los derechos de las personas con discapacidad; poniendo el énfasis en el derecho al trabajo¹⁴, la importancia de la defensa de quienes prestan servicios en el empleo protegido, el segregado, que es el adjetivo que utiliza la Observación nº 8. Recordando que también en su tarea de defensa de los intereses de los trabajadores se encuentra la defensa del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, algo que ya se ha remarcado en ocasiones anteriores¹⁵. Llama a la responsabilidad del sindicato y en particular incentiva que la negociación colectiva no solo recoja la prohibición de discriminación por razón de discapacidad sino que dedique cláusulas a la consecución de los debidos ajustes razonables, porque allí efectivamente el papel de la negociación es de singular importancia. Y recuerda que los convenios colectivos deben recoger la prohibición de discriminación por razón de discapacidad.

Al sindicato también le llama a la promoción del empleo en el diseño de la política de empleo sin olvidar a la discapacidad.

3.5. Orientación laboral, colocación y formación

Resulta un lugar común que la realidad del acceso al trabajo necesita de incentivos pero también de un correcto diseño de los estadios previos a la concertación de un contrato laboral o de la integración laboral, y ello es aplicable también a las personas con discapacidad. De ahí que se señale que también en esas fases anteriores y previas a la integración laboral deben llevarse a cabo acciones que, en igualdad de condiciones, contengan reglas de accesibilidad para los discapacitados (ello implica desde la accesibilidad a los lugares, a la información a materiales y también la financiación introduciendo la financiación de ajustes razonables en estas fases, de los que ya serán responsables las oficinas de empleo o de colocación, hasta otros mecanismos para la capacitación profesional) y de los servicios de empleo.

¹⁴ Debe señalarse que la Observación nº 8 no está defendiendo la negociación colectiva especial que en España existe para los CEE y que genera disfunciones de tránsitos hacia el empleo ordinario y en la propia aplicación de la normativa laboral en régimen de igualdad entre los trabajadores discapacitados y los no discapacitados, sirva de ejemplo la STS de 30/03/22, reud. 2375/20 que cuando la empresa saliente es un CEE y la empresa entrante ya no lo es, no habiendo actividad de convenio colectivo sectorial aplicable, no exige la subrogación de trabajadores para la nueva empresa, entrante que no es CEE precisamente por no tener esa condición.

¹⁵ Así se llega a proponer en España una suerte de planes negociados para la promoción del empleo de las personas con discapacidad trayendo mutatis mutandis el modelo que diseño para contrarrestar la discriminación por razón de sexo la LO de igualdad 3/2020 y perfeccionó el RD 901/2020, así ESTEBAN LEGARRETA, R. y otros: «Régimen jurídico» VVAA (Dir. Romero Ródenas, M.J.): *Libro blanco sobre empleo y discapacidad*, cit., pág. 893 y 894. Quizá convenga recordar que ya hubo un mandato para la imposición de este tipo de medidas, antes que la obligación de los planes de igualdad y que cayó en el olvido del regulador normativo. La medida estaba recogida en la Ley 62/2003, cuyos arts. 42 y 43 establecían respectivamente “Los convenios colectivos podrán incluir medidas dirigidas a combatir todo tipo de discriminación en el trabajo, a favorecer la igualdad de oportunidades y a prevenir el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual” y en el art. 43, bajo la rubrica de fomento de planes de igualdad figura lo siguiente: “Los poderes públicos fomentarán la adopción por las empresas y por las organizaciones sindicales y empresariales de planes de igualdad a favor de las personas con discapacidad, mediante los incentivos y medidas de apoyo establecidos para ello”. Lo cual sin duda cayó en el olvido de negociadores y del propio legislador.

Llama la atención que se indique que no se deben segregar los servicios, ni en la oferta laboral ni los destinados a la formación. Nuevamente late la idea que la protección es aparente cuando se segregá porque, no lo olvidemos, resta las oportunidades del empleo abierto u ordinario a la persona con discapacidad o impide conocer y concurrir a determinadas ofertas laborales.

Estas cuestiones relativas a los principales instrumentos de la política de empleo (orientación, colocación, formación, etc.) se consideran importantes en todas y cada una de las etapas, sea el acceso, prestación de servicios de empleo o la recolocación una vez perdido el empleo. Por supuesto, como ya se ha dicho, en la formación (y en todas las proyecciones formativas, inicial, del o para el empleo, durante toda la vida como aprendizaje permanente, para el reingreso al trabajo, cuando sea necesaria la tutoría a personalizada).

3.6. Promoción de oportunidades y en las distintas facetas de oportunidades de empleo (público e iniciativa emprendedora)

Como para cualquier trabajador es necesario generar oportunidades de empleo y profesionales para los discapacitados, sin descuidar la formación, la dedicación al aprendizaje permanente, programas de tutoría, la relevancia de oportunidades de ascensos, como acaba de subrayarse. Destacando la importancia de la promoción que permite el legítimo derecho a la progresión profesional y el ascenso como los restantes trabajadores. Preocupan a los redactores de la Observación nº 8 las dificultades para la consecución del derecho al trabajo y de la promoción laboral y en especial la de las mujeres discapacitadas, ya hemos mencionado anteriormente el techo de cristal (aquí sí de cristal) para la mujer con discapacidad.

El trabajo por cuenta propia, generar inquietudes de espíritu empresarial y la integración en cooperativas es una vía más de oportunidades de trabajo. Habida cuenta de la importancia de la presencia laboral de los discapacitados en mayor número, también se potencia el paso (o las llamadas transiciones) de la economía informal a la economía formal. Sobre todo, lo que supone la apuesta por el trabajo por cuenta propia o autónomo para el cual se destaca la importancia de recibir información.

También es una oportunidad el empleo público y en este caso se exige que sea paradigma de inclusión laboral de la persona con discapacidad. Espejo donde pueda mirarse el empleo privado. De manera que a las Administraciones, sector público y empresas públicas les corresponde más rigor, más inclusión, ser, en fin, más ejemplo de la diversidad de la sociedad. Diseñándose estrategias e incluso llamando a “crear conciencia”, contratar y también prestar la atención debida a sus empleados con discapacidad. No bastan las cuotas de reserva, pero su implantación sí resulta siempre imprescindible.

