



Colección
TESIS Y PRAXIS

CAYETANO NÚÑEZ GONZÁLEZ

LA INTEGRACIÓN LABORAL
DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD:
RÉGIMEN JURÍDICO



ESCUELA LIBRE EDITORIAL

LA INTEGRACIÓN LABORAL
DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD:
RÉGIMEN JURÍDICO



Colección
TESIS Y PRAXIS

CAYETANO NÚÑEZ GONZÁLEZ

**LA INTEGRACIÓN LABORAL
DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD:
RÉGIMEN JURÍDICO**



ESCUELA LIBRE EDITORIAL
Madrid, 2000

Esta obra se basa en la Memoria que, para la obtención del grado de Doctor, fue dirigida por el Profesor Doctor, D. José María Goerlich Peset y defendida por su autor el 11 de noviembre de 1997 en la Facultad de Derecho de la Universitat de València.

El Tribunal, formado por los Profesores Doctores D. Juan Rivero Lamas, como presidente, D. Tomás Sala Franco, D. José Manuel Álvarez de la Rosa y D. Joaquín García Murcia, como vocales, y D. Juan López Gandía, como secretario, le otorgó por unanimidad la calificación de apto cum laude.

COLECCION «TESIS Y PRAXIS»

Dirigida por:

RAFAEL DE LORENZO GARCIA y
SANTIAGO MUÑOZ MACHADO

Coordinador Editorial:

GREGORIO BURGUEÑO ALVAREZ

© 2000 Cayetano Núñez González

© De esta edición: Escuela Libre Editorial

ISBN: 84-88816-63-4

Depósito legal: M. 17.896-2000

Impresión: FARESO, S. A.

Paseo de la Dirección, 5 - 28039 Madrid

LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO COLECTIVO

La división de personas en grupos y clases (existente en toda sociedad) se encuentra, de un lado, en las diferencias relativas a aspectos que caracterizan a esos grupos. Pero de otro se debe a la organización y a la conciencia social en un momento y un espacio determinado¹. Desde esta perspectiva, la concepción social de la discapacidad que ha imperado en diferentes momentos históricos ha ido marcando los modos de respuesta a las necesidades sociales de las personas con deficiencias y a sus posibilidades de integración social². En este sentido, es evidente que la imagen social de las personas con alguna deficiencia es muy importante, en relación con sus posibilidades y oportunidades reales de integración³.

A nadie escapa, a estas alturas, que históricamente la discapacidad ha estado asociada a una imagen de dependencia e improductividad. Y que esta visión ha provocado, tradicionalmente, un tratamiento con resultados nada halagüeños. No es novedoso afirmar que las personas con discapacidad han sufrido una especial «atención» que, si bien variable a lo largo de la Historia, ha tenido un resultado claramente homogéneo: su permanente marginación y alejamiento de los procesos normales del desarrollo humano⁴.

¹ En este sentido, VERDEGUER ARACIL/GARCÉS FERRER, «Los servicios sociales especializados», en *Sistema político y administrativo de los servicios sociales*, AA.VV., Tirant lo Blanch, Valencia 1996, p. 236.

² MARTÍNEZ ROMÁN, «Bienestar social de las personas con discapacidad», en *Bienestar social y necesidades especiales*, AA.VV., Tirant lo Blanch, Valencia 1996, p. 123.

³ LAWRENCE, «Self-concept formation and physical handicap: some educational implications for integration», en *Disability, Handicap and Society*, vol. 6, n° 2, p. 140.

⁴ La marginación es la falta de reconocimiento de los derechos básicos de determinados grupos sociales, que caen, por tanto, en estados carenciales de diverso tipo. El marginado, de este modo, es un ser que no logra ver reconocidos plenamente sus derechos fundamentales y, por tanto, satisfechas sus necesidades básicas, BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, 1989, pp. 43-44.

Sin embargo, puede afirmarse que el trato dispensado a las personas con discapacidad no ha sido históricamente el mismo. Hasta fechas nada lejanas, la atención venía dispensada bajo el velo de una actitud protectora y dependiente de mecanismos institucionales que, en definitiva, terminaba prolongando la exclusión. La panorámica actual del problema tiene, afortunadamente, un basamento distinto. Las políticas contemporáneas parten de un punto de vista más humano, desencadenado tanto por el trabajo de los Organismos Internacionales y Supranacionales como por la toma de conciencia de las sociedades más avanzadas. Adquiere, en este punto, una primordial relevancia la generalizada asunción de los valores intrínsecos a los Derechos Humanos, fundamentalmente, la igualdad entre las personas. Todo ello favorece un nuevo diseño de la problemática de la integración de las personas con discapacidad, cuya pretensión inicial reside en que la diferencia deje de ser un estigma, para transformarse en una característica más a tener en cuenta.

Como parece evidente, esta afirmación queda, aún hoy, más lejana de la realidad que del puro idealismo. Pero también es cierto que sus efectos pueden ya sentirse tanto a nivel teórico, por su plasmación normativa, como a nivel práctico, aunque quede aquí mucho por hacer y su éxito dependa de las circunstancias de cada comunidad.

Este recorrido puede resumirse concretando cuáles han sido las tres etapas o modelos de actuación que, a lo largo del tiempo, se han dispensado a las personas con discapacidad. Todos estos modelos, aun cuando presentan una secuencia lineal, coexisten en mayor o menor medida en el tiempo presente⁵.

Un primer modelo, llamado tradicional, se caracteriza por una doble marginación orgánico-funcional y social. Las personas con discapacidad son tratadas como objetos de caridad, sujetos de asistencia y tutela, y como seres dependientes e improductivos.

El segundo modelo es el llamado rehabilitador, nacido tras la 2ª Guerra Mundial. El problema se ubica ahora directamente sobre el individuo, y su rol es similar al del paciente de la asistencia médica al que hay que recuperar. El protagonismo, aquí, se sitúa en una esfera exterior a la del propio afectado, controlando los profesionales todo el proceso. No obstante, este tratamiento coincide con la masiva incorporación de las personas con discapacidad al mundo productivo, ante la necesidad de mano de obra en las labores de

⁵ MARTÍNEZ ROMÁN, ob. cit., pp. 124 y ss., donde se resumen sus rasgos y consecuencias.

reconstrucción. Ello contribuyó, sin duda, a cambiar la mentalidad existente hasta esa fecha y, consecuentemente, a incorporar la recuperación de la capacidad de trabajo en la dinámica rehabilitadora.

El tercer modelo, de predominio contemporáneo, es aquél que tiene como objetivo básico potenciar la autonomía personal. Nacido en los años setenta, promueve la desinstitucionalización como fórmula para terminar con la dependencia, propiciando el acceso a los recursos generales sobre la base del principio de normalización e integración social. Su objetivo no es otro que la autodeterminación o independencia personal⁶. Su planteamiento se concreta resituando el problema, trasladándolo desde el individuo hacia su medio ambiente, desde lo individual hacia lo colectivo. El problema aquí no es ser discapacitado, sino que serlo constituya una desventaja porque socialmente así se quiera. Se está ante el llamado «modelo social» que, contemplado por las normas y directrices internacionales y supranacionales, ha impregnado las normas jurídicas más evolucionadas.

La dimensión del colectivo.—El caso es que el problema de las dificultades de inserción social, cuando a la discapacidad es debida, queda alejado de una visión cosmogónica de las cosas, debiendo situarse su horizonte en un punto mucho más próximo a los aconteceres diarios. Cuando se habla de discapacidad se está haciendo referencia a una situación presente en un número muy importante de personas de todas y cada una de las sociedades. Queda claro que, aun cuando fuese un problema que repercutiera en una cantidad ínfima de personas, cualitativamente, la atención debería ser la misma. Pero no es así, adquiriendo el problema una dimensión de importantes proporciones.

Se calcula que un diez por ciento de la población mundial padece algún tipo de discapacidad⁷, lo que a un gran número de ellas

⁶ Conocido como *independent living*. Sobre el particular CASADO PÉREZ, «El Programa de Acción Mundial para las personas con discapacidad y la Ley de Integración Social de los Minusválidos», en *La integración social de los minusválidos*, Escuela Libre Editorial, Madrid 1993, p. 57, y de este mismo autor, *Panorámica de la discapacidad*, INTRESS, Barcelona 1991, pp. 56-57.

⁷ El Programa de Acción Mundial para los Minusválidos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 37/52 de 3 de diciembre de 1982 (y conocido normalmente por PAMD), declara que «en el mundo de hoy hay un número grande y creciente de personas con discapacidad. La cifra estimada de 500 millones se ve confirmada por los resultados de encuestas de sectores de la población, unidos a las observaciones de investigadores experimentados. En la mayoría de los

provoca graves desventajas sociales, situación que, como se verá, recibe el nombre de minusvalía. Este número, lógicamente, varía en virtud de la situación de las diferentes realidades, agravándose como parece obvio en aquellas que tienen un número mayor de necesidades por cubrir⁶. Queda claro, de este modo, que la magnitud del problema tiene viso para recibir una dedicada atención, tanto por su dimensión humana, como por sus repercusiones de carácter social.

Ya en Europa y, concretamente, en España, el asunto no presenta un calibre menor. A pesar de las dificultades para encontrar datos fiables y actualizados, el porcentaje descrito para la situación mundial no es ajeno en estas realidades. La utilización de diferentes fuentes estadísticas⁹ proporciona, incluso, un número superior de

países, por lo menos una de cada diez personas tiene una deficiencia física, mental o sensorial, y por lo menos el veinticinco por ciento de toda la población se ve adversamente afectada por la presencia de discapacidades».

Estas cifras se sitúan en torno a 1975. Sin embargo, y a pesar de los avances médicos y científicos, las perspectivas de futuro no son mejores. Las NACIONES UNIDAS, *Incapacidad, situación, estrategias y políticas*, ONU, Nueva York 1987, pp. 13-14, vienen a situar el número de personas discapacitadas que existirán en el Mundo alrededor del año 2000 en más o menos 600 millones de personas.

Así lo confirman recientes estimaciones de la OIT, según las cuales en el aumento de la población discapacitada cobran fuerza nuevos motivos, como la aparición de nuevas enfermedades (VIH/SIDA, estrés, consumo abusivo de drogas y alcohol), el incremento de la esperanza de vida y del número de personas de edad avanzada (entre las que son frecuentes las incapacidades), el mayor número de niños discapacitados (debido a la desnutrición y el trabajo infantil) y los conflictos armados y la violencia, OIT, *Comunicado de 19 de mayo de 1998 sobre la Conferencia de Washington (OIT/98/19)*.

⁶ ONU, ob. cit. (1987), p. 11: «El ochenta por ciento del total de los discapacitados se encuentra en las zonas rurales de los países en desarrollo. En alguno de esos países el veinte por ciento de la población está incapacitada». Como ejemplo, puede decirse que un cálculo de las discapacidades que existirán en América al final de este siglo viene a situar la cifra en aproximadamente 83 millones de personas, de las cuales sobre 53 pertenecen a países de América Latina y el Caribe, con palpable inferior nivel de desarrollo —GARCÍA ETCHEGOYEN, «La discapacidad en el año 2000», *B.R.P.* 33/1996, p. 9—. Lo mismo ocurre en cada una de las realidades, en las que una especie de círculo vicioso provoca que una menor situación económica influya considerablemente en el riesgo de adquirir una discapacidad y, una vez adquirida, el riesgo de que ésta se convierta en una minusvalía e impida el acceso a una situación económica y socialmente favorable es sustancialmente mayor.

⁹ En España, las más recientes son la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Minusvalías (BDDM), realizada por el Instituto Nacional de Estadística en 1986 (INE, Madrid 1987, dos volúmenes) —pendiente de una actualización que al día de hoy todavía no se ha llevado a cabo—, y la realizada por el INSERSO (ahora IMSERSO) en 1989, publicada bajo el nombre *Las personas con minusvalía en España. Aspectos cuantitativos*, INSERSO, Madrid 1989.

personas con discapacidad en España, situándose en torno al quince por ciento de la población¹⁰.

No obstante, deben tenerse en cuenta dos circunstancias. La primera, que la forma de evaluación de la discapacidad no es homogénea, lo que puede dar como resultado valoraciones e índices diferentes en una misma realidad. La segunda, que aun cuando se hable de personas con discapacidad, en general, el colectivo es heterogéneo, y que tanto sus características individuales como su entorno son fundamentales a la hora de situar el nivel de desventaja con que cada una se encuentra en sociedad¹¹.

La cualificación del problema.—Junto con los aspectos cuantitativos, son también destacables los aspectos de carácter cualitativo que inciden en las dificultades de inserción social de las personas con discapacidad. Como se apuntó al inicio de estas líneas, concurren en el origen de la situación discriminatoria factores de índole individual, innegables. Pero, junto a éstos, participan con gran importancia diversos elementos de consideración colectiva. Así, es evidente que la existencia de una discapacidad dificulta la utilización normalizada de los recursos sociales existentes. Ahora bien: las dificultades individuales, cuando se ponen los medios adecuados, no tienen por qué tener consecuencias sociales desfavorables para la persona que la padece. Ocurre todo lo contrario, la ausencia de esos medios es la que perpetúa la dificultad, pudiendo convertirla, al límite, en imposibilidad.

¹⁰ CES. *Informe sobre la situación del empleo de las personas con discapacidad y propuesta para su reactivación*. CES, Madrid 1995, pp. 3-4, aumentando la proporción según la encuesta se acerca a grupos de mayor edad. Concretamente, si se sitúa en grupos de edad laboral activa, los más afectados vienen a encontrarse entre los cuarenta y cinco y sesenta y cuatro años. En cualquier caso, podrá verse más adelante que no necesariamente todas las personas con discapacidad padecen una minusvalía. En este sentido, el número de minusválías en España, según estas mismas fuentes viene a situarse alrededor del siete por ciento, aunque debe tenerse en cuenta la reflexión que seguidamente se realiza en el texto, en el sentido de que ello depende de la forma de cómputo que se utilice.

¹¹ «No debe concebirse la discapacidad como un estado esencial e inmutable de una persona, sino como una situación y un conjunto de circunstancias que pueden alterarse y relativizarse en función de su propia realidad y del entorno en el que la persona actúa, realidad y entorno que son absolutamente dinámicos», MÉNDEZ MARÍN, «El papel de las Administraciones Públicas en el fomento del empleo de las personas con discapacidad», en *La situación del empleo de las personas con discapacidad en España. Propuestas para su reactivación*, AA.VV., Escuela Libre Editorial, Madrid 1998, p. 359.

Sin embargo, la disponibilidad de los medios apropiados para superar las dificultades llegó hace relativamente poco tiempo. Tras una larga época en la que atender las necesidades esenciales era harto complejo, éstas fueron facilitándose a través de instrumentos de carácter especial diferentes a las utilizadas por el resto de la sociedad. Ahora, la satisfacción de las necesidades llega de la mano de una idea diferente: lo importante es facilitar el acceso a lo común a través de la adecuación de los recursos generales y de las medidas que permitan acceder a las oportunidades existentes en la comunidad. Sin duda, esta nueva política, cuyos instrumentos normativos se analizarán después (unos con menor, otros con mayor concreción) tendrá positivos efectos a futuro.

Pero hoy es el futuro del pasado, y los resultados presentes hablan por sí mismos. Si para vencer la situación de dependencia y la imagen de improductividad el trabajo se alza como valor primordial¹², no cabe duda que una preparación adecuada es un elemento básico. Pues bien, cifras relativamente recientes demuestran que las carencias educativas de las personas con discapacidad son suficientemente importantes como para explicar, en parte, sus dificultades para encontrar y mantener un empleo competitivo (sobre todo en una sociedad como la actual donde el trabajo es un bien escaso). Todo ello no sólo es debido a características propias de la discapacidad, sino también a factores concurrentes relacionados con la atención colectiva (atenciones hospitalarias prolongadas, accesos inadecuados, ausencia de recursos que compensen la falta de movilidad, falta de recursos educativos adaptados, etc.)¹³. Factores que, por

¹² Constituye el paso de sujeto pasivo a sujeto activo, de receptores de servicios y prestaciones a contribuyentes, ONU, *Informe sobre legislaciones nacionales para la equiparación de oportunidades de las personas con discapacidades: ejemplo de 22 países y regiones*, ONU, Nueva York 1989, p. 4.

En palabras de ROMAGNOLI [«Del trabajo declinado en singular a los trabajos en plural», *R.L.* 1/1997, p. 10] quien no trabaja no tiene, pero ante todo no es. No es un ciudadano pleno iure.

¹³ CES, ob. cit. (1995), pp. 15 y ss., con datos estadísticos por grupos de edad y niveles educativos. Según GÓMEZ GÓMEZ, «El empleo en el Plan de Acción», *Minusval* 106/1997, p. 18, en España «la discapacidad va habitualmente asociada a un bajo nivel de formación (entre el 65/70% tienen estudios primarios como máximo) y esta sub-educación es una de las mayores desventajas a la hora de lograr un empleo». Así ha sido constatado recientemente por el INEM, *Formación y mercado laboral de los minusválidos 1996*, INEM, 1997, p. 39, informe en el que pueden observarse estas cifras entre las personas con discapacidad demandantes de empleo, siendo relevante que las mayores diferencias entre demandantes de empleo discapacitados y no discapacitados se agudizan cuanto mayor es el nivel formativo de referencia. De este

otra parte, se reproducen en otras instancias de las políticas integradoras, aun cuando es evidente que el progreso alcanzado en estas últimas décadas es sustancial.

La desventaja social o minusvalía es, por tanto, el resultado de la interacción de circunstancias personales (la deficiencia o discapacidad) y de factores sociales (la mayor o menor accesibilidad del entorno, la existencia de ayudas o técnicas de autonomía apropiadas, las actitudes, comportamientos, regulaciones y normas sociales, etc.). Desde la perspectiva de la integración laboral las cosas siguen esta misma dinámica. De una parte, el déficit teórico de inserción se debe a la restricción psicofísica de la persona que, a veces, se ve imposibilitada (aún con todo el apoyo posible) para realizar una actividad productiva. Pero, de otra, los déficits de inserción pueden llegar a compensarse corrigiendo los mecanismos sociales que están en la raíz de su marginación laboral¹⁴.

Sin embargo, y siendo cierto cuanto se ha afirmado, concurren en el problema otras circunstancias que deben tenerse igualmente en cuenta. En primer lugar, la ingente labor normativa no se corresponde con el cambio de imagen de las personas con discapacidad en la sociedad, sobre todo en el campo productivo. De este modo, sigue relacionándose, en el mundo del trabajo, discapacidad con improductividad. Ello hace que, en la práctica, las empresas se resistan a contratar a personas con discapacidad, bajo un prisma erróneo en el que su presencia se une inevitablemente a falta de rendimiento¹⁵. Parece claro que, aun cuando esto pueda ocurrir circunstancialmente, la realidad ha demostrado todo lo contrario. En segundo lugar, cierto es que muchas personas con discapacidad no tienen un empleo, pero es verdad que muchas de ellas tampoco lo buscan¹⁶. Sin duda, ello es debido, en ocasiones, al desánimo que puede provocar el escaso éxito de las políticas de inserción. Aunque no puede olvidarse que muchas otras veces se debe a las consecuencias de las

modo, puede decirse como ejemplo que sólo un 4% de las personas con discapacidad inscritas en el INEM tienen estudios universitarios.

¹⁴ CES, ob. cit. (1995), p. 17, donde pueden observarse cifras de inserción elaboradas a través de múltiples variables.

¹⁵ Y de ahí que las cifras de inserción demuestren que el nivel de ingreso en el mercado laboral es muy inferior entre aquellas personas que no tuvieron nunca un empleo, INEM, ob. cit., p. 36.

¹⁶ CES, ob. cit. (1995), p. 5, y GÓMEZ GÓMEZ, ob. cit. p. 19. De hecho, de entre los cinco millones y medio de personas con discapacidad que se calcula existen en España, en 1996 las cifras de inscritos como demandantes de empleo en el INEM giraban en torno a cuarenta y una mil, INEM, ob. cit., pp. 2-5.

tradicionales políticas de asistencialidad, prefiriéndose el mantenimiento de ingresos pasivos que llegan por la vía de las prestaciones económicas de los sistemas de protección social.

Tal y como han sido planteadas las anteriores circunstancias, puede advertirse que los resultados en el empleo de las personas con discapacidad deben ser observados desde una doble panorámica. Cabe observar cómo el problema tiene un evidente cariz cuantitativo: la constatación de menores niveles de inserción laboral es su prueba evidente. Pero, del mismo modo, presenta un aspecto cualitativo (falta de formación, rechazo empresarial, etc.) que desencadena un acceso, por lo general, a empleos menos cualificados y peor pagados, pudiendo constatarse la existencia de altas cotas de subempleo¹⁷.

Esta situación demuestra que las personas con discapacidad parten, a pesar de los instrumentos jurídicos hoy existentes, con una desventaja inicial o de partida, algo que no sólo no puede ser obviado, sino que debe ser la base de las políticas de normalización. Así, aún cuando el proceso de normativización internacional del modelo social haya desencadenado un proceso de constitucionalización de los derechos de las personas con discapacidad, sus consecuencias no pueden observarse desde un único plano. El modelo social reconoce a todos los ciudadanos idénticos derechos, trato y oportunidades, comprometiendo a los poderes públicos a hacer efectivos estos principios. No obstante, reconocer el derecho a que todas las personas reciban un idéntico trato no es suficiente. Como tampoco resuelve el problema reconocer en un plano teórico que todas ellas tienen las mismas oportunidades, porque una cosa es tenerlas, pero otra bien distinta poder acceder a ellas. En este sentido, es lógico pensar que una persona que parte desde una posición de desventaja tiene mayores dificultades en el acceso a los recursos, lo que exige observar la realidad e incidir directamente sobre ella. O, lo que es lo mismo, debe tenerse en cuenta de dónde parte cada uno, para poder equiparar realmente allá donde se mide la eficacia de las políticas de inserción, es decir, en los resultados: el enfoque igualitario supone, desde luego, un resultado igual¹⁸.

Ahora bien: corregir las desigualdades requiere de una activa intervención de los sujetos implicados, pero también (como puede fácilmente deducirse de las premisas del Estado social) de los poded-

¹⁷ CBS, ob. cit. (1995), p. 20. INEM, ob. cit., p. 39.

¹⁸ RODRÍGUEZ PIÑERO, «El empleo de las personas con minusvalía», *R.L.* 3/1999, p. 9.

res públicos. Desde esta perspectiva, el arraigo y tutela que constitucionalmente se reconoce requiere de una delimitación jurídica que, por medio de instrumentos concretos, defina de qué modo se amparan los derechos y se corrigen las diferencias que repercuten en los colectivos discriminados.

En el campo de la integración laboral ocurre exactamente lo mismo. Aunque puede decirse que existen dos razones por las cuales este terreno presenta unas especiales particularidades que resalten, aún más, la importancia de las medidas adoptadas en este campo. La primera de ellas es ya conocida, y hace referencia a la importancia del trabajo en el conjunto de los sistemas de integración. Conseguir un sistema que permita un ajuste entre discapacidad y trabajo es vital para obtener un sistema integrador eficaz. La segunda de ellas hace referencia a la necesaria participación de sujetos privados que requiere este terreno. Así como otras fases del proceso pueden depender en exclusiva de la voluntad de los poderes públicos, en el mundo del trabajo no se puede hablar de verdadera integración si no hay una amplia y adecuada colaboración empresarial. Es cierto que en ocasiones esta participación se obtiene forzando la incorporación de los trabajadores a las empresas. Pero a nadie escapa que lo óptimo sería que la integración (en su doble faceta de acceso y no exclusión) se produjera de forma voluntaria, lo que sin duda requiere en algunas ocasiones de la colaboración pública.

Todas estas cuestiones, elaboración internacional y supranacional, tutela constitucional, delimitación subjetiva de los sistemas de integración laboral, fomento del empleo y repercusiones de la discapacidad sobre el contrato de trabajo requieren una específica atención. El análisis de estas cuestiones configura el contenido del presente trabajo.

CAPÍTULO 1

LAS BASES NORMATIVAS DE LOS SISTEMAS DE INTEGRACIÓN LABORAL

I. LOS SISTEMAS DE INTEGRACIÓN EN LAS NORMAS INTERNACIONALES Y SUPRANACIONALES

1. Los Derechos Humanos como punto de partida

El reconocimiento y valor de los Derechos Humanos y su plasmación jurídico positiva mediante la configuración de los derechos fundamentales son, sin lugar a dudas, unos de los principales logros de las sociedades de este último siglo¹⁹. La validez de este proceso ha permitido diseñar instrumentos que faciliten la integración de las personas en el entorno del que forman parte, lo que lógicamente ha tenido una especial importancia en aquellos colectivos que venían siendo tradicionalmente marginados.

Así ha ocurrido en el caso de las personas con discapacidad. Desde esta perspectiva, los instrumentos que regulan la atención que como ciudadanos/as requieren se construyen teniendo en cuenta un doble elemento. El primero consiste en reconocer el ejercicio de los derechos que corresponden a su propia condición de personas y miembros de una comunidad. El segundo hace hincapié en la concurrencia de particulares circunstancias que pueden, virtualmente, provocar determinadas distorsiones en su convivencia social. Pues bien, en esta línea, puede afirmarse que los sistemas de integración confeccionados por las normas internacionales y europeas encuentran su respaldo en instrumentos que tienen su origen en ambos principios.

¹⁹ «El respeto a los derechos fundamentales se ha convertido en el interés público primario», RODRÍGUEZ PUÑO, «Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo», R.L. 1-2/1996, p. 13.

1.1. Normas de carácter general

Partiendo de estas consideraciones, una primera vía de protección de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad viene dada por los derechos que las normas y textos políticos reconocen a todos los ciudadanos²⁰. Deben destacarse, en el contexto internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Y, en el europeo, la Carta Social Europea (CSE)²¹, o el Tratado de Roma y de la Unión Europea. En sus expresiones se encuentran las bases para que a las personas con discapacidad se les reconozca, de un lado, iguales derechos, de otro, una atención especial a su situación. Aunque es verdad que, normalmente, aspiran a estos objetivos mediante conceptos generales de aplicación, sin que exista en esas normas una referencia expresa de condena a su histórica discriminación, si bien es cierto que la protección se halla en la clásica expresión genérica «cualquier otra condición»²². No obstante, la evolución de la normativa, sobre todo la emanada de la Unión Europea, ha ido subsanando esta circunstancia, particularizando a este colectivo como uno de los que deben ser objeto de protección (el Tratado de Amsterdam y la Cumbre de Luxemburgo de 1997 son buenas muestras de ello).

²⁰ DIEZ PICAZO, «La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español», *R.G.D.* 199/1975, p. 178; en el mismo sentido, PICO LORENZO, «Minusválidos: Hacia el ejercicio pleno de los derechos reconocidos por las leyes», *R.G.D.* 580-581/1993, p. 177.

²¹ Proclamadas, respectivamente, por la Organización de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 y el 16 de diciembre de 1966, y por el Consejo de Europa el 18 de octubre de 1961 (ratificada por España mediante Instrumento de 29 de abril de 1980).

²² TORRES DEL MORAL/VILLARRUBIA GONZÁLEZ, «La constitucionalización de los derechos del minusválido», *R.F.D.U.C.* 2/1979, monográfico, *Los derechos humanos y la Constitución de 1978*, pp. 60-61, haciendo particular referencia al artículo 2º de la DUDH, que establece que las libertades y derechos que en ella se proclaman se refieren a todas las personas sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Sobre el particular, también, RODRÍGUEZ PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, 1986, pp. 232 ss.

1.2. Normas específicas

La segunda vía consiste en la elaboración de normas que disponen de una naturaleza específica, sustentada en la necesidad de articular medidas que permitan a las personas con discapacidad, como colectivo desfavorecido, disfrutar de sus derechos con la misma intensidad que el resto de las personas. Entre estas, debe destacarse la Declaración de los Derechos del Deficiente Mental, la Declaración de los Derechos de los Discapacitados, el Programa de Acción Mundial para los Discapacitados (PAMD), o las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (NUIO)²³.

La esencia de dichas reglas de convivencia hay que buscarla, como se advirtió, en el progresivo aumento del valor de la persona, de sus condiciones particulares y de la compensación de sus singulares dificultades o desventajas. Se conjugan aquí, de un lado, el reconocimiento de esferas privadas y, de otro, la intervención pública. Esta última consolida instrumentos que permiten la satisfacción de los derechos individuales, no sólo sobre la base de parámetros próximos a la solidaridad, sino sobre todo desde la obligación de satisfacer los derechos inherentes a la persona.

El fundamento último de los derechos fundamentales es la dignidad de la persona y la libertad como valor instrumental indispensable para asegurar el logro de aquella²⁴. Consagrados junto al derecho a la igualdad en el artículo 1º de la DUDH²⁵, han tenido fiel reflejo en el resto de normas y declaraciones internacionales y europeas. En ellas, la igualdad, como planteamiento de homogeneización social, puede observarse desde dos perspectivas. De un lado, en su conside-

²³ Declaración de los Derechos del Deficiente Mental de 20 de diciembre de 1971 (Resolución 2856 —XXVI—); la Declaración de los Derechos de los Discapacitados de 9 de diciembre de 1975 (Resolución 3447 —XXX—); el Programa de Acción Mundial para los Discapacitados de 3 de diciembre de 1982 (Resolución 37/52); o la Resolución que aprueba las normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad de 4 de marzo de 1994 (Resolución 48/96).

²⁴ Según señala RODRÍGUEZ PIÑERO, ob. cit. (1996-3), p. 14, para quien «los derechos fundamentales tratan de facilitar y hacer posible el desarrollo integral de la persona y el ejercicio real y efectivo de su libertad, la conversión y potenciación de la libertad genérica, en autodeterminación y autorrealización que se expresa en derechos concretos vinculados a la dignidad humana, como fundamentos de la sociedad y del orden político en que aquélla se organiza».

²⁵ Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

ración utópica, finalista, como principio inspirador. De otro, en su dimensión material, como promotora de medidas que hagan efectiva la justicia social²⁶. Aquí, en su doble vertiente de igualdad en el trato y de equiparación en el acceso a los recursos disponibles.

1.3. Normas laborales

En este proceso, el trabajo constituye una pieza clave en cualquier política de integración social. Las normas internacionales y europeas así lo han reflejado²⁷, consolidando una gruesa normativa laboral que, en materia de discapacidad, cuenta también con herramientas específicas elaboradas, de modo muy destacado, por la Organización Internacional del Trabajo.

Algunas de ellas tienen también un alcance general, pero incluyen entre sus previsiones a las personas con discapacidad: singularmente, el Convenio n° 111 y la Recomendación n° 111 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación²⁸, donde se prohíben las discriminaciones en el empleo que tengan su sede, entre otras razones, en la discapacidad. Estas discriminaciones a las que se refiere pueden haber nacido de una ley, aunque la prohibición no se limita a ellas, haciéndose extensiva a las que resulten de la práctica que, en realidad, son las más frecuentes²⁹. Teniendo en cuenta que las situaciones proscritas son tanto las que limitan las oportunidades de encontrar un empleo como las que perjudican a la persona en sus condiciones de trabajo³⁰.

²⁶ La justicia social es esencial para garantizar una paz universal y permanente, OIT, *Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, 86ª reunión CIT, Ginebra, junio de 1998.

²⁷ DUDH —artículo 23—; PIDESC —artículo 6.1—; CSE de 18 de octubre de 1961 —artículo 1º—.

²⁸ Aprobados por la Conferencia Internacional del Trabajo de 25 de junio de 1958.

²⁹ VALTICOS, *Derecho internacional del trabajo*, Tecnos, 1977, p. 273 y 277 afirma que «la discriminación es cada vez menos resultado de legislaciones nacionales, aparte de algunos casos excepcionales. Se debe frecuentemente a actitudes de individuos y de grupos debidas a prejuicios o a intereses. La lucha contra tal fenómeno social no debe, pues, limitarse a medidas de orden legislativo, sino a una acción en el plano práctico, y especialmente una acción educativa. Más aún, la desigualdad de oportunidades y de trato deriva con frecuencia de la desigualdad de condiciones económicas de diversos grupos técnicos o más simplemente de diferencias de situaciones individuales relativas a la instrucción, a la formación recibidas, al sexo o al medio en que se vive».

³⁰ VALTICOS, *ob. cit.*, p. 270.

El alcance de esta norma se proyecta a través de la doble preocupación mencionada: no sólo pretende eliminar las desigualdades de trato (aspecto negativo), sino también promover la igualdad de oportunidades (aspecto positivo)³¹. En este sentido, no sólo promueve la adopción de medidas concretas, sino que además salva las posibles críticas que pudiesen llegar desde aquellos colectivos que no se vean por ellas favorecidas. De este modo, las medidas especiales de protección que se adopten con la misión de satisfacer las necesidades particulares de determinadas personas no se consideran discriminatorias con respecto a las demás (artículo 5 del Convenio 111), lo que legitima la desigualdad cuando la misma sea precisa para aproximarse a la igualdad.

Asimismo, la OIT dispone de otros instrumentos específicos, dedicados en exclusiva a las personas con discapacidad. Cronológicamente hablando, el primero es la Recomendación 99 sobre la adaptación y readaptación profesionales de las personas inválidas³², fuente de la que se nutrían las diferentes legislaciones nacionales en esta materia. Posteriormente, y con el mismo título, fueron adoptadas dos nuevas disposiciones, el Convenio 159 y la Recomendación 168³³, que vienen a completar las previsiones contempladas en la Recomendación 99.

Estas normas realizan, en conjunto, una propuesta integral de medidas o acciones positivas de empleo para las personas con discapacidad que, en línea con el Convenio 111, no pueden ser consideradas como discriminatorias respecto de los trabajadores sin discapacidad (artículo 4 Convenio 159). En esta propuesta conviene resaltar un elemento siempre presente en cualquier plan integrador: la integración, para ser plena, debe aproximarse a lo que es común, a conseguir que los recursos a los que se acceda sean, en la medida de lo posible, los utilizados normalmente por el resto de los ciudadanos. Lo que aquí se expone ha recibido el nombre de principio de normalización³⁴ y relega los tratamientos especiales a las situaciones

³¹ VALTICOS, ob. cit., p. 270; SALA FRANCO, «La libertad de contratación empresarial», en *Estudios de Derecho del trabajo —en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, 1980, p. 362.

³² Aprobada por la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) el 22 de junio de 1955.

³³ Aprobadas por la CIT el 20 de junio de 1983. Sobre su aplicación, puede verse, OIT, Informe III (Parte IB), Estudio General de las memorias relativas a la aplicación del Convenio 159 y la Recomendación 168, Informe de la Comisión de Expertos, 86ª reunión CIT, Ginebra, junio de 1998.

³⁴ Este principio, que inspira los sistemas de integración de las personas con discapacidad, ha sido definido por la OIT en el *Glosario de rehabilitación profesional y empleo de*

en las que las particularidades de cada sujeto impiden la utilización de los servicios ordinarios. Como podrá observarse, este principio alienta las políticas de integración más avanzadas.

Un trabajo similar han realizado las Instituciones europeas. En efecto, tanto el Consejo de Europa como la Unión Europea han elaborado diversos instrumentos que siguen la línea que se ha trazado internacionalmente.

El Consejo de Europa, por su parte, viene contemplando particularmente los derechos de las personas con discapacidad desde la propia Carta Social Europea (artículo 15), sobre la base de que el descuido de la protección de sus derechos ciudadanos y de mejorar sus posibilidades constituye una ofensa a su dignidad humana. Entendiendo, además, que esta desatención se traduce en una pesada carga financiera que, además, perpetúa innecesariamente los niveles de dependencia de muchos de ellos. Desde esta premisa, el Consejo de Europa ha tenido un singular interés por el colectivo, y especialmente por su situación laboral. En este terreno, la Resolución AP (84) 3 y su Anexo sobre una política coherente para la rehabilitación de las personas minusválidas³⁵ constituye, sin duda, uno de los textos más específicos y completos de delimitación de las políticas de integración laboral.

Por lo que respecta a la Unión Europea, son múltiples y diversos los trabajos que han contemplado esta problemática. Entre ellos, debe destacarse, entre otras, la Recomendación de 24 de julio de 1986 sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad, que mantiene un diseño similar al realizado por la Resolución AP (84) 3 del Consejo de Europa. Junto a ella, son múltiples las Resoluciones elaboradas³⁶, aunque su valor es próximo al de las declaraciones

los incapacitados, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra 1981, p. 167, como «aquel principio basado en el hecho de que la persona incapacitada, además de las necesidades debidas a su condición, tiene por lo común las mismas necesidades económicas, sociales, culturales y de otros órdenes que las demás personas, pero que no siempre posee la capacidad para adaptarse o integrarse totalmente. Como tiene derecho a que se lo ayude a adquirir un comportamiento, un aspecto exterior y una experiencia lo más semejante posible a las normas y esquemas de la colectividad se le debería brindar el máximo de apoyo y posibilidades en la organización de su vida, la enseñanza, el trabajo, las diversiones y otros aspectos importantes de la vida en sociedad».

³⁵ En su traducción española, efectuada por el INSERSO. La Resolución y su Anexo fueron aprobados por el Comité de Ministros el 17 de septiembre de 1984.

³⁶ Pueden destacarse la Resolución del Consejo de 27 de junio de 1974 relativa al establecimiento del primer programa de acción comunitaria para la readaptación profesional de los minusválidos o la de 24 de julio de 1981 sobre empleo de los minusválidos en la Comunidad.

de principios. La última de ellas, la Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros de 20 de diciembre de 1996, invita a respetar el principio de igualdad —de trato y oportunidades—, y a garantizar el trato equitativo de las personas con discapacidad en materia de empleo y de formación profesional. Y, aun cuando su valor es más político que jurídico, no puede olvidarse el punto 26 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, dedicado a los derechos en el empleo de las personas con discapacidad. O el Libro Blanco de la Comisión sobre Política Social Europea, donde se contempla el compromiso de elaborar un instrumento adecuado para reforzar las normas estándar de la ONU sobre la igualdad de oportunidades para personas discapacitadas³⁷.