Por ello se considera que el eje central y motor de las acciones afirmativas que permitan la inclusión laboral de las personas con discapacidad ha de ser el empleo público: mediante fondos, con el recurso a las cuotas de reserva o fijando concretos objetivos, y además para que ello no caiga en papel mojado se deberá examinar el grado de consecución e informar anualmente de ello, es decir no sólo plantear unos indicadores sino realizar el seguimiento del grado de consecución.

3.7. La promoción del empleo privado

En este caso se refieren a una serie de medidas que pueden realizar los Estados para elevar la presencia de personas con discapacidad en el empleo, dirigidas en este caso a la inclusión laboral en el trabajo por cuenta ajena de la empresa privada. Se reproducen las tradicionales acciones afirmativas como las cuotas de reserva de empleo, pero también se apunta a otras acciones que sirvan de palanca a la reserva de empleo como incentivar la idea de capacidad, desterrando la negatividad de la discapacidad.

Igualmente en la interrelación de la empresa privada con la pública se refiere a medidas que en el acceso a la licitación pública exijan la presencia de personas con discapacidad en la empresa privada, o el diseño de pliegos con lo que conocemos como la cláusula social, es decir, otorgando ventajas a aquellos que o bien emplean a personas con discapacidad o pertenecen al ámbito de la discapacidad. Hasta el punto de mencionarse ayudas que pueden llegar a ser incluso salariales y fiscales. En general se propone que en la orientación de estas medidas se incorpore en un enfoque global de la empresa para la consecución de la promoción del empleo de las personas con discapacidad en la empresa privada.

Se enumeran concretas medidas que son compatibles con la Convención internacional y, entre ellas, cabe destacar la necesidad de incorporar una mirada a la discapacidad y a otros rasgos (edad, sexo) en la organización. Por el contrario, se afirma con rotundidad que las políticas de compra preferencial que supongan tanto la promoción como el apoyo del empleo segregado no son medidas compatibles con el Convenio de 2006 (se refiere a la Convención). Lo que parece todo un aviso a navegantes en el diseño español de la llamada cláusula social en la contratación pública o en las medidas sustitutivas de la cuota de reserva (por poner algunos ejemplos de acciones que pueden colisionar de manera frontal con estas finalidades).

3.8. El ajuste razonable. La importancia en el puesto de trabajo

La Observación viene refiriéndose con cierta reiteración al ajuste razonable, pero dedica un apartado concreto al cumplimiento de la obligación que recoge el art. 27.1 letra i) de la Convención, que exige velar para que se realicen ajustes razonables. Se nos recuerda que el ajuste razonable implica modificaciones e individualización, que sirve para conseguir el desarrollo del trabajo, su ejecución, en condiciones de igualdad con el resto de los trabajadores. Recuerda que corresponde a los Estados ofrecer la necesaria asistencia técnica y financiera al empleador para que puedan llevarse a cabo los ajustes razonables, esto es, que la inclusión laboral del discapacitado que precisa de las medidas del ajuste no debe recaer sólo sobre el empresario, sino que ello incumbe también al Estado no sólo en el seguimiento del cumplimiento de la obligación (medida de policía) sino también gracias a las asistencias y ayudas (medidas financieras).

El ajuste razonable es un derecho de la persona discapacitada que lo necesita, por ello la empresa no podrá denegarlo. Se nos muestran los pasos a seguir para su provisión, indicándose las preferencias de esas medidas ante la necesidad de ajuste razonable sean las expresadas por la persona, esto es se deja a la persona con discapacidad que solicite la solución dentro de las posibles. La exigencia empresarial para implementarlo tiene un límite el de la “carga indebida”, o la carga excesiva, y si fuera así frente a esa carga habría que

buscar otra solución, una medida alternativa factible que no suponga esa carga. No seguir estos pasos se considerará una denegación de la adaptación y, como ya se anunciado, ello constituye una discriminación (directa).

3.9. Experiencias en empleo ordinario

Tras las afirmaciones previas que indican, por un lado, de que no es visto con buenos ojos el empleo segregado para las personas con discapacidad, por otro, que el entorno de trabajo para cumplir el principio de libre elección sólo puede ser aquel que permite el entorno de trabajo abierto afirmándose que los entornos de trabajo segregados son incompatibles con el derecho pero antes se había indicado que el derecho al trabajo de las personas con discapacidad no se realiza cuando su única oportunidad real es el trabajo segregado.

Probablemente ante la realidad de la pertinaz existencia de trabajo en talleres protegidos se realiza una propuesta de experiencias que deriven a la persona con discapacidad al empleo ordinario, mediante mecanismos de apertura y primera experiencia laboral en este entorno abierto, gracias por ejemplo a figuras como pasantía, becas, aprendizajes, ayudas.

Implantar este tipo de medidas permitirá las conexiones con la empresa, a las que ya no les será ajena la incorporación de personas con discapacidad, pero también se advierte de peligros y por ello, en particular, se propone el control de posibles abusos, en particular de los jóvenes con discapacidad por su especial vulnerabilidad. Se impulsa la presencia en el mercado de trabajo ordinario pero sin dejar de formular las precauciones necesarias, para quizás impedir que la propia persona con discapacidad con malas experiencias en estos programas de capacitación sea la que rechace luego esta inclusión.

3.10. Atender al acceso, mantenimiento y regreso al empleo

La inclusión laboral de la persona con discapacidad necesita de atención en todos los frentes, al inicio, durante la relación laboral y a su término para fomentar el reingreso lo más temprano posible al trabajo con independencia de que sea con el mismo o distinto empleador, para que nunca sea una excusa para perpetuar el empleo protegido, o que este sea la vía de escape ante el fracaso del empleo abierto.

En esta ocasión se insiste en el apoyo para la permanencia, lo que implica de suyo el mantenimiento del empleo de la persona con discapacidad. También se evocan las transiciones, atender a la continuidad en el empleo mediante la recolocación tanto si surge una nueva discapacidad como si se agrava la existente, la idea fuerza es permanecer en el trabajo, en el puesto o pasar a realizar funciones distintas, pero no perder el empleo¹⁶. Y en este orden de cosas se insiste en la necesidad de la rehabilitación del discapacitado.

Se ofrecen múltiples posibilidades para la recolocación, continuación en las mismas funciones, movilidad funcional pero también el empleo en otra empresa. Y específicamente

¹⁶ Se trata del único supuesto en el que se señala en la Observación un mal ejemplo español, concretamente en dos asuntos abordados por el Comité: *JM c. España* (2016) y *VFC c. España* (2015) en los cuales reflejó el incumplimiento del Estado de las obligaciones de la Convención de 2006, precisamente al no haberse garantizado la continuidad en el empleo asignando funciones que sí pudiera realizar la persona con discapacidad.

vuelve a insistirse que cualquier programa de regreso al trabajo de los discapacitados no debe promover el empleo protegido en entornos segregados, sino lo contrario.

3.11. Trabajo forzoso (manifestaciones diversas de esclavitud, servidumbre, obligatorio, secuestro y también segregado)

Ya se ha mencionado que la libre elección de empleo contrarresta expresiones de etapas históricas superadas de fórmulas variadas de empleo forzoso, y se reflexiona precisamente sobre los discapacitados, al ser uno de los grupos que tienen mayor riesgo de padecer alguno de estos fenómenos. Por ello, se insiste en evitar el mayor riesgo, la puesta en marcha de actuaciones propias de sensibilización, información, procedimientos de denuncia y también de un régimen de sanciones, así como de la reparación y el resarcimiento del daño.

Cumplir con la Convención y el derecho al trabajo en ella reconocido para las personas con discapacidad debe garantizar el acceso a un trabajo libremente elegido, para eso ha de examinarse que esté presente el consentimiento. Por ello es necesario avanzar en las alternativas al trabajo segregado como única opción, que la persona elija y vaya no contra su voluntad, que las condiciones laborales sigan bajo la idea de consentimiento no explotado, no exista ni explotación ni coerción, se afirma que en el caso de las personas con discapacidad no es suficiente el consentimiento para concluir que la persona no se encuentra en situaciones de esclavitud, servidumbre o trata de seres humanos.

4. LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARA HACER REALES LOS MANDATOS DE LA CONVENCIÓN

4.1. Obligaciones generales

Mediante el recurso a tres verbos en infinitivo se señalan cómo los Estados están llamados a garantizar el progresivo cumplimiento derecho al trabajo, además se indica que los plazos deben ser cortos tras la entrada en vigor de la Convención para el firmante.

Los deberes se concretarán así en la obligación de respetar, que se traduce en cumplir con la Convención de NNUU sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006. Lo cual implica no interferir en el derecho al trabajo, pago de salarios, prohibición trabajo forzoso. Evitar estereotipos para el empleo de las personas con discapacidad. Y también conocer que la discapacidad no es incapacidad para trabajar. Reflexionar sobre esta afirmación es la clave de bóveda de la inclusión laboral del discapacitado, que no sólo incumbe al Estado, también a la ordenación jurídica e incluso a la propia persona cuya decisión no debe ser: al ser discapacitado busco una declaración de incapacidad (lo cual sucede con demasiada frecuencia, sólo basta acercarse a los anales de jurisprudencia).

La segunda obligación es la obligación de proteger, e implica promover los derechos humanos y eliminar la discriminación en todas y cualquiera de sus manifestaciones, al menos las cuatro que se citan (discriminación directa, indirecta, ajuste razonable y acoso por razón de discapacidad).

La tercera es la obligación de cumplir, ello a su vez transita por otros deberes que se concretarán en facilitar, promocionar, promover. Para su consecución será necesaria la investigación, el diseño universal y las tecnologías de apoyo. Cumplir con la Convención

en cuanto al derecho al trabajo y al empleo exige que haya trabajo abierto, esto es, empleo ordinario y que este sea inclusivo y a su vez accesible.

4.2. Concreción de las obligaciones básicas de los Estados

En este caso se marcan unos estándares mínimos para todos los Estados y con su cumplimiento, sólo si se alcanza, podrá entenderse que se respeta el derecho al trabajo y al empleo que contiene el art. 27 de la Convención.

Así, en primer término, se exige la garantía de la no discriminación e igualdad en el empleo. Para ello también resulta imprescindible garantizar los ajustes razonables. Su consecución pasa por el cumplimiento de funciones atribuidas a los Estados, entre ellas la transición hacia el empleo ordinario, la promoción del empleo con apoyo¹⁷, el percibo de remuneración que no sea inferior a los salarios mínimos¹⁸, y que no suponga una pérdida de prestaciones por discapacidad cuando inician o retoman su periplo laboral, ello supone el acceso a pensiones y subsidios.

La presencia de un entorno inclusivo y saludable es irrenunciable para las personas con discapacidad. Como lo es asegurar la igualdad de oportunidades, que incluya también las oportunidades de promoción y desarrollo profesional, así como la obligación de garantizar el acceso a la formación. El compromiso alcanza la obligación de combatir la discriminación por sexo y el acoso.

Algunas de las obligaciones se catalogan como fundamentales en directa vinculación con el derecho a condiciones de trabajo equitativas, así lo es no sólo la anteriormente citada lucha contra la discriminación sino también la fijación de salarios mínimos que permitan una subsistencia digna y cumplan el criterio de suficiencia en los que se tengan en cuenta los elementos tradicionales (factores económicos, indexación al índice de precios, etc.; los requisitos que se recogen para el salario en todos los ordenamientos jurídicos laborales, que esas exigencias también se cumplan cuando se trata de la remuneración o retribución de la persona con discapacidad).

¹⁷ Interesantes reflexiones que genera esta observación para el empleo con apoyo en ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Propuesta para el relanzamiento y la consolidación del empleo con apoyo en España (Reflexiones a la luz de la Observación nº 8/2022 del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad, sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo)», *Temas Laborales*, nº 167, 2023, págs. 11 a 46.