El trabajo realizado en este terreno por los Organismos Europeos viene a situar en un plano más próximo las soluciones internacionales. Incluso, es posible afirmar que en algunas ocasiones salvan la habitual precariedad que suele acompañar a los textos de la OIT. Sin embargo, esta generosidad de su contenido material dista mucho de corresponderse con su fuerza, a la hora de imponer a los Estados Miembros la adopción de las medidas en ellas contempladas. La tarea de los Organismos europeos se ha encaminado, básicamente, a fomentar las disposiciones de los diferentes Estados, sin elaborar hasta el momento normas de obligado cumplimiento, directo o indirecto, como podrían ser en la Unión Europea los reglamentos o las directivas. Aunque las modificaciones operadas en Amsterdam y Luxemburgo (Directriz 19) puedan ir modificando esta labor, al hacer más compulsivo el compromiso de los Estados Miembros en este campo.

En todo caso, debe valorarse que aun cuando las previsiones normativas de la Unión Europea no tengan el rango «formal» que sería deseable, la labor de fomento de las políticas y planes de inserción sí se aprecia en el importante esfuerzo realizado desde las instituciones comunitarias. De este modo, diferentes programas de carácter político han contribuido a elevar el nivel de integración de los ciudadanos/as europeos/as³⁸.

³⁷ Estas normas han aparecido ya en el presente trabajo, en el que se conocen por sus siglas NUIO. El Libro Blanco Política Social Europea —un paso adelante para la Unión— fue adoptado por la Comisión el 27 de junio de 1994.

³⁸ Sobre el particular puede verse el trabajo realizado por MADRIGAL, «Política social y servicios sociales en la Unión Europea», en *Administración social: servicios de bienestar social*, AA.VV. (dirigido por ALEMÁN BRACHO Y GARCÉS FERRER), Siglo Veintiuno Editores, 1996, pp. 754 ss. Igualmente, RODRÍGUEZ CASTEDO, «Política social y empleo

2. Los ámbitos de actuación de los programas de integración laboral

Anotadas estas consideraciones, interesa ahora indicar brevemente cuál es el desglose específico de las parcelas en las que, según aquellas normas, deben incidir las políticas de inserción. Así como apuntar qué tipo de fórmulas conforman la batería de medidas de carácter positivo que las mismas proponen.

La estructura general de intervención sugerida en los diferentes textos internacionales y europeos tiene un carácter homogéneo. De este modo, tres son los ejes en torno a los cuales giran los programas de integración social e, igualmente, aquellos que se ocupan de la inserción laboral: la prevención, la rehabilitación y la equiparación de oportunidades.

2.1. La importancia de los factores preventivos

El primer aspecto que la normativa internacional y supranacional ha venido destacando, como elemento primario y fundamental de una adecuada política de tratamiento de la discapacidad, consiste precisamente en evitar que ésta se manifieste o, en último caso, se agrave. En este sentido, la prevención debe entenderse como la adopción de medidas encaminadas a impedir que se produzca un deterioro físico, intelectual, psiquiátrico o sensorial (prevención primaria), o a impedir que ese deterioro cause una discapacidad o limitación funcional permanente (prevención secundaria)³⁹.

La prevención es, como en cualquier otra área de incidencia humana, fundamental en el mundo productivo. Su importancia ha ido evolucionando, básicamente, a través de las normas internacionales y europeas sobre la seguridad en el trabajo, en las que los factores preventivos han ido adquiriendo primacía sobre los exclu-

de las personas con discapacidad en la Unión Europea», en *La situación del empleo de las personas con discapacidad en España. Propuestas para su reactivación*, E.L.E., Madrid 1998, pp. 61 ss.

³⁹ NUJO —Introducción, apartado 22—, siguiendo las directrices marcadas por el PAMD. Sobre la noción de prevención primaria y secundaria puede verse a CASADO PÉREZ, ob. cit. (1993), p. 57. Los trabajos de alguna Organización vinculada a Naciones Unidas también se han pronunciado recientemente sobre la importancia de la prevención. Este es el caso de Rehabilitación Internacional, que dedicó a este tema la Declaración de la Asamblea celebrada en Auckland en 1996, y que reproduce el B.R.P. 36/1997, pp. 114 ss.

sivamente recuperadores. En el ámbito internacional, el máximo exponente lo constituye el Convenio 155 de la OIT. Al respecto de la UE, la seguridad en el trabajo ha sido el único aspecto socio-laboral (junto con la Seguridad Social, si acaso) en torno al cual se ha elaborado una sólida estructura normativa, de la que en la actualidad es elemento nuclear la Directiva 89/391 (conocida como Directiva Marco) y sus directivas de desarrollo y complementarias. En ellas debe encontrarse el fundamento de las actuales previsiones españolas en la prevención en el trabajo y, por tanto, de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales.

Uno de los aspectos fundamentales de este proceso preventivo viene determinado por el principio de adaptación del trabajo a la persona⁴⁰, pieza clave tanto en el aspecto primario como secundario de la prevención, así como para permitir una integración normalizada de la persona con discapacidad al empleo. En este principio es primordial la utilización de la ergonomía, a través de la cual se analiza tanto la adecuación de los tiempos y ritmos de trabajo, como la de los puestos, máquinas y herramientas, o los factores ambientales⁴¹.

2.2. *La rehabilitación y orientación profesional como proceso inicial y continuo de la integración laboral*

Una de las fases vitales en el proceso de colocación y recolocación de las personas con discapacidad en el empleo es la rehabilitación. Este aspecto de la integración es un proceso encaminado a lograr que las personas con discapacidad estén en condiciones de alcanzar y mantener un estado funcional óptimo desde el punto de vista físico, sensorial, intelectual, psíquico o social, de manera que cuenten con medios para modificar su propia vida y ser más independientes. La rehabilitación puede abarcar medidas para proporcionar o restablecer funciones o para compensar la pérdida o la falta de una función o una limitación funcional. Comprende una amplia variedad de técnicas y actividades, que van desde la rehabilitación más básica y general hasta las actividades de orientación específica⁴².

⁴⁰ Idea destacada, entre otros muchos, en el estudio elaborado por la OIT, *Adaptación de empleos para inválidos*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra 1972.

⁴¹ Sobre ergonomía en el trabajo vid. SAGASTIBERRI, *Ergonomía: una nueva organización de la producción y de la empresa*, Deusto, 1985, p. 479, o CALATAYUD SARTHOU/CORTÉS VIZCAINO, *Lecciones de salud laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia 1993.

⁴² NUIO —Introducción, apartado 23—. Resolución AP (84) 3 del Consejo de Europa. OIT, Normas internacionales del trabajo sobre readaptación profesional. (Di-

Los mecanismos de integración laboral deben contener, necesariamente, procesos que contemplen la rehabilitación profesional, lo que ha sido una constante desde la Recomendación n° 71 de la OIT, que sentó las bases de la que ha sido y es la legislación en esta materia⁴³. Entendida como aquella capaz de permitir que la persona con discapacidad obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo⁴⁴ incluye, entre las medidas a adoptar, aquellas dirigidas a crear servicios de orientación y formación profesional⁴⁵. En todo el proceso deben aplicarse, cuando sea posible, los métodos y recursos empleados con todos los trabajadores, incluyendo procesos de colocación adecuados⁴⁶.

2.3. *La igualdad de oportunidades en el empleo como objetivo*

Lograr la igualdad de oportunidades es conseguir que los diversos sistemas de la sociedad, el entorno físico, la educación, el empleo, la Seguridad Social, la información, etc. se pongan a disposición de todos. El principio de igualdad de derechos significa que las necesidades de cada persona tienen igual importancia, que esas necesidades deben constituir la base de la planificación de las sociedades y que todos los recursos han de emplearse de manera que garanticen que todas las personas tengan las mismas oportunidades de participación⁴⁷.

Lo que se pretende es impedir la diferencia de trato, permitiendo que las personas con discapacidad no sufran limitaciones para ocupar aquellos puestos de trabajo para los cuales están preparados. Así como permitir el aprovechamiento de las oportunidades existentes, para lo cual es preciso hacer hincapié y potenciar sus aptitudes y

rectrices para su aplicación), OIT, Ginebra 1984, p. 23 y OIT, Centro de evaluación de aptitudes y preparación de inválidos para el trabajo, OIT, Ginebra 1984, p. 1.

⁴³ OIT, Informe VI (1) sobre readaptación profesional de la Conferencia Internacional del Trabajo, 68ª Reunión, OIT, Ginebra 1982, p. 21.

⁴⁴ Convenio 159 OIT —artículo 1.2—.

⁴⁵ Recomendación 99 OIT —III, 3 y 4—. Su objeto es determinar las actividades que más convienen a la persona minusválida, teniendo en cuenta el empleo que tuvo anteriormente, sus aptitudes y deseos personales, las exigencias concretas de las profesiones consideradas y las posibilidades del mercado, Resolución AP (84) 3 del CE —IV.1—. La formación profesional debe favorecer la adquisición del mayor nivel posible de cultura general, de formación polivalente y de conocimientos técnicos y científicos, Resolución AP (84) 3 —VI.1—.

⁴⁶ Recomendación 99 OIT —III, 5 a 11—.

⁴⁷ NUJO —Introducción, apartado 24 y artículos 5 a 8—.

capacidades para el trabajo, sin que la evaluación de sus habilidades potenciales resida, precisamente, en el cálculo de su discapacidad. Las personas con discapacidad deberán, por tanto, disfrutar de igualdad de oportunidades y de trato en cuanto al acceso, la conservación y la promoción en un empleo que, siempre que sea posible, corresponda a su elección y a sus aptitudes individuales⁴⁸.

Pero, conseguir el ingreso, la conservación y el progreso en el trabajo de las personas con discapacidad requiere, en muchas ocasiones, adoptar medidas de empleo específicamente dirigidas a ellas. Lógicamente, y como consecuencia de la heterogeneidad del propio grupo y de las propias circunstancias que rodean al mercado de trabajo en cada realidad, se propone que las medidas se ejecuten en un triple ámbito de actuación, intentando acomodar las diferentes necesidades en juego.

En primer lugar, existe pleno acuerdo normativo y doctrinal al proponer, como objetivo primario, que el acceso y mantenimiento en el trabajo se lleve a cabo dentro de los cauces ordinarios de empleo⁴⁹.

Ahora bien: cuando ello no sea biológica o formativamente posible, la vía de inserción se encuentra en el empleo especial o protegido, que tiene un carácter subsidiario de aquél. El empleo protegido no encuentra una única concepción, sino que puede entenderse de forma múltiple, en el marco de las diversas modalidades de empleo para las personas con discapacidad. Su objetivo es doble: dar a estas personas una posibilidad para ejercer un empleo y prepararlas para el empleo ordinario de trabajo⁵⁰.

Finalmente, para situaciones límites se contempla una fórmula residual: los centros ocupacionales. Estos centros funcionan como una vía formativa y de habituación al trabajo para personas con limitaciones de suma gravedad (mediante el apoyo psicológico, médico, social y profesional que precise), sin que pueda hablarse de

⁴⁸ Recomendación 168 OIT —II.7—.

⁴⁹ AZNAR LÓPEZ, «Introducción al empleo de personas con minusvalía. Tendencias internacionales», en *Acceso al empleo público de las personas con minusvalía*, Ministerios de Asuntos Sociales, Real Patronato de Prevención y Atención a las Personas con Minusvalía, Documento 13/92, Madrid 1992, p. 31.

⁵⁰ Con exhaustividad, la Resolución AP (84) 3 del CE determina qué debe entenderse por empleo protegido. En este sentido, estima que es necesaria la creación de centros productivos que sean competitivos en el mercado. Pueden ser independientes, pero también puede hablarse de otras formas de empleo protegido, como son los enclaves o grupos de trabajadores que trabajen con apoyo en la empresa ordinaria, o el trabajo a domicilio.

la existencia de una relación laboral entre las personas con discapacidad y el Centro.

¿Cuáles son las técnicas y medidas específicas aconsejadas por las diversas normas y textos internacionales y supranacionales⁵¹?

En el mercado ordinario, las propuestas son diversas. De un lado, los incentivos económicos: a la contratación; para compensar los costes provocados por la movilidad del trabajador que ha visto modificada su capacidad productiva; y para financiar parte de los costos laborales, la adaptación de los puestos de trabajo o la compra de material. De otro, la regulación de un régimen jurídico-laboral adecuado tanto en lo referente a tiempos de trabajo (mayores tiempo de descanso cuando se precise) como salariales (remuneración acorde a los niveles de rendimiento). Y, por último, el establecimiento de fórmulas coactivas como la reserva de empleo, la preferencia de mantenimiento en ciertos puestos de trabajo, y/o la recolocación de los trabajadores que recuperen total o parcialmente su capacidad laboral.

Por lo que respecta al trabajo protegido, se estima igualmente necesaria la dotación de recursos públicos que contribuyan a su creación y mantenimiento (en cualquiera de sus formas, Centros Especiales, cooperativas, enclaves protegidos en empresas ordinarias, trabajo con apoyo, trabajo a domicilio), a través de ayudas a los costes técnicos, salariales, de adaptación, entre otros. Y, asimismo, el establecimiento de un régimen jurídico que recoja las particulares circunstancias en las que el trabajo se lleva a cabo.

Junto a estas medidas, son necesarias otras de carácter más genérico, pero que sin duda inciden substancialmente en el éxito de las anteriores. Son aquellas que hacen referencia a la eliminación de barreras y obstáculos físicos y arquitectónicos, a la existencia de medios de transporte adecuados y al fomento de campañas de información pública, entre otras.

Tal y como se ha ido describiendo, los Organismos internacionales (básicamente la OIT) y europeos han perfilado las herramientas

Sobre las distintas formas de empleo protegido propuestas por la Unión Europea puede verse GARCÍA DÍEZ, «Nuevo concepto de empleo protegido en la UE», *Minusval* 106/1997, pp. 15 ss.

En España se ha optado, como se verá más adelante —C.3— por el trabajo en Centros Especiales, en los que las personas con discapacidad se unen contractualmente a los empleadores a través de una relación especial de trabajo.

⁵¹ Convenio 159 y Recomendaciones 99 y 168 de la OIT —II.11—, básicamente, y N.U.I.O. —artículo 7^o—, o Resolución AP (84) 3 del CE, entre otras normas.

que delimitan las áreas de intervención en la lucha antidiscriminatoria de las personas con discapacidad en el mundo del empleo. De este modo plantean, a los diferentes Estados, cómo concretar sus actuaciones para luchar contra la situación de marginalidad laboral que pesa sobre este colectivo, aún cuando está claro que cada Estado dispone de un amplio margen de manobra en la recepción de aquellos principios y mandatos.

II. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN EL DERECHO SOCIAL ESPAÑOL PRECONSTITUCIONAL

3. Una primera aproximación

El diseño de los planes de integración laboral descritos hasta el momento ha ido, paulatinamente, asumiéndose por las normas españolas. De esta forma, puede decirse que la inserción laboral de las personas con discapacidad tiene, en el Ordenamiento español, una sintonía bastante próxima a la que se respira en el contexto internacional y supranacional del que forma parte.

Sin duda, el cambio político acaecido en España a finales de los setenta supuso una modificación importante en los parámetros de tratamiento de esta problemática. En este sentido, es esencial la proclamación e irradiación de los derechos fundamentales en todo el conjunto del ordenamiento jurídico y en el conjunto de la sociedad civil, lo que indudablemente conecta con la idea del Estado social de Derecho⁵². Igualmente ha sido trascendental la puesta al día realizada como consecuencia de asumir compromisos internacionales (10.2 y 96.1 CE), actividad reforzada con la integración en la (entonces) Comunidad Económica Europea⁵³.

Sin embargo, la actual situación del Derecho español no deviene, en exclusiva, de estos importantes acontecimientos contemporáneos. Con anterioridad, las tendencias ideológicas externas, que abogaban por un modelo de Estado más social, habían ido ya posi-

⁵² RODRÍGUEZ PIÑERO, *ob. cit.* (1996-3), p. 14.

⁵³ Mediante estas vías jurídicas el ordenamiento laboral ha conseguido, por una parte la depuración de normas legales contrarias o incompatibles con la Constitución y, por otra parte, la precisión del alcance de los derechos fundamentales reconocidos a los trabajadores. MARTÍN VALVERDE, «Prólogo», *Derechos fundamentales y contrato de trabajo*, COMARES, 1998, p. XII.

tivizándose a nivel interno⁵⁴. Bien es cierto que estos orígenes normativos estaban lejos, aún, de construir un verdadero Estado social. Pero algunos de sus ascendientes jurídicos no son tan lejanos.

En efecto, el inicio de una fórmula de protección social (más o menos estructurada) con cierto parecido a la actual viene a situarse en Europa a fines del siglo XIX. Hasta ese momento, y desde el siglo XI, las situaciones de necesidad y pobreza eran asistidas mediante donaciones eventuales, marginales y graciosamente otorgadas, próximas al paternalismo y la caridad⁵⁵.

Las cosas empiezan a cambiar en los albores del siglo XX, cuando el Estado comienza a adquirir protagonismo en la creación de coberturas de riesgos sociales y, sobre todo, de las consecuencias de su actualización: penuria, pobreza e indigencia. Aun cuando la protección de estas necesidades no respondía, en ese primer instante, a una política estatal inexistente en una materia que aún no se entendía propia⁵⁶, lo cierto es que vino a perpetuar, casi hasta el día de hoy, una doble dinámica protectora que se presentaba ya en los mecanismos de asistencia privada existentes hasta la fecha: una, la de las personas que estaban, o habían estado, vinculadas al trabajo; otra, la de aquellas personas que nunca se habían incorporado al mundo productivo.

Esta duplicidad se manifestaba a la hora de proteger las contingencias y necesidades de carácter general. Quien no se había incorporado al mercado de trabajo, normalmente, dependía de las dádivas de la beneficencia privada o pública. Sin embargo, los mecanismos de protección de aquellas personas vinculadas al mundo del trabajo se movían al son de unas notas radicalmente diferentes. En este sentido, los sistemas de Previsión social, fundamentalmente los Seguros Sociales, amparaban las situaciones de necesidad acontecidas ante la manifestación de los riesgos protegidos, entre las que se encontraba la invalidez o incapacidad para el trabajo⁵⁷.

⁵⁴ Un breve análisis sobre el particular puede consultarse en MONTALVO CORREA, «Los discapacitados y el derecho del trabajo», en *La situación del empleo de las personas con discapacidad en España. Propuestas para su reactivación*, E.L.E., Madrid 1998, pp. 181-184.

⁵⁵ MUÑOZ MACHADO, «La crisis del Estado del Bienestar y la cuestión de la reversibilidad de los derechos sociales: el caso de los minusválidos», en *La integración social de los minusválidos*, Escuela Libre Editorial, Madrid 1993, p. 22.

⁵⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO, «El Estado y la Seguridad Social. (Notas a la base preliminar de la ley de Bases de la Seguridad Social)», R.P.S. 61/1964, pp. 42-43.

⁵⁷ Como puede verse en los trabajos de ALONSO OLEA, *Instituciones de Seguridad Social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1959, BORRAJO DACRUZ, *Estudios jurídicos de Previsión social*, Aguilar, Madrid 1962, y RODRÍGUEZ PIÑERO, ob. cit. (1964).

Pero también el Derecho del trabajo comenzaba ya a contemplar distintas fórmulas que pretendían resolver los efectos de la imposibilidad laboral por causas psicofísicas. La primera y más importante, no por su ubicación cronológica sino por la fuente de la que emana y por sus consecuencias, viene paradójicamente de la mano de previsiones de tinte excluyente. En esta perspectiva se enmarca la posibilidad empresarial, contemplada en las Leyes de Contrato de Trabajo⁵⁸, de extinguir el contrato por ineptitud del trabajador respecto a la ocupación o trabajo para la que fue contratado. Causa de despido a la que, como parece evidente, se reconducían las situaciones de incapacidad laboral. La lógica consecuencia de esta norma, la expulsión del trabajador incapacitado del mercado de trabajo, venía a ser únicamente compensada mediante el régimen indemnizatorio derivado de los sistemas de Previsión social.

Se encontraban ausentes, por tanto, mecanismos de mantenimiento, preferencia o reingreso que facilitarían la no salida o reentrada en el empleo. No obstante y, en alguna medida, algunas normas buscaban ya soluciones a este problema. En este sentido y sin que pueda hablarse de verdadera política recolocadora, los primeros pasos vinieron de las normas sobre colocación obrera⁵⁹ que, en cualquier caso, venían a ser más declarativas que efectivas. Circunstancialmente, a través de la creación de asociaciones específicas de personas con discapacidad. O, en la terminología de aquel entonces, de inválidos para el trabajo, incluyéndose paulatinamente aquí tan-

⁵⁸ Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 —artículo 89, 6ª— y Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 —artículo 77 d) —.

⁵⁹ A nivel marginal, puede citarse un vetusto Real Decreto de 11 de enero de 1887, por el que se crea el Asilo de inválidos del Trabajo, y en el que su artículo transitorio habla ya de la posibilidad de los empresarios de «distribuir a los inutilizados dándoles preferencia sobre los que lo estén para determinados trabajos». En una línea más sólida, las primeras normas sobre colocación obrera (en las que se habla ya de orientación, selección, formación y reeducación obrera) incorporan en su campo de aplicación a los inválidos para el trabajo. Por hacer una somera descripción normativa histórica, pueden citarse la Ley de 27 de noviembre de 1931 sobre colocación obrera, desarrollada por Decreto de 6 de agosto de 1932; el Decreto de 13 de junio de 1935 que crea el Patronato Nacional de Socorro a los Parados; la orden de 8 de noviembre de 1940 del Ministerio de Gobernación que regula el régimen de las asociaciones de inválidos; la ley de 10 de febrero de 1943 que regula la colocación obrera; el Decreto de 6 de junio de 1949, que crea el patronato de la Lucha contra la Invalidez; el Decreto de 28 de junio de 1957 que crea el Patronato de Rehabilitación y Recuperación de Inválidos; la orden de 29 de noviembre de 1958 por la que se constituye la Asociación de Inválidos Civiles; o el Decreto 1254/59, de 9 de julio, del Reglamento de la colocación obrera.

to a los excluidos del trabajo de manera sobrevenida como originariamente. La mayoría de las veces, a través de normas de carácter general, en la que el tratamiento de estas personas era, cuanto menos, poco delicado.

Con todo, un gran paso en esta secuencia se contempla en dos Ordenes Ministeriales de 1950 y 1952⁶⁰. En ellas se contempla por vez primera el derecho a la readmisión obligatoria de «obreros accidentados» y «obreros inútiles» dados de alta más tarde para el trabajo. Qué duda cabe que en su elaboración tuvieron que ver los principios de las incipientes teorías rehabilitadoras iniciadas tras la Segunda Guerra Mundial.

Estaban ya empezando a sentirse en España las nuevas corrientes e ideas que alentaban en el exterior. El Fuero de los Españoles de 1958, con todas sus limitaciones, incorpora en alguna medida estos planteamientos, viniendo a significar su acogida un cambio importante en la actitud del Estado en materia de protección social⁶¹.

4. Un salto cualitativo en las políticas de inserción

La consecuencia más importante es el cambio en la política legislativa estatal de atención de las situaciones de necesidad, cuyo reflejo tiene una doble manifestación. En primer lugar y a nivel genérico, la construcción de un sistema público de cobertura de necesidades sociales. Se encuentran aquí, de un lado, la creación del sistema de Seguridad Social. De otro, el cambio de terminología y criterio del tratamiento de las personas de ella excluidas: se pasa de la Beneficencia pública a la Asistencia social. En segundo lugar, y a nivel específico, se elabora el primer instrumento sistematizado de integración laboral de las personas con discapacidad.

En efecto, la construcción del sistema de Seguridad Social, mediante la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963, supuso un paso de gigante. Y lo hace no sólo por lo que viene a significar como nueva fórmula de protección social, sino también por lo que respecta al tratamiento de las políticas de atención a las personas con

⁶⁰ OO.MM. del Ministerio de Trabajo de 31 de mayo de 1950 y de 20 de mayo de 1952. Estas normas han estado presentes, en una u otra medida, en la discusión doctrinal y judicial sobre la reincorporación a la empresa de los inválidos recuperados, al menos, hasta la última reforma del Estatuto de los Trabajadores en 1994.

⁶¹ RODRIGUEZ PINERO, ob. cit. (1964), p. 48.

discapacidad. Comienza así un nuevo período, en el que esta política viene diseñada a través de procesos de carácter dinámico, exigidos por el fin mismo de la protección⁶².

A pesar de todo, la Seguridad Social no varía la duplicidad existente en el acceso a las prestaciones económicas que sigue siendo, sustancialmente, distinta para aquellas personas incluidas en su ámbito subjetivo (trabajadores y familiares) y para aquellas excluidas (no trabajadores)⁶³. Pero sí lo hace cuando se trata de hablar de medidas de recuperación e integración en el trabajo, contemplando por primera vez las medidas de recuperación profesional y empleo selectivo. Medidas que han estado, y están, presentes en todas las Leyes reguladoras del sistema de Seguridad Social⁶⁴. De este modo, y aun cuando algunas de las fórmulas de empleo propuestas ya habían aparecido (tangencialmente) en el Derecho español, se plantea en ese instante un conjunto de técnicas de integración en el trabajo de las personas con discapacidad. Ciertamente, la propuesta legal plantea las lógicas dificultades aplicativas que se derivan de la inexistencia de un desarrollo reglamentario adecuado.

Este llegó a través del Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, de empleo de trabajadores minusválidos⁶⁵. Esta norma nace, según cuenta su propia Exposición de Motivos, con un doble objetivo. De un lado, ya se ha dicho, desarrollar las previsiones legales. De otro,

⁶² AZNAR LÓPEZ, «La protección dinámica de la minusvalía en la seguridad social española», *R.T.* 53/1976, p. 128.

⁶³ En el primer caso, mediante las prestaciones de invalidez, ya existentes con anterioridad, de las que puede variar el régimen jurídico, pero no la imposibilidad de su acceso a quien no se encuentra en el campo de aplicación del sistema. En el segundo caso, mediante la construcción de un «intrincado e irregular conjunto de prestaciones, dispensadas unas veces por organismos públicos de carácter local, otras por entidades privadas, conforme a criterios más cercanos a la idea de beneficencia que a la de prestación social de naturaleza reglada», tal y como afirma GONZÁLEZ ORTEGA, «Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y calificación», *T.L.* 7/1986, p. 55.

⁶⁴ Las medidas de empleo selectivo, contempladas por la Ley 193/1963 de Bases de la Seguridad Social, se encuentran asimismo recogidas —y ampliadas— por la Ley de Seguridad Social de 1966 (Decreto 907/1966, de 21 de abril) —artículo 142.2ª—, la Ley General de Seguridad Social de 1974 (Decreto 2065/1974, de 30 de mayo) —artículo 151— y la actual Ley General de Seguridad Social de 1994 (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio) —artículos 157 y ss.—.

⁶⁵ Este Decreto se dictó en desarrollo de la Ley de Seguridad Social de 1966, y constituye el antecedente original del actual Real Decreto 1451/1983. Y, lógicamente, de los que con un contenido material similar hubieron entre uno y otro: los Decretos 1378/1975, de 12 de junio y 1567/1976, de 7 de junio, y el Real Decreto 1327/1981, de 19 de junio.

sistematizar y completar las medidas hasta ese momento existentes en el Ordenamiento español, «con ánimo de perfeccionar la acción ya iniciada en favor de los minusválidos».

El primer logro de esta norma se encuentra en su ámbito subjetivo. De este modo, incluye en su campo de aplicación a las personas que ya habían estado vinculadas al mundo laboral, a las que sobrevino su discapacidad a su colocación, debiendo a ésta su exclusión del trabajo (artículo 21). Pero también a aquellas otras que nunca habían estado incorporadas al mundo productivo o que, habiendo estado, no eran beneficiarias de las medidas de protección derivadas del sistema de Seguridad Social (artículo 22).

El segundo, su contenido material, donde introduce medidas de índole diversa. Recoge las líneas trazadas en el ámbito internacional y supranacional y diversas experiencias comparadas, y fija ya la ruta seguida por el Derecho español contemporáneo. De las medidas contempladas en este Decreto interesa destacar aquí, en primer lugar, las de empleo protegido, entre las que se encuentran la reserva de empleo⁶⁶, la preferencia para ocupar determinados trabajos (artículo 10), o la reincorporación a las empresas de los trabajadores recuperados que hubieran cesado en ellas debido a la disminución de su capacidad (artículos 13 y 14). En segundo lugar, los incentivos económicos para la creación de empleo, a otorgar bien cuando las empresas integren en su plantilla a trabajadores con estas características⁶⁷, bien para la creación de Cooperativas o de empleo autónomo (artículo 19). Y, por último, establece ayudas para la creación, ampliación y mejora de Centros de Empleo Protegido⁶⁸.

Junto a las medidas recogidas por el Decreto 2531/1970, puede completarse esta somera revisión histórica con otra citada anteriormente: la preferencia de mantenimiento en el empleo. Las normas laborales no contemplaron esta posibilidad hasta 1972⁶⁹.

⁶⁶ «Las empresas cuya plantilla exceda de cincuenta trabajadores fijos reservarán al menos un dos por ciento de la misma para los trabajadores minusválidos incluidos en el Censo respectivo» —artículo 11—. El Censo al que se refiere viene regulado en el artículo 3º, ya contemplado anteriormente en otras normas, y viene a ser el actual Registro de trabajadores minusválidos de las Oficinas de Empleo.

⁶⁷ «... siempre y cuando superen la proporción de trabajadores ocupados en cumplimiento de la obligación de reserva» —artículo 16—.

⁶⁸ Regulados en el artículo 17 (modificado por el Decreto 1567/1976, de 7 de junio), son los precursores de los actuales Centros Especiales de Empleo. Alguna norma anterior había también contemplado esta posibilidad, como el Decreto de 6 de junio de 1949.

⁶⁹ Concretamente, en el artículo 15 del Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre. Posteriormente, esta medida fue también contemplada en el artículo 22 del Decreto

A partir de ese momento, los trabajadores con capacidad disminuida se sitúan en último lugar de salida en caso de despidos por reestructuración de plantillas. Esta técnica de empleo aparece, seguramente, influida por el empuje que estas políticas obtienen en la década de los setenta. Pero también por la transformación del despido colectivo durante esa época. En ese momento, esta posibilidad extintiva no es tanto una decisión empresarial sometida a un control administrativo, sino más bien una propuesta empresarial objeto de una decisión administrativa. Ello supone que la decisión administrativa habría de referirse no sólo al «sí» de la decisión y a su alcance extintivo o suspensivo, sino también a «quiénes» afectaba al expediente de regulación de empleo, decisión «subjetivada»⁷⁰.

No obstante, esta posición normativa ha sido efímera. De este modo, ni las sucesivas reformas de la normativa laboral genérica, de las normas de Seguridad Social, o de la normativa específica de integración de personas con discapacidad han incluido medidas en este sentido. Ello ha dado lugar a determinadas desavenencias doctrinales sobre la permanencia de los criterios legales y reglamentarios que, lamentablemente, parecen haber concluido en sentido negativo⁷¹, sin que hasta el momento exista una previsión normativa en este sentido que parece, a estas alturas, imprescindible.

2484/1974, de 20 de junio y en el artículo 13.2 de la ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales.

⁷⁰ RODRÍGUEZ PIÑERO, «La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y su control (I)», *R.L.* Tomo I/1989, p. 27.

⁷¹ Sobre el particular, *vid.* RODRÍGUEZ PIÑERO, *ob. cit.* (1989), pp. 29 y ss., donde se realiza un resumen de los argumentos doctrinales en uno y otro sentido. En contra también del posible mantenimiento de su vigencia GOERLICH PESER, «Los despidos colectivos», *Comentarios a las Leyes Laborales*, Edersa, 1994, pp. 173 y 174.

A favor del mantenimiento en el empleo se ha pronunciado, sobre la base del espíritu y finalidades de la LISMI, la Dirección General de Empleo, a través de la Resolución de 18 de septiembre de 1984, *R.L.* Tomo I/1985, p. 780. No obstante, estas propuestas han sido enmendadas por los Tribunales [SAN de 23 de abril de 1991 y STSJ de Madrid de 13 de febrero de 1991, *R.G.D.* 1991, pp. 10721 y 8085, respectivamente], reiterando la imposibilidad actual de conservar estas preferencias.

Igualmente a favor de conservar las preferencias se ha pronunciado ARAMENDI SÁNCHEZ [«Problemas sustantivos y procesales adyacentes al enjuiciamiento de los despidos por causas económicas», *D.L.* 48/1996, p. 103], aunque la preferencia sólo funciona como un límite, que opera si al elegir al trabajador con discapacidad se transgrede el porcentaje mínimo de reserva de empleo previsto. Eso sí, admite una excepción a este límite, cuando se justifique la necesidad de prescindir de los puestos reservados a estos trabajadores.

III. LA TUTELA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

5. El porqué de una referencia constitucional

La Constitución de 1978 supuso un giro copernicano en la consideración e importancia de los derechos fundamentales en España⁷². Su positivación al máximo nivel normativo supone la interiorización en todos los sectores del ordenamiento, adquiriendo la auténtica dimensión que le corresponde: ser cabecera del ordenamiento jurídico y componente esencial en la teoría de la justicia, al suministrar los necesarios valores axiológicos⁷³.

Ha podido comprobarse cómo las normas preconstitucionales dedicaban parte de su esfuerzo a resolver las dificultades de las personas con discapacidad en sociedad. Los vientos humanizadores y socializantes que soplaban en el exterior se dejaron también sentir en el trato jurídico dispensado a este colectivo, fundamentalmente, a partir de finales de los años sesenta. De este modo, se fue construyendo un entramado normativo que, existente antes de 1978, siguió vigente tras esa fecha, y cimentó las edificaciones jurídicas posteriores. Ahora bien: el impulso constitucional supone hablar de un antes y un después en el ordenamiento jurídico español. Y lo supone, hasta tal punto, que puede decirse que el cuadro normativo que en la actualidad se ocupa de las personas con discapacidad arranca de la Constitución de 1978⁷⁴.

La asunción por parte del Estado de la obligación de velar por los derechos de sus ciudadanos/as imprime al tratamiento un carácter sustancialmente distinto. En primer lugar, porque se adjudica la tarea de defender su dignidad como personas (artículo 10.1). En segundo lugar, porque establece como garantía, protegida al máximo nivel, la igualdad y la no discriminación (artículos 9.2 y 14). En tercer lugar, porque todo ello lo hace declarándose un Estado social y democrático de Derecho (artículo 1), asumiendo sus compromisos internacionales y, sobre todo, asumiendo los dictados de la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 10.2). Y, en cuarto

⁷² En sentido similar, MÉNDEZ MARTÍNEZ, ob. cit. (1998), p. 389.

⁷³ RODRÍGUEZ PIÑERO, ob. cit. (1996-3), p. 13. Para BONNECHÈRE («La reconnaissance des droits fondamentaux comme condition du progrès social», *Droit Ouvrier* junio 1998, p. 249) sin los derechos sociales fundamentales no hay Derecho del Trabajo.

⁷⁴ GARCÍA MURCIA, «La integración laboral del minusválido: líneas básicas de nuestro ordenamiento», *T.L.* 7/1986, p. 41.

lugar, porque de todo ello deriva que considere especialmente a determinados colectivos que requieren necesidades particulares. Así sucede con las personas con discapacidad, exigiéndose a los poderes públicos una política adecuada que les dé la singular atención que precisen, y el amparo suficiente para disfrutar de los derechos que la propia Constitución otorga a todos los ciudadanos (artículo 49).

Por todo ello, aún cuando parte del tratamiento dispensado y muchas de las técnicas y medidas contempladas en las normas infraconstitucionales puedan coincidir con las existentes con anterioridad, las cosas son sustancialmente diferentes. Primero, porque existe ahora una obligación pública de velar por los intereses de las personas con discapacidad. Puede discutirse su alcance, pero es evidente que se puede hablar ahora de una obligación pública, pudiendo reclamarse su impulso y elaboración. Segundo, porque los nuevos principios constitucionales exigen un diseño y una interpretación normativa diferente. Y, tercero, porque el tratamiento se configura con una característica muy importante: su integridad. De este modo, las políticas a desarrollar forman parte de un plan global que, aunque administrado por multitud de organismos, pretende un mismo objetivo: la integración social de las personas con discapacidad. A diferencia de lo que ocurría anteriormente, ya no puede hablarse de normas singulares e independientes, sino de una norma madre, la Constitución, de la que emana una gran norma que planifica integralmente las políticas de inserción: la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (en adelante, LISMI). A su significado y alcance se dedicará la primera parte de estas notas.

Pero las previsiones de la LISMI y sus normas de desarrollo, que vienen a rellenar el espacio creado por el artículo 49 de la Constitución, no son suficientes para completar la panorámica general de los instrumentos que se encargan de tutelar estos derechos. El complemento imprescindible vienen a aportarlo las disposiciones y mandatos que nacen de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución. El derecho a la igualdad y a no ser discriminado son, desde esta perspectiva, vitales en la consecución de los objetivos propuestos. A su contenido y configuración se dedicará la segunda parte del estudio de la tutela en la Constitución.

No obstante, el presente análisis de la discapacidad como causa de discriminación en la Constitución —y sus consecuencias normativas— no pretende ser, en modo alguno, una intensa y profunda reflexión sobre la igualdad y la discriminación. El asunto aquí tratado ha sido elaborado —con intensa y gran autoridad— por nume-

rosa doctrina académica y judicial, lo que convierte en innecesario profundizar en un tema que, por sí mismo, podría acaparar la atención de todo el trabajo. Esto hace que, en estos instantes, no pueda ser sino objeto de una somera atención que sirva, instrumentalmente, a la totalidad de la presente investigación.

En este sentido, es conocido que la discriminación de una persona con discapacidad, y el reflejo social de sus consecuencias, convierten la discapacidad en una minusvalía. Si lo que aquí se pretende es analizar las medidas que garantizan la reposición de la normalidad, parece primario, con carácter previo, estudiar cómo se realiza el examen de su adecuación constitucional. Igualmente, revisar cómo se establece la tutela de las situaciones discriminatorias cuando su origen reside en el padecimiento de una discapacidad. Esta misión se efectuará, de un lado, valorando cómo se controla la constitucionalidad de las desigualdades de trato normativas. Y, de otro, examinando cuál es el alcance de las medidas de protección que tienen como finalidad la búsqueda de una efectiva equiparación de oportunidades.

Una indicación previa. La dificultad de encontrar una extensa gama de instrumentos específicos de protección de la discapacidad ha hecho necesario utilizar otras causas discriminatorias como elementos de comparación. De ellas, quizás sea la discriminación por razón de sexo la que más aportes proporcione. Las diferentes particularidades de cada una de las situaciones impide, no obstante, extrapolar unívocamente a la discapacidad la tutela aplicable a esta otra causa discriminatoria. Sin embargo, lo anterior no es óbice para que el objetivo final del amparo otorgado por la Constitución pueda identificarse, aunque se reconozca la validez de emplear medios diversos que se ajusten a cada una de las circunstancias que concurren en cada una de las causas protegidas.

A. *EL MANDATO ESPECÍFICO A LOS PODERES PÚBLICOS: EL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LISMI*

6. **La necesidad de un instrumento específico de tutela**

El artículo 49 de la Constitución de 1978 garantiza a las personas con discapacidad, de un lado, el derecho a una atención especializada. De otro, el amparo necesario para disfrutar de los derechos comunes a todos los ciudadanos. Con esta previsión, la norma suprema del Ordenamiento prefirió que determinados sectores de la

sociedad española tradicionalmente marginados, como es el caso, fueran protagonistas directos de sus mandatos. Y, al mismo tiempo, proyectaba la imagen de cambio y evolución hacia una sociedad democrática avanzada⁷⁵.

El artículo 49, sin embargo, se encuentra dentro de los llamados principios rectores de la política social y económica, que cuenta *a priori* con el menor grado de protección previsto en la propia Constitución —artículo 53.3—⁷⁶. Desde este punto de vista, este precepto vendría a establecer una especie de principios programáticos, cuya eficacia queda a la expectativa de su desarrollo legal.

No obstante, este artículo constitucional no puede ser visto individualmente. En efecto, se ha planteado su innegable vínculo con otros preceptos constitucionales, como pueden ser el 10.1 (dignidad de las personas), 9.2 y 14 (igualdad y no discriminación)⁷⁷, o los artículos 41 (Seguridad Social) y 43 (derecho a la salud)⁷⁸. Pero, una protección integral de las personas con discapacidad va, incluso, más allá de estas relaciones. En este sentido, puede decirse que el artículo 49 CE debe correlacionarse con todos los artículos de la Constitución Española que se refieren a reconocimiento de derechos individuales y a condiciones de su ejercicio. Y que por ello se les quiere amparar haciendo posible el disfrute de los derechos que el Título II otorga a todos los ciudadanos⁷⁹.

Esta omnicorrelación puede suponer un importante punto de apoyo para potenciar la fuerza normativa del artículo anterior. Si, como la propia Constitución indica, los principios rectores informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (artículo 53.3), el juicio que se haga de cualquier norma parece estar sometido a un filtro constituido por las necesidades que el artículo 49 CE impone⁸⁰.

⁷⁵ VIDA SORIA, «Artículo 49. Protección de los disminuidos físicos», *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1878*, AA.VV. (DIR. ALZAGA VILLAAMIL), TOMO IV, Edersa, 1983, p. 366.

⁷⁶ AZNAR LÓPEZ, «El Defensor del Pueblo y los derechos de las personas con discapacidad», *B.R.P.* 35/1996, p. 8; «el significado más inmediato es la ausencia de un procedimiento preferente y sumario para impetrar su protección ante los Tribunales», PICO LORENZO, ob. cit., p. 177.

⁷⁷ MUÑOZ MACHADO, ob. cit. (1993), p. 16.

⁷⁸ VIDA SORIA ob. cit. (1983), p. 368.

⁷⁹ VIDA SORIA, ob. cit. (1983), p. 369.

⁸⁰ VIDA SORIA, ob. cit. (1983), p. 369; «se trata de principios que han de asumirse por los Tribunales para la interpretación de las leyes», PICO LORENZO, ob. cit., p. 178.

Lo que no parece discutirse a estas alturas por la doctrina es la necesidad de que el contenido de los llamados principios rectores tengan que ser desarrollados por el Legislador. Tal y como está redactado el propio artículo 49 CE y, quizás, también por esa múltiple relación con el resto de los preceptos constitucionales, no parece que la Constitución haya querido sugerir al Legislativo su tratamiento legal, sino que más bien le encomienda dicha tarea como una labor de obligado cumplimiento⁸¹. La norma suprema ha querido así exigir la adopción de medidas específicas dirigidas a superar la desventaja fáctica en la que se encuentran las personas con discapacidad en sociedad, compensando la desigualdad de oportunidades y posibilidades, y haciendo efectivo el principio de no discriminación⁸².

Ahora bien: en la medida en que el artículo 49 CE no contiene precisas coordenadas sobre cómo debe desarrollarse, distintas son las opciones con las que cuenta el Legislativo⁸³. La primera, la realización de una Ley global de protección donde se contemplen los diferentes mecanismos institucionales que desarrollen dicha política. La segunda, a través de una Ley instrumental en la que se fijen, a nivel normativo ordinario, una serie de principios de aplicación concreta en todos los fenómenos de relación social. La tercera consiste en dar cumplimiento a este precepto constitucional sin desarrollarlo directamente, sino elaborando cláusulas o normas específicas, referidas a las personas con discapacidad, en todas las leyes o normas.

No cabe duda de que, aun cuando en el Derecho español la tercera posibilidad esté presente en algunas normas de ordenamiento de sectores específicos (como ocurre en el empleo —Estatuto de los Trabajadores— o en la educación —LOGSE—)⁸⁴, el Legislador prefirió la primera de las opciones apuntadas. De este modo, se eligió elaborar una ley marco, de carácter especial, que definiera las políticas de intervención de manera global y sistemática.

Esta elección no estuvo exenta de críticas. El argumento utilizado planteaba que una norma especial, por su propia naturaleza,

⁸¹ MUÑOZ MACHADO/GARCÍA DELGADO/GONZÁLEZ SEARA (Directores), *Las estructuras del bienestar. Derecho, economía y sociedad en España*, Civitas, 1997, p. 605.

⁸² Así parecen pronunciarse AZNAR LÓPEZ/AZÚA BERRA/NIRO SÁEZ, *Integración Social de los Minusválidos —Comentarios a la Ley 13/1982, de 7 de abril—*, MTSS, Madrid 1982, p. 24.

⁸³ VIDA SORIA, ob. cit. (1983), p. 370.

⁸⁴ GARCÍA MARTÍN, «Derecho y equiparación de oportunidades», *Minusval* 102/1996, p. 19.

presenta una contradicción esencial que la convierte en cierto modo en una norma no deseable. Lo ideal consiste en que una atención especializada y una protección especial se haga desde una política global de desarrollo social, a través de una Ley General de Servicios Sociales, al que tengan derecho todos los ciudadanos, según sus necesidades y peculiaridades⁸⁵. La experiencia de países muy avanzados en estas cuestiones, sin embargo, indicaba lo contrario⁸⁶. Una legislación especial era un paso obligatorio antes de llegar al objetivo final: introducir a la persona con discapacidad en la legislación normal⁸⁷. Y bajo estas premisas se elabora la LISMI, no considerada como un punto de llegada, sino de partida⁸⁸. O, dicho de otro modo, como un primer instrumento de avance, útil y capaz de ir conformando la sociedad y sirviendo la transición desde una situación legal en la que prácticamente la persona con discapacidad esté presente en toda manifestación normativa⁸⁹.

La LISMI se configura, de esta manera, como la primera herramienta legal de carácter especial. Y viene a ser la puesta en práctica de los mandatos que emanan del artículo 49 CE, así como de los textos internacionales, configurando un conjunto coordinado de medidas y un sistema unitario y totalizador⁹⁰. Considerada en ocasiones como una Ley de futuro, programática, en la medida en que su eficacia depende de su desarrollo reglamentario⁹¹, establece y delimita los campos de actuación necesarios para conseguir la integración de las personas con discapacidad en sociedad. En este sentido, incorpora medidas de carácter técnico (prestaciones preventivas, sanitarias, de recuperación y rehabilitación profesional e integración laboral) y económico (ayudas, subsidios y subvenciones)⁹².

Pero la LISMI no opera en el vacío, sino que viene a añadirse a una amplia serie de normas que habían venido regulando esta pro-

⁸⁵ Así se planteó en el debate parlamentario, a través de la enmienda n° 250 del Grupo Parlamentario Socialista (B.O.C.G. —C.D.— n° 68-I Serie B, de 14 de enero de 1980).

⁸⁶ *Vid.* CABRA DE LUNA, «La promoción del empleo de las personas con discapacidad: Una perspectiva de Derecho Comparado», en *La situación del empleo de las personas con discapacidad. Propuestas para su reactivación*, E.L.E., Madrid 1998, pp. 111 ss.

⁸⁷ TRUETA, «Presentación», *La Integración Social de los Minusválidos*, Escuela Libre Editorial, Madrid 1993, p. 9.

⁸⁸ MARAVALL GÓMEZ-ALLENDE, «Política social y discapacidad», *Minusval* 102/1996, p. 14.

⁸⁹ Enmienda n° 250 del Grupo Parlamentario Socialista, cit.

⁹⁰ En este sentido, GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1986), pp. 52-53.

⁹¹ VIDA SORIA, ob. cit. (1983), p. 372.

⁹² GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1986), p. 52.

blemática⁹³ y que se van sustituyendo, y/o completando, paulatinamente, tanto por la propia LISMI como por su normativa de desarrollo⁹⁴. De este modo, por lo que respecta a la integración laboral, las medidas detalladas en su Título VII deben ser puestas en contacto con las ya existentes en el Ordenamiento español y, muy especialmente, con las contempladas por la LGSS y sus normas de desarrollo.

El cuadro normativo construido a raíz de la promulgación de la Ley de Integración Social de Minusválidos constituye la fuente principal de consulta del tratamiento jurídico del que son objeto en España las personas con discapacidad. Ello no significa, lógicamente, que no deban contemplarse otras normas, donde también sus particularidades han sido tratadas. Muy especialmente, en el mundo del trabajo, el Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo.

Aunque también hay que atender a la nueva articulación normativa y administrativa que deriva del Estado de las Autonomías. En efecto, las Comunidades Autónomas, en el marco de sus competencias, también han desarrollado importantes instrumentos de defensa de las personas con discapacidad que, aun cuando su estudio no pueda estar presente en este trabajo por su enorme amplitud, no debe perderse de vista.

B. *EL DERECHO A LA IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN: ARTÍCULOS 9.2 Y 14 DE LA CONSTITUCIÓN*

7. **La igualdad como concepto múltiple**

Las consecuencias del artículo 49 de la Constitución, como se ha afirmado, no pueden ser observadas sin ponerse en relación con los derechos contemplados en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución de 1978: el derecho a la igualdad y el derecho a no ser discriminado.

La igualdad constituye, para las sociedades modernas, un elemento integrador de inevitable consideración para el correcto funcionamiento de sus estructuras. Los éxitos y fracasos de sus manifestaciones se reflejan en el alcance de la convivencia pacífica de sus miembros, y sus consecuencias suelen observarse en la medida en que estos consiguen mayores cotas de equidad y participación.

⁹³ GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1986), p. 54.

⁹⁴ VIDA SORIA, ob. cit. (1983), p. 369.

El ordenamiento jurídico español no había contado, hasta la Constitución de 1978, con un reconocimiento expreso y general del principio de igualdad de trato o de no discriminación⁹⁵. Sin embargo, la defensa constitucional del principio de igualdad, conectada con los orígenes mismos del Estado social y de Derecho y con sus presupuestos ideológicos⁹⁶, parece expresar la firme voluntad de conseguir los valores arriba expresados.

El reconocimiento de la igualdad en la Constitución se sitúa en planos diversos. En primer lugar, como valor superior del Ordenamiento (artículo 1.1), es a la vez presupuesto justificativo y caracterizador de todo el ordenamiento⁹⁷ y, en este sentido, no sólo mediatiza la actuación de los poderes públicos, sino que también inspira todo el entramado jurídico del Estado⁹⁸. En segundo lugar, como requerimiento de búsqueda, en forma de mandato a los poderes públicos, de la igualdad real entre los ciudadanos (artículo 9.2)⁹⁹, y específicamente de las personas con discapacidad (artículo 49). En tercer lugar, y en fin, como reconocimiento abstracto de la igualdad como derecho entre los ciudadanos¹⁰⁰, reflejado en su artículo 14, en sus dos vertientes de búsqueda de una efectiva igualdad formal (primer inciso) y de no discriminación (inciso segundo).

El examen de estos preceptos debe, además, realizarse al amparo de la normativa que *ex* artículo 10.2 CE sirve de fuente inter-

⁹⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Civitas, 1983, p. 29, si bien este autor deja constancia, con amplia cita doctrinal, de que «la doctrina venía sosteniendo, con todo, la vigencia del principio de igualdad de trato en las relaciones de trabajo, a pesar de la ausencia de un reconocimiento general de sus consecuencias en el ordenamiento jurídico español».

⁹⁶ SUAY RINCÓN, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid 1985, pp. 21 y ss. Argumento reiterado por el TC, como puede verse, entre otras, en la STC 269/1994, de 3 de octubre, f.j. 4º.

⁹⁷ RODRÍGUEZ PIÑERO, «No discriminación en las relaciones laborales. Artículo 17.1 del ET», *Comentarios a las leyes laborales* Tomo IV, Edersa, 1983, p. 328.

⁹⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, «La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional», en *Constitución y Derecho del Trabajo*, MARCIAL PONS 1992, p. 165; para MARTÍN DE HUAS, «Libertad empresarial y principio de igualdad en el ejercicio de las facultades disciplinarias en la empresa», *A.L.* 4/1996, p. 96, su papel es el de un principio fundamentador de normas ulteriores.

⁹⁹ Como finalidad esencial del ordenamiento. PALOMEQUE LÓPEZ, «El derecho constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo», en *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del trabajo*, MTSS, 1985, p. 616; MARTÍN VALVERDE, «Estado social y no discriminación en las relaciones de trabajo», en *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, MTSS, 1985, p. 813.

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, *ob. cit.*, p. 168.

pretativa¹⁰¹. Así, y sin descrédito de otras normas internacionales y supranacionales a las que se ha hecho o se hará referencia, cabe traer de nuevo a colación, en general, el Convenio 111 de la OIT (sobre la discriminación en el empleo) y, en especial, el Convenio 159 (sobre la integración laboral de las personas con discapacidad).

La amplitud del alcance de la igualdad en la Constitución plantea fijar aún más el próximo objetivo. De este modo, cabe afirmar que la interdicción de discriminar, en la medida que afecta a las personas con discapacidad (sobre la base de que en ellas se presenta determinada circunstancia vedada) será el punto de referencia a seguir. La efectividad de dicho principio se manifiesta, no obstante, a través de dos mecanismos integradores complementarios. El primero busca la igualdad en el trato, proscribiendo las desigualdades que se sitúan fuera de su marco operativo. El segundo, la efectiva igualdad de oportunidades, aunque para ello deba realizarse un tratamiento desigual. Mientras la primera se asocia a una exigencia de neutralidad, la segunda requiere descubrir y eliminar los obstáculos a los grupos minoritarios¹⁰². No obstante, plantear la tutela desde esta perspectiva no ha sido el resultado inmediato de la lectura de los preceptos constitucionales citados, sino el fruto de una evolución que conviene revisar brevemente.

8. El alcance actual del principio de no discriminación y sus consecuencias

El artículo 14 de la Constitución establece la igualdad de todos ante la ley, «principio de igualdad», así como prohíbe que puedan prevalecer discriminaciones por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia, personal o social, «prohibición de discriminar». Esta lista no debe, en modo alguno, considerarse cerrada¹⁰³, incluyéndose en ella, sin ninguna duda, a las personas con discapacidad. Esta idea, unánimemente

¹⁰¹ STC 136/1996, de 23 de julio, f.j. 5°.

¹⁰² SAEZ LARA, Mujeres y Mercado de Trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas, CES 1994, p. 53.

¹⁰³ «Aunque en ella se haga referencia, con un mero carácter enunciativo, a las más típicas», GALVEZ MONTE, *Comentarios a la Constitución*, 2ª Ed. Ampliada, Civitas, 1985, p. 260; recientemente, QUINTANILLA NAVARRO, *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Marcial Pons, Madrid 1996, pp. 29-30. Entre otras, SSTC 75/1982, de 13 de diciembre y 31/1984, de 7 de marzo.

compartida, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional, a través de la Sentencia 269/1994, de 3 de octubre.

Estos mandatos constitucionales encuentran, lógicamente, acomodo en el ordenamiento jurídico laboral. De esta forma, tanto el E.T. —artículos 4.2 c) y 17.1— como la L.B.E. —artículo 38.2—¹⁰⁴, incluyen específicamente a los trabajadores con discapacidad en la protección antidiscriminatoria que emana de estos preceptos.

La igualdad y la discriminación son conceptos emparejados, de manera tal que, durante un largo período de tiempo, ambos han actuado como anverso y reverso de una misma moneda¹⁰⁵. El tratamiento de la discriminación ha ido evolucionando, de esta manera, desde su consideración como un atentado a la igualdad —como su perfil negativo—, hasta la actual valoración de la no discriminación como un valor autónomo del que emana la tutela antidiscriminatoria.

8.1. *La discriminación como reverso de la igualdad: la llamada tutela bilateral*

Las consecuencias de lo afirmado tuvieron fiel reflejo en el tratamiento otorgado por la jurisprudencia. En efecto, la prohibición de discriminar que contiene el segundo inciso del artículo 14 fue concebida, inicialmente, como una manifestación más del genérico principio de igualdad¹⁰⁶. La referencia expresa a determinadas circunstancias motivadoras de una diferencia de trato no tendría (para estas primeras interpretaciones) otra virtualidad que la de manifestar una especial preocupación del constituyente, dirigida a erradicar determinados elementos diferenciadores tradicional e históricamente arraigados en la sociedad¹⁰⁷.

La discriminación sólo era estimada, de este modo, como algo más que una vulneración del principio de igualdad contenido en el primer inciso del artículo 14 de la CE. Se consideraba, por tanto, como una desigualdad arbitraria desprovista de una justificación

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO, ob. cit. (1983-1), pp. 337 ss.; PALOMEQUE LÓPEZ, ob. cit. (1985-1), p. 627; GARCÍA MURCIA, «Las preferencias de empleo en los convenios colectivos y el principio de no discriminación», en *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, MTSS, 1985, p. 757; SÁEZ LARA, ob. cit., p. 33.

¹⁰⁵ En este sentido se pronuncia FERNÁNDEZ LÓPEZ, ob. cit., p. 222.

¹⁰⁶ DE LA PUEBLA PINILLA, «Igualdad y discriminación en el ejercicio del poder disciplinario», *R.L. II/1994*, p. 237.

¹⁰⁷ DE LA PUEBLA PINILLA, ob. cit., p. 237.

objetiva y razonable¹⁰⁸. La situación discriminatoria se encuentra así ceñida a un juicio de igualdad, a una falta de justificación de la diferencia de trato desprovista de cualquier valoración de carácter histórico.

No obstante, el ajuste de la desigualdad practicada se realiza con mayor rigor cuando en ella concurre alguna causa discriminatoria. De este modo, el control a ejercer sobre la diferencia practicada se torna más severo en aquellos casos en los que el factor diferencial es, precisamente, uno de los típicos que el artículo 14 CE veta como base de la diferenciación¹⁰⁹. Como consecuencia, el veto constitucional sólo puede ser salvado aportando datos que demuestren que el factor prohibido no ha sido causa determinante de la desigualdad. O que, aun siéndolo, ha sido recortado con fundamento en valores, por lo menos, tan estrechamente protegidos como lo está el afectado¹¹⁰.

El control discriminatorio anterior, sin embargo, no deja de estar sometido a un juicio de razonabilidad que se mueve en los terrenos del principio a la igualdad —si bien más estricto— y que, por tanto, sitúa en un mismo plano a todos los sujetos. Esta tutela antidiscriminatoria se configura de manera bilateral, y protege a todos los sujetos ya concurra en ellos o no el factor prohibido¹¹¹. Lo importante será demostrar que el tratamiento diferenciado es compatible con el orden constitucional, por cuanto que el principio de igualdad no supone uniformidad ni una prohibición general de diferenciaciones¹¹².

La única dificultad se sitúa a la hora de comprobar la legitimidad de los tratos diferenciados, de los criterios utilizados y de las finalidades perseguidas¹¹³. La constitucionalidad de la desigualdad deberá superar una triple comprobación sobre la razonabilidad, la proporcionalidad y la relevancia de las desigualdades¹¹⁴. El Legislador ha tenido, no obstante, un amplio margen de maniobra al enfrentar el juicio de razonabilidad de la desigualdad ante el Tribunal Constitucional. La acreditación de ésta, por el rigor citado, resultará más compleja a la hora de combatir la presunta discriminación existente

¹⁰⁸ STC 22/1981, de 2 de julio.

¹⁰⁹ STC 81/1982, de 21 de diciembre.

¹¹⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, ob. cit., p. 223.

¹¹¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, ob. cit., p. 224.

¹¹² RODRÍGUEZ PIÑERO, «El principio de igualdad y las relaciones laborales», *R.P.S.* 121/1979, p. 390.

¹¹³ RODRÍGUEZ PIÑERO, ob. cit. (1979), p. 391.

¹¹⁴ ALONSO GARCÍA, «El principio de igualdad en el artículo 14 de la Constitución», *R.A.P.* 100/1983, pp. 23 y ss.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, ob. cit., p. 178.

en una norma, pero no por ello imposible si resulta razonable al comparar los diferentes valores en juego.

El artículo 14 de la CE no consagra —según esta interpretación— un derecho a ser tratado igualmente, sino a no ser tratado desigualmente¹¹⁵. Desde esta perspectiva, no toda desigualdad será discriminatoria, aun cuando se base precisamente en una condición vedada por la Constitución. Igualdad de trato significa prohibición de tratamiento desigual injustificado¹¹⁶.

8.2. *El alcance unilateral de la tutela antidiscriminatoria*

La conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para el sujeto que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus expectativas por la concurrencia en él de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, por su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano¹¹⁷ (10.1 CE).

No obstante, las distintas acepciones del término «peyorativo» pueden provocar una utilización interesada de la misma que impida reconocer en ocasiones su verdadero significado en la lucha antidiscriminatoria. El propio TC ha clarificado su identidad, al entender que no puede equipararse (en un plano jurídico y aún menos a nivel constitucional) lo meramente peyorativo, que implica una infravaloración y un cierto talante despectivo, con lo discriminatorio, cuya esencia es un tratamiento desfavorable real y efectivo. No son las opiniones en demérito, sino las actuaciones con perjuicio o agravio comparativo lo que veda nuestra Constitución¹¹⁸. Esta distinción obtendrá la consideración de objeto tutelado, articulándose su prohibición mediante la exclusión absoluta de diferenciaciones fundadas en unas causas específicas proscritas¹¹⁹.

La idea planteada moldea el sentido actual de la configuración de la tutela discriminatoria. La posibilidad de razonar la desigualdad antes expresada, planteado el control sobre las bases del juicio de

¹¹⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, ob. cit. (1983), p. 27, «la cuestión es determinar aquellas situaciones en las que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente o, desde otra perspectiva, no tratar igualmente sin que se vulnere el principio de igualdad o de no discriminación».

¹¹⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, ob. cit. (1985-1), p. 617.

¹¹⁷ STC 173/1994, de 7 de junio, f.j. 3º.

¹¹⁸ STC 315/1994, de 28 de noviembre, f.j. 3º. En el mismo sentido, QUINTANILLA NAVARRO, ob. cit. p. 31.

¹¹⁹ RODRÍGUEZ PIÑERO, ob. cit. (1983-1), p. 330.

igualdad, no se torna más rigurosa, sino imposible. De este modo, se prohíben diferenciaciones de trato peyorativas, por discriminatorias, que devienen arbitrarias al negarse constitucionalmente la razonabilidad de las mismas¹²⁰. Esta teoría conecta la discriminación con la propia dignidad humana, en la medida en que de ella puede desprenderse una negación al individuo de su condición plena de persona¹²¹.

Una vez diseñado el principio de no discriminación contra los integrantes de ciertos colectivos marginados, no cabe, salvo excepciones muy puntuales, el trato diferenciado normativo atendiendo a las razones que se configuran como prohibidas en el segundo inciso del artículo 14 de la Constitución¹²², entre los que debe incluirse a las personas con discapacidad. Ahora, el juicio de razonabilidad se torna inhábil, por cuanto que se vedan diferenciaciones de trato «a causa de» que son por ello arbitrarias al negarse constitucionalmente la razonabilidad de las mismas¹²³. Por muy razonable que sea la justificación ofrecida, el escrutinio estricto se lleva al máximo exponente, poniendo en cuestión la propia viabilidad de la diferencia¹²⁴. Esta nueva aportación se ve fortalecida con un nuevo argumento, que entiende que la tutela antidiscriminatoria no se agota en la igualdad de trato, sino que su origen cohabita con prejuiciosas determinaciones históricas hacia las personas perjudicadas. En este sentido, se parte de posiciones arraigadas que han configurado un problema de minusvaloración que afecta a determinadas personas y colectivos, del que una diferencia puntual es sólo un síntoma¹²⁵ y que requiere de acciones positivas de normalización.

El alcance unilateral del amparo obtiene ahora una orientación protectora de aquellas personas perjudicadas por la discriminación, en el sentido de que protege a los desfavorecidos contra los beneficiados¹²⁶. El punto de partida entre estas y aquellas otras que no se ven afectadas por el factor discriminatorio ya no será el mismo

¹²⁰ RODRÍGUEZ PIÑERO, ob. cit. (1983-1), p. 330.

¹²¹ RODRÍGUEZ PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, ob. cit. (1986), p. 83.

¹²² BALLESTER PASTOR, *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia 1994, p. 119.

¹²³ RODRÍGUEZ PIÑERO, ob. cit. (1983-1), p. 330.

¹²⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, ob. cit., p. 224.

¹²⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, ob. cit., p. 224.

¹²⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO, «El principio de igualdad y el Derecho del Trabajo», en *El principio de igualdad en la Constitución Española*, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, p. 1089; PÉREZ DEL RÍO, «Principio de no discriminación y acción positiva. Comentario a la Parte III del Plan de Igualdad de Oportunidades para la Mujer 1988-1990», *D.L.* 25/1988, p. 59.

si la diferencia reside precisamente en éste. La irrazonabilidad de una diferencia de trato no operará en esta dimensión para todos los sujetos, sino sólo para aquellos que padecen la situación discriminatoria vedada¹²⁷. No tiene, por tanto, un sentido bidireccional, sino exclusivamente unidireccional.

Con este alcance, la protección se construye sobre la base de que existe una desigualdad de partida¹²⁸. De ella nace el juicio diferente con que debe valorarse la desigualdad practicada, cuya base se encuentra en la minusvaloración padecida por dicha persona en la sociedad. De lo expresado cabe extraer dos consecuencias. La primera, que la conducta desigual se envuelve de un criterio de irrazonabilidad desde su origen, lo que impide su posible justificación. La segunda, que para superar estas situaciones es necesario articular fórmulas que sitúen a dichas personas en la posición que su dignidad como persona exige. Su resultado: el establecimiento de medidas desiguales, cuya especial característica consiste, precisamente, en impedir que las personas no incluidas en el artículo 14.2 CE se favorezcan de la irrazonabilidad de la diferencia que se ampara en sentido contrario¹²⁹.

En definitiva, la tutela así planteada reconvierte los objetivos mismos del artículo 14 CE, ya que a partir de este nuevo escrutinio de los mandatos constitucionales no sólo cabe deducir un derecho a no ser tratado desigualmente, sino también un derecho a ser tratado igualmente. El juicio, de este modo, partirá de la imprescindible consideración de dónde se encuentra cada uno, con el objeto no sólo de que el tratamiento lo mantenga en su sitio, sino también de que lo sitúe en el mismo plano en el que se encuentran los demás.

Lo expresado se ha ido asumiendo por el TC¹³⁰, encontrándose el principio de no discriminación en un espacio autónomo con respecto al principio de igualdad. El Tribunal parte, desde este momento —aunque con algunas excepciones— de un control más amplio de la discriminación que recoge los elementos descritos. La discriminación se va independizando, en cierto modo, del principio de igualdad situado en el mismo precepto constitucional. Ello no implica, ni

¹²⁷ SÁEZ LARA, *ob. cit.*, p. 38, plantea que el término discriminación, que posee un significado peyorativo o negativo, se identifica con toda práctica o tratamiento en relación con una persona por razón de su pertenencia a un grupo y no sobre la base de su aptitud o capacidad individual.

¹²⁸ STC 3/1993, de 14 de enero, f.j. 3º.

¹²⁹ STC 269/1994, de 3 de octubre, f.j. 3º.

¹³⁰ Desde su Sentencia 128/1987, de 16 de julio.

mucho menos, que de ello derive un desmarque de la búsqueda de la igualdad como objetivo social (consagrada por la CE como valor superior en su artículo 1.1 y como búsqueda de la igualdad real en su artículo 9.2¹³¹). Ocurre todo lo contrario, dicha tarea obtiene por este medio un apoyo imprescindible.

Este nuevo esquema implica que la discriminación, tal y como es prohibida por el artículo 14 de la Constitución, impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia de una serie de factores diferenciadores que expresamente el Legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana¹³².

La discriminación, llevado este planteamiento hasta sus últimas consecuencias, se convierte en una conducta de imposible justificación, por cuanto difícilmente existe valor en juego capaz de compensar el daño que la propia situación discriminatoria causa. Su propia irrazonabilidad debe conjugarse con la búsqueda de la paridad, sirviendo ésta como fin y como medio¹³³.

Sin embargo, y a pesar de lo expresado, existe un posible juego de excepcionalidad que matiza las anteriores afirmaciones, debido a la participación de otros valores concurrentes. Como se verá, la excepción de la irrazonabilidad se presenta, en el tratamiento de la discapacidad, como una vía flexible que puede permitir el debilitamiento de la protección antidiscriminatoria.

La tutela, en todo caso, se activa con independencia del medio a través del que opera la discriminación (1) y de cuál sea su posible emisor (2).

8.2.1. Las discriminaciones directas e indirectas

El criterio de control planteado tiene efectos sea cual sea la fórmula discriminatoria empleada. De este modo, tanto las discriminaciones directas (aquellas que se realizan abiertamente) como las indirectas (aquellas otras que se realizan a través de medidas aparentemente neutras)¹³⁴ estarán proscritas por el alcance del artículo 14 CE.

¹³¹ SSTC 145/1991, de 1 de julio y 216/1991, de 14 de noviembre.

¹³² STC 269/1994, de 3 de octubre, f.j. 4º.

¹³³ STC 229/1992, de 14 de diciembre, f.j. 2º.

¹³⁴ El reconocimiento de este tipo de conductas como discriminaciones obtiene un impulso importante a partir de la STC 145/1991, que las define como aquellas que

La importancia de la incorporación del concepto de discriminación indirecta reside, fundamentalmente, en el reconocimiento de la ampliación del ámbito de la protección antidiscriminatoria. En efecto, ya no sólo serán sancionables aquellas conductas intencionadamente discriminatorias, sino todas aquellas que, de hecho, tienen un resultado discriminatorio¹³⁵. La intención no es ya un elemento necesario de la discriminación, lo relevante es el daño¹³⁶, adoptándose un concepto objetivo de la misma¹³⁷, del que también pasa a formar parte la dimensión supraindividual del fenómeno antidiscriminatorio¹³⁸. En definitiva, la cualificación por el resultado es lo que realmente tipifica la discriminación¹³⁹, su aspecto material, y no la forma en que se realice¹⁴⁰.

Los efectos de una y otra nos son idénticos, sin embargo, en las posibilidades de su justificación. Las discriminaciones directas obtienen una protección —casi— absoluta, al estar basada en su propia irrazonabilidad. La discriminación indirecta, sin embargo, admite justificaciones de carácter objetivo¹⁴¹, lo que ha llevado a considerarla como una presunción de discriminación¹⁴².

incluyen los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre los trabajadores de distinto sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente neutros o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y otro sexo a causa de su diferencia de sexo. Esta idea puede transportarse al terreno de la discriminación de las personas discapacitadas. En la configuración de este concepto ha sido determinante la experiencia comparada, en esencia la estadounidense, donde las discriminaciones directas se denominan *disparate treatment* (tratamiento diverso), a diferencia de las indirectas, denominadas *disparate impact* (impacto diverso). Sobre la configuración de la discriminación indirecta en los EE.UU. y en la Unión Europea —en la que, de igual modo, también tuvo una amplia influencia la legislación estadounidense—, pueden verse, entre otros, los trabajos citados de BALLESTER PASTOR, SÁEZ LARA, QUINTANILLA NAVARRO y PÉREZ DEL RÍO, «El principio de no discriminación por razón de sexo», en *Derechos fundamentales y contrato de trabajo*, AA.VV., Comares, 1998, pp. 141 ss.

¹³⁵ BALLESTER PASTOR, ob. cit. (1994), pp. 63-64.

¹³⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Discriminación, carga de la prueba y prueba de presunciones», *II Jornadas Hispano Luso Brasileñas de Derecho del Trabajo*, AA.VV., MTSS 1985, p. 905.

¹³⁷ SÁEZ LARA, ob. cit., p. 50.

¹³⁸ SÁEZ LARA ob. cit., p. 107. Igualmente, QUINTANILLA NAVARRO, ob. cit., p. 107.

¹³⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, ob. cit., p. 172.

¹⁴⁰ RODRÍGUEZ PIÑERO, ob. cit. (1983-1), p. 332.

¹⁴¹ BALLESTER PASTOR, ob. cit. (1994), p. 63.

¹⁴² SÁEZ LARA, ob. cit., p. 109.

8.2.2. La virtualidad pública y privada del principio de no discriminación

La interdicción de discriminar obtiene también un alcance pleno con respecto a los posibles causantes de la práctica vedada. En efecto, se prohíbe cualquier discriminación con independencia del origen o fuente de la misma¹⁴³.

La discriminación se aleja, también en este punto, del puro juicio de igualdad: el principio de no discriminación adquiere una eficacia *erga omnes*, vinculante por tanto para los particulares, ya sea en el ejercicio de la autonomía individual o colectiva¹⁴⁴. La desigualdad de trato, sin embargo, cuando en ella no concurren las circunstancias proscritas, tiene plena eficacia para los poderes públicos, pero no encuentra la misma virtualidad entre particulares. De este modo, no todo incumplimiento empresarial que se concrete en un determinado trabajador frente al resto de la plantilla resultará relevante a los efectos previstos en los artículos 14 CE y 17 ET¹⁴⁵. Lógicamente, lo afirmado no tendrá la misma incidencia cuando la Administración Pública ejerce de empleador, en cuyo caso el principio de igualdad juega en toda su extensión¹⁴⁶.

El juego del principio de igualdad entre privados tiene para la doctrina judicial una primera interpretación mediante la que ha diseñado la teoría que establece la ineficacia de la igualdad en la ilegalidad¹⁴⁷. Según la misma, la conducta empresarial no tendría por qué ser idéntica ante diversos trabajadores que han infringido sus deberes contractuales¹⁴⁸. Esta idea ha sido considerada válida siempre y cuando la opción empresarial sea analizada con arreglo a criterios de igualdad¹⁴⁹, y no implique una invasión en los terrenos de la no discriminación.

Aunque debe completarse con una comprensión complementaria: la desigualdad injustificada es considerada en algunas ocasiones como discriminatoria, aun cuando inicialmente no hayan participa-

¹⁴³ PALOMEQUE LÓPEZ, ob. cit. (1983), p. 48.

¹⁴⁴ En este sentido, RODRÍGUEZ PIÑERO, ob. cit. (1983-1), p. 326; DE LA PUEBLA PINILLA, ob. cit., p. 247. Sobre el principio de no discriminación en la negociación colectiva, QUINTANILLA NAVARRO, ob. cit., pp. 44 a 49.

¹⁴⁵ STC 34/1984, de 9 de marzo.

¹⁴⁶ DE LA PUEBLA PINILLA, ob. cit., p. 240.

¹⁴⁷ STC 21/1992, de 14 de diciembre.

¹⁴⁸ Sobre el tema *vid.* MARTÍN DE HUAS, ob. cit. (1996), pp. 129 y ss.

¹⁴⁹ GALIANA MORENO, «Despido selectivo y discriminación (comentario a la STC 21/1992, de 14 de febrero)», *R.E.D.T.* 61/1993, p. 740.

do factores prohibidos. Esto significa que una desigualdad que *a priori* no se sustenta en una causa prohibida por discriminatoria es calificada, en ocasiones, como discriminación *a posteriori* ante la imposibilidad de justificar que su fundamento reside en un motivo objetivo y razonable¹⁵⁰. A pesar de lo desajustado que pueda parecer con la teoría unilateral descrita, parecen haberse configurado dos tipos diferentes de discriminación. Una primaria u original *ex Constitutione*, que limita el juicio a la valoración de la causa discriminatoria que, comprobada, tornaría irrazonable la conducta. Otra derivada, que tras un juicio de razonabilidad tornaría en discriminación la falta de igualdad. En todo caso, el ámbito del presente trabajo permite centrarse, en exclusiva, sobre las citadas en primer lugar.