¹⁸ Sin duda algunas de las decisiones judiciales que entienden que no se vulnera la igualdad retributiva para la persona con discapacidad cuando se le aplica el CC especial de CEE de iniciativa social, permitiendo un salario más bajo a la postre como acontece en la STS de 18/05/22, rc. 47/20 no apreciando discriminación salarial apoyándose en las características singulares de los CEE de economía social y sin ánimo de lucro dando por buenas las diferentes tablas salariales diferenciadas por el origen del CEE sin someterse a los salarios del sector en el caso, no parecen ser en absoluto acordes con esta tajante aseveración de la Observación nº 8. Y, también otras resoluciones que al albur de la identificación del Convenio colectivo de aplicación en caso de subcontratas que apuntan al criterio de la actividad desarrollada por la subcontrata y no de la empresa, la actividad que llevan a cabo los trabajadores de la contrata, aplicando un convenio distinto del resto de los trabajadores por ejemplo STS de 6/10/22, rc. 35/21. La particularidad del CEE que en parte se le puede exigir alguna obligación del CC de la actividad, pero en otras cuestiones se está al CC específico de los CEE, así STS de 28/06/23, rcud. 4205/20 y la aplicación por ejemplo para una mejora voluntaria no del convenio de la actividad sino del CC especial para los CEE aplicando en el caso el propio CC de CEE en STS de 11/04/23, rcud. 2159/20.

En esa lista de obligaciones fundamentales se incorpora el control del tiempo de trabajo aunque se formula mediante el cumplimiento de los descansos, la limitación de las horas de trabajo, el respeto de vacaciones remuneradas así como los festivos.

5. INTERCONEXIÓN DE LA OBSERVACIÓN CON DIVERSOS PRECEPTOS DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En un esfuerzo considerable de vincular el derecho al trabajo y al empleo con múltiples garantías y protecciones reconocidas también en forma de derechos en la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006 se irá deshilando el complejo itinerario que los derechos de contenido laboral muestran con estos otros preceptos. Así, por orden numérico se advierten las ligaciones con el art. 5 referido a la igualdad y no discriminación, el art. 6, que recoge la mirada femenina de la discapacidad y pone énfasis en los peligros de discriminación múltiple e intersectorial, el art. 7 concerniente a la protección del menor, trabajo doméstico, o, en fin, la mayor exposición a trabajos peligrosos en esos ámbitos o por ese colectivo o grupo.

También el art. 8 de la Convención, en este caso sobre la apuesta por campañas de sensibilización que contengan aspectos en favor de la lucha contra el estereotipo de la persona con discapacidad que habla de las dificultades de interactuación con compañeros de trabajo, para que ponga en valor la mayor productividad (por la conocida la menor distracción de estas personas) de determinados discapacitados.

El debido respeto de los derechos recogidos en los arts. 9 y 20 de la Convención, sobre la accesibilidad y movilidad personal. El art. 12 referido a la personalidad y capacidad jurídica, que incluye capacidad en la formalización e inicio de la relación laboral, y la toma de decisiones durante la prestación aún asistida, gracias al apoyo que en cada caso se necesita (que se introduce mediante la curatela¹⁹).

Cobra relevancia singular el art. 13 de la Convención de 2006 se detiene en el acceso a la justicia y cita no sólo las cuestiones características del derecho del trabajo sino también las reclamaciones (indemnizaciones). El art. 16 de la citada norma internacional recoge el derecho de las personas con discapacidad a no ser coaccionados, con especial atención a los posibles riesgos por los obstáculos y la comprensión de lo que comporta el consentimiento otorgado en toda su extensión, y a que el mismo, el consentimiento, exista para evitar esclavitud o servidumbre. También se pone énfasis en la evitación de la explotación laboral de los más jóvenes. El art. 19 se refiere a la vida independiente e inclusión de la persona en la comunidad, el trabajo ofrece independencia económica, si bien, en ocasiones serán necesarios apoyos adicionales y de tipo financiero. El art. 22 se centra en la llamada intimidad y su respeto, en este caso se indicará que los empresarios han de obtener el consentimiento del trabajador discapacitado para compartir información sobre

¹⁹ Por ejemplo, en España se abre esta puerta con la aprobación de la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica no habiendo sido precisa la reforma de la legislación laboral, de nuestro Estatuto de los Trabajadores, porque el art. 7 ET reconoce capacidad para contratar con referencias a lo dispuesto en la legislación civil y la contratación de la persona con discapacidad desde la propia Convención no puede entenderse como limitada, precisamente por lo regulado en ese art. 12 de la Convención de 2006, a los que se les reconoce, aunque ésta pueda necesitar ser asistida.

la discapacidad, o que es conocida, y también con aquella que por el uso de información genética reflejase predisposición a determinada discapacidad o deficiencia.

El art. 24 de la Convención aborda la educación inclusiva, siendo esencial para la preparación de la persona con discapacidad para el trabajo y la integración en un empleo ordinario o al menos la participación en el mundo laboral. Respecto del art. 26 se refiere a la protección de la salud y seguridad, destacando la importancia de los programas habilitación y rehabilitación de las personas con discapacidad.

El art. 28 de la Convención contempla el derecho a la Protección Social, es el otro reverso del derecho al trabajo cuando se pierde el empleo; de ahí que no se olvide citar la necesidad de garantizar adecuada protección al desempleado discapacitado, pero también a quienes trabajan a tiempo parcial, a los eventuales, a los trabajadores por cuenta propia, o aquellos que, siendo personas con discapacidad, se encuentran en la economía informal. Se efectúa un repaso de determinadas situaciones en las que debe ofrecerse algún mecanismo prestacional, con la particularidad de atención cuando la persona con discapacidad no se presenta a oferta de empleo, o cuando surge una emergencia de salud pública necesitados de protección (singular) por sus características, y se señala la necesidad de una respuesta inmediata cuando se cesa en el empleo. Además, se detiene en la importancia de la protección también al cuidador (mayoritariamente mujeres y familiares). Y en el lenguaje y los vocablos de Seguridad Social interesa que se destierren conceptos como la incapacidad para trabajar, o la aptitud. Refleja asimismo que se debe potenciar, conservar y alcanzar en su caso el regreso al empleo — la recolocación —; para ello los modelos de protección social han de incluir mecanismos para su logro, actuaciones flexibles en términos de Seguridad Social que respondan al individuo, a la persona con discapacidad, diseñando al amparo de la flexibilidad puentes, pasarelas o transiciones entre las prestaciones y el trabajo.