9. La atención normativa de las personas con discapacidad: entre la discriminación y las medidas de acción positiva

La cuestión es ahora valorar si el tratamiento desigual que las normas jurídicas realizan de las personas con discapacidad respetan la protección unilateral que de la Constitución parece derivar.

Ciertamente, la comprensión del interés que el ordenamiento jurídico en general y especialmente el laboral denota por la situación de las personas con discapacidad, no se ha visto acompañado de un estudio doctrinal y judicial profundo que permita extraer conclusiones claras de su adecuación constitucional. Esta afirmación parece menos problemática con respecto a las medidas de equiparación de oportunidades, estudiadas más abajo, pero no puede decirse lo mismo con respecto a la desigualdad de trato cuando en ella se ve implicada una persona con discapacidad.

Es cierto que el ordenamiento jurídico-laboral reconoce, con mayor o menor acierto, las especiales características que en el empleo de estos trabajadores pueden manifestarse, a través de fórmulas diversas que resuelven cada una de las situaciones de manera variada. Sin embargo, antes de analizar el contenido de cada una de esas medidas, parece necesario observar si la atención dispensada por algunas de ellas tienen cabida en un control constitucional basado

¹⁵⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, ob. cit. (1985-1), p. 639: «El trato diferenciado del trabajador no es así más que el vehículo que porta el verdadero elemento característico de la discriminación ilícita, no otro que la violación de un derecho constitucional en la persona del trabajador.»

en la referida teoría unilateral. Y es que, si se siguieran fielmente las previsiones que de ella parecen derivarse, no parece posible admitir diferencia normativa alguna que actúe sobre la discapacidad para obtener como resultado un trato peyorativo. La razón no es otra que la impracticabilidad de razonar la presunta actitud discriminatoria, por lo que la justificación de aquel resultado devendría imposible. Desde este punto de vista, una evaluación de aquellas normas que resida en tales pautas no aprobaría, seguramente, el control de ajuste a las reglas del artículo 14 de la CE.

El tema es saber si esta afirmación es ajustada, para lo cual parece necesario comprobar si, cuando la causa vedada es la discapacidad, el control que se establece sobre la irrazonabilidad es tan estricto u obtiene un tratamiento más flexible. Hay que estimar aquí si la concurrencia de otros valores en el mundo laboral podrían provocar una elaboración normativa menos rigurosa, sobre cuya permisibilidad sólo sería posible pronunciarse si se admiten ciertos criterios de razonabilidad. Aparece aquí, de nuevo, la posibilidad de excepcionar la irrazonabilidad que, en el campo de la discapacidad, parece haberse manifestado con especial promiscuidad.

El objetivo es doble. En primer lugar, valorar si la indiscutida —por irrealizada— prueba de constitucionalidad de las normas sobre la discapacidad se ha aproximado más a un juicio próximo al de igualdad. Si esto es así, deben ser analizados los criterios utilizados para efectuar los razonamientos que justifiquen las diferencias normativas y, por tanto, la excepcionalidad citada. En segundo lugar, debe plantearse si es posible proteger esta causa discriminatoria como cualquier otra, como el sexo, pudiendo exigirse un control más riguroso que ponga en cuestión la propia viabilidad de la diferencia. Aunque una apreciación inicial de esta solicitud pueda calificarla como radical, su admisión no tiene, necesariamente, por qué frustrarse: una extensión al límite del alcance de los mandatos constitucionales podría avalar, como intentará demostrarse, dicho planteamiento.

9.1. *La igualdad y la desigualdad de partida: una breve aclaración sobre las situaciones protegibles*

El primer aspecto que merece una aclaración, aunque mínima, consiste en vislumbrar cuándo la discapacidad adquiere relevancia en el trato dispensado a las personas que la padecen. Las referencias que se efectuarán inmediatamente, si bien parecen obvias, contribuyen a detectar en qué medida se habla de la discapacidad como

circunstancia vedada y en qué momento esa situación se encuentra fuera del control discriminatorio.

La discapacidad provoca una desventaja original, desventaja que suele presentarse ante la sociedad con un determinado minusvalor, con una desigualdad de partida que la CE intenta proteger. Ahora bien: en la medida en que dicha discapacidad no impida una evolución normal, y no acote el disfrute de los derechos que las personas con discapacidad tienen como ciudadanos, no puede hablarse de protección discriminatoria. De esta manera, un juicio de mera igualdad sólo puede realizarse en aquellos supuestos en que los mecanismos antidiscriminatorios han funcionado previamente. El juicio, así las cosas, no estaría viciado por irrazonable, si se demuestra que el trato percibido por el trabajador con discapacidad no es diferente al que recibe otro trabajador, o al que él mismo recibiría si no sufriera dicha discapacidad¹⁵¹. El resultado peyorativo, por tanto, puede producirse en relación con un trabajador aislado o con un grupo de trabajadores¹⁵².

La actuación contraria puede venir revestida de un fundamento sobreprotector que, en sí mismo, podría llegar a ser discriminatorio. En efecto, diferenciar partiendo de la base de que una persona discapacitada necesita ser protegida a toda costa paraliza las actuaciones integradoras, de igual modo que diferenciar sobre la base de que su propia discapacidad le impide en todo caso realizar una vida normal. Expresado de otro modo, tan discriminatorio puede llegar a ser no activar los mecanismos protectores cuando se precise, como proteger cuando no sea necesario.

Un ejemplo de lo afirmado puede encontrarse en las tradicionales exclusiones de la mujer en el acceso a determinados empleos. La superación de esta conducta ha llegado a través de la denominada teoría del impacto compensador¹⁵³ confeccionada por el TC. De este modo, se justifica una diferencia de trato cuando la medida sirve para compensar una desigualdad real¹⁵⁴. Pero no pueden considerarse constitucionalmente legítimas las normas protectoras que responden a una consideración no igual de la mujer como trabajadora¹⁵⁵.

¹⁵¹ De ahí la importancia del elemento comparativo, que en relación con otros trabajadores puede plantearse menos problemático pero que, singularmente, se torna mucho más conflictivo. Así se pronuncian RODRÍGUEZ PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, ob. cit. (1985), p. 906.

¹⁵² FERNÁNDEZ LÓPEZ, ob. cit., p. 220.

¹⁵³ SÁEZ LARA, ob. cit., p. 74.

¹⁵⁴ STC 19/1989, de 31 de enero.

¹⁵⁵ STC 28/1992, de 9 de marzo.

Entre las medidas protectoras del trabajo femenino puede haber barreras que dificulten, como efecto no deseado, el acceso al mundo del trabajo en condiciones de igualdad¹⁵⁶ que operen de hecho en perjuicio de la mujer¹⁵⁷. Como puede haber también disposiciones que tiendan a reproducir determinados patrones socioculturales y, en la práctica, perpetúen la propia posición de inferioridad social de la población femenina, normas aparentemente protectoras que, bajo la capa de la protección, son en realidad discriminatorias¹⁵⁸.

Lo mismo se ha afirmado en ocasiones con respecto de la concesión de determinados beneficios sólo para mujeres¹⁵⁹. Así, cabe que una prestación, tomando en cuenta como criterio de diferenciación el sexo, resulte perturbadora para lograr una igualdad efectiva de la mujer en relación con el varón, en tanto que el privilegio instituido en favor de la misma se revela como una forma encubierta de discriminación que se vuelve contra ella¹⁶⁰. La solución, sin embargo, no reside necesariamente en la extensión de dicho beneficio, por cuanto que cabe asegurar una satisfacción igualitaria de derechos e intereses entendiendo que ha de desaparecer el privilegio injustificado o arbitrario. Esto ocurre cuando el beneficio otorgado parte de una condición o razón social que implica una discriminación, es decir, cuando constituye una excepción articulada sobre un criterio de diferenciación constitucionalmente inaceptable¹⁶¹. Y ello, sin perjuicio de que la propia víctima pueda estar de acuerdo o desear su aplicación, porque el consentimiento del sujeto discriminado no alcanza a sanar la naturaleza intrínsecamente inconstitucional del tratamiento que ha de serle aplicado¹⁶².

Las premisas anteriores son admisibles en el tratamiento de la discapacidad. Un trabajador discapacitado no requiere una protec-

¹⁵⁶ STC 3/1993, de 14 de enero.

¹⁵⁷ Como afirma la STC 229/1992, de 14 de diciembre (.....) al analizar la tradicional prohibición que sobre el trabajo en las minas pesaba sobre las mujeres.

¹⁵⁸ SSTC 3/1993, de 14 de enero y 317/1994, de 28 de noviembre. En este sentido, ALONSO OLEA, «Sobre la acción afirmativa en cuanto a las condiciones de trabajo de la mujer», *R.E.D.T.* 30/1987, p. 294.

¹⁵⁹ Aunque debe advertirse que en ocasiones el TC ha accedido a ellos por considerarlos no discriminatorios.

¹⁶⁰ STC 3/1993, cit. de 14 de enero.

¹⁶¹ STC 3/1993, de 14 de enero, con referencia de las SSTC 28/1992 y 114/1992.

¹⁶² STC 317/1994, de 28 de noviembre (f.j. 3º) que entiende que la norma de referencia no devendría constitucional, ni siquiera, extendiendo sus beneficios a los varones, sino por que es contraria al artículo 14 CE, al consolidar prácticas que expulsan a la mujer del mercado de trabajo.

ción en abstracto, sino que necesita que la tutela se active cuando esa discapacidad le sitúa en una posición desfavorable. De este modo, cuando la discapacidad no dificulte especialmente la vida de una persona, el trato diferenciado no se justificará de modo alguno¹⁶³. Si esta situación se manifiesta, su discapacidad devendrá en una minusvalía, y es entonces cuando los mecanismos de amparo deben operar, con el objeto de hacer efectiva la igualdad de trato y de oportunidades. Los factores biológicos, tal y como sucede con la mujer¹⁶⁴ podrían en ocasiones ser objeto de consideración para moelar las relaciones laborales. Pero ello debe realizarse, en primer lugar, a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos existentes. En segundo lugar, previa comprobación de las aptitudes correspondientes. En tercer lugar, teniendo en cuenta las limitaciones que quepa establecer con ánimo de proteger la vida y la integridad física (15 CE), con apoyo en la protección que en este sentido deriva de la Constitución (artículos 40.2 y 43), pero sin que de ello pueda entenderse la posibilidad de prohibir el trabajo sin más consideraciones. Y, finalmente, valorando la capacidad de los terceros comprometidos normativamente.

La tradicional permisibilidad de las conductas que normativamente marginan a los trabajadores con discapacidad a ocupar determinados empleos es inadmisibles como norma general, y debe considerarse una práctica discriminatoria en los actuales parámetros de la tutela antidiscriminatoria de origen constitucional. Otra cosa será que aquellos trabajadores discapacitados que hayan visto mermadas sus capacidades por una falta de oportunidades puedan verse privilegiados en el acceso a determinadas ocupaciones, lo que puede considerarse un trato desigual, pero legítimo, porque tiende a superar la inferioridad en la que de partida se encuentran.

Igual puede predicarse del tradicional establecimiento de prestaciones económicas que compensan la pérdida del trabajo. Aunque la validez de su finalidad no pueda discutirse, el error puede encontrarse en convertirlas, sin más dilaciones, en rentas que compensen

¹⁶³ MUÑOZ MACHADO, «Introducción», en *Código de las minusvalías*, La Ley 1989, p. X. Este autor realiza una crítica de la doctrina sentada por la STC 96/1989, de 29 de mayo, en la que se entiende adecuada la atenuación de una sanción laboral a un invidente por razones de humanidad. Este trabajador, cuyas conductas estaban sancionadas en el convenio colectivo como muy graves, prestaba sus servicios para la ONCE. El autor entiende que la invidencia ya ha sido tenida en cuenta por la norma convencional, y achaca la interpretación judicial a un criterio humanitario próximo a la piedad judicial.

¹⁶⁴ STC 229/1992, de 14 de diciembre (f.j.4º).

la exclusión del mundo del trabajo¹⁶⁵. Un fiel comportamiento antidiscriminatorio debería trabajar por el agotamiento de todas las posibilidades de mantenimiento del empleo. La omisión de dicha actuación puede provocar que aquel beneficio se convierta en discriminatorio, por cuanto que sirve para justificar la perpetua exclusión de dichas personas del mundo del trabajo (máxime, cuando los instrumentos de estímulo a la contratación no han conseguido el éxito deseado).

La necesidad de extinguir la desigualdad (14 CE), y la necesaria intervención pública (9.2 y 49 CE), obligan a adecuar los necesarios mecanismos antidiscriminatorios que garanticen el acceso y la permanencia en el empleo¹⁶⁶. En este último sentido, elaborando fórmulas que limiten al máximo la facilidad existente hoy día en las normas laborales (49 ET) para dar por concluida una relación laboral cuando sobreviene una discapacidad. La razonabilidad no puede evaluarse exclusivamente sobre el parámetro discapacidad, sino que debe encontrarse en un equilibrio entre ésta, las reales posibilidades empresariales de recolocación y las ayudas públicas que faciliten esta misión. Sólo así se puede exceptuar la irrazonabilidad, porque lo contrario no es otra cosa que generalizar lo inicialmente excepcional que, en un análisis antidiscriminatorio, no puede admitirse.

9.2. *Las llamadas derogaciones de la igualdad de trato: ¿una justificación de la desigualdad discriminatoria?*

Sin embargo, las normas legales están lejos, hoy día, de respetar este límite. Esto supone conocer hasta qué punto los mandatos constitucionales permiten a las normas contemporáneas desarrollar una actuación de este calibre.

Las Sentencias descritas parecen respetar, en el amparo de la desigualdad de trato discriminatoria, la teoría unilateral. No obstante, tanto estos como otros pronunciamientos deben ser observados

¹⁶⁵ Como posteriormente se observará en otro contexto, es lo que DE LORENZO, ob. cit. (1998), p. 43, llama «trampa de las prestaciones».

¹⁶⁶ NAVARRO DOMENICHELLI, «La inserción normalizada en el trabajo de las personas con minusvalías», en *La integración social de los minusválidos*, Escuela Libre Editorial 1993, AA.VV., p. 196: «El mantenimiento de un empleo remunerado constituye algo fundamental en la vida de una persona. El trabajo no sólo posee unas implicaciones socioeconómicas como eje y núcleo de toda actividad productiva personal y social, sino que desde una perspectiva psicosocial desempeña un papel importante en la realización personal del hombre.»

con detenimiento, por cuanto que no se resisten a hacer referencia a determinados juicios de valor que es preciso situar correctamente. En este sentido, es necesario determinar si el alcance del control respeta la irrazonabilidad originaria o, por el contrario, si la diferencia se torna en irrazonable sólo cuando se ha frustrado el juicio de razonabilidad propio del principio de igualdad. En definitiva, si es posible, y cómo se concretan, las ya aludidas excepciones a la imposibilidad de justificar la discriminación.

No puede olvidarse que algunas referencias responden al control de una causa de discriminación (el sexo) que no tiene por qué guardar una plena identidad con la que sustenta este trabajo. Aunque parece probable que las similitudes de algunas de sus manifestaciones, y su relación con intereses ajenos, puedan servir al análisis de la discriminación de las personas con discapacidad.

9.2.1. La discapacidad como situación protegible y su relación con valores externos

Las situaciones discriminatorias proscritas (y el control de su tutela) se encuentran en permanente convivencia con otros valores en juego. El interés de los trabajadores con discapacidad a no ser discriminados (14 CE y 4.2.c) y 17.1 ET) y su derecho al trabajo (35 CE) deben, inevitablemente, ponerse en relación con los intereses que derivan del respeto a la libertad de empresa (reconocidos en el artículo 38 del Texto Constitucional). La dificultad estriba en valorar cómo éstos se concretan, para calcular a qué ajuste constitucional responden las compensaciones y equilibrios que las normas laborales describen.

No obstante, quizás sea necesario plantear, con carácter previo, que la protección de la discapacidad no puede realizarse unívocamente. En efecto, parece probable que la conducta discriminatoria no sea combatida del mismo modo cuando esta responde a la discapacidad padecida, o cuando aquella conducta se fundamente en las consecuencias productivas de la misma. Expresado de otro modo, la discriminación del trabajador por ser discapacitado podría no ser la misma que cuando la desigualdad es consecuencia de la disminución en el rendimiento que virtualmente pueda de aquella derivar.

Una desigualdad peyorativa que tenga como consecuencia la exclusión laboral de un trabajador con discapacidad debe estimarse, al menos aparentemente, como discriminatoria. No parece complejo adivinar que la tutela unilateral descrita imposibilita que la exclu-

sión resida, precisamente, en que tal persona sufre una discapacidad, de igual manera que si la persona fuera excluida por ser de sexo femenino, representante sindical o de raza negra. La medida sería irrazonable, sin posibilidad alguna de justificación, y conllevaría su nulidad absoluta, con independencia de que se manifiesten abiertamente o con apariencia de neutralidad.

Otra cosa será que la conducta aparentemente discriminatoria resida en las consecuencias que la discapacidad pueda, virtualmente, tener sobre la relación de trabajo. En efecto, determinadas alteraciones biológicas pueden incidir sobre el proceso productivo (repercutan o no sobre el factor económico), lo que es objeto de tratamiento en las normas laborales. El problema aquí se resume en conocer si el control de dicho tratamiento (cuando del mismo resulte una diferencia peyorativa para el trabajador con discapacidad que no recaería sobre él si no se encontrara en dicha situación) permite una valoración que se justifique en su propia razonabilidad o, en sentido contrario, si sobre él recae idéntico control al que se realiza sobre la propia discapacidad como situación tutelada.

9.2.2. Las repercusiones del factor biológico sobre el proceso productivo y su tutela constitucional: referencias a la discriminación por razón de sexo y conexiones con la discapacidad

La discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su razón en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También comprende estos mismos tratamientos cuando su etiología se encuentre, precisamente, en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca, lo que sucede con el embarazo¹⁶⁷. Los tratos desfavorables basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, por tanto, una discriminación por razón de sexo proscrita por el artículo 14 CE¹⁶⁸.

La tutela de esta situación no se agota, como es lógico, en el embarazo en sí mismo, sino que se extiende a las consecuencias que cualquier riesgo relacionado con su estado pueda provocar en el mundo productivo. De este modo, quedan inmersas en esta protec-

¹⁶⁷ STC 173/1994, de 7 de junio, f.j. 2º.

¹⁶⁸ STC 136/1996, de 23 de julio, f.j.5º.

ción antidiscriminatoria las consecuencias de dicho estado biológico (tales como las ausencias al trabajo debidas a la enfermedad o los trastornos fisiológicos) que impidan desarrollar la prestación laboral convenida¹⁶⁹. La protección se manifiesta en la imposibilidad de sufrir tratos peyorativos, amparando el derecho al trabajo de la mujer, y situando dicho estado por encima de cualquier otro, que en el mundo del trabajo es lógicamente el de la libertad empresarial (38 CE).

El ordenamiento jurídico-laboral se ha encargado de modalizar la protección, combinando las medidas dirigidas a garantizar el mantenimiento del empleo con aquellas otras que defienden la salud de la mujer¹⁷⁰. Esta limitación del poder de dirección empresarial y de los intereses económicos que constituyen la esencia de su ánimo productivo, se sitúan en un plano de inferioridad que se encuentra sometido a la tutela constitucional de esta causa discriminatoria. En su ayuda, se han articulado medidas para eliminar los efectos perjudiciales que las conductas discriminatorias hayan producido, sólo a partir de lo cual puede entenderse cumplido el mandato constitucional de que no prevalezca discriminación alguna¹⁷¹.

El amparo antidiscriminatorio se extiende, así las cosas, no sólo cuando la práctica se basa en la concurrencia de una circunstancia vedada por el artículo 14 de la CE. Llega aún más lejos: cuando el mismo alcanza en el mundo del trabajo a las consecuencias que el estado de la persona tiene sobre la actividad productiva.

La cuestión es si la posible extensión de esta teoría es posible a otras causas discriminatorias distintas al sexo. En este ámbito, la discapacidad, como base para la discriminación, se materializa en una posible alteración biológica que se proyecta a modo de distorsión de la prestación de trabajo esperada por el empresario, a lo que responden las normas laborales estableciendo soluciones normalmente desfavorables a este trabajador. Los valores que en juego son, de un lado, el interés económico empresarial y, de otro, el derecho al trabajo de la persona con discapacidad. Aunque diferente, es amplia la similitud entre este supuesto y la discriminación por razón de sexo, puesto que cabe encontrar en ambos una etiología común: las disfunciones productivas causadas por los estados biológicos.

¹⁶⁹ STC 136/1996, de 23 de julio, f.j. 6º.

¹⁷⁰ La Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales constituye el ejemplo más reciente.

¹⁷¹ STC 173/1994, de 7 de junio, f.j.4º.

Pues bien, si la teoría unilateral descrita se aplica en toda su extensión, constatada la concurrencia de una causa discriminatoria protegida, deberían quedar en ella amparadas las consecuencias de la situación padecida, con independencia de cuál sea la circunstancia protegida en cada momento (en este caso, el sexo o la discapacidad). Sin embargo, intervienen factores circunstanciales que, sin duda, son también objeto de consideración, como la limitación temporal de los factores fisiológicos, o la periodicidad de su manifestación, entre otros. Y es su participación la que, al formar parte de la valoración que justifica o no la desigualdad normativa operada, podría situar el control de la discriminación en un plano distinto, más próximo al juicio de igualdad.

9.2.3. Discapacidad y discriminación: ¿existen razones que excepcionen la invalidez de la desigualdad de trato?

Al efecto, los pronunciamientos constitucionales de referencia sucumben a la tentación, excepcionalmente, de admitir posibles justificaciones al tiempo de evaluar aquellas medidas que traten desigualmente a las personas en las que concurra una circunstancia discriminatoria.

El resultado de los pronunciamientos que van a destacarse no es ajeno, en el resultado de la tutela, al que la teoría unilateral prescribe, al constatarse que la diferencia tiene su base en la condición femenina de la persona perjudicada. Sin embargo, parecen dejar la puerta abierta a una protección condicionada al trato que, circunstancialmente, puedan recibir otros factores que participan del juego productivo.

Así, de un lado, se permite la modalización del ejercicio de los derechos fundamentales cuando interseccionan con el poder de dirección empresarial, siempre que responda a razones de necesidad, y se acredite que la restricción del derecho del trabajador es el único medio razonable para el logro del legítimo interés empresarial¹⁷².

De otro, se afirma en ocasiones que el sexo o género de la persona (como factor de desigualdad considerado *a priori* inadmisiblemente) exige una justificación reforzada cuando pretenda basarse en su sola consideración una diferencia de trato¹⁷³.

¹⁷² Entre otras, STC 136/1996, de 23 de julio, f.j. 7º.

¹⁷³ STC 317/1994, de 28 de noviembre, f.j. 2º.

Igualmente, se llega al resultado discriminatorio indirectamente, convirtiéndose el juicio de igualdad, cuando fuera injustificado y no razonable, en un criterio diferencial incompatible con el sistema de valores latente en la Constitución¹⁷⁴ —es decir, discriminatorio—.

Incluso, se admite la legitimidad constitucional de las diferencias en las condiciones de acceso al empleo y en las condiciones de trabajo. Basada en el orden biológico natural, donde el sexo no puede ser irrelevante, para que esa diferencia biológica pueda justificar la disparidad de trato es necesario calibrar adecuadamente las razones de la tutela. Para ello, es necesario tener en cuenta, muy en particular, si la protección puede ser actual o potencialmente lesiva también de los derechos y de los intereses de la mujer¹⁷⁵.

Lo cierto es que esas reflexiones hacen pensar que, aun cuando concorra una causa *a priori* discriminatoria, cabría plantear una justificación de la diferencia, si bien la misma deba ser efectuada con el más estricto de los rigores. La afirmación que precede, de ser cierta, no deja de significar cierta vacilación al aplicar la irrazonabilidad que parece derivar del control unilateral de la discriminación. Esto significaría admitir que el juego de los valores concurrentes en el mundo productivo puede, al menos, hacer dudar de la validez de dicha irrazonabilidad. En este sentido, podría afirmarse que la posible justificación de la discriminación supone un cierto no retorno de la tutela al plano reforzado de la igualdad. Pero ello no tiene, necesariamente, por qué significar la pérdida de los avances conseguidos a través de la autonomía del principio de no discriminación, porque el punto de partida sigue siendo una desigualdad inicial (por razones históricas) cuyo complemento necesario consiste en la adopción de medidas efectivas de equiparación de oportunidades.

La verdad es que lo contrario, llevar al límite la teoría unilateral, impediría totalmente cualquier medida que trate desigualmente al discapacitado por las consecuencias que su discapacidad provoque en su actividad productiva. De este modo, cualquier exclusión del trabajo (salvo en defensa de su integridad física, se entiende) basada en esta causa (incapacidad laboral), devendría imposible y, por tanto, sería discriminatoria. Las consecuencias de lo descrito son diáfanas. En un estricto plano constitucional, figuras como la ineptitud, la morbilidad, o la extinción por incapacidad permanente difícilmente superarían un examen de ajuste antidiscriminatorio.

¹⁷⁴ STC 315/1994, de 28 de noviembre, f.j. 4º.

¹⁷⁵ STC 229/1992, de 14 de diciembre, f.j. 3º.

El uso de las excepciones de la razonabilidad tiene por objeto evitar, en un estricto plano fáctico, los posibles efectos contrarios que toda radicalidad termina por producir, lo que en el campo de la discriminación se ha denominado efecto boomerang¹⁷⁶. Las acciones con efectos peyorativos, desde este punto de vista, se sitúan en un plano que permita armonizar los diferentes valores en juego. Bien es cierto que esto sólo será posible cuando su resultado se justifique, al límite, tras una valoración llevada con el máximo rigor. Sólo así puede entenderse, si no, que algunas normas que regulan las relaciones laborales de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico-laboral español encuentren ajuste en el terreno constitucional.

No cabe duda de que el problema, en este plano, se sitúa sobre el control de la razonabilidad. Lógicamente, y siempre sobre la premisa de que una persona discapacitada no puede ser discriminada sobre la base de su estado, el ajuste de lo razonable se reduzca, en exclusiva, a las manifestaciones de las consecuencias sobre la actividad de trabajo. Sobre el juicio seguirá pesando un elemento fundamental de la unidireccionalidad del amparo: la desigualdad de partida, que obliga a una valoración diferente, donde la compensación en la búsqueda de la igualdad efectiva opera con toda su energía. Esta idea no puede encontrar su fundamento sino sobre la base de que la protección de la discapacidad se sitúa, en el Ordenamiento constitucional, en un plano superior al de la libertad de empresa, justificando el sacrificio exigido a este último en la defensa de aquél, que actúa como límite sobre el que se ubica el control de la justificación de la medida.

9.2.4. ¿Hacia una justificación razonable o irrazonabilidad de la desigualdad?

El Legislador, al establecer las repercusiones de la discapacidad en el trabajo y conjugarlas con la disponibilidad empresarial de sus intereses contractuales, parece haber actuado por una vía intermedia.

La Constitución, en este sentido, ha reforzado la protección antidiscriminatoria de las personas con discapacidad, fruto de los derechos y mandatos consagrados por los artículos 9.2, 14 y 49. Consecuentemente, la atención que el ordenamiento jurídico-laboral dispensa a los trabajadores con discapacidad obtiene, como se ha

¹⁷⁶ RODRÍGUEZ PINERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, ob. cit. (1985), pp. 921-928; PÉREZ DEL RÍO, ob. cit., p. 64.

señalado, un amparo absoluto cuando la desigualdad reside exclusivamente en la concurrencia de dicha causa.

Ahora bien: a medida que la discapacidad provoca alteraciones sobre el trabajo, la protección abandona ese carácter absoluto y se sitúa sobre parámetros relativos que ajustan proporcionalmente el nivel de cobertura a la gravedad de su incidencia sobre la productividad. Precisamente, en este nivel relativo de la protección es sobre el que se ha consentido la razonabilidad de la justificación.

El debate se sitúa sobre los mecanismos a utilizar en el control de la constitucionalidad de la legitimidad normativa o de las prácticas empresariales. La tarea de identificar los factores que modilizan el razonamiento que determina la validez del trato normativo parece sencilla. De un lado, las consecuencias que sobre el trabajo provocan las alteraciones biológicas que de la discapacidad puedan derivarse, ya sea a modo de incapacidad laboral, ya como conductas necesarias para la protección de la salud y la integridad física del trabajador. De otro, el modo en el que dichos factores repercuten sobre el empresario, ya sea sobre la base de su condición de acreedor de determinadas prestaciones contractualmente estipuladas, ya en la medida en que puedan limitar su poder de dirección.

La cuestión reside en valorar hasta dónde cabe exigir a la empresa, en un juicio de razonabilidad, una conducta que confine los poderes que el principio de libertad empresarial le confiere. Y es aquí donde se encuentra el punto más controvertido de la cuestión. El ordenamiento jurídico laboral parece haber optado por una exigencia inversamente proporcional a las consecuencias que los elementos descritos —incapacidad laboral y protección de la salud— tienen sobre la actividad productiva (*vid. infra* C4). De este modo, los compromisos empresariales aumentan a medida que la incapacidad laboral repercute con menor intensidad sobre el rendimiento de trabajo pactado¹⁷⁷ o en función de la necesidad de adaptación del trabajo a la persona que por razones de salud puedan precisarse¹⁷⁸. Aunque van disminuyendo, hasta desaparecer, situándose el límite en aquellos supuestos en los que se presume que la prestación deviene imposible¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Por ejemplo, reconociendo una valoración subjetiva del rendimiento del trabajador discapacitado —artículo 20.3 del ET— o articulando fórmulas de reincorporación en el supuesto de la incapacidad permanente parcial.

¹⁷⁸ Como sucede a raíz de las nuevas disposiciones legales que se derivan de las normas de prevención sobre riesgos derivados en el trabajo.

¹⁷⁹ Supuestos de extinción por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

Así las cosas, parece que existen suficientes elementos objetivos y razonables para que las normas superen cualquier control constitucional. Sin embargo, lo hace consintiendo una aplicación indiscriminada de las figuras normativas establecidas, que viene configuradas de un modo lineal: se parte de un cumplimiento general que prescinde de la situación real del trabajador o de la empresa. A modo de ejemplo, una extinción contractual por incapacidad permanente no se encuentra limitada ante la posibilidad empresarial de proporcionar un nuevo empleo, aunque sus posibilidades económicas y productivas y la propia discapacidad padecida hicieran factible una nueva acomodación. De igual modo, una incapacidad laboral protegida tendrá, aunque con ciertas particularidades, un efecto reincorporador independiente a la incidencia que esta figura tenga sobre la actividad productiva.

Llegados a este punto, cabrá plantear si se están tomando en consideración las exigencias que se deriva del respeto a la doble dimensión que toda tutela antidiscriminatoria muestra: la desigualdad de partida y de la necesidad de adoptar acciones positivas compensatorias. Si el control se sitúa sobre el plano de la razonabilidad del tratamiento, no parece que la perspectiva lineal con la que se configuran las normas este llevando al límite las obligaciones que de dichos elementos parecen derivarse. Este tratamiento normativo homogéneo no sólo no respeta un control estricto de irrazonabilidad, sino que impide en sí mismo un control sobre la base del razonamiento necesario que justifique la derogación de la igualdad, al devenir imposible el control de la proporcionalidad de la figura jurídica que se cuestiona. Ponderación que necesita, al menos, tener en cuenta las circunstancias que rodean a cada situación, tanto para resolver si la norma supera el control, como si las decisiones empresariales se ajustan a la misma.

Este diseño «lineal» de la norma y de sus consecuencias aplicativas debe modificarse hacia un sistema verdaderamente equitativo que permita ajustar el equilibrio entre un derecho preferente a no ser discriminado (a no volver a la marginación por la vía de la exclusión del empleo) y los incuestionables y protegibles intereses empresariales¹⁸⁰. La solución no es tan extraordinaria, existiendo soluciones al problema en otras realidades¹⁸¹.

¹⁸⁰ Sobre el tema, GOERLICH PÉREZ, «La reforma de la incapacidad permanente», en *La reforma de las pensiones*, AA.VV., Marcial Pons, 1999, pp. 66-67.

¹⁸¹ Como en las normas de integración de discapacitados estadounidenses. Sobre el particular, NÓREZ GONZÁLEZ, «La discriminación por razón de la minusvalía en el ordenamiento jurídico estadounidense», *RTSS* 18/1995, pp. 139 ss.

En este sentido, tres son elementos sobre los que se efectúa el equilibrio de la medida. El primero de ellos hace referencia a la constatación del grado de adecuación laboral de la persona con discapacidad sobre la base de sus capacidades residuales de trabajo. El segundo exige a la empresa un esfuerzo complementario, una acomodación razonable que permita utilizar los recursos técnicos al alcance, para que la adaptación del puesto y de las condiciones de trabajo permitan un desenvolvimiento normalizado de la actividad productiva por parte de la persona con discapacidad. El tercero sitúa el límite de los anteriores, realiza una labor de proporcionalidad entre los objetivos a cumplir y los medios necesarios para conseguirlos: el límite en la imposibilidad de ejecutar la acomodación, bien porque no existen los medios necesarios, bien porque conlleva un coste desproporcionado —económica o productivamente— para la empresa.

Una regulación legal de estas características es necesario para calcular con mayor precisión la adecuada defensa de todos los intereses en juego. Al tiempo que es perfectamente posible, a veces, exigible, en el Derecho español. Sin duda, la colaboración de determinadas políticas activas ayudaría a la adopción de las diferentes fases. A la vez que un sistema de estas características permitiría un control judicial proporcional, ya sea de constitucionalidad, ya de legalidad.

Todo lo contrario que ha ocurrido hasta el momento. En efecto, no puede decirse que el control judicial de la aplicación de las normas actuales haya favorecido estos planteamientos. Más bien a la inversa, ha contribuido a consolidar las diferencias. La falta de todo cuestionamiento constitucional y la permisibilidad de la alegación empresarial incondicionada de diversas instituciones como la ineptitud (al margen de la posible crítica que a esta figura cabe hacer desde un mero supuesto de legalidad, *infra* C4) o la extinción por incapacidad permanente del trabajador, entre otras, demuestran dicha afirmación. La colaboración entre la justicia constitucional y la ordinaria, en este punto, no se ha producido: no se detectan pronunciamientos que respondan al auxilio que los órganos judiciales ordinarios pueden recabar del Tribunal Constitucional, en orden al examen de la correspondencia de las fórmulas abstractas de las leyes con la Constitución —recurso de inconstitucionalidad—, aunque bien es cierto que tampoco con respecto a la solicitud de los particulares al respecto de la conformidad de la aplicación de las leyes a los principios de la Constitución —recurso de amparo—. En este sentido, se echa de menos una necesaria tarea del TC que, como

juez de la ley¹⁸², configure los parámetros imprescindibles de control de la discapacidad como origen de la discriminación.

A nadie escapa que un planteamiento integrista no parece admisible, ni desde el plano jurídico, ni desde el plano social. Desde esta perspectiva, la irrazonabilidad de la diferencia se establece como una necesidad de principio, constituyendo las excepciones a la irrazonabilidad una necesidad de medio. Pero nada impide que lo excepcional deba ser considerado con criterios especialmente rigurosos, equilibrados y proporcionales, que sólo pueden contemplarse teniendo en cuenta los efectos que esa diferencia de trato pueda tener en la corrección de la situación discriminatoria de partida¹⁸³.

10. Las medidas de acción positiva: un complemento necesario

Ni la irrazonabilidad de la protección, ni la justificación excepcional de la diferencia pueden, no obstante, tener una evolución feliz si la intervención de los poderes públicos se limita a la consecución de la igualdad formal. La tutela antidiscriminatoria requiere de instrumentos efectivos que combatan la desigualdad real, tarea obligatoria en virtud de los mandatos constitucionales ya descritos. La búsqueda de la igualdad sustancial se convierte en un elemento imprescindible, concretándose su finalidad en la correcta distribución de los bienes, servicios, cargas y poder de la sociedad actual, profundamente desigualitaria, exigiendo una reacción positiva frente a esa desigualdad¹⁸⁴. La igualdad, de este modo, no sólo se trata desde un punto de vista jurídico¹⁸⁵, sino también desde el plano social¹⁸⁶. Desde esta perspectiva, en la discriminación vedada lo decisivo es el resultado discriminatorio, su aspecto material, con independencia de la forma en que se realice.

¹⁸² RODRÍGUEZ PIÑERO, «Justicia constitucional y fijación de doctrina legal», *R.L.* 20/1996, p. 5.

¹⁸³ RODRÍGUEZ PIÑERO, «Discriminación de la mujer y tutela antidiscriminatoria», *R.L.* 1/1992, p. 24.

¹⁸⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO, «Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo. Artículo 17.2 del ET», en *Comentarios a las leyes laborales* tomo IV, Edersa, 1983, p. 455.

¹⁸⁵ En contra de esta afirmación se ha pronunciado GALVEZ MONTÉS, *ob. cit.*, p. 260, reconociendo que el artículo 14 de la Constitución comprende cualquier tipo de discriminación jurídica, no las sociales.

¹⁸⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO, *ob. cit.* (1979), p. 404.

La tradicional representación de esa posición de inferioridad social sobre determinados colectivos es, precisamente, la que la Constitución intenta revertir. Las acciones positivas aparecen relacionadas con la regla de la igualdad sustancial. Si a la luz de la regla de igualdad en sentido formal la discapacidad no asume (y no debe asumir, salvo que se consienta excepcionalmente en el sentido ya expuesto) relieve alguno (igualdad sin tener en cuenta la diferencia), la regla de igualdad esencial se fundamenta por el contrario sobre la relevancia de las diferencias que existen entre las personas, en razón de las características personales y/o su pertenencia a diversos grupos sociales¹⁸⁷. La adopción y desarrollo de los programas de acción positiva se encuentran estrechamente ligados al cambio de significado del término discriminación, que en definitiva traduce la transformación de la reivindicación de la igualdad de derechos formales en igualdad real y efectiva¹⁸⁸.