Los arts. 27 y 29 de la citada Convención dedicados a derechos colectivos recuerdan la importancia de la negociación colectiva para la atención a las personas con discapacidad en el diseño de políticas de empleo que a los negociadores concierne, además enfatiza la constitución de propias organizaciones de persona con discapacidad en la defensa de sus intereses, así como su participación y consulta, y el necesario apoyo económico para éstas.

Finalmente, el art. 31 de la Convención de 2006 se refiere a aspectos instrumentales pero que permiten conocer datos de las discapacidades (en plural), conocimiento estadístico, seguimiento de los datos y su evaluación. Ello permitirá un más correcto acercamiento a la discriminación por discapacidad y las dificultades de acceso al empleo, así como la agrupación de discapacitados en fórmulas atípicas de trabajo o incluso el porcentaje de presencia en la economía informal. Para finalizar este amplio vínculo con la referencia al art. 32 de la citada Convención de NNUU sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006 que transciende a los aspectos nacionales para dedicarse a la cooperación internacional, relacionándolo con los ODS, nuevamente la meta 8.5. para volcarse en esfuerzos internacionales de trabajo decente. Cooperación internacional que también es relevante para romper el acceso desigual a las tecnologías allí donde hay escasez de recursos.

6. LA NECESIDAD DE DESCENDER A NIVEL NACIONAL. LOS DEBERES DE CADA ESTADO PARA ADECUAR Y REVISAR SUS ACCIONES EN EL CUMPLIMIENTO DE LA CONVENCIÓN

La Observación nº 8 concluirá con una lista de deberes que incumbe cumplir a los Estados parte para el cumplimiento de las obligaciones que derivan del reconocimiento del derecho al trabajo y al empleo de las personas con discapacidad.

En primer término, encarga que se realicen estudios sobre cómo repercute el capacitismo en las personas con discapacidad, y también adicionalmente que se estudien y conozcan las barreras en el acceso al trabajo. Y estos estudios se realicen desde y con perspectiva de género examinando, por tanto, las cuestiones atinentes de sexo/género, pero también a los otros rasgos que interactúan con la discapacidad como, por ejemplo, la edad y se propongan buenas prácticas. A fin de cuentas, se piden soluciones novedosas que sean fruto de la reflexión de estos estudios — en cada país — para mejorar el nivel de presencia en el empleo de las personas con discapacidad, atendiendo a las circunstancias particulares.

Asimismo, se interesa la consulta a las organizaciones de las personas con discapacidad, y pretende que éstas se involucren en programas y políticas de empleo concretos, revisando esas cuestiones, llegando a expresar la actuación en varios ámbitos. (1) Desde el actuar en la legislación para así derogar aquellas leyes discriminatorias que resulten incompatibles con la Convención de NNUU sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006. (2) Pero también, en una exigencia de uso, más difícil de llevar a la práctica se habla de cambiar costumbres discriminatorias, proponiendo la aprobación de un Código de prácticas para el empleo de las personas con discapacidad, y en él se señalen pautas para la prevención de la discriminación de las personas con discapacidad.

Se incide además en cuestiones que deben ser analizadas para erradicar las discriminaciones en el empleo de los discapacitados al haberse detectado como focos de trato desigual que suponen una rémora la inclusión laboral de las personas con discapacidad, entre ellas la perspectiva de la discriminación múltiple (sexo/género, edad, discapacidad) y en la promoción del empleo juvenil de las personas con discapacidad, sin descuidar los aspectos de seguridad y salud laboral, y enfrentarse a la violencia y acoso en el empleo, prestando igualmente atención al trabajo forzoso, y a las transiciones del trabajo informal a lo formal (y no a la inversa, evitando que las regulaciones y prácticas en su puestas en prácticas supongan expulsiones de las personas con discapacidad del mercado de trabajo formal).

Se apunta y apuesta, al mismo tiempo, por el diseño de una estrategia del empleo e inclusión personas con discapacidad. Y también se presta atención a su integración en el empleo emergente (digital, teletrabajo, pequeña economía, plataformas, empleos verdes, sus sinergias con la inteligencia artificial, etc.).

Se estimula que se reconozca la diversidad, la experiencia y habilidades de las personas con discapacidad y la aportación al empleo. Sin duda, pretendiendo que no se deje de lado el trabajo de la persona con discapacidad en el conjunto de la comunidad.

En la línea de lo no tolerado se refiere a la no explotación de mujeres y niños especialmente y, en general, de las personas con discapacidad; como ya se ha señalado

la lucha contra formas de trabajo forzoso es una constante en la observación al hilo de la libertad de elección de trabajo de las personas con discapacidad.

Respecto del reprobable empleo segregado se hablará de su eliminación gradual. Para ello se reclama una revisión de la legislación del empleo segregado para que transforme sus expresiones que persisten en la segregación, alejadas de la inclusión laboral y sea reconvertido en camino hacia el empleo abierto u ordinario, fijando plazos para su consecución y transiciones. Se hace expresa mención de los talleres protegidos como manifestación de empleo segregado (lo que supondrá la necesaria reflexión interna de los países sobre sus modelos actuales de integración laboral de las personas con discapacidad). Se llama a la revisión legislativa de los enfoques del empleo protegido y la necesidad de la presencia de las personas con discapacidad y sus propias organizaciones representativas para dar ese paso hacia el empleo ordinario.

En fin, se aboga por el cumplimiento de la Convención de NNUU sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006, en todos los ámbitos: público, privado, economía informal (sí también en lo opaco, aunque sorprenda al lector). Se reclaman estadísticas desagregadas con indicadores que permitan conocer y comprender la situación en el empleo de las personas con discapacidad. En aquel marco de actuación, si se lesionan derechos laborales se incide en la importancia de reparar y garantizar el acceso a la justicia del trabajador discriminado por razón de discapacidad, llegándose a indicar que el procedimiento judicial y el administrativo, también, debe reunir unas características (ser accesible, exista asistencia jurídica adecuada y de calidad).

No se olvida la importancia que juega el acceso al trabajo, y la búsqueda de empleo como punta de lanza de la efectividad del derecho al trabajo. Se insiste en la necesidad de diseños específicos y modélicos en el sector público, que puedan servir de guía a la empresa privada²⁰. También se apunta a la necesidad de crear redes para la promoción del empleo para las personas con discapacidad, en particular, que puedan conocer vacantes de puestos de trabajo. Se insta a la redacción de informes de los empresarios, privados y públicos que tengan en cuenta el trabajo de las personas con discapacidad.

No se olvida tampoco de la promoción del empleo, especialmente para las mujeres con discapacidad, la implantación de acciones positivas (cuotas de reserva, fijación de objetivos), la necesidad de combatir estereotipos, y de crear verdaderas oportunidades de empleo a la persona con discapacidad.

Tampoco se descuida la importancia del seguimiento de informes, así como de la transparencia del empleo de los discapacitados. Se reclama que se identifiquen las prácticas no compatibles con la Convención de 2006. Se insta a la constante evaluación, pero también a los Estados a rendir cuentas y cumplir con las obligaciones derivadas de la ratificación de la Convención y al implantar específicas acciones positivas que se acompañen de ayudas (económicas o de otra índole) a los empresarios para alcanzar el derecho al trabajo y al empleo que garantiza el art. 27 de la Convención de NNUU sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006.

²⁰ Como seguidamente se verá la Comisión europea en la Estrategia europea para los años 2021 a 2030 tomará nota de esta idea en su propuesta de actuación modélica en su expresión: “*predicar con el ejemplo*”.

7. LO MÁS ESENCIAL

Para concluir creemos que leer la Observación nº 8 implica no perder de vista cinco aspectos esenciales para los Estados que quieran cumplir con la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad en cuanto a las obligaciones que dimanan de su art. 27. Se trata de: (1) conocer las prácticas de los talleres segregados que se reputan (prácticas) reprochadas y no compatibles con la Convención (pág. 4); (2) implantar acciones afirmativas compatibles con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, consultando a las organizaciones de personas con discapacidad para su diseño (pág. 10); (3) comprender las obligaciones que conciernen a los Estados, tanto las generales como las básicas (págs. 15 y 16); (4) la amplitud del alcance de los ajustes razonables (pág. 11) y, (5) finalmente, los concretos “deberes” para los Estados que se recogen tras el perceptivo estudio y análisis exhaustivo de la situación de las personas con discapacidad en el empleo de cada país (págs. 19 y siguientes).

8. LA ESTRATEGIA EUROPEA SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD 2021-2030

8.1. Una nueva década para continuar por la senda de la integración e inclusión laboral de las personas con discapacidad

La Estrategia para los años 2021 a 2030 se contiene en la Comunicación de la Comisión²¹, y está centrada en la accesibilidad y derechos de las personas con discapacidad. Es una estrategia global, pero cuenta también con aspectos relevantes para el empleo.

En ella, no partiendo de un punto inicial sino ser la continuidad de las políticas inclusivas para los discapacitados la idea motora que recoge (su *leif motiv*) es avanzar en los objetivos de la no discriminación e igualdad en (y para) mejorar la vida de las personas con discapacidad en esta década. Para ello se apoya a los EEMM de la Unión para lograr el cumplimiento de la Convención de NNUU sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006. Así, se nos recuerda que la Unión europea ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 y, en consecuencia, sus disposiciones son parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Lo cual significa, además, que en la interpretación de las normas europeas ésta sea y se realice de manera coherente con la Convención. De ahí la importancia que también cobra la recién analizada Observación nº 8 que, como se ha indicado, aclara las obligaciones dimanantes del art. 27 de la Convención en lo referente al derecho al trabajo y al empleo, y los deberes encomendados a los Estados también lo serán para la Unión.

La Estrategia europea se propone reducir discriminaciones y desigualdades, el apoyo a las personas con discapacidad. Para ello se parte de la necesidad de “capacitar a la persona con discapacidad” para su participación económica, social, y ello teniendo en cuenta las transformaciones que se producen.

Además del apoyo a los EEMM, toda la Estrategia establece un estrecho vínculo con las políticas de igualdad europeas. Se fijan pautas para lograrlo desde el cumplimiento y atención a las obligaciones de la Convención internacional sobre los Derechos de las

²¹ COM (2021) 101 final, de 3 de marzo de 2021. Nótese que la elaboración de la Estrategia es anterior a la Observación nº 8 del Comité de NNUU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

personas con discapacidad de 2006, pero también atendiendo a la perspectiva de no discriminación, sin olvidar el Pilar Europeo de Derechos Sociales cuyo Principio 17 se refiere a las personas con discapacidad. Europa es, del mismo modo, la Europa de los derechos de personas con discapacidad (incidiendo en hacerles llegar la justicia europea, y el reconocimiento de sus derechos).

Serán importantes todas las políticas multidimensionales (género, infancia, capacitación profesional), así como los recursos económicos, es decir, los fondos puestos a disposición de la Estrategia: FSE, FEDER y también el llamado fondo para la transición justa (FTJ).

Asimismo, se refuerza la idea de *legislar mejor*, recordando que debe cumplirse Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006 y afrontar, tras previamente ser identificadas, las lagunas de legislación de los EEMM. Al mismo tiempo, se plantea que la Comisión europea debe “predicar con el ejemplo”²². Esto es, ser modelo a seguir en la inclusión laboral de las personas con discapacidad, con visibilidad de integración e inclusión laboral en la institución europea.

En concretos aspectos laborales se indica la relevancia del principio de libre circulación, recordando que exige a las alturas de la integración europea que se dé el paso del reconocimiento mutuo de condición de discapacidad para acrecentar la movilidad laboral de los discapacitados y respetar las libertades europeas²³. A lo que habrá que estar muy atentos.

Igualmente, se recuerda la importancia de una vida digna de los discapacitados evitando el peligro de la vulnerabilidad (y cualquier manifestación de violencia, también en el trabajo, recién aprobado un Convenio nº 190 de la OIT dedicado a esta temática²⁴).