Estas medidas tienen su justificación en la igualdad real proclamada en el artículo 9.2 de la constitución y, también, formulada en el segundo inciso del artículo 14¹⁸⁹ (cuyos mandatos se ven proyectados en la normativa laboral a través de los artículos 4 y 17 del ET). Estos preceptos significarán, en ocasiones, un mandato de parificación¹⁹⁰ y, en otras, precisamente lo contrario, es decir, una diferenciación que elimine la discriminación. Desde este marco, se impone a los poderes públicos la efectividad del principio de no discriminación, removiendo y suprimiendo situaciones discriminatorias¹⁹¹, lo

¹⁸⁷ En este sentido se pronuncia, si bien con respecto a las diferencias por razón de sexo, BALLESTRERO, «La Ley italiana sobre acciones positivas. Una primera lectura», *R.L.* 3-4/1993, p. 70.

¹⁸⁸ BARBERÁ, «Discriminazione indirette e azione positive: Riflessioni comparate del caso nordamericano», *RJLPS* 12/1984, p. 278.

¹⁸⁹ BALLESTER PASTOR, ob. cit. (1994), p. 123.

¹⁹⁰ ALONSO GARCÍA, «Discriminación de los trabajadores no fijos de plantilla. Confirmación de la doctrina de los Tribunales de instancia sin que sea susceptible de recurso de amparo una interpretación amplia del artículo 14 de la Constitución», *R.E.D.T.* 29/1987, p. 136.

¹⁹¹ RODRÍGUEZ PIÑERO, ob. cit. (1992), p. 23; MARTÍN DE HUAS, ob. cit. (1996), pp. 97 y 104 entiende que la Constitución no se conforma con asumir, como pauta axiológica del ordenamiento jurídico la igualdad, sino que, como expresión de la condición del Estado social y democrático de derecho, impone a los poderes públicos, en su artículo 9.2 un compromiso activo para hacerla efectiva ... como instrumento de realización de su mandato, y como medio de lucha contra las situaciones sociales de discriminación realmente existentes, ..., situaciones ya perfectamente características como supuestos de marginación social, lesivas de la dignidad de la persona, contra la que la Constitución impone un mandato específico de tutela antidiscriminatoria..., en los que sitúa la clave normativa precisa para la posible justificación de medidas

que exige tratar igual a los iguales y de forma distinta a los desiguales¹⁹². No se trata, por consiguiente, de un quebrantamiento del principio de igualdad, sino, por el contrario, del establecimiento de ciertas desigualdades jurídicas para conseguir la sustancial igualdad de la persona frente al Derecho¹⁹³.

La igualdad no es sólo formal, como deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, es también sustancial, obligando a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sea real y efectiva¹⁹⁴. La formulación de esta política de promoción de la igualdad de oportunidades y de trato no sólo constituye una posibilidad abierta al Legislador, sino una obligación, obligación que se ve reforzada en cumplimiento de los compromisos internacionales¹⁹⁵. Las acciones promocionales dirigidas a los colectivos en desventaja no sólo no son inconstitucionales (como podría pensarse en una concepción bilateral de la discriminación, por dispensarles un tratamiento desigual), sino que únicamente llevándolas a cabo puede entenderse que se están removiendo los obstáculos que impiden o dificultan el ejercicio del derecho al trabajo, en sentido amplio, de acuerdo con el mandato constitucional¹⁹⁶.

El ordenamiento jurídico laboral constituye, de este modo, un instrumento esencial en la consecución de la igualdad real, como ordenamiento que responde a una visión distinta de la igualdad¹⁹⁷.

de acción positiva, con las que se restablezca la igualdad. FERNÁNDEZ LÓPEZ, ob. cit., pp. 173-174, corrobora dicha teoría, afirmando que no es suficiente una tutela meramente negativa, de defensa, aunque sea necesaria. Se hace preciso algo más, una defensa activa. El restablecimiento de la igualdad tiene como presupuesto la derogación parcial de una concepción puramente formal de la igualdad vinculándose al 9.2 de la Constitución. El principio de no discriminación es un derecho fundamental (14 CE) que obliga a los poderes públicos a restablecer el equilibrio roto.

¹⁹² PÉREZ DEL RÍO, ob. cit. (1988), p. 58; BALLESTRERO, ob. cit., p. 70; MARTÍN DE HUJAS, ob. cit. (1996), p. 98.

¹⁹³ RUIZ VADILLO, «Algunas breves consideraciones sobre los Derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidas en la Constitución y su esencial incidencia en el campo laboral», en *Jornadas sobre Derecho del Trabajo y Constitución*, AA.VV., MTSS, 1985, p. 295.

¹⁹⁴ STC 216/1991, de 14 de diciembre (f.j. 5º).

¹⁹⁵ El Convenio 111 de la OIT, en su artículo 2º, establece la necesidad de que todo Estado en el que dicha norma se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.

¹⁹⁶ QUINTANILLA NAVARRO, ob. cit., pp. 35 y 36.

¹⁹⁷ RODRÍGUEZ PIÑERO, ob. cit. (1991-1), p. 1072.

En él, la referencia normativa básica de estas acciones se encuentra en los mandatos que se derivan del artículo 17 del ET. Dicho precepto concreta su comprensión en la tarea de evitar las desigualdades que supongan discriminaciones, no así los tratamientos desiguales que estén justificados o pretendan una parificación o igualación de situaciones y oportunidades¹⁹⁸. Estas medidas tienen un propósito igualador, mediante ventajas o preferencias que producen en su resultado un reequilibrio que asegure una mayor igualdad efectiva, y cuya existencia no sólo es compatible con el mandato constitucional sino que, sin las mismas, el propio mandato de paridad absoluta podría tener visos de anticonstitucionalidad¹⁹⁹. Dicho precepto se complementa, para las personas con discapacidad, con las previsiones que (bajo la influencia añadida del artículo 49 CE) contiene el Título VII de la LISMI y los artículos 157 a 159 de la LGSS.

No obstante, la necesidad de establecer medidas tutelares de apoyo, a los grupos desfavorecidos, puede verse sacudida por la dificultad de su propia calificación con respecto al resto de los trabajadores. En efecto, dado que las medidas de acción positiva suelen llevar una carga de desigualdad que beneficia a los colectivos perjudicados, determinados sujetos, que no son directamente responsables de la situación discriminatoria, pueden resultar desfavorecidos. Este fenómeno ha sido denominado discriminación al revés, y ha suscitado críticas y cuestionamientos tanto en el plano jurídico como en el político²⁰⁰.

Tal y como se ha comentado, tanto las normas internacionales como el propio TC se han encargado de destruir cualquier atisbo de duda al respecto. De este modo, las medidas positivas encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores con discapacidad y los demás trabajadores no deberán considerarse discriminatorias respecto de estos últimos —en especial, artículo 4 del Convenio 159 de la OIT y, en general, artículo 1.2 del Convenio 111 de la OIT—. Esta perspectiva reconoce la legitimidad de las medidas desiguales que tienen por objeto conseguir la igualdad, aún a través del establecimiento de un derecho desigual igualatorio²⁰¹. Ello impide, llegando más lejos, la impropia utiliza-

¹⁹⁸ GARCÍA MURCIA, ob. cit. (1985), p. 757.

¹⁹⁹ RODRÍGUEZ PIÑERO, ob. cit. (1983-2), p.458.

²⁰⁰ RODRÍGUEZ PIÑERO, «Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualación en los resultados», R.L. 13/1996, p. 2.

²⁰¹ SSTC 229/1992, de 14 de diciembre (f.j. 2º).

ción de la expresión discriminación positiva²⁰². Mientras que el concepto de discriminación signifique tratamiento peyorativo restringido a determinados colectivos, las acciones con finalidad positiva no pueden resultar discriminatorias²⁰³. El alcance descrito sirve para retomar un argumento ya utilizado: las medidas de acción positiva no son una excepción del principio de igualdad, son un complemento y un fortalecimiento del mismo.

Cuestión distinta es conocer el cauce correcto por el cuál deben atajarse las desigualdades reales. Inicialmente, las normas que legitiman las acciones afirmativas ubican su finalidad en la equiparación de las oportunidades existentes. Sin embargo, si se atiende al verdadero sentido de dicho propósito, podrá comprobarse que situar en ella el límite de las medidas positivas puede no resultar suficiente. En efecto, tal y como sólidamente se ha revelado²⁰⁴, combatir la desigualdad significa, de un lado, corregir situaciones fácticas pre-existentes que implican, en el mundo del trabajo, un desigual reparto de empleos, una permanente imposibilidad del acceso al mundo productivo de los colectivos desfavorecidos. Así como significa, también, favorecer las posibilidades actuales y futuras de incorporación, lo que precisa de una intervención que favorezca las probabilidades, incidiendo sobre el resultado real de las medidas positivas. La discriminación no es sólo un problema de oportunidades, es también un problema de probabilidades.

La lucha contra la desigualdad no concluye cuando mecanismos previos a la contratación han situado en un mismo plano de oportunidad al sujeto tradicionalmente desfavorecido. Cuando el acceso depende de condiciones de libertad o discrecionalidad de decisión el resultado sigue siendo desfavorable, lo que indica la necesidad de adoptar medidas que favorezcan la probabilidad.

Los programas de acción positiva deben tender a evitar la perpetuación de situaciones discriminatorias en las que, de hecho, se

²⁰² Hay quien propone, como expresión más adecuada y próxima a la terminología comunitaria, el de discriminación inversa, GONZALO GONZÁLEZ, «El principio de igualdad y la excepción de la discriminación inversa», *R.L.* 12/1996, p. 15. Por su parte, GARCÍA FERNÁNDEZ, «Autonomía individual y principio de igualdad en la colocación y ascenso en la empresa», *A.L.* 4/1996, p. 43, utiliza la expresión de discriminaciones antidiscriminatorias.

²⁰³ RODRÍGUEZ PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, ob. cit. (1986), p. 112. Ello no impide que un sacrificio exagerado de la igualdad formal pueda provocar la consideración de estas medidas como discriminatorias, RODRÍGUEZ PIÑERO, ob. cit. (1996-1), p. 10.

²⁰⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO, ob. cit. (1996-1), pp. 2 a 10; BALLESTRERO, ob. cit., pp. 71 y 72.

encuentran determinados grupos y los individuos que pertenezcan a ellos, mediante la eliminación de obstáculos que se oponen a una real y efectiva igualdad de oportunidades²⁰⁵. Pero no puede hablarse de igualdad de oportunidades sin hablar de resultado, por cuanto que separar oportunidades e igualdad en los resultados es bastante artificial e inaceptable²⁰⁶. No sólo se trata de que las personas con discapacidad tengan iguales oportunidades. Salvada dicha limitación —a través, entre otras medidas, de un acceso adecuado a la formación, de una remoción de barreras arquitectónicas—, lo cierto es que la probabilidad de obtener un empleo sigue siendo menor. El principio de no discriminación no sólo justifica, sino que exige el establecimiento de ciertos tratamientos o medidas que, aunque constituyan una ruptura de la igualdad formal, son necesarios de cara a la eliminación de los mencionados obstáculos²⁰⁷, proyectando sus efectos del presente hacia el futuro²⁰⁸.

11. El alcance constitucional de las medidas de acción positiva

La Constitución no parece contentarse con ciertas actuaciones públicas que contribuyan a salvar las diferencias de partida. Si el sentido de los mandatos constitucionales se encuentra en la teoría arriba descrita, las acciones positivas deben dirigirse no sólo a remover las discriminaciones existentes, sino también a impedir la producción de nuevas discriminaciones²⁰⁹. De este modo, la lucha contra la discriminación no puede aspirar a cumplir una función meramente compensadora de la desigualdad, sino que debe tender al reequilibrio de las oportunidades²¹⁰, entendidas éstas en el sentido ya descrito de incidir en los resultados.

Este argumento sirve como punto de partida para comprobar si las medidas de acción positiva que, desde el mundo del trabajo,

²⁰⁵ PÉREZ DEL RÍO, ob. cit. (1988), p. 62; en sentido similar, BALLESTRERO, ob. cit., p. 71; QUINTANILLA NAVARRO, ob. cit., p. 35.

²⁰⁶ RODRÍGUEZ PINERO, ob. cit. (1996-1), p. 9.

²⁰⁷ QUINTANILLA NAVARRO, ob. cit., p. 35.

²⁰⁸ MUÑOZ MACHADO, ob. cit. (1993), p. 33: «La normativa que trata de hacer factible a los minusválidos una vida normal, y de proporcionarles iguales oportunidades que a los demás ciudadanos están conectado con valores constitucionales que lo autovinculan para el futuro.»

²⁰⁹ QUINTANILLA NAVARRO, ob. cit., pp. 37 y 38.

²¹⁰ BALLESTRERO, ob. cit., p. 71.

intentan revertir las condiciones de desigualdad de las personas con discapacidad se ajustan, en su actual configuración, al alcance que de la Constitución se desprende. El problema, aquí, es doble. De un lado, las medidas de acción positiva deben reflejar soluciones adecuadas que posibiliten una efectiva integración. De otro, es preciso subsanar el mayor riesgo que dichas intervenciones normativas conllevan, que no es otro que el tradicional hábito de no exigir su aplicación²¹¹. La elaboración de normas jurídicas es necesaria, pero no suficiente para eliminar las situaciones fácticas de discriminación²¹². Como más arriba se indicó, el control administrativo y judicial de las previsiones jurídicas resulta vital, en este campo, para que la tutela antidiscriminatoria vaya más allá de una mera declaración de intenciones.

El doble objetivo de igualar las oportunidades de partida, y de intervención sobre las probabilidades de hecho, requiere que el trabajo se centre sobre los mecanismos que con efectos discriminatorios actúan sobre el mundo del trabajo²¹³. Una revisión de los mismos indica, inicialmente, que las dificultades no concurren en exclusiva sobre la relación contractual, sino que se sitúan igualmente en períodos previos²¹⁴.

11.1. *La importancia de una adecuada formación*

En este sentido, es inevitable pensar en la formación. Este proceso, situado en el origen de las oportunidades presentes y futuras, viene a ser el principio de todas las medidas de acción positiva. La educación, como derecho de todos los ciudadanos, viene establecida tanto en las normas internacionales y supranacionales como en la propia Constitución. El cumplimiento de la obligación pública de garantizar el acceso de todas las personas, sin distinción, a una formación adecuada, no parece discutible a simple vista. Así, la organización del sistema educativo no puede ser ajeno a las es-

²¹¹ En sentido similar MUÑOZ MACHADO, ob. cit. (1993), p. 20.

²¹² PÉREZ DEL RÍO, ob. cit. (1988), p. 65.

²¹³ PÉREZ DEL RÍO, ob. cit. (1988), p. 69, indicando la necesidad de analizar las situaciones reales que concretan la discriminación, para que los instrumentos correctores resulten eficaces.

²¹⁴ Las normas antidiscriminatorias y la doctrina judicial y científica son plenamente pacíficas a este respecto, considerando que la discriminación en el empleo puede producirse no sólo una vez existente la relación de trabajo, sino en momentos previos a la consolidación contractual.

peciales características de algunos ciudadanos, como las personas con discapacidad, exigiéndose la remoción de las barreras que impidan su acceso normalizado a los instrumentos educativos existentes²¹⁵.

La formación profesional, aquella que comprende tanto las acciones formativas dirigidas a la inserción y reinserción laboral de los trabajadores cuanto las dirigidas a la formación profesional continua en las empresas²¹⁶, no es una excepción. El éxito de una adecuada preparación para el empleo no es una garantía plena, pero sí un requisito imprescindible para que el resto de medidas de integración en el trabajo resulten efectivas. Significa, de un lado, posibilitar que disminuyan las desigualdades de partida, acercando las condiciones de competencia en el acceso al empleo. Pero, de otro, indica legitimidad para exigir la instalación de medidas que incidan en el resultado, de medidas que impliquen la asunción obligatoria de trabajadores, que podrían verse cuestionadas ante la ausencia de trabajadores con las aptitudes necesarias. Lo contrario podría derivar en el acceso forzoso a actividades en las que la cualificación es un requisito instrumental al inicio de la relación laboral, lo que en definitiva significaría la reclusión de las personas con discapacidad en determinadas profesiones u oficios.

La tutela discriminatoria exige, como consecuencia, la posibilidad de acceder, en las mayores condiciones de normalidad posibles —aunque ello implique en ocasiones la adopción de medidas especiales—²¹⁷, al proceso educativo al alcance de todos los ciudadanos. En el plano laboral, la actuación pública —en la formación profesional continua— y la empresarial —en la ocupacional— no sólo no pueden limitar el ejercicio del derecho a la educación y a la formación y promoción profesional, sino que deben facilitarlos, por cuanto que lo contrario sería quebrar los principios que resguardan la protección antidiscriminatoria.

²¹⁵ Sobre el tema, *vid.* AGUDO RUIZA, «Formación para el empleo de las personas con discapacidad», en *La situación del empleo de las personas con discapacidad. Propuestas para su reactivación*, AA.VV., E.L.E., Madrid 1998, pp. 243 ss.

²¹⁶ LLEÓ CASANOVA, *El derecho a la formación profesional. Facultades jurídicas para su satisfacción, trabajo de investigación*, inédito, Valencia 1994, p. 20.

²¹⁷ La Ley 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo dedica su Título V, precisamente, a compensar las desigualdades en la educación. Tal y como refleja su Exposición de Motivos, estas medidas constituyen elementos relevantes para evitar la discriminación.

11.2. *La importancia de una eficaz intermediación laboral*

Junto con la adquisición de una formación adecuada, es importante contar con eficaces instrumentos mediadores que faciliten la colocación en la empresa²¹⁸. Salvadas las diferencias en el terreno formativo, la labor de mediación se erige como un elemento vital, en aras no sólo a conseguir un empleo, sino también una efectiva tutela —en su aspecto negativo y positivo— antidiscriminatoria. Esta tarea implica distintas actividades: el respeto a las conductas legítimas de intermediación, el control de las prácticas lesivas, la colaboración en el control de las obligaciones contractuales y, fundamentalmente, favorecer la puesta a disposición de los trabajadores a la oferta existente.

La reforma del mercado de trabajo ha afectado al proceso de colocación, básicamente en lo que se refiere a la labor de intermediación de entidades públicas y privadas en el acercamiento entre la oferta y la demanda de empleo, lo que ha derivado en la pérdida de exclusividad —al menos, de derecho— por parte del Servicio Público de Empleo²¹⁹. La supresión del monopolio público de colocación —en sentido funcional y orgánico—²²⁰ no implica, sin embargo, la frustración de las tareas anteriormente descritas. Al contrario, una correcta utilización de los servicios privados de colocación, y su necesaria colaboración y control por parte de los organismos públicos, debería servir para «optimizar las posibilidades de colocación existentes»²²¹, a la vez que garantiza «la igualdad de oportunidades en el derecho de acceso al trabajo», sin que lógicamente puedan establecerse discriminaciones en dichas actuaciones²²².

La exigencia de no discriminar que la normativa laboral establece afecta, sin duda, a estos procesos previos a la contratación. De

²¹⁸ Sobre su importancia, *vid.* CHARROALDE/TORRES, «La intermediación laboral de discapacitados», en *La situación del empleo de las personas con discapacidad. Propuestas para su reactivación*, AA.VV., E.L.E., Madrid 1998, pp. 483 ss.

²¹⁹ En este sentido, CRUZ VILLALÓN, «El nuevo régimen jurídico de la colocación de trabajadores», *T.L.* 32/1994, p. 3.

²²⁰ CASAS BAAMONDE/PALOMEQUE LÓPEZ, «La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento del empleo», en *La reforma del mercado de trabajo*, La Ley, 1994, p. 15; RAMÍREZ MARTÍNEZ, «El proceso de colocación: intervencionismo público e iniciativa privada», en *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, 1994, p. 41.

²²¹ Exposición de Motivos del RD 735/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo.

²²² Artículos 16.2 del ET y 2.2 del RD 735/1995.

este modo, la tutela antidiscriminatoria alcanza tanto a las ofertas de empleo como a los procesos de selección. Como resulta evidente, la actuación colocadora empresarial resulta de difícil control cuando se realiza al margen de los organismos mediadores. Sin embargo, la actividad de control se torna imprescindible cuando en ella participan los servicios de colocación, no pudiendo tramitar oferta, o participar en selección alguna que incorpore elementos discriminatorios²²³.

Otro problema reside en valorar si es exigible, tanto a los servicios públicos como privados, no sólo una actitud pasiva, sino también una conducta activa que sitúe la actuación lesiva ante los órganos sancionadores para su precisa valoración, circunstancia que excede del ámbito del presente estudio, pero que reviste importantes consecuencias al tiempo de cumplir con la exigencia de las previsiones normativas antidiscriminatorias.

De otro lado, la actividad de los servicios públicos y la necesaria colaboración de los servicios privados con aquellos requiere, asimismo, ejercer un control sobre los incumplimientos de las obligaciones contractuales legalmente prefijadas. La vigilancia que sobre las contrataciones sigue ejerciendo el INEM, y su privilegiada situación como observador al recibir toda la información en dicho sentido, implica la necesaria actividad de recordar a los empresarios la necesidad de cumplir con las reservas de empleo existentes para los trabajadores con discapacidad, poniendo a su disposición a los trabajadores con discapacidad con aptitudes suficientes para desarrollar el trabajo ofertado.

Así, la necesidad de realizar con eficacia la labor de intermediación se estima como un instrumento de gran valía en la inserción laboral de las personas con discapacidad. En este sentido, los órganos de colocación deben procurar un cruce efectivo entre la oferta y la demanda. La existencia de un registro actualizado de trabajadores con discapacidad se erige, en este sentido, como un elemento de gran valor.

²²³ Sobre el tema puede verse GARCÍA FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 45, donde afirma que la «igualdad de trato significará aquí que se establezcan los factores de evaluación y puntuación de los candidatos a modo que se garantice una razonable igualdad de oportunidades; y será razonable cuando no se establezcan factor o factores de evaluación y puntuación que predeterminen el resultado de las pruebas respecto a alguno o algunos de los candidatos que serán los seguros seleccionados.»

11.3 *Las medidas positivas y el contrato de trabajo*

Por último, son imprescindibles las acciones afirmativas de orientación contractual. La promoción de la igualdad real es una obligación que se impone a los poderes públicos de una forma básicamente progresiva. Puede afirmarse que vincula la actuación de éstos, aunque deje en buena parte a su elección la oportunidad y la naturaleza de las medidas a adoptar²²⁴.

A la tarea del TC de corregir las deficiencias legislativas que perpetúan las discriminaciones a las personas con discapacidad, se suma ahora la de indicar la legitimidad de las medidas diferenciadoras que tienen como fin subsanar los desequilibrios sociales²²⁵.

Sin embargo, la Constitución no preestablece matemáticamente el alcance de la lucha antidiscriminatoria²²⁶. De este modo, el impulso de las medidas compensatorias que han de neutralizar los efectos de las discriminaciones, que corresponde al Legislador²²⁷ tiene, como se ha visto, un amplísimo ámbito de disponibilidad²²⁸. Aquí es donde interviene la necesaria labor interpretadora que se ha solicitado de los órganos judiciales. De un lado, a través del control de las desigualdades normativamente configuradas. De otro, confirmando el ajuste de las acciones positivas a los objetivos de la tutela.

A pesar de las deficiencias que todo sistema normativo padece, es evidente que el Legislador ha ido configurando una ingente batería de diferentes instrumentos de acción afirmativa. Su intervención incide, temporalmente, sobre un doble instante: pueden actuar como remedio ante los efectos residuales desfavorables de discriminaciones pasadas (acción positiva de tipo resarcitorio), o bien hacerlo contemplando el futuro²²⁹.

Sin embargo, no todas ellas tienen los mismos destinatarios. Ni tampoco intervienen de modo homogéneo. A ello se deben los escollos que presenta todo intento de sistematización. En cualquier caso, un intento de clasificación permite incorporarlas en tres gru-

²²⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, ob. cit. (1986), p. 335.

²²⁵ Tareas atribuidas al TC por FERNÁNDEZ LÓPEZ, ob. cit., p. 243.

²²⁶ En este sentido parece pronunciarse MUÑOZ MACHADO, ob. cit. (1993), p. 28, donde afirma que «la CE no vincula estrechamente al Legislador para que haga las regulaciones legales que le parezcan más idóneas. Estos derechos son de concreción legal».

²²⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, ob. cit., p. 243.

²²⁸ CASAS BAAMONDE, Igualdad en la aplicación de ley desigual y discriminación de la mujer, R.E.D.T. 54/1992, p. 565.

²²⁹ BALLESTRERO, ob. cit., p. 71.

pos complementarios²³⁰. El primero engloba a las llamadas acciones directas: aquellas medidas que se intervienen, en exclusiva, sobre un colectivo determinado. El segundo incorpora a aquellas otras que tienen un carácter genérico, no destinándose a uno, sino a todos por igual: son las denominadas acciones indirectas o comunes. Por último, debe destacarse aquellas que, aun cuando tienen también personalidad genérica, se diferencian de las anteriores por su naturaleza instrumental. Todas ellas serán analizadas más adelante (Caps. 3 y 4).

²³⁰ Tal y como ha sido elaborada por BALLESTER PASTOR, ob. cit. (1994), p. 136.

CAPÍTULO 2

LA DECLARACIÓN DE LA DISCAPACIDAD

1. Cuestiones iniciales

Antes de abordar el estudio de los instrumentos normativos que inciden sobre el trabajo de las personas con discapacidad, es necesario perfilar cuáles son los elementos que utiliza el Derecho español para configurar las diferentes situaciones sobre las que aquellos despliegan sus efectos. En este sentido, la clarificación de los usos terminológicos, inicialmente, y la delimitación de los elementos conceptuales que definen a los sujetos de la protección, con posterioridad, merecen la atención de las reflexiones que siguen.

La tarea inicial, en los momentos actuales, parece haberse simplificado por la permanente adecuación terminológica a la que han procedido los Organismos Internacionales. El estado contemporáneo de las cosas, no obstante, viene precedido de un eterno vaivén — que nada asegura haya terminado—, resumido en una confusa utilización de términos y conceptos que, en la mayoría de los casos, han acabado por considerarse sinónimos²³¹. El empleo de palabras como invalidez, incapacidad, discapacidad, minusvalía, subnormalidad, deficiencia, entre otras, no resulta ajeno ni en el tradicional tratamiento internacional de la materia ni, desde luego, en el uso que las normas españolas han realizado²³². La realidad, sin embargo,

²³¹ «La utilización de estos conceptos parece dictada más por la historia normativa y la carga emotiva que comportan que por su relación con las definiciones del diccionario de la Real Academia Española». FARGAS FERNÁNDEZ, «Acotaciones a la técnica legislativa empleada en la Ley 26/1990», en *X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, Trotta, 1992, p. 287.

²³² Puesta de manifiesto en el primer texto normativo que sistematiza la Seguridad Social, la Ley de Bases de 28 de noviembre de 1963 de la Seguridad Social, tal

ha ido imponiendo una necesaria racionalización en el manejo terminológico y conceptual, haciendo referencia a la necesidad de unificar la designación del colectivo, que se encontraba dispersa hasta hoy²³³, si bien es cierto que hoy día tampoco ha dejado, totalmente, de estarlo.

Un primer intento ordenador llegó de la mano de la Organización Mundial de la Salud, que aprobó una clasificación internacional que sugería un enfoque más preciso y, al mismo tiempo, relativista²³⁴, y que distingue entre deficiencia, discapacidad y minusvalía. De este modo, el término **deficiencia** se refiere a las anomalías de la estructura y la apariencia corporales y de los órganos o sistemas debidas a cualquier causa; en principio, las deficiencias representan perturbaciones de los órganos. La **discapacidad** refleja las consecuencias de la deficiencia desde el punto de vista del comportamiento y la actividad funcionales de la persona; representan, por lo tanto, perturbaciones individuales de la persona. La **minusvalía**, por su parte, hace referencia a las desventajas que la persona experimenta como consecuencia de deficiencias y discapacidades; la minusvalía refleja la interacción con el entorno de la persona y su adaptación a él²³⁵.

No obstante, dichos conceptos están en revisión por mandato de la Asamblea General de Naciones Unidas²³⁶, Organismo que, a través de la propia evolución de sus trabajos, ha ido delimitando el problema²³⁷. De este modo, y aun cuando no se ha propuesto un término genérico para todas estas situaciones²³⁸, se llega a un inten-

y como en su día apuntó EUGENIO BLANCO, «Identificación terminológica y características del sujeto protegido en la Ley de Bases de Seguridad Social», *R.I.S.S.* 2/1964, p. 205.

²³³ ÁLVAREZ DE LA ROSA, «La regulación especial del trabajo de los minusválidos (I)», *R.L.* 10/1987, p. 9.

²³⁴ NUJO —Introducción, apartado 20—.

²³⁵ Es por ello que, en ocasiones, la minusvalía recibe el nombre de desventaja, tal y como sucede en el Derecho francés. Así también, la OIT, ob. cit. (1972), p. 72. Este mismo Organismo, en el *Glosario de la rehabilitación profesional y el empleo de los discapacitados*, ob. cit. (1981), entiende que para determinar si una persona incapacitada sufre de desventajas para el trabajo, se debe examinar si sus limitaciones le causan dificultades apreciables para obtener y conservar un empleo adecuado.

²³⁶ Resolución 37/53 de 1982.

²³⁷ Los trabajos derivados de la aprobación del Programa de Acción Mundial —aprobado por Resolución 37/52 de 1982— y del Decenio de las N.U. para los Impedidos —obsérvese la incongruencia del nombre, al menos en su traducción al castellano—, fueron perfilando la conceptualización actual, como se verá en el texto.

²³⁸ Lo que sí ocurre en Francia, donde se utiliza el término *handicap*, aunque bien es cierto que su uso no corresponde siempre con una definición homogénea y uni-

to —parece que definitivo— de simplificar la cuestión al uso de dos conceptos nucleares, alrededor de los cuales debe girar la comprensión de esta materia: discapacidad y minusvalía.

Desde esta perspectiva, puede decirse que el problema planea sobre dos dimensiones claramente diferenciadas, pero íntimamente relacionadas. La primera hace referencia a su dimensión individual, denominada discapacidad, derivada de la deficiencia padecida. La segunda se relaciona con su dimensión social, y recibe el nombre de minusvalía. La discapacidad, en este sentido, se define como la limitación funcional, que puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, y que puede ser de carácter permanente o transitorio²³⁹. Expresado de otro modo, será la alteración individual en la salud padecida por la persona. La minusvalía es la pérdida o limitación de oportunidades de participar en la vida de la comunidad en condiciones de igualdad con los demás. La palabra «minusvalía» describe la situación de la persona con discapacidad en función de su entorno²⁴⁰.

2. Términos y conceptos en el ordenamiento jurídico español. Notas aclaratorias

La simplificación terminológica y conceptual descrita no encuentra, con todo, fiel reflejo en la realidad jurídica española. Así las cosas, puede afirmarse que las «sugerencias» internacionales no han obtenido una exacta traslación en la delimitación subjetiva que de la discapacidad realizan nuestras normas. Esta observación puede constatare, sin ir más lejos, en el notable caos terminológico²⁴¹

taria, tal y como destaca MC VILLEVAL, *L'insertion professionnelle des personnes handicapées*, en *Sociologie du Travail* 1/1984, p. 94.

²³⁹ NUJO —Introducción, apartado 17—.

²⁴⁰ NUJO —Introducción, apartado 18—.

²⁴¹ Que por otra parte no es exclusivo de la realidad española. Aunque ciertamente la dimensión del problema sea menor, en la lengua inglesa puede constatar una notable variación semántica de las expresiones utilizadas. De esta forma, algunos autores homologan las palabras «disability» y «handicap» a «discapacitado» y «minusválido». W. J. MENKEN [«The place of the handicapped person in society from the viewpoint of the new trends in vocational legislation», en *Report of the international expert meeting on legislation for equalization of opportunities for people with disabilities, 2-6 June 1986*, Rehabilitación Internacional. Viena, 1987] entiende que *disability* es un parámetro objetivo, un defecto físico o mental con características objetivas que son habitualmente descritas médicamente; *handicap* tiene una valoración subjetiva, pudiendo ser definida como el modo en el cual aquel defecto es subjetiva y personal-

existente hoy día (la muestra más evidente de la inadecuación la constituye la propia Constitución Española, que utiliza en su artículo 49 el término «disminuido»²⁴²), aun cuando es verdad que alguna iniciativa normativa²⁴³ y una mayor pureza terminológica en las nuevas normas pretenden solventar esta cuestión. Con todo, está claro que las recientes propuestas a nivel internacional requieren de un cierto *tempo* aplicativo en el Derecho interno que, dicho sea de paso, se encuentra impregnado de fórmulas históricas en el tratamiento del problema²⁴⁴.

2.1. Avance conceptual histórico

En este contexto, se advierte cómo las referencias lingüísticas provienen, fundamentalmente (tanto en momentos previos, como desde la configuración del sistema de Seguridad Social por la Ley de Bases de 1963²⁴⁵), de la clásica protección de la discapacidad «producida» en el mundo productivo. Así, la «incapacidad» y la «invalididad» han sido las denominaciones históricamente más arraigadas en las normas españolas, desplegándose a través de las mismas los elementos conceptuales de las situaciones protegibles. Dichos con-

mente experimentado. B. DOYLE [«Employment Rights, Equal Opportunities and Disabled Persons: The Ingredients of Reform», en *Industrial Law Journal*, Vol. 22 - nº 2, junio 1993, pág. 89] señala que en Estados Unidos, la *Americans of Disabilities Act* de 1990 incluye entre sus beneficiarios a personas con discapacidades (*disabilities*) que no representan minusvalías (*handicapped*) para trabajar, pero que son tratados por los empleadores como si lo fueran; o cuya discapacidad provoca una minusvalía para trabajar, pero sólo como resultado de las actitudes de otros.

²⁴² Sin duda influenciada por la traducción de algunos textos, a los que ya se ha hecho referencia, de Naciones Unidas.

²⁴³ Por ejemplo, el Real Decreto 348/1986, de 10 de febrero y su Orden de desarrollo de 13 de mayo, que sustituyen los términos «subnormalidad» y «subnormal», contenidos en las disposiciones reglamentarias vigentes, por los de «minusvalía» y «personas con minusvalía».

²⁴⁴ Es evidente que el término invalididad ha sido utilizado tradicionalmente tanto en el Derecho español como en los instrumentos internacionales del trabajo. Quizás por ello, la propia Oficina Internacional del Trabajo, en su *Informe IV de la Conferencia Internacional del Trabajo, LXLIX Reunión, 1983, sobre Readaptación Profesional*, Ginebra 1983, optó por utilizar dicho término en las traducciones de sus textos al castellano. De este modo, estimó conveniente que «con el fin de mantener la terminología comúnmente empleada en los instrumentos internacionales del trabajo y, especialmente, en la *Recomendación sobre la Adaptación y la Readaptación Profesional de los Inválidos de 1955*, en el texto en español de estas conclusiones propuestas se ha utilizado la expresión persona inválida en lugar del término minusválido y de cualquier otro término equivalente».

²⁴⁵ Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.

ceptos han estado, y están, íntimamente ligados a la vinculación laboral del sujeto y, con mayor precisión, a la protección contributiva de los sistemas de protección social.

La incapacidad laboral es una figura típica de la legislación de accidentes de trabajo y seguros sociales (donde convivía con el concepto de lesiones, que era el trastorno de la salud del trabajador, mientras que la incapacidad era la consecuencia laboral), y fue diseñada para cubrir necesidades diferentes, en virtud del riesgo que la generaba²⁴⁶. De este modo, si su etiología era laboral, se manifestaba a modo de reparación de lesiones, sustentada en un criterio indemnizatorio estricto basado en el principio civil de responsabilidad por daños. Si su origen no era laboral, se exigía una proyección invalidante que alterara la capacidad de ganancia —criterio social de protección de un estado de necesidad objetivo—, donde las posibilidades de empleo se calculaban en virtud de factores individuales y sociales²⁴⁷. La idea de invalidez surgió del primitivo Retiro Obrero, y obedece al fenómeno de progresiva expansión del aseguramiento social²⁴⁸.

Esta configuración introduce dos elementos que deben tenerse presentes. El primero hace referencia a la diferente atención que obtenían la incapacidad y la invalidez²⁴⁹ según el riesgo causante, homologándose paulatinamente mediante la llamada «técnica de la

²⁴⁶ Entre muchas, puede verse un análisis histórico en DE LA VILLA GIL/DESIDENTADO BONETE, *Manual de la Seguridad Social*, Aranzadi, 1979, pp. 483 y 484; OJEDA AVILÉS, «El concepto legal de invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social», R.P.S. 109/1976, pp. 22 y ss. Más recientemente, en TORTUERO PLAZA, «La incapacidad laboral temporal: contingencias y situaciones protegidas», T.S. 44-45/1994, pp. 30 y ss., con amplias citas doctrinales.

²⁴⁷ DE LA VILLA GIL/DESIDENTADO BONETE, ob. cit., pp. 503 y 504.

²⁴⁸ LLOUIS Y NAVAS, «El concepto jurídico de invalidez laboral», R.I.S.S. 2/1976, p. 1067.

²⁴⁹ Al respecto, son eternas las dudas sobre qué concepto hace de especie y cual de género. Por citar alguna referencia, hay quien entiende que la invalidez reviste de mayor especificidad, si bien se encuadra dentro de la expresión genérica de incapacidad. ALMANSA PASTOR, *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, 1991, p. 404; no obstante, como puede verse en este pequeño avance sobre preferencias doctrinales, en ocasiones se aproxima más a las preferencias de cada autor que a un motivo riguroso de clasificación.