Contiene propuestas para mejorar los indicadores que recoge la situación de las personas con discapacidad, mencionando la debida atención a lo que podríamos denominar las abultadas brechas de la discapacidad (siendo necesarias comparativas de personas con y sin discapacidad). Así se muestra que su participación mercado laboral es sólo el 50,8% frente al 75% de las personas sin discapacidad ¿y en qué mercado? No precisamente mayoritariamente en el empleo ordinario. A la par que, en materia de empleo de las personas con discapacidad, se muestra como preocupación la necesidad imperiosa de reducir los

22 Con medidas concretas para la selección, contratación, empleo y mantenimiento y la mirada en procesos inclusivos, con el compromiso de fomento de la diversidad en materia de recursos humanos con el expreso compromiso de inclusión de personas con discapacidad, la importancia a la infraestructura en cuanto a la accesibilidad de los edificios y comunicación (plan de accesibilidad web, edificios de reciente ocupación, lugares en que celebra actos). Así se recoge en las págs. 29 y siguientes de la citada Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030, COM (2021) 101 final.

23 Lo que, si no lo hubiera cambiado la LGDPCDIS con la nueva redacción dada por la renovada la Ley 3/2023, de empleo, haría repensar algunas apreciaciones jurisprudenciales que limitaban el reconocimiento de discapacidad (y ya no sólo por el *ultra vires* en el que entendieron incurría el art. 4.2 del TRLPPCDIS de 2013, por ejemplo, STS de 29/11/18, en los rcuds. 1827/17 y 239/18 hasta la STS de 27/04/2023, rcud. 3185/20) y sin duda habrá de tenerlo en cuenta ahora la doctrina judicial futura para concretar la condición de persona con discapacidad cuando existe movilidad y, por lo tanto, en aplicación del Derecho de la Unión europea; esa exigencia de reconocimiento mutuo fomentará un diálogo —más abierto y flexible— entre la normativa de discapacidad y la de Seguridad Social a la hora de considerar a una persona como discapacitada.

24 Nos referimos al Convenio nº 190 sobre la violencia y el acoso, (2019).

altos índices de inactivos: 37,6% — que se rebajan al 17,6% si no se trata de personas con discapacidad —, pero también intranquiliza el fuerte abandono laboral. Del mismo modo los discapacitados se sitúan en un alto riesgo de pobreza, del 28,4% (superando en 10 puntos al de las personas sin discapacidad). Finalmente, respecto a políticas vinculadas con el trabajo se apunta a las nuevas capacidades y nuevos puestos para las personas con discapacidad, que vayan al unísono del resto de la población trabajadora, que no pierdan el tren del conjunto de la sociedad. Al tiempo que se insiste en reforzar los estadios previos al trabajo, en especial la educación y formación de la persona con discapacidad para mejorar sus posibilidades de inclusión laboral, su empleabilidad.

8.2. El empleo como prioridad y medidas concretas

En la Estrategia europea el empleo de las personas con discapacidad es una prioridad estratégica. La comunicación deja entrever que aún no se ha hecho lo necesario para garantizar el empleo de las personas con discapacidad, concretamente no para mejorarlo. Debe ser un empleo de calidad, pero ya se aprecia que el trabajo de los discapacitados es insuficiente, las cifras de participación laboral son las más bajas de todas las ratios por colectivos o grupos poblacionales. El discapacitado participa poco en el trabajo y es, al mismo tiempo, de los que abandona más temprano el mundo laboral, como ya se ha indicado. De manera que hay dos frentes que combatir para hacer atractivo el primer acceso laboral de la persona con discapacidad y para incidir en la recolocación ante la pérdida del empleo de los discapacitados.

La regulación europea del ajuste razonable en el empleo para los discapacitados es una acción primordial²⁵, entendiendo como tal tanto las modificaciones como las adaptaciones necesarias y adecuadas, pero estas adaptaciones no deben suponer cargas desproporcionadas a los empresarios. Se aprecia que previo al ingreso en el trabajo la etapa educativa y formativa muestra carencias y falta de ajustes razonables que luego lastrarán la incorporación laboral de las personas con discapacidad, por la falta de capacitación y cualificación.

Se propone que en la participación de los jóvenes discapacitados en su integración laboral se aproveche la iniciativa de la Garantía Juvenil (y de ella no sólo sus fondos o recursos económicos). También se revela la importancia de la Economía Social para mejorar la participación laboral de las personas con discapacidad y el papel que juega en el diseño de puente para el empleo ordinario, así como la importancia cuantitativa en generar oportunidades de empleo de las personas con discapacidad. Los EEMM son invitados a que el próximo año, 2024, fijen sus objetivos de aumento de la tasa de empleo de las personas con discapacidad y expongan las medidas que implantarán para reducir las notables brechas por razón de discapacidad en la tasa de empleo.

²⁵ Recuérdese que la Directiva 2000/78/CE que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación se dedica a esta institución en el ámbito precisamente de la discapacidad. Remitimos al art. 5 de la citada Directiva, y no sólo ya diversos los considerandos ofrecen pautas interpretativas de relevancia. Como hemos tenido ocasión de analizar con detalle en SERRANO ARGÜELLO, N.: «La integración laboral de las personas con discapacidad estudiada desde la prohibición de discriminación. El ajuste razonable como medida antidiscriminatoria» VVAA (Dir. Fernández Orrico, F.J.): *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 295-379.

Las decisiones de Empleo y Protección social deberían pivotar en ambos lados de la balanza sobre la idea común de inclusión y no ofrecer escenarios enfrentados. Es importante asimismo que no se abandone la idea de la empresa inclusiva, un reto para esta y las futuras décadas.

Pero por sí solas no sólo las empresas pueden avanzar en la inclusión laboral de los discapacitados, deben realizarse actuaciones públicas de diversa índole de ahí la relevancia de los servicios públicos de empleo para la mejora de personas con discapacidad en las fases de orientación, colocación, formación, recolocación. Son relevantes las acciones positivas y evitar los estereotipos del trabajador con discapacidad. Se deben garantizar ajustes razonables y también poner el foco en las medidas de Seguridad y Salud laboral. Y no olvidar estimular también el empleo autónomo, el trabajo por cuenta propia y el emprendimiento, se señala que en especial para quienes presentan discapacidad intelectual, con los debidos apoyos y aprovechando los recursos y fondos de la Unión.