Una definición similar al concepto de minusvalía visto en el texto, pero con el uso terminológico del momento, fue planteada por BALLESTER HAYS, «El inválido dentro de la nueva Ley española de Seguridad Social», R.I.S.S. 6/1964, p. 1256, según la cual invalidez será cuando el defecto físico separe o distinga al individuo al resultar incapacitado para actividades ordinarias en el orden laboral o de relaciones sociales, recogiendo ya las perspectivas internacionales.

consideración conjunta de las contingencias», a través de la cual se estima que si la situación es uniforme en sus consecuencias, la protección es uniforme también, cualesquiera que sean sus causas²⁵⁰. Sin embargo, esta técnica no se cumple fielmente en las previsiones de la Seguridad Social. Como podrá observarse, aun cuando sea operativa para calificar una incapacidad, la homologación de los beneficios no es plena, por lo que el riesgo causante de la situación de necesidad sigue teniendo gran importancia en el nivel contributivo del sistema, fundamentalmente por lo que se refiere a las prestaciones económicas.

El segundo se refiere a los criterios de delimitación de la institución protectora, definidos mediante dos reglas que, como se verá, sirven para delimitar los elementos conceptuales de las diferentes declaraciones jurídicas de la discapacidad que contempla actualmente el Derecho español: la incapacidad permanente y la minusvalía. Uno hace referencia a la pérdida de la capacidad de trabajo, elemento de valoración que define la existencia o no de la incapacidad. El segundo se encuentra en la pérdida de la capacidad de ganancia, valor que se ve afectado por la disminución de la capacidad laboral²⁵¹. Se afirma, de hecho, que el riesgo cubierto no es la alteración de la salud y la disminución de la capacidad laboral, sino la inciden-

²⁵⁰ ALONSO OLEA, *Sobre los principios cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la seguridad Social*, Ariel, Barcelona 1963. No puede olvidarse que el régimen jurídico de la invalidez convergía a través de tres líneas legislativas: la de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la de retiros obreros y la del mutualismo laboral. Ante esto, el Legislador hubo de pronunciarse sobre tres órdenes de dualidades: unificar por la causa o por el efecto de la invalidez; suprimir la distinción entre riesgos comunes y profesionales o mantenerla; y emplear la técnica del resarcimiento de daños o la cobertura de necesidades. OJEDA AVILÉS, *ob. cit.*, p. 21. ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos 1991, p. 189, expresan la opinión de que, en una concepción moderna y genuina de Seguridad social es la contingencia, en cuanto actualización del riesgo, la relevante y no la causa u origen de la misma, esto es, el riesgo que la provoca. No obstante, tanto por la identificación que hacen las normas de Seguridad Social de los vocablos contingencia y riesgo, como por la consideración de palabras sinónimas según el *Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española*, en este trabajo hablaremos de riesgo y contingencia indistintamente.

²⁵¹ Ambos están presentes en las normas internacionales del trabajo. Concretamente, la Recomendación 99 de la OIT, define a la persona inválida (en su traducción al castellano) como «aquel individuo cuyas probabilidades para lograr y conservar empleo adecuado están sustancialmente disminuidas como resultado de una alteración física o mental». Por su parte, entre otros instrumentos, la Recomendación 131 (1967) entiende que la definición de «invalidez debería tomar en cuenta la incapacidad para ejercer una actividad que proporcione un ingreso apreciable».

cia de tal acontecimiento en la disminución de la capacidad de ganancia por debajo del límite establecido²⁵². Esta idea, puesta en relación con los criterios reparadores descritos, hace pensar que el estado de necesidad objeto de cobertura no consiste en la indemnización de un daño a la integridad física, sino el restablecimiento del equilibrio económico, roto por la situación patológica sufrida²⁵³. Algo que, como intentará demostrarse, no es exactamente lo que ocurre en el nivel contributivo del sistema de protección social.

Bien es cierto que el elemento gravitacional parece, en cualquier caso, el trabajo, ya sea como actividad, ya como medio de vida. Pero también lo es que la evaluación de la capacidad de trabajo o de ganancia, según los casos, deriva de la valoración conjunta de diversos elementos. En primer lugar, de la apreciación de la capacidad funcional del individuo. En segundo lugar, de la puesta en relación de esta última con su entorno laboral y/o social. Aunque la importancia de estos elementos dependerá de que la calificación que se pretenda sea la incapacidad permanente, de un lado, o la minusvalía, de otro.

2.2. *Desarrollo reciente de la cuestión*

La protección de las personas con discapacidad, en una panorámica externa a la protección contributiva, introdujo en el Derecho español términos más armónicos con el tratamiento internacional²⁵⁴. De este modo, el concepto de «minusválido» aparece en las normas españolas a través del RD 2531/1970 (al que ya se ha hecho referencia). Su utilización, junto con la de «discapacidad», se ha consolidado en la realidad jurídica española, indudablemente reforzada

²⁵² ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Civitas, 1982, pp. 186 y 187. Y que viene a situarse en el momento en que la incapacidad no le permita ganar la tercera parte del salario o sueldo que percibía anteriormente. DEVEAL, «El concepto de invalidez en el campo de la previsión social», *D.T.* 1963, p. 626.

²⁵³ Una idea similar muestra ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1982), pp. 190 y 191. Algún autor relaciona ambos criterios en una secuencia de causa-efecto, al definir la incapacidad laboral como la incapacidad de ganancia por defecto de ingresos debido a la incapacidad patológica y sobrevenida para trabajar, ALMANSA PASTOR, ob. cit. (1991), p. 404.

²⁵⁴ Vieja aspiración de los Organismos Internacionales, tal y como puso de manifiesto la 68ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, OIT, *Informe IV (1)*, Ginebra 1982, p. 13. Sin embargo, la afirmación del texto debe ser tomada con muchas precauciones.

tras la aprobación de la LISMI en 1983 —no ya como una cuestión meramente terminológica, sino con relevancia sustancial²⁵⁵—.

Así las cosas, el binomio típico de las situaciones protegidas por la Seguridad Social, el compuesto por los términos incapacidad/invalidez (hoy, incapacidad permanente), convive en la actualidad con el binomio discapacidad/minusvalía, a los que se llega mediante parámetros y procedimientos evaluatorios distintos a los derivados de aquella protección. Queda claro, por tanto, que dicha diferencia no reside en un aspecto de pura denominación. La distinción refleja uno de los aspectos más destacables, y criticables al mismo tiempo, en el tratamiento de la discapacidad en el ordenamiento jurídico español: la existencia de una doble fórmula de reconocimiento jurídico de las situaciones protegibles.

La relación de la persona con la Seguridad Social contributiva será la que determine su derecho a la calificación de incapacidad permanente, normalmente vinculada a la pretensión de acceder a las prestaciones económicas que a esta situación vincula el sistema. Sin embargo, si aspira a gozar de otro tipo de prestaciones (de dentro o fuera del sistema), deberá solicitar el reconocimiento de la situación de minusvalía. Teniendo en cuenta que ambas situaciones son perfectamente compatibles, la paradoja es tal que una misma persona puede tener reconocida, a la vez, una minusvalía y una incapacidad permanente, lo que normalmente es consecuencia no de la situación en la que se encuentra, sino de las prestaciones (económicas) a las que aspira²⁵⁶ o pueda tener derecho. O, en sentido contrario, puede ocurrir que una persona sea plenamente capaz para una de estas fórmulas y altamente discapacitado para la otra²⁵⁷.

Esta duplicidad jurídica admite, desde este instante, algunas críticas. Cabe plantear si no sería más adecuado proceder a un único reconocimiento médico que determine la discapacidad padecida por

²⁵⁵ ÁLVAREZ DE LA ROSA, *ob. cit.* (1987-I), p. 9.

²⁵⁶ Tal y como pone gráficamente de manifiesto FARGAS FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p.287, entre otros muchos ejemplos posibles, una persona que ha sido calificada como minusválida según las normas derivadas de la LISMI será, al mismo tiempo, inválida si accede a las prestaciones no contributivas reguladas en la LGSS. De igual modo, una persona a quien se reconoce una invalidez permanente contributiva será inválida hasta su calificación, porque en ese momento pasa a ser, específicamente, incapaz permanente en cualquiera de sus grados. Esta misma persona, además, puede solicitar el reconocimiento de su situación de minusvalía, por lo que también será considerada persona con minusvalía o minusválida. Como se observa, existe plena claridad terminológica en este campo.

²⁵⁷ GONZALO GONZÁLEZ, «El debate actual para la reforma de las pensiones», *T.L.* 40/1996, p. 108.

la persona (en términos de disminución funcional) que, en fases posteriores, fuera poniéndose en relación con el entorno social (en términos generales) y profesional (en términos específicos) del sujeto. Esta estimación mostraría las necesidades con las que debido a su situación se encuentra en la sociedad en que reside, lo que daría al sistema de protección las coordenadas precisas para equilibrar su desventaja, otorgándole las prestaciones que en cada caso corresponda²⁵⁸. Esta idea, de otro lado, no es incompatible con la convivencia de un nivel contributivo y de otro no contributivo, porque no es incompatible con la atribución de distintas prestaciones en virtud de requisitos carenciales previos. De hecho, la Seguridad Social ha ido absorbiendo todas las prestaciones²⁵⁹, hasta el punto que ambos colectivos coinciden en gran parte de ellas, salvo en las económicas, que siguen diferenciadas en virtud de la vida contributiva del sujeto.

Como quiera que las cosas son como son, una misma alteración en la salud sufrida por una persona (y que, en buena lógica, es posible que genere idénticos estados de necesidad) puede obtener diferentes denominaciones y calificaciones jurídicas. En resumen, si la alteración es padecida por una persona que habiendo desarrollado una actividad productiva reúne los requisitos necesarios para acceder a las prestaciones económicas contributivas, la situación que se calificará será la de incapacidad (laboral), ya sea temporal, ya permanente en el grado que corresponda. La alteración externa a ese

²⁵⁸ «¿No hubiera sido más fácil conceptuar al inválido no contributivo como aquel inválido que se halla en la misma situación que el contributivo, pero que, por no tener cotizaciones o no tenerlas suficientes, tiene derecho a otro tipo de prestación, de índole asistencial, no en función de las cotizaciones efectuadas durante su vida laboral?». ALONSO GARCÍA, *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, Civitas, 1997, p. 62.

²⁵⁹ Tanto de la LGSS como de la LISMI se derivan tanto prestaciones técnicas como prestaciones de naturaleza estrictamente económica, tal y como pone de relieve GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1986), pp. 52 y ss., donde se puede observar un sucinto recorrido por las normas de protección, y del proceso de unificación de algunas prestaciones para personas con minusvalía que se encontraran o no en el campo de aplicación de la Seguridad Social. Tanto unas como otras están plenamente presentes en la protección actual, si bien el proceso ha sido favorable hacia la aproximación de todas ellas al campo de acción de la Seguridad Social. De hecho, como en el texto se recordará, las primeras son otorgadas fundamentalmente por el sistema, por cuanto que las personas con minusvalía han sido reconocidas como sujetos beneficiarios de las mismas. Las segundas también han ido incorporándose al ámbito de la Seguridad Social, sobre todo a raíz de la Ley 26/1990 de Prestaciones No Contributivas. Ello no significa una expropiación total al resto de las previsiones normativas existentes, pero sí una atracción de las de mayor cualificación.

nivel de la Seguridad Social dará lugar a una discapacidad (situación funcional), siendo calificada como minusvalía²⁶⁰ si su repercusión social reúne los requisitos correspondientes.

2.3. Estructura de la exposición

Un intento de ordenar el uso terminológico en el presente trabajo requiere hacer algunas aclaraciones. La palabra discapacidad será utilizada en sentido genérico, identificando a cualquier alteración de la salud²⁶¹ (aunque razones de fidelidad normativa exigen el empleo del término incapacidad, si bien en exclusiva cuando se haga referencia a las discapacidades de carácter laboral).

Ahora bien: el hecho de que el presente trabajo tenga su sede principal en las discapacidades de carácter permanente, hace necesario concretar de qué modo éstas despliegan sus efectos sobre el mundo del trabajo. Las medidas de integración laboral, y las repercusiones sobre el contrato de trabajo, requieren normalmente, para activarse, de una declaración jurídica previa de la situación en que se encuentra la persona con discapacidad. En este sentido, ya se ha reiterado que dos son las situaciones calificables en el ordenamiento jurídico español, cuando la incapacidad/discapacidad repercute negativamente en el entorno de la persona por encima de los umbrales exigibles. La primera, dentro del ámbito contributivo de la Seguridad Social, la incapacidad permanente. La segunda, fuera de aquél, en el reconocimiento de la situación de minusvalía.

²⁶⁰ Hay quien considera que la minusvalía obtiene una consideración genérica, dentro de la cual pueden incluirse las restantes, entre las que lógicamente están la incapacidad e invalidez de origen laboral. AZNAR LÓPEZ, ob. cit. (1976), p. 126, entiende que el término inválido se refiere a la invalidez laboral, circunscribiéndose al trabajador. En cambio, el término minusválido comprende tanto la minusvalía congénita, como la adquirida con posterioridad, tanto antes como después de la incorporación del afectado a la vida laboral.

²⁶¹ En la práctica, se ha extendido el uso de este término para denominar genéricamente al colectivo. Así lo pone de relevancia el CES, ob. cit. (1995), p.2. Para GARCÍA VISO, «La traducción española de los términos relacionados con la discapacidad en los textos de Naciones Unidas, B.R.P. 28/1994, p. 12, el término discapacidad refleja con mayor claridad y rigor científico una capacidad distinta de la normal que al ser precedida de la expresión persona con nos aleja de toda connotación peyorativa.

Debe hacerse notar, no obstante, que el uso de la expresión personas con discapacidad viene extendiéndose desde hace algún tiempo en España, pero no es nueva en lengua española, por cuanto que es la denominación que ha venido utilizándose en el resto de países hispanoparlantes.

Quando se haga referencia a ambas se utilizará la expresión «discapacidad jurídica o calificable» (reconociendo de antemano la posible inexactitud de esta expresión), lo que servirá para diferenciarlas de aquella discapacidad que no obtiene, jurídicamente, ninguno de los reconocimientos declarativos descritos, denominada aquí «discapacidad no calificable» (que debe ser tenida en cuenta en la medida en que, como se observará —*vid. infra*. C4— también es susceptible de repercutir sobre la relación contractual de trabajo).

I. LA DISCAPACIDAD COMO SITUACIÓN PROTEGIBLE. DESCRIPCIÓN DE SUS ELEMENTOS CONFIGURADORES

3. La discapacidad como alteración sanitaria y las repercusiones de su declaración jurídica

La discapacidad, entendida como restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano²⁶², tiene relación directa con el estado de salud de la persona²⁶³. Esto supone que la discapacidad debe ser entendida desde un punto de vista patológico²⁶⁴, siendo precisamente la alteración de la salud el elemento determinante de la situación limitadora. No encuentran cabida en el concepto, de este modo, aquellas situaciones en las que

²⁶² RODRÍGUEZ JOUVENCEL, *La incapacidad para el trabajo*, Bosch, 1993, p. 29.

²⁶³ No puede olvidarse que el concepto de salud tiene múltiples acepciones. La salud puede entenderse desde un punto de vista médico. Pero también desde un punto de vista social, en sentido amplio. Según algunos autores, MONTOYA MELGAR/PIZA GRANADOS, *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, McGraw-Hill, 1996, p. 4, una concepción ideal de salud es la formulada por la O.M.S., como «el estado de bienestar físico, mental y social completo, y no meramente la ausencia de enfermedad», que en su dimensión laboral tiene clara relación con la prevención de riesgos en el trabajo. No obstante, se ha puesto de relieve que la vinculación de salud con bienestar en sentido amplio está en desuso, precisamente por la concepción de bienestar social, que incorpora factores de índole externo a lo puramente patológico, próximos a elementos sociales y económicos de exclusión. Un análisis del concepto de salud puede verse en RODRÍGUEZ JOUVENCEL, *ob. cit.*, pp. 42 y ss. y, más recientemente, *in extenso* PÉREZ PINEDA/GARCÍA BLÁZQUEZ, *Fundamentos médico-legales de la incapacidad laboral permanente*, Comarcs, Granada 1996, pp. 7 a 13.

²⁶⁴ Entendida la patología en una acepción más extensa que la contemplada en el *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua Española, situando el concepto en las proximidades de las deficiencias psico-físicas, no en el de las enfermedades, sin perjuicio de que pueda utilizarse este término más estricto para referirse a aquellas.

la persona, a pesar de estar plenamente capacitada desde el punto de vista anatómico y funcional, halla restringidas sus posibilidades de integración por razones estrictamente sociales²⁶⁵.

La constatación del estado de salud de la persona se erige, de este modo, como la base sobre la cual se evalúan las consecuencias sociales y productivas de la discapacidad. Su determinación deriva de evaluaciones de carácter médico, tras el análisis de las disminuciones psico-físicas que provocan las deficiencias padecidas. En todo caso, aun cuando la mera constatación médica de la discapacidad padecida es susceptible de repercutir sobre el trabajo, no cabe duda de que es precisamente la combinación de dicha alteración con factores sociales y productivos la que realmente despliega todos sus efectos sobre el mundo laboral. Esta puesta en relación es, de hecho, la que muestra la incidencia de la discapacidad sobre el empleo. Sin embargo, podrá observarse cómo la doble dinámica declarativa existente en el Derecho español provoca consecuencias diversas.

En este sentido, se advierte, en primer lugar, una importancia diferente de la alteración de la salud como elemento base de cada una de dichas situaciones. En segundo lugar, los factores sociales que se ponen en relación con la discapacidad no son idénticos según se esté evaluando si existe una incapacidad permanente o una minusvalía. Por último, es preciso recordar que la discapacidad tiene, en cuanto a situación protegida, un doble alcance.

El primero, del que ya se ha hecho una breve referencia, se manifiesta cuando la puesta en común de la discapacidad con los elementos sociales y laborales complementarios no da lugar a su declaración jurídica como minusvalía o incapacidad permanente. Estas personas, al margen de su posible atención médica a través de procesos sanitarios, pueden ser beneficiarias de los procesos recuperadores regulados por los artículos 153 y siguientes de la LGSS. Sin embargo, quedan fuera de los programas de empleo selectivo establecidos por los artículos 157 y siguientes de la LGSS, así como de las medidas de empleo laboral reguladas en el Título VII de la LISMI. No obstante lo anterior, en la medida en que dicha discapacidad no calificable reper-

²⁶⁵ AZNAR LÓPEZ/AZÓA BERRA/NIÑOS SÁEZ, ob. cit., p. 46. Por inadaptados sociales suele entenderse a los alcohólicos, ex reclusos, toxicómanos, etc. A su inclusión como discapacitados se refirió ya la Conferencia Internacional del Trabajo, tal y como refleja el Informe VI (1) citado. Rehabilitación Internacional, en la Segunda Conferencia Internacional sobre Legislación respecto de los Incapacitados (celebrada en Manila del 16 al 20 de enero de 1978), indicaba, en esta misma línea, que la dependencia de las drogas y la toxicomanía es una discapacidad funcional, considerando que todos aquellos que las padecen deberían ser considerados como personas con discapacidad.

cuta sobre su actividad productiva, es objeto de especiales «atenciones» por el ordenamiento jurídico laboral —*infra* C4—.

El segundo consiste, precisamente, en que la citada combinación de los elementos médicos y socio-laborales dé lugar a la declaración jurídica de una incapacidad permanente o de una minusvalía, según proceda. Cualquiera de estas «discapacidades jurídicas» constatan una situación que merece para el Ordenamiento jurídico una protección «especial», teniendo en cuenta que sus efectos no son idénticos en ambos supuestos. Así pues, si bien es cierto que las dos coinciden habilitando el acceso a las medidas de integración laboral (tanto a las reguladas en la LGSS como en la LISMI y normas de desarrollo), no lo es menos que el modo que tienen de repercutir sobre el contrato de trabajo es variable (no sólo en virtud de la declaración obtenida, sino de su dimensión cualitativa y cuantitativa —*infra* C3/4 —); igual que son diferentes las prestaciones económicas a las que dan lugar ²⁶⁶. La relevancia autónoma de cada una de estas situaciones de calificación de una discapacidad, en la medida en que activan los mecanismos que serán analizados posteriormente, justifican la necesidad de valorar sus aspectos sustantivos, es decir, en qué ocasiones (4 y ss.) y adjetivos, a través de qué medios (8 y 9), se obtiene el reconocimiento jurídico de aquellas.

4. Los elementos configuradores de la discapacidad jurídica: sistemática elegida y conceptos normativos de referencia

4.1. La incapacidad permanente y la minusvalía

Las definiciones de incapacidad permanente y de minusvalía que van a servir de referencia vienen contempladas tanto en la LGSS como en la LISMI (y en su normativa reglamentaria), instrumentos

²⁶⁶ No debe pasarse por alto la existencia de la prestación de invalidez no contributiva, aunque sólo sea a efectos aclaratorios. Esta prestación económica recogida en los artículos 134.2 y 144 ss. de la LGSS (introducida como es sabido por la Ley 26/1990 de Prestaciones no Contributivas) está inexorablemente unida a la calificación de una minusvalía, no existiendo por tanto como situación personal si no sólo como prestación a la que ésta puede acceder. Podría decirse que la invalidez no contributiva es una especie de minusvalía dentro del sistema de Seguridad Social, pero calificada fuera de él. Quizás por ello se la ha llegado a denominar como minusvalía no contributiva (BLASCO LAHOZ, La nueva pensión de invalidez, en su modalidad no contributiva, *Revista de Treball* 15/1991, p. 58).

jurídicos nodales desde los que se proyecta la protección atribuida a cada una de dichas situaciones.

El concepto de incapacidad permanente se encuentra en el artículo 134.1 de la LGSS, según el cual es «invalidez (incapacidad²⁶⁷) permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo».

Por su parte, el artículo 7º de la LISMI entiende por minusválido a aquella persona «cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales», definiendo la Ley, extrañamente, no la situación, sino a la persona que la padece.

Los preceptos transcritos ofrecen definiciones que no pueden resumirse en la suma de los diferentes elementos que contienen, sino en función de un concepto genérico que las propias normas ofrecen. De este modo, aun cuando no pueda afirmarse que la estimación de cada una de sus partes sea sencilla, la auténtica complicación se encuentra a la hora de la puesta en relación de todas ellas para alcanzar la evaluación global de la situación exacta en la que se encuentra la persona. Esta idea se sustenta en el hecho de que si bien puede considerarse que la primera de las fases, el análisis individualizado, tiene una configuración semiobjetiva, la segunda, la puesta en común, se realiza mediante un proceso de valoración impregnada por una fuerte subjetivación. Seguramente, esta dinámica responde a la necesidad de facilitar unos rasgos conceptuales flexibles y adaptables a la multitud de situaciones de hecho posibles, solución estimada *a priori* de modo positivo, pero que ha provocado no pocos problemas interpretativos. En este sentido, se ha planteado que no es que la norma encierre soluciones alternativas o sea oscura en el ámbito de su proyección, sino dificultades en el proceso de aplicación del precepto²⁶⁸.

²⁶⁷ Conforme al artículo 8.5 I de la Ley 24/1997, las referencias que se contienen en la LGSS y en las normas de desarrollo a la «invalidez permanente» se entenderán efectuadas a la «incapacidad permanente».

²⁶⁸ En este sentido se pronuncia ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1982), pp. 182 y 183, si bien con respecto al concepto de invalidez permanente. No obstante, parece posible extrapolar dicha opinión al concepto de minusvalía.

No obstante, como se irá advirtiendo, esta doble secuencia en la calificación no es idéntica cuando se trata de valorar si una persona tiene una incapacidad permanente o una minusvalía. Aún más, en el primero de los supuestos (incapacidad permanente), la reforma citada (LCR 1997) del artículo 137 de la LGSS augura una nueva dinámica de apreciación que, como podrá observarse, pretende modificar algunos de los patrones hasta el momento utilizados; aunque no debe olvidarse que esta novedad se encuentra hoy día en suspenso, puesto que la falta del necesario desarrollo reglamentario impide su aplicación²⁶⁹.

4.2. *Sistemática a seguir*

En todo caso, será la estructura de los citados conceptos la que indique la sistemática a seguir en el estudio de los elementos que dan lugar a su declaración jurídica. La diferente intensidad, con la que cada uno se presenta en la valoración, indica que el análisis no puede configurarse de forma unívoca, sino parcialmente hasta llegar al todo. Así, podrá verse cómo son dos las piezas principales sobre las que se cimienta el proceso calificador.

La primera de ellas, la alteración de la salud y la reducción que provoca en la capacidad personal, unida al elemento temporal de la permanencia, se presenta como elemento común. Con ánimo de evitar duplicidades innecesarias, su estudio se llevará a cabo unitariamente para ambas calificaciones, sin perjuicio de constatar las particularidades que en cada una de ellas se presenten (5). Pero esta circunstancia temporal no es la única que debe tenerse en cuenta, puesto que este proceso patológico no tiene por qué presentarse cronológicamente en un único instante. De esta forma, es necesario valorar también su carácter originario o sobrevenido, dado que uno u otro inciden de forma heterogénea según esté calificándose una incapacidad permanente o una minusvalía (6), lo que precisará una mayor identificación de cada una de estas situaciones.

Una vez culminada esta primera fase debe procederse a aplicar los factores sociales (profesionales y/o socio-económicos) al resulta-

²⁶⁹ Desarrollo reglamentario para el que el Gobierno, originalmente, disponía de un año según la disposición transitoria quinta bis de la LGSS, pero que ha sido ampliado por la disposición adicional trigésima novena de la Ley 50/1998 al ejercicio de 1999. No obstante, es público y conocido el borrador de la norma reglamentaria que hace prever el ánimo de la reforma, borrador al que se irán haciendo puntuales referencias, si bien, con las reservas necesarias en estos casos.

do del análisis médico anterior. Tal y como se ha advertido, dichos factores sitúan a la persona discapacitada en su entorno, valorando las limitaciones o desventajas que encuentra en su medio ambiente. Sin embargo, el entorno valorable en cada supuesto es sustancialmente diferente. El caso de la incapacidad permanente está directamente relacionado con el mundo productivo. La minusvalía responde a una situación más global que valora la situación de la persona en sociedad desde estimaciones más genéricas, en las que el factor profesional es uno más de los que entran en juego. Ello implica un grado de incidencia diverso de los diferentes factores complementarios. De este modo, el necesario estudio de la intensidad socio-profesional del estado discapacitante (7) no obtiene resultados homogéneos. Y no lo hace ni desde el punto de vista cualitativo —aquel en el que se presenta la importancia del criterio decisor de cada situación— (7.1), ni desde el cuantitativo —problemas de su graduación, donde debe realizarse una específica atención a la incapacidad permanente— (7.2).

La aplicación de estos factores a la alteración de la salud tiene una consecuencia añadida: la constatación de un grado de discapacidad jurídica único en cada sujeto. Aparece aquí lo que podría denominarse la «intangible» personalización de la discapacidad, fruto de las particulares circunstancias que rodean a cada sujeto. Este fenómeno casuístico tiene consecuencias importantes al tiempo de cuestionar las decisiones adoptadas por los órganos calificadoros. En efecto, la referida individualización hace perder la búsqueda de soluciones comparativas, lo que implica una enorme restricción (sino exclusión) al juego del principio de igualdad en estos supuestos. Esta idea irá siendo observada a lo largo del texto, sin perjuicio de que se haga alguna mención particularizada.

5. La alteración de la salud como elemento primario de evaluación

El proceso patológico debe reunir dos características si quiere servir de base a la calificación jurídica de la discapacidad. El primero, común a cualquier discapacidad e incapacidad laboral, consiste en la necesidad de constatar objetivamente las deficiencias (5.1). El segundo responde a un agente temporal: su carácter permanente, previsiblemente permanente o de duración incierta (5.2).

5.1. *La determinación objetiva de la alteración de la salud*

La alteración de la salud puede entenderse como toda perturbación del estado de bienestar de la persona en virtud del cual ésta realiza normalmente sus funciones tanto físicas como psíquicas²⁷⁰. Esta situación, normalmente, crea un estado de necesidad del que se ocupan los sistemas de protección social, básicamente a través de prestaciones sanitarias, recuperadoras y económicas²⁷¹.

La alteración de la salud, como contingencia protegida, tiene consecuencias en sí misma, o en orden a sus repercusiones sociales y laborales. No obstante, dicha situación tiene relevancia al margen de las proyecciones citadas. Ciertamente, la propia Constitución, en su artículo 43²⁷², y la legislación de Seguridad Social²⁷³, protegen la salud tanto en su aspecto preventivo como recuperador, con independencia de las disminuciones laborales que dicha limitación patológica pueda llegar a producir.

El doble elemento de la incapacidad laboral vuelve a reflejarse claramente. Uno viene definido por la alteración de la salud, otro por su consecuencia mediata, el impedimento o incapacidad para el trabajo²⁷⁴. Ello significa, en primer lugar, que la alteración de la salud debe ser evaluada con independencia de que proyecte sus consecuencias sobre el entorno del sujeto, sin tener que aparecer necesariamente vinculada a una incapacidad laboral o merma de las aptitudes generales. De este modo, se configura como contingencia protegida en sí misma, que puede ser objeto de mera asistencia sanitaria, desde su doble perspectiva preventiva y recuperadora.

²⁷⁰ ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1991), p. 187.

²⁷¹ Artículo 38 de la LGSS, donde viene configurada la acción protectora del sistema de la Seguridad Social.

²⁷² A partir del cual parece haberse derivado una refundición de las prestaciones sanitarias que existían dentro y fuera del sistema de Seguridad Social, básicamente a través de la promulgación de la Ley 14/1986, de 25 de abril General de Sanidad, según entienden ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, ob. cit., p. 287. Esta norma configura la sanidad como un todo unitario que, sobre el principio de universalidad de la protección, integre y coordine todos los sistemas sanitarios públicos, tanto de la propia Seguridad Social como estatales o locales, ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1991), p. 216.

²⁷³ La nueva LGSS no incluye expresamente las previsiones que sobre el particular contenía la anterior Ley de Seguridad Social (1974), especialmente en sus artículos 98 a 125. Ello no obstante, la nueva Ley no deroga la anterior, que sigue técnicamente en vigor, si bien muchas de estas normas estaban ya derogadas por normas sobre el Sistema de Salud, ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, ob. cit., pp. 287-288.

²⁷⁴ DUEÑAS HERRERO, «La contingencia de incapacidad (laboral) temporal», en *La Incapacidad Temporal*, Tecnos 1996, pp. 212-213.

Ambas pueden, o no, habilitar el acceso a prestaciones recuperadoras o económicas y, de igual modo, repercutir o no sobre la actividad productiva de la persona.

En segundo lugar, la alteración de la salud debe proyectarse en relación con los factores productivos y sociales, con objeto de obtener sus posibles repercusiones. Esta puesta en común puede poner en evidencia la existencia de estados de necesidad añadidos, que pueden o no ser objeto de protección, ya desde un punto de vista estrictamente productivo (típico del sistema de Seguridad Social²⁷⁵), ya desde el plano más amplio de la integración social.

Todo ello dirige el análisis actual en una misma dirección: la necesidad de valorar, en este primer instante, la alteración de la salud como situación independiente, susceptible de producir efectos heterogéneos. En esta línea, varias son las circunstancias a las que debe prestarse atención. Unas, de mayor contenido, devienen del sentido que quepa extraer de la necesidad de «determinar objetivamente» las reducciones anatómicas o funcionales derivadas de la alteración de la salud (1). Otras, más circunstanciales, pero que han presentado y presentan dificultades de apreciación, hacen referencia a problemas anejos a alteraciones muy particulares (2), como el (parece) superado problema de las dolencias psíquicas, las dificultades de comprobación de determinadas sintomatologías o la posibilidad de contemplar discapacidades presuntas.

5.1.1. La determinación objetiva de la reducción anatómica o funcional. La valoración del sistema de listas

El requisito de la «determinación objetiva», expresión criticada por la doctrina²⁷⁶, parece hacer referencia al dato básico de la naturaleza de la enfermedad invalidante, a su determinación, a su fijación como elemento de hecho del juicio lógico-jurídico que luego habrá de practicarse²⁷⁷. Pretende la norma que el proceso patológico que se exprese sea determinado objetivamente en el cuadro de conocimientos de la ciencia médica, huyendo de vaguedades o descripciones carentes de base científica constatable²⁷⁸.

²⁷⁵ Lo que ha sido observado críticamente por ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1991), pp. 189-190.

²⁷⁶ Para ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit., 1982, p. 198, denota pobreza en el lenguaje o incapacidad para expresar ideas. DE LA VILLA GIL/DESIDENTADO BONETE, ob. cit., p. 511 son más gráficos, refiriéndose a ella como fruto del pedante cientifismo de la norma.

²⁷⁷ ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1982), p. 199.

²⁷⁸ ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1982), p. 199.

Esta afirmación, planteada en esos términos, sitúa el análisis valorativo sobre elementos de determinación objetiva que describan y relacionen dos parámetros bien definidos: qué alteraciones de la salud deben contemplarse y qué nivel de reducción o menoscabo de la capacidad personal lleva aparejada cada una de ellas. La cuestión es concretar esta valoración o, dicho de otro modo, cuál es el instrumento que debe utilizarse para hacer efectiva la citada objetivación. Desde luego, un camino es confiar en el buen hacer de los profesionales, en exclusiva, dejando que vayan concretando cada supuesto en virtud de los conocimientos médicos existentes en cada momento. Otra, más reglada, consiste en guiar sus decisiones mediante el uso de listas y baremos que reduzcan el proceso de evaluación médica a la constatación de la existencia de la patología.

Al respecto de esta segunda opción, debe indicarse que la existencia de listas y baremos de alteraciones a la salud e índices de menoscabo (incidencia sobre la capacidad de la persona) es una realidad, no exenta de críticas, a la hora de proceder a calificar una discapacidad jurídica. Sin duda, a la hora de determinar de qué grado de discapacidad se parte ante la pretensión de calificar una minusvalía. E, igualmente ha estado presente, y lo estará aún más, cuando de calificar una incapacidad permanente se trata. En este último supuesto, tanto desde un punto de vista histórico (por ejemplo, las incapacidades típicas del viejo RAT de 1956), como desde las nuevas previsiones del artículo 137.3 LGSS (a la espera de su imprescindible desarrollo reglamentario), las cosas se mueven hacia coordenadas similares, cobrando estas tablas cada vez más fuerza en la realidad jurídica española.

a) Los baremos y la minusvalía

Curiosamente, la existencia de este tipo de listas o baremos no ha sido discutida cuando se trata de evaluar las discapacidades que puedan desembocar en una minusvalía. Este primer elemento de valoración, la repercusión de la alteración de la salud en la capacidad anatómico-funcional de la persona o índice de menoscabo ha sido habitualmente admitida sin grandes conflictos. Es por ello que la ausencia de críticas a la aplicación de la norma que regula este sistema, el Real Decreto 1971/1999²⁷⁹, debe ser entendida como una suerte de voto favorable al establecimiento de una fórmula

²⁷⁹ Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Obviamente, las re-

listada de estas características. Esta especie de acreditación de aptitud otorgada por la doctrina científica y judicial viene respaldada, seguramente, por la seguridad que ofrece a quien solicite su declaración de minusvalía.

En efecto, dicho Real Decreto establece en el apartado A) de su anexo I los criterios y tablas de evaluación de la discapacidad, inmenso abanico de posibles alteraciones de la salud a las que, en virtud de su intensidad, atribuye un índice de reducción proporcional de la capacidad de la persona. Esta reducción, reflejada en términos porcentuales, es la que posteriormente se pondrá en relación con los factores sociales —apartado B) del anexo I— que darán lugar a la calificación del grado de minusvalía.

Dejando ahora de lado esta segunda fase, la existencia de una lista que contemple las diferentes enfermedades y lesiones padecidas que, en virtud de la fuerza con que se presente, dé lugar a un índice de reducción o menoscabo, ofrece una fórmula de objetivación de los diferentes supuestos de hecho que garantiza un imprescindible nivel de seguridad jurídica. Este sistema reduce al mínimo la discrecionalidad de los órganos que deban pronunciarse sobre la misma, permitiendo que quien pretenda la declaración de minusvalía pueda prever de antemano, o al menos aproximarse, en qué situación se encuentra.

También es verdad que la existencia de una lista puede ser desaconsejada desde el momento en que acota los supuestos en ella contemplados a los conocidos en el instante en la que se configura (y ello, contando con el buen hacer de quien la elabora). Esta limitación puede repercutir de modo negativo, teniendo en cuenta que la propia evolución humana y el desarrollo social dan lugar a la aparición de nuevas deficiencias, lo que desfasa permanentemente la rigidez de los cuadros normativos²⁸⁰. Si bien no parece ser éste un impedimento suficiente que pueda quebrar la opinión favorable expresada con anterioridad, tanto por la relativa facilidad que para su actualización ofrece su propio rango normativo²⁸¹, como por la amplitud de las deficiencias recogidas.

ferencias que a esta norma se hagan incluyen el contenido de la vasta corrección de errores aparecida en el BOE de 13 de marzo de 2000.

²⁸⁰ Algo similar a lo que ocurre con el cuadro de enfermedades profesionales.

²⁸¹ Incluida la habilitación expresada en su disposición final primera. ALONSO GARCÍA criticó este mecanismo, si bien con la norma anterior, donde llegó a utilizarse (*El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, Civitas, 1997, p. 69) una vía tan ínfima como una nota-circular del IMSERSO (valoración para enfermos de cáncer, infectados por VIH y trasplantados).

b) El nuevo sistema de listas en la incapacidad permanente

El sistema para determinar la incapacidad permanente presenta una formulación distinta. De un lado, porque aunque como se ha advertido no ha sido históricamente ajena al uso de listados (RAT), no es esta la fórmula utilizada actualmente. De otro, porque la incidencia de las enfermedades y lesiones que provocan la reducción funcional y/o anatómica no se valoran sobre la capacidad genérica de la persona, sino sobre su específica capacidad laboral (134 LGSS). Obtenida la intensidad con que ésta se ve afectada será cuando se proceda a iniciar la segunda fase del procedimiento: valorar en qué medida perjudica a la persona (aquí ya al trabajador) en su entorno laboral, medido en función de cómo incide la disminución de la capacidad de trabajo sobre la profesión que ejercía el interesado o el grupo profesional en el que aquélla estaba encuadrada (137.2 LGSS).

Sobre el primer aspecto, el sistema de Seguridad Social ha huido de la fijación previa de unas listas de disminuciones o enfermedades incapacitantes²⁸². Esta ausencia de un instrumento de determinación objetiva para definir la reducción de la capacidad de trabajo que dé lugar al grado de incapacidad permanente, similar al existente para estimar la discapacidad que sirve de base para la declaración de una minusvalía, ha provocado una extensa amalgama de problemas interpretativos. En sentido contrario a lo expresado para este último supuesto, es evidente que el margen de discrecionalidad presente en las valoraciones de la incapacidad permanente es inmenso, en la medida en que las operaciones a realizar recaen en exclusiva sobre el criterio subjetivo del gestor administrativo o judicial²⁸³ que en cada instante deba decidir. La pretendida determinación objetiva del artículo 134 LGSS queda así en manos de decisiones subjetivas de estimación, lo que ha provocado una ingente litigiosidad derivada de la ausencia de criterios unificados que, como se advirtió, genera un modo casuístico de solución de los conflictos que impide, al límite, el acceso a la unificación de doctrina.

Esta dinámica es la que el Legislador ha querido evitar. La nueva redacción del artículo 137 LGSS es una buena muestra, al permitir

²⁸² ÁLVAREZ DE LA ROSA, «La incapacidad permanente», en *Derecho de la Seguridad Social*, AA.VV. (dir. DE LA VILLA GIL), Tirant lo Blanch, Valencia 1997, p. 389.

²⁸³ MARTÍNEZ BARROSO, «Una reforma inacabada: la incapacidad permanente», *RTSS-EF* 148/1998, p. 33.

que reglamentariamente se establezca un método de estimación objetiva a través del uso de listas y baremos que deben crearse con tal fin. En este sentido, y en buena lógica con la admisibilidad de este procedimiento al determinar la existencia o no de una discapacidad, parece que esta actuación legislativa ha sido genéricamente admitida por la doctrina como un positivo paso adelante, en aras al significativo aporte a la seguridad jurídica que se obtendrá reduciendo la subjetividad presente²⁸⁴.

No obstante, esta inicial inclinación hacia el método objetivo de baremación listada no es tan optimista como a simple vista pudiera parecer, al verse enturbiada por las críticas que sobre ella se han vertido. Los puntos desfavorables destacan dificultades diversas. Unas de orden mediático referidas, de un lado, al alcance de la deslegalización que supone dejar en manos reglamentarias esta aportación; y, de otro, a las posibles dificultades de elaborar un listado de estas características. Otras basadas en aspectos más sustantivos relacionados con su contenido.

Lógicamente, es difícil conocer a estas alturas el alcance exacto del nuevo artículo 137 LGSS²⁸⁵, cuya aplicación está a la espera del desarrollo reglamentario. Pero esta dificultad no sólo reside en la ausencia actual de reglamento, sino también en lo que este precepto legal ha venido a pedirle.

La primera de las cuestiones, la ausencia de desarrollo legal, se suple hipotéticamente por el proyecto de Real Decreto que ha sido elaborado, con las reservas que hay que tener, dicho sea de paso, con los futuribles normativos. Pero salvando esas reservas, el proyecto da una pista de hacia dónde se encamina el nuevo formato de calificación.

La segunda de las cuestiones es más compleja, y en ella se han centrado las principales dudas. En efecto, tal y como pretende el artículo 137.3 LGSS, el desarrollo reglamentario no sólo debe listar las alteraciones a la salud («enfermedades» dice muy restrictivamente el artículo en cuestión²⁸⁶) y su valoración a efectos de determinar la reducción de la capacidad de trabajo —primera fase de la

²⁸⁴ ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, «Los principios de organización de las pensiones públicas», Comunicación al IX Congreso de la AEDTSS, Sevilla 1998, p. 23; LÓPEZ GANDÍA, «Las prestaciones de incapacidad permanente tras la Ley 24/1997 de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social» (en prensa) 1998, p. 4.

²⁸⁵ GOERLICH PESET, «La reforma e la incapacidad permanente», en *La reforma de las pensiones de 1997*, AA.VV., Marcial Pons, 1999, p. 58.

²⁸⁶ ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1998), p. 23.

calificación—; sino también debe comprender además la propia conceptualización de los distintos grados de incapacidad permanente²⁸⁷ —segunda fase—, tras poner en conexión la reducción acreditada con la profesión o el grupo profesional²⁸⁸. Pues bien, es esta segunda fase la que ha centrado las críticas. De un lado por la referencia alternativa a la profesión «o» al grupo profesional (problema que se analiza en otro apartado de este Capítulo, *vid. infra* 7.2.2); de otro, por la complejidad que supone su determinación, problemática que va a tratarse seguidamente.

Retomando el hilo de los puntos críticos reseñados más arriba, el primero de los interrogantes se preguntaba por la posibilidad de reenviar la regulación al desarrollo reglamentario. La inercia típica de la deslegalización normativa en materia de Seguridad Social aparece aquí con toda su fuerza. Bien conocido que no es una dinámica ajena a la materia, el tema aquí está en saber hasta qué punto el artículo 137.3 LGSS supera o no los límites permitidos. La escasez de criterios con la que este precepto se dirige al Gobierno otorga a éste, ciertamente, un amplio margen de maniobra para reconducir o endurecer la calificación de incapacidad permanente, lo que ha llegado a considerarse negativamente, desde el momento en el que lo habilita no sólo para definir sus elementos, sino también la definición de sus grados²⁸⁹. Incluso, con mayor rotundidad, se ha afirmado que en la medida que concretar los grados de incapacidad permanente afecta a prestaciones básicas del sistema de la Seguridad Social, su conceptualización no puede sino recogerse en la Ley²⁹⁰. Y seguramente son ciertas estas críticas, a pesar de que las proyecciones sobre la intencionalidad gubernamental parecen no ir más allá de incorporar al reglamento las definiciones (con algunos matices) de cada uno de los grados de incapacidad permanente que contenía la antigua redacción del artículo 137 LGSS.

No obstante, estas críticas a la deslegalización se suavizan ante lo que significa habilitar un cauce más estricto de calificación. Como se advirtió, la objetivación normativa implica una clara reducción, sobre todo, de una discrecionalidad judicial que venía convirtiéndose en una suerte de actuación pseudolegisladora individualizada o *ad casum*²⁹¹. Se sustituye así esta discrecionalidad por la del Legisla-

²⁸⁷ En palabras de GOERLICH PESET, *ob. cit.* (1999), p. 57.

²⁸⁸ LÓPEZ GANDÍA, *ob. cit.* (1998), p. 7.

²⁸⁹ ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, *ob. cit.* (1998), p. 25.

²⁹⁰ CBS, *ob. cit.* (1996).

²⁹¹ ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, *ob. cit.* (1998), p. 25.

dor reglamentario, para la que se estima no existe obstáculo constitucional ni legal alguno²⁹², y que por su alcance no debe ser rechazada²⁹³.

En estos términos, la duda suscitada hace referencia a la posibilidad de confeccionar un reglamento que contemple la multiplicidad de situaciones posibles. Como se comentó, el listado exigido por el artículo 137 LGSS no sólo debe contemplar una serie de alteraciones de la salud y atribuirle a cada una individualmente, o a todas las que puedan presentarse al mismo tiempo en conjunto, un índice de menoscabo que señale la reducción que provoca en la capacidad de trabajo de la persona. Debe además calcular cómo afecta esa reducción a la actividad productiva que venía realizando.

La posibilidad de llevar a cabo el baremo ha encontrado una mayor receptividad, sin duda ante la expectativa de creer que los avances médicos actuales son suficientes para configurar una lista de «enfermedades» y la valoración del menoscabo que producen en la capacidad de trabajo. La confección de esta lista, a la vista de las establecidas en el Real Decreto 1971/1999²⁹⁴, se considera como algo teóricamente posible y más clara e ilustrativa que la remisión indiferenciada y casi sin criterio al arbitrio administrativo y judicial²⁹⁵. Su éxito o fracaso quedará así limitado por la eficacia de su confección, por su suficiencia, tanto al tiempo de incluir todas las alteraciones de la salud posibles como al definir de un modo ajustado a la realidad la disminución de la capacidad laboral que esta provoca²⁹⁶. No obstante, si se confirman las previsiones del futuro contenido reglamentario, el Gobierno, quizás por las dificultades de llevarla a cabo, se remite a la Clasificación Internacional de enfermedades y a la Clasificación Internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalías de la OMS, cuya operatividad no es hoy día más que una incógnita difícil de valorar.

²⁹² DESDENTADO BONETE, «La protección de la incapacidad permanente en la Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social», *RMTAS* 4/1997, pp. 66-67.

²⁹³ GOERLICH PESET, *ob. cit.* (1999), p. 58.

²⁹⁴ Hay opiniones distintas sobre la aplicación de esta misma lista a los supuestos de la incapacidad permanente. A favor, realizando los ajustes necesarios, GOERLICH PESET, *ob. cit.* (1999), p. 64. En contra, LÓPEZ GANDÍA, *ob. cit.* (1998), al responder a una finalidad distinta no relacionada sólo con la capacidad laboral sino a un concepto de capacidad más genérico.

²⁹⁵ ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, *ob. cit.* (1998), p. 24.

²⁹⁶ GARATE CASTRO, «Algunas coordenadas de la proyectada reforma de la protección por jubilación e invalidez permanente», *T.S.* 78/1997, p. 18.

Los grandes recelos surgen ante el segundo de los retos propuestos al desarrollo reglamentario. Y lo hacen ante la alternatividad de la referencia legal a la profesión o al grupo profesional (cuyas consecuencias serán analizadas posteriormente). Pero, sobre todo, que es lo que interesa ahora, ante la supuesta imposibilidad de poner en relación la reducción de la capacidad de trabajo con estos ámbitos laborales en una norma escrita. Se ha afirmado que esta tarea, a pesar de los problemas que de ella puedan derivarse, no es teóricamente imposible, y dotaría de una mayor seguridad jurídica a esta segunda fase de la declaración de incapacidad permanente, pero sí resulta tremendamente compleja, lo que en la práctica supone una dificultad tal que puede hacerla inviable²⁹⁷. Y seguramente es así, aunque tampoco puede pensarse que la imposibilidad de reflejar todas y cada una de las situaciones deba impedir una aproximación. Posiblemente sea inviable llegar al todo, pero eso no supone que haya irremediabilmente de renunciarse a la parte, que puede por cierto recoger un grandísimo número de situaciones, acercándose algo más a la tan solicitada seguridad jurídica. Quizás la imposibilidad de alcanzar el todo suponga acudir ocasionalmente a la subjetividad clásica de la apreciación administrativa y judicial, pero la opción intermedia²⁹⁸ es, posiblemente, más segura que la nada.

Sobre todo, cuando de la observación del método utilizado en el (que puede ser) futuro reglamento se advierte una especie de renuncia a realizar una clasificación que relacione la enfermedad y su menoscabo con la actividad profesional que la persona venía realizando. En efecto, si bien es claro que se apuesta por la existencia de un listado (Clasificaciones OMS citadas) para resolver el índice de menoscabo, se desiste a la hora de ordenar normativamente el grado de incapacidad permanente que corresponde cuando se pone en relación con la profesión o el grupo profesional. Así, se utiliza la fórmula tradicional de permitir que sobre la base exclusiva de una valoración subjetiva del gestor de turno, el menoscabo (aquí llamadas deficiencias y discapacidades en sintonía con las tablas a las que se remite) se ponga en relación «con la posibilidad de seguir o no desarrollando los cometidos de la profesión», con la «imposibilidad de ejercer los cometidos esenciales de toda profesión o actividad» y,

²⁹⁷ BLASCO LAHOZ, *La Reforma de la Seguridad Social: el Pacto de Toledo y su desarrollo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997, p. 124; ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1998), p. 24.

²⁹⁸ GOERLICH PESET, ob. cit. (1999), p. 65.

en este último caso, con «la necesidad de ayuda de una tercera persona para la realización de los actos esenciales y ordinarios de la vida», por ese orden.

A la vista de lo cual la cuestión es si para volver a la situación ahora existente hacia falta recorrer tanto camino. Salvo que la intencionalidad no fuese otra que poner en manos del reglamento lo que hasta entonces estaba en manos de la Ley. Así pues, la aplicación del artículo 137 LGSS, en el caso de que finalmente las previsiones de su desarrollo vean la luz, no diferirá en gran cosa, al menos en la sustanciación de la segunda fase de la declaración de la incapacidad permanente, de lo que hoy día se dispone. Y ello, al haber abdicado el Ejecutivo de la potestad que le fue legalmente conferida para limitar la subjetividad actual mediante un criterio objetivo definido normativamente (al menos hasta donde sea posible, si se quiere utilizar un patrón de razonabilidad). Sin que pueda olvidarse que es aquí, precisamente en esta segunda fase, donde se dan los problemas que derivan en la enorme litigiosidad tantas veces aludida. No es, en puridad, cuánta capacidad ha perdido la persona, sino en qué grado de incapacidad permanente la sitúa lo que provoca el conflicto, porque es éste último el que decide los efectos con respecto al contrato de trabajo y con respecto a las posibles prestaciones a las que tenga derecho.

Y no sólo se perdería una posibilidad en aras a una mayor objetivación normativa, sino también a la hora de cambiar los patrones incluidos en la calificación. Aunque posteriormente se volverá sobre este particular —*vid. infra* 7.1—, la fórmula utilizada mantiene, además, la clásica y única referencia a la capacidad de trabajo, olvidando de nuevo la antigua solicitud de aproximarse a la capacidad de ganancia. De este modo, siguen sin incluirse en la calificación del grado de incapacidad factores adicionales a los puramente laborales, de tinte psicosocial (como la edad, las circunstancias culturales, el mercado de trabajo u otras) que seguirán estando, como hoy, constreñidos pura y exclusivamente al supuesto de la incapacidad permanente total cualificada que no es, como se verá, un grado autónomo²⁹⁹.

²⁹⁹ Clásica ya esta crítica de ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1997), p. 390. En el mismo sentido, MARTÍNEZ BARROSO, ob. cit. (1998), pp. 33-34, LÓPEZ GANDÍA, ob. cit. (1998) y GOERLICH PESET, ob. cit. (1999), p. 65.

5.1.2. Supuestos «particulares» de alteraciones de la salud y problemas en su determinación objetiva

El alcance de la problemática anterior no puede, con todo, hacer olvidar algunas cuestiones más particulares pero que han tenido, y aún presentan, dificultades al proceder a su «determinación objetiva».

a) Las alteraciones de la salud de carácter psíquico

Este tipo de alteraciones se han encontrado, históricamente, con algunos conflictos cuando de determinar su existencia e incidencia se trataba. No obstante, estos obstáculos de determinación de las disminuciones psíquicas³⁰⁰ no parecen presentar hoy día mayores dificultades, algo a lo que sin duda han contribuido los avances técnicos existentes, encontrándose las deficiencias psíquicas plenamente asimiladas como causa discapacitante. Y así se recogen en los conceptos legales de incapacidad permanente y minusvalía.

El elemento de determinación en estos casos no es otro que la alteración de la personalidad, de manera tal que impida o menoscabe la realización de actividades no contraindicadas y sin riesgo específico³⁰¹. Esta referencia al riesgo es una constante en el mundo del trabajo, residiendo su importancia tanto por los efectos que pueda provocar en la persona que padece la discapacidad como el que pueda crear con respecto a otros trabajadores, terceros o el medio ambiente laboral³⁰².

Puede decirse que conceptos como enajenación mental, oligofrenia, psicosis, neurosis o, más recientemente, estrés entre otros, son contemporáneamente conocidos y plenamente asimilados médica y jurídicamente como origen de esas situaciones³⁰³. Otras alteraciones

³⁰⁰ OJEDA AVILÉS, ob. cit., p. 27; ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, ob. cit., pp. 263-264.

³⁰¹ STS de 29 de enero de 1991 (Ar. 191), referida a la invalidez contributiva pero, parece que sin problemas, extensible a la situación de minusvalía.

³⁰² De hecho, este elemento es uno de los que deben evaluarse para graduar la incapacidad permanente, como posteriormente se verá. El riesgo es un factor muy importante en las normas de seguridad en el trabajo. En los términos ahora analizados, las situaciones personales que puedan generar riesgos extraordinarios activan figuras protectoras recientemente creadas por la LPRL, concretamente las reguladas en su artículo 25, destinadas a algunos colectivos de trabajadores con afecciones transitorias o definitivas.

³⁰³ Al respecto de sus consecuencias jurídicas puede verse a ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1982), pp. 201 ss. Incluso en el grado máximo, incapacidad absoluta, como

psíquicas, sin embargo, no encuentran la misma admisibilidad cuando de su determinación se trata, al menos, desde el punto de vista judicial. En este sentido, puede hacerse referencia a la invalidez ética o a la psicosis de renta. Esta última presenta menos problemas, por su asimilación como proceso depresivo, lo que ha sido aceptado por los Tribunales³⁰⁴.

La invalidez ética, no obstante, presenta mayores dificultades, fundamentalmente en el campo de las incapacidades laborales. Estamos en supuestos en los que la enfermedad existe, pero la manifestación de sus síntomas son inciertos en el tiempo. Una aclaración. No se está hablando aquí de decisiones terapéuticas, de observación de discapacidades potenciales, mediante las que se pretende constatar la evolución de la enfermedad. En este caso se habla de otro tipo de procesos, como pueden ser los derivados de procesos cancerígenos o de infecciones víricas que, aun cuando no hayan presentado las dolencias discapacitantes, pueden provocar en la persona un estado de ánimo que dificulte sus actividades normales³⁰⁵. Las reticencias individuales dependen, no obstante, de la intensidad con que se manifiesta la sintomatología característica de la enfermedad³⁰⁶.

Tal y como se plantean las cosas, parece claro que la dificultad estriba, la mayoría de las ocasiones, en su constatación. O, lo que es lo mismo, en probar efectivamente su existencia y el menoscabo que ésta provoca. El problema reside aquí en diferenciar la deficiencia, con certeza y objetivación, de lo que no es más que un síntoma, cuestión que depende de elementos subjetivos. No es difícil que la dolencia aparezca a través de síntomas «aparentes», cuya certificación dependa directamente de observar la conducta humana, las manifestaciones de los sujetos implicados. A nadie escapa de la presumible dificultad de su constatación objetiva, lo que provoca un cierto miedo a su reconocimiento que responde, lógicamente, a las amplias posibilidades que la simulación puede facilitar al sujeto interesado.

ocurre con dos supuestos de depresión y esquizofrenia tratados por las SSTSJ Cataluña de 8 de febrero y 25 de mayo de 1993 (Ar. 803 y 2544).

³⁰⁴ STS de 29 de enero de 1987 (Ar. 183). Sobre el tema, OJEDA AVILÉS, ob. cit., pp. 28 y 29.

³⁰⁵ Al respecto, *vid.* OJEDA AVILÉS, ob. cit., pp. 27-28.

³⁰⁶ STSJ Castilla y León (Valladolid) de 14 de noviembre de 1995 (A.L. 12/1996, p. 997) y Castilla-La Mancha de 7 de noviembre de 1996 (Ar. 3937) que resuelven en sentido distinto una calificación de incapacidad, negativo la primera, positivo la segunda, dos supuestos de una persona afectada por el síndrome de inmunodeficiencia adquirida.

b) El dolor como deficiencia no objetivable y la importancia de los avances técnicos

Otra situación «particular» viene contemplada ante el padecimiento de un dolor, que conceptualmente viene configurado como una dolencia de carácter claramente subjetivo, «que presenta grandes dificultades tanto en su objetivación como en la medición de su intensidad»³⁰⁷. Su «mera existencia no da lugar a sintomatología alguna»³⁰⁸, si bien «ello no es óbice para que de su consideración pueda constatarse una incapacidad, siempre y cuando su causa venga constatada objetivamente»³⁰⁹. El dolor, por tanto, puede constituir una secuela invalidante «si no se funda en las meras manifestaciones subjetivas del interesado»³¹⁰, sino en la «presencia de bases objetivas de las que se concluya su existencia»³¹¹.

La objetivación del dolor no tiene, sin embargo, que constatarse en su origen, sino que puede también realizarse en sus resultados. De esta manera, el dolor, como elemento subjetivo no impide que su padecimiento no pueda ser objeto de valoración, siempre y cuando «sus consecuencias se muestren a modo de limitaciones funcionales susceptibles de determinación objetiva»³¹².

No cabe duda, de nuevo, que las reservas de su consideración como etiología discapacitante gravita alrededor de las dificultades probatorias. Ante esta imposibilidad material, los Tribunales han creado una especie de presunción favorable, a modo de principio *in dubio pro inválido*³¹³. Por ello, no siempre que el dolor no puede objetivarse —en su origen o en sus consecuencias— se excluye como base médica de una posible incapacidad. De este modo, «el simple dolor, aun no siendo cuantificable, sí puede justificar una situación de baja médica, cuando se detecta una evidente anomalía dolorosa y sin embargo ni se descarta expresa y rotundamente su origen, ni se diagnostica con claridad que se trata de un supuesto de simulación o de instauración psíquica»³¹⁴.

³⁰⁷ STSJ Baleares de 16 de julio de 1991 (Ar. 4724).

³⁰⁸ STSJ Canarias de 31 de enero de 1994 (Ar. 58).

³⁰⁹ STSJ Cantabria de 6 de febrero de 1991 (Ar. 1184).

³¹⁰ STSJ La Rioja de 4 de mayo de 1993 (Ar. 2319).

³¹¹ Sentencias del TS de 30 de junio de 1987 (Ar. 4680) y del TSJ Murcia de 24 de febrero de 1993 (Ar. 1048).

³¹² SSTSJ Murcia de 1 de septiembre de 1993 (Ar. 3949) y Canarias —Santa Cruz de Tenerife— de 31 de enero de 1995 (Ar. 50).

³¹³ Al que hacen referencia ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, ob. cit., p. 264, si bien con respecto a las enfermedades mentales.

³¹⁴ STSJ Murcia de 14 de febrero de 1994 (Ar. 770).

En este punto es relevante el papel que juegan los elementos técnicos. En efecto, dicha «especie» de presunción se encuentra limitada por la actuación de los avances médicos, quebrándose «cuando agotados todos los posibles medios diagnósticos que actualmente posee la ciencia no se ha detectado causa alguna, física o psíquica, que justifica el dolor padecido»³¹⁵. En definitiva, se está ante el «predominio del carácter objetivable de la reducción anatómica o funcional, y de su constatación médica indudable, sin que ésta pueda basarse en la mera manifestación subjetiva del interesado»³¹⁶.

c) La discapacidad como contingencia presente o futura

Un elemento peculiar en la determinación objetiva de la alteración de la salud se encuentra, paradójicamente, en que no siempre es necesario que la patología se haya manifestado para que pueda procederse a determinar su existencia. En otras palabras, no siempre una deficiencia debe haberse manifestado en toda su extensión para que sea factible valorarla, sino que es posible presumir tanto su existencia futura como sus previsibles efectos.

Aquí, no obstante, debe diferenciarse entre la dinámica a seguir en la evaluación de las discapacidades genéricas y la que da lugar a la determinación de una incapacidad laboral. En efecto, la evaluación de la discapacidad, en orden a obtener la calificación de minusvalía, debe realizarse sobre la manifestación real de las deficiencias padecidas³¹⁷.

Sin embargo, no siempre ocurre del mismo modo al proceder a determinar la existencia de una incapacidad laboral. Así, y aunque lo normal será que la evaluación se realice sobre cuadros nosológicos activos, cabe la posibilidad de alterar dicha dinámica, pudiendo valorarse la existencia de una situación incapacitante sobre la base de una patología presunta. Dos son los mecanismos que se accionan ante dicha opción. El primero reviste un carácter meramente sanitario y, en el plano contributivo, se refiere al efecto invalidante que su incidencia sobre la capacidad laboral pueda provocar. El segundo opera en el plano contractual y será analizado con posterioridad —*infra* C4—.

³¹⁵ STSJ Castilla-La Mancha de 10 de junio de 1992 (Ar. 3255).

³¹⁶ STSJ La Rioja 29 de enero de 1996 (Ar. 793), f.j. 4º.

³¹⁷ Así se desprende del primer anexo de la Orden de 8 de marzo de 1984, donde «se recomienda realizar la evaluación después de una rehabilitación llevada al máximo en el momento en que la alteración se considere estable o no progresiva».

Lo cierto es que dicha actuación responde a un criterio inverso al planteado hasta el momento. En efecto, es muy probable que la incapacidad no sólo exista cuando las secuelas derivadas de las lesiones impidan desarrollar el trabajo, sino también cuando aun no existiendo *a priori* secuelas de ningún tipo, el contacto con el trabajo habitual sea susceptible de despertar en el sujeto una reacción patológica en él³¹⁸. Se está aquí, en cierta medida, ante una imposición de las consecuencias de la incapacidad sobre sus causas. En este sentido, se ha afirmado que la incapacidad, que no existe de hecho, se presume como consecuencia de normas imperativas o impositivas³¹⁹. Aquí, la incapacidad para el trabajo puede no darse realmente, pero se presume *ope legis* la imposibilidad para el trabajo como justificación de su protección³²⁰. Se está, en otras palabras, ante una presunción de necesidad³²¹. En estos casos, aunque el sujeto no es incapaz en sí mismo, deviene en incapacidad por cuanto que el propio desarrollo de la prestación puede suponer un empeoramiento de la situación sanitaria³²².

Esta situación, que por su relación directa con el proceso productivo suele vincularse con su repercusión contractual, tiene también consecuencias en aras a su protección como contingencia genérica. De hecho, la necesidad de separar a la persona del trabajo no responde a su imposibilidad psicofísica de trabajar, sino a la necesidad de estudiar y diagnosticar médicamente la presunta enfermedad que ha podido contraer³²³, o que podría llegar a contraer si se mantiene en su actividad laboral.

Claramente, se está ante una medida de carácter preventivo³²⁴ de la protección de la salud, en consonancia con las previsiones del propio artículo 43 de la Constitución. Dicha medida se formula a modo de previsión terapéutica, respecto de la posible incidencia negativa del medio de trabajo en la salud del trabajador, lo que probablemente determine, en estos casos, su pase a la situación de incapacidad³²⁵. Se está ante lo que ha venido a denominarse ca-

³¹⁸ GOERLICH PESET, «La protección de la incapacidad: algunos puntos críticos de la doctrina jurisprudencial unificada», *T.S.* 31/1996, p. 592.

³¹⁹ DE LA VILLA GIL/DESIDENTADO BONETE, *ob. cit.*, p. 485.

³²⁰ DUEÑAS HERRERO, *ob. cit.* (1996-2), p. 216.

³²¹ GARCÍA NINET, La incapacidad temporal, en *La incapacidad temporal*, Tecnos 1996, p. 26.

³²² GOERLICH PESET, *ob. cit.* (1996-2), p. 592.

³²³ GARCÍA NINET, «Notas sobre los períodos de observación y diagnóstico y obligaciones especiales en caso de enfermedad profesional», *T.S.* 53/1995, p. 19.

³²⁴ GARCÍA NINET, *ob. cit.* (1995), p. 19.

³²⁵ GOERLICH PESET, *ob. cit.* (1996-2), p. 593.

rácter relativo de la incapacidad laboral, que ampara la incapacidad potencial, en contra de una defensa rígida de su carácter absoluto, del que se derivaría la defensa exclusiva de situaciones en las que la incidencia productiva de la alteración sea real e inmediata³²⁶.

En realidad, estas situaciones responden a instrumentos jurídicos ya históricos en el Derecho de la Seguridad Social, cuyo prototipo no es otro que el período de observación de las enfermedades profesionales —128.I b) LGSS—. Sin embargo, nada parece impedir que puedan, por analogía, ampliarse a cualquier otro tipo de riesgos³²⁷. La consecuencia sería la calificación de la incapacidad, inicialmente temporal³²⁸ y, en su caso, permanente³²⁹.

5.2. *El vector temporal de la discapacidad jurídica: su necesario carácter permanente*

Tanto la calificación de la incapacidad permanente, como la de minusvalía, se realizan sobre el análisis de las repercusiones derivadas de discapacidades de carácter permanente. Quedan fuera, de esta manera, aquellas discapacidades (e incapacidades laborales) que se manifiesten a través de alteraciones temporales de la salud, o cuyas proyecciones sociales (y laborales) no tengan vocación de continuidad.

La acepción semántica del término «permanente» no tiene una identificación plena con su interpretación jurídica. La permanencia se significa aquí por su carácter relativo, que se detecta a raíz de la inclusión del adjetivo previsible en los conceptos de incapacidad permanente y minusvalía. De esta manera, lo relevante no es que la deficiencia no tenga posibilidad alguna de recuperación. Lo que

³²⁶ TORTUERO PLAZA, ob. cit. (1994), p. 40.

³²⁷ TORTUERO PLAZA, ob. cit. (1994), p. 46.

³²⁸ Ya sea por la vía genérica del artículo 128 a) de la LGSS, o por la del 128 b) en caso de enfermedades profesionales. No obstante, nada parece impedir que en este último supuesto pueda accederse por la vía anterior. De hecho, se plantea la necesidad de suprimir el período de observación, en base a una visión unitaria e integradora de la incapacidad temporal (TORTUERO PLAZA, ob. cit. (1994), pp. 45-46, idea que se comparte. De hecho, las recientes previsiones que se derivan de los artículos 25 y 26 de la LPRL hacen pensar que dicha vía se estima como el auxilio perfecto a los problemas que de la imposibilidad de recolocación en caso de incompatibilidad en el trabajo por motivos de salud pueda suscitarse. Queda claro que en dichas fórmulas protectoras tienen cabida todas las posibles contingencias protegibles, sean o no de carácter laboral, lo que hace conveniente acudir a una única vía de acceso a estas situaciones.

³²⁹ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-2), p. 594.

se valora es, en su caso, que ésta pudiera manifestarse de modo incierto en el tiempo. Sin embargo, a pesar de que tanto en las situaciones de incapacidad permanente como en las de minusvalía la discapacidad se presume permanente, la secuencia no es exactamente igual en uno u otro caso.

5.2.1. El carácter permanente en la calificación de la minusvalía

En el caso de la minusvalía, la permanencia responde a parámetros puramente médicos, realizándose la valoración cuando la discapacidad se presume patológicamente estable, momento en que deberá realizarse el examen.

El procedimiento de declaración de la minusvalía podrá iniciarse, por tanto, con independencia de que persista o no la necesidad de atención sanitaria o de procesos de rehabilitación funcional, si bien las normas de referencia aconsejan que estos procesos estén concluidos³³⁰. Esta idea responde, con toda probabilidad, a la necesidad de evaluar deficiencias consolidadas, situación que se alumbra ante el padecimiento de un estado patológico crónico, cuyo ánimo de permanencia viene configurado por la ausencia o escasez de sus posibilidades de mejora³³¹. Tal y como afirma el RD 1971/1999, «sin posibilidad razonable de restitución o mejoría de la estructura o de la función del órgano afectado».

Ello no impedirá que las modificaciones que puedan producirse en el estado de la persona carezcan de relevancia a estos efectos³³². De este modo, las variaciones sufridas podrán ser objeto de revisión, a través del cual puede alterarse el grado declarado inicialmente. Este nuevo examen puede realizarse tanto ante la aparición de nuevas discapacidades, como en el supuesto de que la originaria tuviese carácter progresivo³³³.

³³⁰ De este modo se pronuncia el RD 1971/1999, Anexo 1A, Capítulo 1, donde se plantea que para proceder a determinar la discapacidad originada por deficiencias permanentes, el proceso patológico que ha dado origen a esa deficiencia ha de haber sido previamente diagnosticado, han de haberse aplicado las medidas terapéuticas indicadas y debe estar documentado.

³³¹ STSJ Madrid de 22 de enero de 1992 (Ar. 476).

³³² Incluso, cuando la intensidad del estado discapacitante se agrava ocasionalmente. En este caso, habrá de estarse al estado de interferencia en las actividades de la vida diaria que se presente habitualmente o tenga un carácter de permanencia, no a aquel que se manifieste circunstancialmente o en casos de «necesidad de constante supervisión o confinamiento», como declara, en un supuesto de epilepsia, la STSJ Galicia de 23 de diciembre de 1994 (A.L. 14/1995, pp. 1004 y ss.).

³³³ Según las propias reglas que establece el Capítulo 1 del Anexo 1A del RD 1971/1999.

En efecto, en este último supuesto, la evolución que en el futuro pueda soportar el estado de la persona no será objeto de valoración en la inspección médica inicial. Ello se debe, seguramente, ante la imposibilidad de presumir su alcance en ese momento. De este modo, el grado deberá determinarse en ese primer instante, sin que pueda tenerse en cuenta el carácter degenerativo o progresivo de la enfermedad. Esto último, en todo caso, también será relevante, aunque sólo cuando la nueva situación alcance la proporción necesaria para que cambie el grado inicialmente calificado³³⁴.

5.2.2. La permanencia «laboral» de la incapacidad permanente

Sin embargo, el supuesto de la incapacidad permanente presenta algunas particularidades. En primer lugar, porque como es conocido, las contingencias protegidas no pueden separarse de su incidencia sobre la actividad laboral de la persona. La situación invalidante, de este modo, no está referida a la enfermedad en sí misma, sino que la nota de permanencia debe ponerse en relación, como juicio lógico jurídico, al estado invalidante³³⁵. La nota determinante que promueve el reconocimiento del estado de necesidad pasa a ser, en el nivel contributivo de la protección, no la alteración sanitaria, sino que esta provoque —directa o indirectamente— la incapacidad para trabajar³³⁶.

En segundo lugar, porque la presunción de permanencia no depende, en exclusiva, de la incertidumbre de que se produzca la mejoría del cuadro clínico del que deriva la incapacidad laboral. Así, en la medida en que la incapacidad permanente responde, normalmente, a una previa situación de incapacidad temporal³³⁷, el mero transcurso del tiempo puede llegar a consolidar el carácter permanente de la incapacidad. De este modo, puede proceder a iniciarse el procedimiento de calificación de la incapacidad permanente en dos instantes. De un lado, cuando la proyección invalidante de

³³⁴ Así se desprende del análisis realizado por la STSJ Madrid de 12 de septiembre de 1995 (Ar. 3309).

³³⁵ ÁLVAREZ DE LA ROSA, *ob. cit.* (1982), pp. 210 y 215.

³³⁶ Así el elemento de permanencia o irreversibilidad no se medirá sobre las reducciones funcionales o anatómicas, sino que lo que debe ser previsiblemente definitivo será la incapacidad para el trabajo. STSJ Madrid de 29 de junio de 1992 (Ar. 3473).

³³⁷ GOERLICH PESEY, «La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo», *T.S.* 61/1996, p. 54.

la lesión se consolida después del tratamiento sanitario. De otro, cuando sin producirse esa consolidación (aunque tenga carácter relativo), la incapacidad temporal —como situación protegida por el Sistema de Seguridad Social— sobrepasa una determinada duración³³⁸.

a) Los efectos de la transitoriedad y temporalidad como elementos de cálculo de la permanencia

El transcurso del tiempo, en este aspecto, no tiene una medición única, existiendo dos vías de cálculo, definidas por los términos temporalidad y transitoriedad, que no son aquí utilizados como sinónimos o equivalentes³³⁹, sino que de ellos nace lo que ha venido a denominarse el elemento estático y el elemento dinámico de la incapacidad.

La transitoriedad está ligada al estado incapacitante, y viene dada por la necesidad de recibir tratamiento médico, entendiéndose que en base a él se prevé la recuperación total o parcial de la alteración de la salud padecida³⁴⁰. La temporalidad actúa como límite máximo y mínimo para la evolución de la transitoriedad de la lesión incapacitante, y las posibilidades de recuperación juegan como nota determinante³⁴¹, tanto para que los plazos iniciales de la incapacidad temporal puedan aumentarse³⁴², como para que la futura incapacidad permanente sea declarada con ánimo de provisionalidad³⁴³.

³³⁸ DE LA VILLA GIL/DESIDENTADO BONETE, ob. cit., p. 505.

³³⁹ TORTUERO PLAZA, ob. cit. (1994), p. 41.

³⁴⁰ TORTUERO PLAZA, ob. cit. (1994), p. 41.

³⁴¹ TORTUERO PLAZA, ob. cit. (1994), p. 41.

³⁴² Debe hacerse aquí referencia a las previsiones de la LGSS derivadas de la reforma actualizada por la Ley 42/1992, y que dieron lugar a la incapacidad temporal como figura que engloba las antiguas incapacidad laboral transitoria y la invalidez provisional. Concretamente, con respecto a los diferentes plazos de la incapacidad temporal vienen determinados por los artículos 128 y 131 bis de la LGSS. Un estudio crítico de sus consecuencias, concretamente del acortamiento de los plazos derivados de la desaparición de la invalidez provisional, en aquellos casos en los que no se presume la permanencia, sino la mejoría, puede verse en FERNÁNDEZ PRATS, «La nueva regulación de la incapacidad temporal y su duración», en *La incapacidad temporal*, Tecnos 1996, p. 259.