La readaptación de puestos de trabajo exige que se invierta en la actual Protección Social deficiente, concretamente en determinadas prestaciones la mirada a la jubilación del discapacitado²⁶, la atención a los cuidadores de las personas con discapacidad, la lucha contra la pobreza y el diseño armónico de la renta sustitutiva cuando el empleo se pierde²⁷ (que implica mirar a las prestaciones de Seguridad Social para que no supongan una disuasión laboral de la persona con discapacidad, que conseguida u obtenida una prestación social — de la modalidad que fuera — ya desista de su inclusión laboral).

Finalmente merece reflexionar cómo también la Unión europea ha observado que es elevado el número de personas con discapacidad grave que no trabajan en el mercado ordinario sino en empleo protegido, y hasta reconoce que no todos los regímenes de taller protegido respetan ni las condiciones laborales, ni los derechos de los trabajadores discapacitados, ni tampoco hay cauces para el acceso al mercado ordinario (coincidiendo así con el análisis de la Observación nº 8 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad sobre su derecho al trabajo y al empleo). Aunque sabedora de la relevancia cuantitativa y cualitativa del trabajo en el empleo protegido de los discapacitados en su apuesta, concretamente el paquete para mejorar los resultados del mercado laboral de

26 Alguna actuación reciente se ha llevado a cabo en España en materia de jubilación anticipada para las personas con discapacidad en grado igual o superior al 45% con la modificación por RD 370/2023, del precedente RD 1851/2009, mediante el cual se desarrolló el entonces art. 161.bis LGSS en esta cuestión, actual art. 206 bis LGSS de 2015, aunque las reformas operadas no miran a la finalidad de la norma que se centra en la reducción significativa de la esperanza de vida y más se inclinan hacia requisitos de contributividad al sistema de Seguridad Social y sus consiguientes cotizaciones. Poco se cumple el mandato de la Estrategia europea a los Estados de subsanar los déficits de protección social para los discapacitados, y reducción de desigualdades y la compensación tanto de gastos adicionales como, lo que aquí interesa, el acceso a las prestaciones por discapacidad.

27 Lo que exige revisar las medidas de Seguridad Social en clave de unificar medidas laborales y de Protección Social, que, si bien en España existen algunas pasarelas, por ejemplo, la compatibilidad de prestación y trabajo, en el art. 366.2 LGSS se limitan en el tiempo. Es el caso para la pensión no contributiva de invalidez; al respecto, son de interés las sugerencias y acertadas apreciaciones de FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «Entre la recomendación 18 del Pacto de Toledo (2020) y la realidad legislativa de las pensiones de la Seguridad Social en personas con discapacidad», VVAA *El nuevo pacto de Toledo y su desarrollo legislativo: VI CI y XIX Congreso Nacional de la AESSS*, Laborum, Murcia, 2022, págs. 223-241.

los discapacitados²⁸, establece la necesidad de que el empleo protegido sea de calidad pero sin renunciar al acceso al empleo ordinario, mediante el diseño de vías de acceso. El mencionado *paquete* sobre *el empleo de los discapacitados* se divide en distintos campos o áreas de actuación que refuerzan la inclusión laboral de las personas con discapacidad, el refuerzo incide en las capacidades de los servicios de empleo e integración, la promoción de perspectivas de contratación mediante medidas de discriminación positiva y lucha contra los estereotipos de las personas con discapacidad, buscando a su vez garantizar la adecuación de los puestos de trabajo, sin obviar la permanencia de las personas con discapacidad en el empleo y prevenir las discapacidades asociadas a enfermedades crónicas y también mediante la implantación de los planes de rehabilitación profesional en caso de enfermedad o accidente. Para finalmente, analizar los puestos de trabajo de calidad en el empleo protegido y las vías de acceso al mercado laboral abierto.

9. DOCUMENTOS Y BIBLIOGRAFÍA CONSULTADOS

CABEZA PEREIRO J.: «Los derechos de las personas con discapacidad: el derecho a un trabajo digno». VVAA (Dir. Romero Ródenas, M.J.): *Libro Blanco sobre empleo y discapacidad*. Real Patronato sobre Discapacidad. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, Madrid, 2023.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Observación general núm. 8 (2022) sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo, CRPD/C/GC/8, de 22 de septiembre de 2022.

- Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación, CRPD/C/GC/6, de 26 de abril de 2018.
- Observación general núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, CRPD/C/GC/5, de 27 de octubre de 2017.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones. Una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030. COM (2021) 101 final, Bruselas 3 de marzo de 2021.

Disability Employment Package UE 2022.

ESTEBAN LEGARRETA R. y otros: «Régimen Jurídico». VVAA (Dir. Romero Ródenas, M.J.): *Libro Blanco sobre empleo y discapacidad*. Real Patronato sobre Discapacidad. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, Madrid, 2023:

ESTEBAN LEGARRETA R. y otros: «Derecho del trabajo y Seguridad Social en relación con las personas con discapacidad». VVAA (Dir. Romero Ródenas, M.J.): *Libro Blanco sobre empleo y discapacidad*. Real Patronato sobre Discapacidad. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, Madrid, 2023:

28 Aprobado el 21 de noviembre de 2022, puede consultarse en versión inglesa *Disability Employment Package*, pero aún se encuentra sin desarrollar su concreción en el año 2023.

ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Propuesta para el relanzamiento y la consolidación del empleo con apoyo en España (Reflexiones a la luz de la Observación nº 8/2022 del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad, sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo)», *Temas Laborales*, nº 167, 2023.

Joint Commission services – DISABILITY PLATFORM PAPER. Package to improve labour market outcomes of persons with disabilities (disability employment package – “employment package”, 2022 en la URL <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=26060&langId=en>

FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «Entre la recomendación 18 del Pacto de Toledo (2020) y la realidad legislativa de las pensiones de la Seguridad Social en personas con discapacidad», VVAA *El nuevo pacto de Toledo y su desarrollo legislativo: VI CI y XIX Congreso Nacional de la AESSS*, Laborum, Murcia, 2022.

Practitioner toolkit on strengthening PES to improve the labour market outcomes of persons with disabilities, 2022, en la URL <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=26069&langId=en>

SERRANO ARGÜELLO, N.: «La integración laboral de las personas con discapacidad estudiada desde la prohibición de discriminación. El ajuste razonable como medida antidiscriminatoria». VVAA (Dir. Fernández Orrico, F.J.): *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