³⁴³ La provisionalidad es un elemento característico de la incapacidad temporal —GOERLICH PESER, ob. cit. (1996-2), p. 596—. Aunque ahora, paradójicamente, también de la incapacidad permanente, a raíz de la incorporación del texto del artículo 48.2 ET por la Ley 42/1994. De este modo, si se presume la mejoría en un plazo de dos años desde la declaración de invalidez permanente, en la que, de otro lado, se hará

La temporalidad, no obstante, puede llegar a no tener relevancia alguna. Quiere decirse que la consolidación del carácter permanente de la incapacidad laboral no tiene por qué determinarse una vez agotados los plazos prefijados por la temporalidad. Dos son los supuestos que aquí pueden manifestarse. El primero viene dado por la necesidad de asistencia médica. El segundo por la recuperación de la capacidad laboral.

Con respecto a la necesidad de asistencia médica, lo normal será que se proceda a valorar si las secuelas incapacitantes dan lugar a una incapacidad permanente una vez se ha producido la curación³⁴⁴, sospechándose la existencia de lesiones definitivas³⁴⁵, que ya no requieren tratamiento sanitario³⁴⁶. Por ello, el propio artículo 134.1 de la LGSS establece como requisito la necesidad del alta médica. Sin embargo, este mismo precepto, en su párrafo segundo, establece una excepción a esta regla de carácter general, no siendo necesaria el alta médica si se prevé que las secuelas derivadas de la enfermedad son definitivas, y de ello se deriva la necesidad de continuar con la asistencia³⁴⁷.

Otra cosa será que, aun cuando sin requerirse ya la atención sanitaria, se presuma que la mejora de la repercusión productiva de la lesión, es decir, la incapacidad laboral, no va a producirse o se estima incierta o a largo plazo³⁴⁸ y, por tanto, que sus efectos estén arraigados en el tiempo³⁴⁹. En este caso, como en el anterior, es posible proceder a la determinación de la incapacidad permanente, sin necesidad de agotar los plazos legalmente previstos de incapacidad temporal³⁵⁰.

constar dicha circunstancia, tanto a efectos de proceder a su revisión, como a efectos de las consecuencias contractuales derivadas del artículo 48 del ET —*infra* C4—.

³⁴⁴ ALMANSA PASTOR, *ob. cit.*, p. 409; los plazos de la incapacidad temporal no deben ser agotados en estos casos, antes bien, la invalidez permanente debe declararse al ocurrir la curación clínica, ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, *ob. cit.*, p. 95.

³⁴⁵ GOERLICH PESET, *ob. cit.* (1996-1), p. 54.

³⁴⁶ *A sensu contrario*, cuando las dolencias son susceptibles de tratamiento, y todavía no inciden permanentemente en la capacidad laboral del afectado, no puede ser declarada la invalidez, STS de 29 de enero de 1987 (Ar.185).

³⁴⁷ Modificación operada por la disposición final cuarta de la LISMI.

³⁴⁸ Siendo suficiente una previsión seria de irreversibilidad para fijar el concepto de invalidez permanente, ya que, al no ser la medicina una ciencia exacta, sino fundamentalmente empírica, resulta difícil la absoluta certeza del pronóstico, que no puede emitirse sino en términos de probabilidad, STSJ La Rioja de 29 de enero de 1996 (Ar. 793), f.j. 4º.

³⁴⁹ STSJ País Vasco de 5 de septiembre de 1995 (Ar. 3442).

³⁵⁰ Se produce lo que algún autor ha considerado ruptura de la trayectoria inercial, ALMANSA PASTOR, *ob. cit.*, p. 409.

En estos supuestos, la existencia de una deficiencia degenerativa tampoco impide la inicial valoración de la incapacidad, si bien la constatación de su carácter permanente deberá realizarse según la situación que presenten en el momento del juicio³⁵¹, sin que puedan ser objeto de cálculo las posibles presunciones existentes sobre su evolución³⁵². Ello, sin perjuicio de que el agravamiento de las secuelas que puedan manifestarse en el tiempo, a causa del carácter progresivo de la deficiencia, habilite la apertura del procedimiento revisorio y la consiguiente posibilidad de modificar el grado invalidante³⁵³.

b) La presunción de la permanencia como factor definitorio

Ahora bien: dicho carácter no definitivo de la incapacidad aparece como una presunción, que parece debilitarse a medida que transcurre el tiempo, para dar finalmente paso a la presunción contraria, la del carácter definitivo de la incapacidad³⁵⁴. Y aquí tiene relevancia la temporalidad, que se convierte en elemento estático de la incapacidad, utilizado más bien como indicador de las distintas fases de protección³⁵⁵. Mientras que, de otro lado, la transitoriedad

³⁵¹ STS de 20 de noviembre de 1990 (Ar. 8591). Aunque la sentencia anteriormente citada no haga referencia a qué juicio se refiere, debe aclararse que el momento se sitúa en la resolución administrativa, porque si trasladáramos dicho instante al momento del pronunciamiento judicial no estaría analizándose la corrección o no de la calificación efectuada, sino una revisión de la misma. STSJ Canarias —Las Palmas— de 7 de enero de 1992 (A.L. 26/1992, pp. 1596-1597), con especial atención a los comentarios realizados por MARÍN CORREA, «Congruencia «temporal» con la reclamación previa en materia de Seguridad Social. La calificación de invalidez», misma obra, p. 1597. En este sentido, SSTSJ Madrid de 29 de junio de 1992 (Ar. 3472) y Castilla y León (Valladolid) de 15 de noviembre de 1994 (A.L. 14/1995, pp. 1001 ss.).

³⁵² Un ejemplo de lo afirmado se describe en la STSJ Castilla y León (Valladolid) de 15 de noviembre de 1995 (A.L. 12/1996, p. 997), donde conociéndose la manifestación futura de la enfermedad, la actual presencia del virus de inmunodeficiencia adquirida no puede tenerse en cuenta para calificar dicha situación como una incapacidad laboral.

³⁵³ STSJ Canarias —Santa Cruz de Tenerife— de 31 de enero de 1995 (Ar. 50).

³⁵⁴ ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, *ob. cit.* (1991), p. 229.

³⁵⁵ Por contra, la transitoriedad no opera como selector de incapacidades, de modo que sólo se admita en su ámbito las incapacidades que se prevea que no superen el límite temporal impuesto, sino que, acogiendo también a las incapacidades que excedan de ese tiempo, éstas escapan a su ámbito de cobertura una vez sobrepasada la limitación temporal, para ingresar en el ámbito de la invalidez, ALMANSA PASTOR, *ob. cit.*, p. 407.

del estado patológico incapacitante, susceptible de recuperación a través del correspondiente tratamiento médico, será la nota que determine la permanencia en o el nacimiento de los sucesivos estadios de protección³⁵⁶. La transitoriedad definirá, por tanto, su carácter dinámico³⁵⁷.

Una vez llegado este punto, se afirma que cumplido el plazo previsto de conclusión del carácter temporal de la incapacidad, el paso a su situación permanente se produce sin solución de continuidad³⁵⁸. Sin embargo, podría decirse más ajustadamente que lo que produce el término de aquel plazo es su inmediata conexión con la incapacidad permanente. En efecto, lo que se retrasa —muchas veces como consecuencia de la peculiar regulación de sus facultades de impulso— hasta la finalización del plazo máximo de incapacidad temporal será la apertura del procedimiento calificador³⁵⁹. Así, ocurre que la declaración de la misma no se produce instantáneamente, sino que dependerá (tras su evaluación) de que la intensidad —7 y ss.— estimada de la situación invalidante tenga cabida como contingencia protegida por el sistema de Seguridad Social.

Y aquí es donde se manifiesta uno de los problemas derivados de la aplicación rígida de los criterios cronológicos, de la que pueden derivar auténticas situaciones de desprotección³⁶⁰. De nuevo, debe hacerse referencia a dos supuestos ya citados. El primero, que se verá detenidamente con posterioridad —*infra* 8.2—, hace referencia a la crítica construcción jurisprudencial de la imposibilidad de declarar la invalidez si no se tiene derecho a prestaciones. El segundo hace referencia a la posibilidad de que se constate cierto grado incapacitante, pero insuficiente como para alcanzar el umbral prefijado de acceso a cualquier grado de incapacidad permanente. La consecuencia, a simple vista, no parece conflictiva, por cuanto que el efecto contractual derivado sería la reincorporación al trabajo de la persona afectada. Sin embargo, nada impide que dicha reincorporación se produzca de manera irregular, lo que puede desembocar en una disminución en el rendimiento que, tal y como está jurisprudencialmente admitido, puede dar como resultado una extinción contractual por causas objetivas³⁶¹.

³⁵⁶ TORTUERO PLAZA, ob. cit. (1994), pp. 41-42.

³⁵⁷ DUEÑAS HERRERO, «La contingencia de incapacidad (laboral) temporal en el régimen General de la Seguridad Social», *R.L.* 4/1996, p.44.

³⁵⁸ TORTUERO PLAZA, ob. cit. (1994), p. 41.

³⁵⁹ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-1), p. 54.

³⁶⁰ DE LA VILLA GIL/DESIDENTADO BONETE, ob. cit., p. 480.

³⁶¹ Sobre el particular se volverá, críticamente, más adelante —*infra* C4—.

c) La necesidad de los límites temporales

Sin embargo, y aunque parezca paradójico con lo afirmado hasta ahora, el establecimiento de límites temporales parece inevitable en una regulación ordenada de las situaciones protegibles por la Seguridad Social. No cabe duda de que la fórmula idónea, y más realista, sería la de combinar los criterios clínicos (propuesta de incapacidad permanente cuando la incapacidad sea irreductible a un tratamiento sanitario) con plazos máximos flexibles que no afecten al normal desarrollo de las prestaciones sanitarias³⁶². Y no parece tan lejana a la existente en el Derecho de la Seguridad Social, donde se determina la ampliación de plazos ante la imposibilidad de determinar la prolongación patológica. No obstante, puede plantearse la duda de la escasez temporal de esta regulación (agudizada tras la reforma practicada por la Ley 42/1994), sobre todo cuando la mejoría no sólo es previsible, sino que se estima como cierta, pero se prolonga más allá de los plazos previstos³⁶³.

Bien es cierto que, contractualmente, el exceso temporal provoca distorsiones no deseadas en el proceso productivo, lo que ha provocado su acortamiento. Y que la vía abierta por el artículo 48 del ET facilita, dentro de lo que cabe, la situación del trabajador. Quizás el problema resida en la longitud del tiempo utilizado para concluir procesos de calificación, y sobre todo de recalificación. Pero la posibilidad de excepcionar en algunos supuestos la rigidez temporal descrita no debería parecer una meta inalcanzable, si bien proponer aquí alternativas se alejaría del hilo del presente trabajo.

6. Vector cronológico de la discapacidad: el carácter congénito o sobrevenido

El momento en el que se actualiza la alteración de la salud constituye una de las particulares características que incide, con energía, en la diferencia entre la declaración de minusvalía e incapacidad permanente. El origen de esta circunstancia se encuentra en los distintos presupuestos de protección que derivan de una u otra situación. En el caso de la minusvalía, las normas de protección tienen un carácter genérico, y la calificación permite acceder a los

³⁶² DE LA VILLA GIL/DESIDENTADO BONETE, ob. cit., p. 481.

³⁶³ FERNÁNDEZ PRATS, ob. cit. p. 259.

beneficios de prestaciones externas a la previsión asegurativa. La incapacidad permanente, por contra, va irremediamente ligada al vínculo contributivo con la Seguridad Social, sobre la base de la cobertura asegurativa que define a este nivel del sistema.

Con todo, ya se advirtió que la diferencia esencial se encuentra en las prestaciones económicas, puesto que para el acceso a las recuperadoras y a las de empleo selectivo no es obstáculo la ausencia de relación jurídica con el nivel contributivo de la Seguridad Social. Este acercamiento ha sido constatado como fruto de la evolución histórica del sistema mixto de seguridad social, que en algunos aspectos ha ido alejándose progresivamente del origen profesional de la protección. Ello lleva a entender que debe priorizarse el concepto genérico de discapacidad sobre el de incapacidad laboral, protegiendo a la persona discapacitada porque lo es, no solamente porque carezca de capacidad para el trabajo³⁶⁴.

Se encuentran, de este modo, diferencias esenciales al evaluar la discapacidad, según se pretenda la calificación de incapacidad permanente o de minusvalía. Dos son los puntos centrales. El primero, el elemento cronológico por excelencia, el momento de aparición de la discapacidad. El segundo viene marcado por la adición de diferentes discapacidades, o el agravamiento de las previas, que pueden aparecer en la vida de la persona. Ya se vio que dicho acontecimiento es susceptible de activar el procedimiento revisorio de la calificación de las discapacidades jurídicas, por lo que procede en esta instancia analizar las fórmulas utilizadas para evaluarlo. Su método de valoración dista de reunir características homogéneas en uno u otro caso, lo que requiere de igual modo una sucinta referencia individualizada.

6.1. Aspectos cronológicos de la minusvalía

Al respecto de la minusvalía, cualquier alteración de la salud, manifestada en cualquier instante de la vida de la persona, tendrá relevancia como elemento psicofísico de evaluación. De este modo se expresa el concepto de minusvalía, cuyo elemento nuclear de valoración son las deficiencias, ya sean o no congénitas, con independencia del momento cronológico en que surgieron. Las nuevas discapacidades que se presenten, o el agravamiento de las anterior-

³⁶⁴ En sentido similar, ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1991), p. 247.

res, darán lugar a la recalificación del grado de minusvalía inicialmente declarado, a través de los procedimientos de revisión normativamente previstos.

Ahora bien: si al instante de proceder a calificar una minusvalía, en una persona concurre más de una discapacidad, todas ellas deberán tenerse en cuenta para decidir la intensidad de la disminución de las aptitudes psico-físicas provocadas. Para realizar esta operación se procede, en primer lugar, a valorar individualmente cada discapacidad, siguiendo las reglas establecidas en las diferentes tablas³⁶⁵. Inicialmente, por tanto, se procederá a valorar cada una de las discapacidades concurrentes, mediante la aislada puntuación de cada una de ellas³⁶⁶, detallándolas separadamente con precisión de su entidad o trascendencia³⁶⁷. A cada discapacidad se atribuye un porcentaje (denominado anteriormente menoscabo global), que revela el grado de disminución que provoca. Sin embargo, cada uno de estos menoscabos globales no revelan sino un resultado parcial de la disminución sufrida por la persona o, lo que es lo mismo, el efecto de la deficiencia sobre la capacidad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria, es decir, el grado de discapacidad que ha originado la deficiencia (Anexo 1A, RD 1971/1999)

Para la obtención del total debe procederse a poner en relación todos y cada uno de los menoscabos globales obtenidos. A este resultado, no obstante, no se arriba sumando mecánicamente los porcentajes parciales, sino que, cuando coexisten dos o más tipos de discapacidad, deben combinarse los valores hallados para cada uno de ellos, utilizando la tabla de valores combinados³⁶⁸. A este resultado no se llega mediante una sencilla operación, sino mediante la utilización de todas las posibilidades que la tabla de valores combinados ofrece, teniendo en cuenta que el método a adoptar será siempre el más favorable a la persona cuya minusvalía se está calificando³⁶⁹. Dicho proceso viene a configurar, para la calificación de la minusvalía, una especie de regla similar (aunque salvando las distancias) a la denominada «consideración conjunta de las contingencias», empleada en los procedimientos de declaración

³⁶⁵ Contenidas en el Anexo 1. Apartado A) del RD 1871/1999.

³⁶⁶ Tal y como reconoce la STSJ Cataluña de 18 de septiembre de 1995 (Ar. 3553).

³⁶⁷ STSJ Cataluña de 7 de septiembre de 1995 (Ar. 3516).

³⁶⁸ STSJ de Murcia de 6 de abril de 1995 (Ar. 1468). Contenida en el Anexo 1A del RD 1971/1999.

³⁶⁹ STSJ Castilla-La Mancha de 24 de mayo de 1993 (Ar. 2469), en la que puede observarse el método a seguir cuando deben combinarse tres o más valores.

de la incapacidad permanente, a la que seguidamente se hará referencia.

6.2. *El carácter sobrevenido de la incapacidad permanente*

El nivel contributivo de la Seguridad Social desarrolla una estimación diferente. De este modo, y aun cuando la definición de incapacidad permanente del artículo 134.1 de la LGSS nada indique, el acceso a las prestaciones estará condicionado por el hecho de que el vínculo jurídico con la Seguridad Social sea previo a la manifestación de la contingencia protegida, tal y como se deduce con carácter general del artículo 124 de la LGSS. El hecho causante, de este modo, se produce con la actualización de esa contingencia (profesional o no) y con la incidencia de ésta sobre los sujetos causantes de la protección³⁷⁰, teniendo en cuenta que éstos podrán ser, únicamente, los trabajadores o asimilados a éstos³⁷¹.

6.2.1. El carácter laboral de la incapacidad

Las referencias, aquí, no son análogas a las utilizadas con la minusvalía. Retorna, una vez más, el carácter clásicamente profesional de la incapacidad contributiva. Y es que los elementos, en este caso, pueden ser calificados como típicamente jurídicos, mientras que puede afirmarse que en la minusvalía tienen naturaleza esencialmente biológica. Así, lo importante en la incapacidad permanente no es si el carácter de la enfermedad es o no congénito, sino cuándo produce el menoscabo en el estado productivo de la persona. Si la enfermedad es previa, pero no sufre variaciones, o no aparece ninguna nueva alteración en su estado que afecte a su situación laboral, quedará fuera de la cobertura otorgada por el nivel contributivo. Lo relevante a estos efectos es si la situación

³⁷⁰ ALMANSA PASTOR, ob. cit., p. 420. «No está protegido el supuesto en que el hecho causante origen de la invalidez se hay producido con antelación a la afiliación y alta de la Seguridad Social», ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, ob. cit., p. 265. «Se parte de la idea del riesgo como evento futuro, incierto y dañoso por la reducción o eliminación total de la capacidad de trabajo del sujeto con los efectos negativos que ello supone para las rentas de trabajo, que se ven mermadas o extinguidas», GARCÍA NINET, «La invalidez anterior a la afiliación y/o alta: efectos», T.S. 10/1991, p. 32.

³⁷¹ Bien entendido que el aseguramiento tiene su origen en la ley, no en la voluntad de las partes, OJEDA AVILÉS, ob. cit., p. 32.

padecida o su agravamiento ha sobrevenido, o no, al inicio de la relación jurídica con la Seguridad Social.

Así, «la prestación de incapacidad permanente está prevista para aquellas contingencias que sobrevienen al trabajador, no para indemnizar disminuciones congénitas. Si el trabajador pudo prestar sus servicios durante la afiliación y el alta, no obstante padecer aquella secuela, también podrá hacerlo en la actualidad y, por tanto, tal defecto preexistente no puede determinar por sí solo la declaración de una incapacidad permanente»³⁷².

De este modo, «el sistema normativo de la Seguridad Social (contributiva) española trata de amparar o dar protección a las situaciones de necesidad que se produzcan después de constituida la relación jurídica de Seguridad Social, lo que conduce forzosamente a la exclusión de la protección de los supuestos en que existe el llamado riesgo preconstituido. De tal manera que aquellas lesiones o enfermedades que se padecieran con anterioridad al alta en la Seguridad Social no han de tener incidencia en la valoración de una incapacidad permanente, pues en caso de que existan algunas invalidantes del trabajo, la misma Seguridad Social tiene sistemas de protección o prestaciones para subvenir a estas situaciones o contingencias, tales son las atenciones a los minusválidos»³⁷³.

6.2.2. El agravamiento de las deficiencias originarias

Sin embargo, y aun cuando se coincide con el alcance de la primera parte de dicha afirmación, no puede aceptarse plenamente la última, en la que se asevera que las alteraciones de la salud padecidas con anterioridad al inicio de la relación no se tienen en cuenta para evaluar la incapacidad permanente correspondiente. Bien es cierto que por sí mismas no serán objeto de consideración. Ahora bien: existen elementos suficientes que hacen pensar que su presencia puede llegar a incidir en dicho proceso. En primer lugar, la posibilidad de su agravamiento. En segundo lugar, porque no es posible separar unas deficiencias de otras al evaluar médicamente a una misma persona: consideración conjunta de las lesiones. Lo importante será que su situación haya variado tras su inclusión en el campo de aplicación del sistema. Ello significa que la aparición de

³⁷² Así reproduce la extensa STSJ La Rioja de 29 de enero de 1996 (Ar. 793), en línea con diversos fallos del TCT y del TS.

³⁷³ STSJ País Vasco de 9 de enero de 1996 (Ar. 884).

nuevas dolencias no significa que deban ignorarse las anteriores, sino que ambas se vinculan para valorar el estado de la persona. Por último, porque aun cuando el origen de una incapacidad sea previo, sus manifestaciones pueden ser posteriores, lo que debe también ser tenido en cuenta.

Por tanto, la exclusión de las deficiencias originarias no significa negar definitivamente la posibilidad de que puedan ser incluidas entre las contingencias protegidas por la Seguridad Social. La circunstancia que pone aquí la diferencia es el agravamiento, cuando las secuelas originarias permiten el trabajo, pero es precisamente la evolución agravada de las mismas la que provoca la situación invalidante³⁷⁴. Esta es, precisamente, la situación protegida, al situar a la persona en situación laboral distinta, impidiendo total o parcialmente el trabajo³⁷⁵, y creando una situación de necesidad que no existía con anterioridad³⁷⁶. Aparece, de este modo, el elemento cronológico básico de la incapacidad permanente, el carácter sobrevenido del efecto invalidante³⁷⁷, sin el cual no es posible (como arriba se pudo observar) que las deficiencias padecidas con anterioridad al inicio del vínculo jurídico con la Seguridad Social puedan servir para determinar por sí sola una declaración de incapacidad permanente.

6.2.3. Los efectos sobrevenidos de las lesiones congénitas

Estas previsiones tienen cabida en otro supuesto sensiblemente similar. Consiste en que determinadas deficiencias preexistentes presenten su sintomatología de manera sobrevenida. No parece posible impedir que la manifestación sobrevenida de los efectos de la lesión, aun cuando esta fuera originaria, no pueda servir para declarar una incapacidad permanente. La razón no es otra que su (parece) «intangible» vinculación con la capacidad de trabajo. En la medida en que los efectos clínicos sean posteriores, y estos provo-

³⁷⁴ Entre otras, SS del TS de 27 de julio de 1992 (Ar. 5664) y del TSJ Cantabria de 24 de diciembre de 1992 (R.L. I/1993, p. 813).

³⁷⁵ Sobre la compatibilidad de ciertas dolencias con el trabajo y su posterior empeoramiento puede verse a GARCÍA NINET, ob. cit. (1991-2), p. 33.

³⁷⁶ OJEDA AVILÉS, ob. cit., p. 33, puso de manifiesto las dudas del extinto TCT sobre el tema.

³⁷⁷ ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1982), pp. 197-198, recoge pronunciamientos judiciales que analizan dicho agravamiento, y que, al objetivar la esencia de la protección, parecen concluir que el elemento determinante es la protección de la disminución de la capacidad de ganancia producida por aquel acontecimiento.

quen limitaciones productivas, deberá procederse a su calificación, por cuanto que precisamente dicha disminución laboral —y sus consecuencias en la capacidad de ganancia— otorga identidad a la situación de necesidad que aquella contingencia protege³⁷⁸.

6.2.4. La consideración conjunta de las deficiencias

Otra cosa será que se manifieste una nueva incapacidad laboral, derivada de dolencias diferentes a las que se padecían con anterioridad a dicha relación jurídica. Lógicamente, su carácter sobrevenido hace que sirvan de valoración para proceder a calificar la incapacidad permanente que corresponda. Sin embargo, dicha circunstancia no empece que las padecidas previamente no deban tenerse en cuenta. En efecto, con independencia del momento de su aparición y del riesgo causante, todas ellas conforman una nueva situación que ha de ser evaluada en su conjunto³⁷⁹, con la finalidad de obtener el estado residual del trabajador³⁸⁰, sobre la base citada de su consideración conjunta.

El problema se plantea en los términos siguientes: conocer si dicha valoración (inicial o en fase revisoria) exige, como requisito inexcusable, que las nuevas dolencias o secuelas determinantes de la agravación tengan origen en una misma clase de riesgo que aquellas otras iniciales que causaron el grado de invalidez antes reconocido; o si, por el contrario, no es preciso que concorra esa coincidencia de causas generadoras de los padecimientos del interesado, bastando que éstos existan y agraven la situación anterior. Tesis ésta última aceptada unánimemente como válida³⁸¹.

³⁷⁸ Recientemente, alguna previsión legal (22 LPRL) extiende la obligación empresarial de vigilar el estado de salud de sus trabajadores incluso tras la conclusión de la relación laboral entre ambos. Seguramente, la previsión se realiza sobre la base de que existen enfermedades de larga incubación, o de lenta progresión, lo que requiere extender obligaciones contractuales más allá del vínculo jurídico entre ambos, con el objeto de poder definir presuntas responsabilidades sin que ello provoque desprotección en el trabajador.

³⁷⁹ Se impone la valoración conjunta de todas las dolencias, ya sean provocadas por lesiones sobrevenidas, originarias, congénitas o no, (ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, ob. cit., pp. 206 y 101).

³⁸⁰ ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1982), p. 195. «Las reducciones preexistentes se tienen en cuenta para evaluar el grado de invalidez sufrido por un evento posterior», OJEDA AVILÉS, ob. cit., p.31.

³⁸¹ Así lo reconoce la jurisprudencia, en unificación de doctrina, de la que puede citarse la SSTS de 27 de julio de 1996 (Ar. 6426) y 2 de octubre de 1997 (Ar. 7186),

No obstante, debe tenerse en cuenta que el acontecimiento productor de la última patología sí tiene importancia en orden a las prestaciones. Concretamente, serán las sufridas en último término las determinantes de la contingencia incapacitante, lo que es fundamental tanto en orden a las prestaciones económicas a las que pueda optarse como, primariamente, para decidir si se cuenta con los períodos de carencia necesarios para acceder a ellas³⁸².

Las previsiones descritas (tanto la consideración conjunta de las contingencias, como la necesidad de concretar el riesgo causante de las nuevas secuelas que concretan la calificación de la incapacidad permanente o la necesidad de su revisión) son aplicables a los supuestos en los que entran en la valoración lesiones diferentes, pero con el elemento común de ser todas ellas sobrevenidas³⁸³. Lo lógico, tras lo afirmado, es que no quepa el reconocimiento de dos o más incapacidades permanentes independientemente pensionadas³⁸⁴, sino que todas ellas se adicione para calcular la intensidad de su repercusión, ya sea en un primer momento, ya en momentos pos-

con amplia cita de sentencias anteriores. Sobre las consecuencias del particular como origen de la revisión del grado invalidante, *vid.* GORELLI HERNÁNDEZ, «Principales problemas interpretativos en torno a la revisión, por agravación o mejoría, de la invalidez permanente», *A.L.* 42/1995, pp. 733-734. Y estas son claramente las previsiones de la futura norma reglamentaria.

³⁸² De ello puede variar qué entidad asume el pago de la prestación, los requisitos precisos para la obtención de ésta y el montante de la base reguladora de tal prestación, STS u.d. de 27 de julio de 1996 (Ar. 6426).

³⁸³ STS u.d. de 27 de julio de 1996 (Ar. 6426).

³⁸⁴ ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, *ob. cit.*, p. 102. STS, u.d., de 27 de julio de 1996 (Ar. 6426), que reconoce la apreciación conjunta de todas las dolencias y secuelas, aunque tengan diferentes fuentes generadoras. No obstante, se encuentran a veces pronunciamientos que se alejan de dichas previsiones, como el que reside en la STSJ Galicia de 1 de junio de 1995 (*A.L.* 36/1995, pp. 2857 ss.), donde declarada una incapacidad previa las nuevas lesiones sólo pueden ser tenidas en cuenta para proceder a calificar una incapacidad diferente, lo que en este caso se niega por falta de carencia.

La afirmación del texto no inhabilita la posibilidad de que una persona pueda encontrarse en la situación de incapacidad permanente y, al mismo tiempo, en situación de incapacidad temporal. En efecto, la posibilidad de encontrarse en un grado de invalidez que no impida el ejercicio de una actividad profesional distinta permite dicho juego. Así, puede encontrarse un trabajador calificado como inválido permanente total, y reconocérsele una invalidez provisional —en la regulación anterior— tal y como admite, entre otras, la STS, u.d., de 29 de septiembre de 1995 (*A.L.* 6/1996, pp. 472 ss.), o la STSJ Cataluña de 7 de septiembre de 1995 (Ar. 3522). Lógicamente, esta posibilidad tendría la continuidad que en el texto se relata, si prolongándose más allá de los plazos previstos, su mejoría se presume irreversible.

teriores a raíz de la necesidad de revisión y nueva calificación de la incapacidad permanente anterior.

7. La intensidad de la discapacidad sobre el entorno: aspectos cualitativos y cuantitativos

Como se ha expuesto, la determinación del estado objetivo de la alteración de la salud debe ser puesto en relación con las particulares circunstancias personales y/o profesionales que rodean a la persona. Se está ya ante la segunda fase de la calificación: aquella que responde al objeto de concretar su repercusión negativa en el entorno de la persona. Es, en definitiva, donde se muestra el grado total de disminución padecida, delimitando las dificultades con las que se enfrenta en la sociedad. La combinación de estos elementos, el psicofísico que refleja el estado sanitario y el social que muestra su repercusión en sociedad, dará como resultado la definitiva definición de la discapacidad jurídica resultante³⁸⁵, constatada a través de la correspondiente resolución administrativa o judicial.

Ahora bien: de nuevo, los parámetros de delimitación entre la minusvalía y la incapacidad permanente siguen en este punto derroteros diferentes. La alteración de la salud, idéntica en ambos casos, no repercute de igual modo en una u otra situación. Ya se observó cómo, en virtud del procedimiento declarativo en curso, la patología padecida era analizada sobre bases distintas. Lo mismo acontece cuando se identifican los factores que ponen en relación la discapacidad con el entorno del sujeto. En este sentido, son sus propios elementos conceptuales los que domeñan la elección de los factores a utilizar en la calificación de cada situación. De esta manera, adquiere gran relevancia el objeto de protección sobre el que gravitan las repercusiones sociales del estado de la persona, ya tengan su sede en aspectos puramente profesionales, ya en las consecuencias de la limitación en su capacidad de ganancia (7.1).

La importancia de uno u otro definirá los factores sobre los que se cimenta la calificación de ambas contingencias. O lo que es lo

³⁸⁵ Estos tramos han sido considerados por ALONSO OLEA, «Hecho y derecho en la calificación de incapacidades», *R.T.* 3/1960, pp. 30 ss., como las cuestiones de hecho (la constatación de la situación del individuo desde el punto de vista médico y el análisis de las circunstancias sociales concurrentes), y de derecho (adjudicar a la puesta en relación de ambos elementos la discapacidad que corresponda) de la invalidez.

mismo, los elementos que entran en concurso para graduar la intensidad de la discapacidad jurídica padecida. De cómo juega cada uno de ellos, de sus reglas, y de sus resultados, se obtiene el valor cuantitativo de cada una de las situaciones protegidas, es decir, su graduación (7.2). En este sentido, debe advertirse que la incapacidad permanente será objeto de una especial atención. Esto se debe a las sustanciales diferencias que en la repercusión sobre el contrato de trabajo tiene cada uno de los posibles grados de incapacidad, lo que requiere describir sucintamente cada uno de ellos, con el objeto de concretar el alcance subjetivo al que las normas laborales van dirigidas.

7.1. *Los criterios cualitativos de selección de los factores complementarios*

Así como puede predicarse que la medición del estado de salud (ya tenga por objeto concretar necesidades puramente sanitarias, ya sea para calificar una minusvalía o una incapacidad permanente) tiene su base en criterios exclusivamente anatómicos y funcionales, no existe un único criterio sobre el que resida la elección de los factores que evalúan los reflejos sociales de la discapacidad.

Los elementos de medición, de este modo, son variables. Unos inciden sobre aspectos clásicamente productivos, derivados del criterio profesional que preside la calificación de la incapacidad en el trabajo³⁶⁶. Otros, en una pluralidad de agentes socioeconómicos, cuyo objeto principal consiste en determinar las limitaciones genéricas de la integración social de la persona y, en consecuencia, su capacidad de ganancia³⁶⁷, y que suponen la base para la calificación de la minusvalía³⁶⁸. No obstante, ambos criterios están presentes en

³⁶⁶ Que responde a una valoración más objetiva, entendida como el «complejo de medios intelectuales, volitivos y físicos, que permiten utilizar provechosamente la propia eficacia física en el desarrollo de una actividad laboral», ALMANSA PASTOR, ob. cit., p. 402.

³⁶⁷ Que relaciona factores subjetivos (edad y aptitudes profesionales) y ambientales (posibilidades de que la persona afectada pueda aprovechar su energía residual de trabajo en el mercado laboral), DE LA VILLA GIL/DESIDENTADO BONETE, ob. cit., pp. 504-505.

³⁶⁸ El Título IV de la LISMI configura un modelo de diagnóstico de las minusvalías, caracterizado por ser personalizado (proceso individualizado que en base a las características personales, experiencia y deseos del sujeto concluye en un programa individual de orientación), global (proceso de identificación y valoración personales y de su entorno sociofamiliar, y no sólo de sus déficits y desventajas), flexible (pro-

la evaluación de una u otra situación aunque, como puede presumirse, con distinta intensidad. Junto a ellos, no debe descartarse también el criterio funcional, que con importancia diversa adquiere también relevancia en uno y otro supuesto.

Los criterios citados tienen un doble significado. De un lado, se constituyen en elementos de medición de las diferentes discapacidades jurídicas, y de ahí su carácter mediático. De otro, determinan el objetivo de los sistemas de protección, sirviendo para calcular las diferentes prestaciones que se ocupan de los estados de necesidad creados por la discapacidad. Se advierte aquí su vocación finalista.

7.1.1. La utilización mediático-finalista de los criterios cualitativos

Las referencias doctrinales al criterio profesional y de capacidad de ganancia son bien diversas.

a) La diferente magnitud de los conceptos

Una primera referencia a sus contenidos muestra que el concepto de capacidad de ganancia tiene una amplitud mayor que el criterio profesional³⁸⁹. En efecto, tal y como se adelantó, mientras en este último adquieren relevancia elementos exclusivamente laborales, en el primero entran en valoración, además de dichos elementos, otros que dan una visión más genérica del estado real de la persona, como su edad, educación y condiciones del mercado de trabajo, entre otros.

Esta visión superficial va adquiriendo sentido a medida que se relaciona con la calificación de la incapacidad permanente y de la minusvalía. De este modo, tienen una utilización inicial, a partir de la cual unos y otros son empleados con distinta intensidad para calcular la repercusión profesional, en el primer caso, o genérica/social, en el segundo, de la disminución o menoscabo que provoca la alteración de la salud. Se convierten así en los instrumentos de cálculo que otorgan el resultado final, aquel que determinará la existencia, o no, de la discapacidad jurídica que esté calculándose.

caso sistemático y abierto, susceptible de revisión hasta tanto no se haya concluido el proceso de rehabilitación) y multidisciplinar, GARCÍA MARTÍN, ob. cit. (1993), pp. 139 y ss.

³⁸⁹ ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1982), p. 216.

b) Los aspectos a valorar

De este modo, la incapacidad permanente nace de la puesta en relación de factores estrictamente profesionales con la patología sufrida. Su objeto consiste en valorar cuál es la disminución de la capacidad laboral, eje en torno al cual gira aquella calificación³⁹⁰. Ello no impide que elementos sociales puedan tenerse en cuenta para evaluar la intensidad de la repercusión. Pero su importancia es relativa. En efecto, como podrá observarse (7.2), sólo se utilizan cuando previamente ha sido constatada una disminución de la capacidad de trabajo que se encuentra por encima del umbral de protección. Y, además, sus efectos se proyectarán sobre las prestaciones económicas, pero su incidencia es inocua para determinar inicialmente la existencia misma de un grado de incapacidad permanente.

El cálculo de la minusvalía reside en elementos más plurales, de etiología o naturaleza diversa. Si los porcentajes atribuidos a la discapacidad superan el umbral protegido, pueden por sí mismos dar lugar a la calificación de la minusvalía: los factores individuales ocupan un lugar central, pasando a tener los sociales un declarado carácter complementario³⁹¹. Este carácter complementario no significa que su valoración pueda ausentarse de este proceso, porque su valoración es imprescindible para calcular la intensidad de la disminución de las aptitudes normales de participación en sociedad. De su constatación, además, deriva el acceso o no a las prestaciones necesarias para reponer el equilibrio roto por los efectos de la discapacidad.

¿Qué es, en definitiva, lo que se calcula en uno y otro supuesto? En la incapacidad permanente parece claro que la disminución de la capacidad laboral o, en otras palabras, las dificultades surgidas en su vida laboral. En la minusvalía, la dificultad de desenvolverse normalmente, las limitaciones de integrarse normalmente en sociedad. Dicho de otro modo, las dificultades de ganarse la vida de manera independiente en condiciones de igualdad al resto de las personas. Y aquí es donde se encuentran una y otra. Parece claro que la disminución de la capacidad de trabajo tiene, normalmente, repercusiones en la capacidad de ganancia de la persona³⁹². Y, del mismo

³⁹⁰ ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1982), p. 215.

³⁹¹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Una norma de envergadura: la Ley de Prestaciones no Contributivas de la Seguridad Social, R.L. 4/1991, p. 931.

³⁹² «La capacidad de ganancia o renta es la que permite a un individuo obtener ésta mediante algún tipo de trabajo, por cuenta propia o ajena, de modo reglado o

modo, será normal pensar que la limitación en la capacidad de ganancia se debe, en una sociedad como la actual, a las dificultades de insertarse con normalidad en el mercado de trabajo. Podría decirse que en la incapacidad permanente lo que se evalúa originalmente es la causa de la disminución de ingresos, es decir, la incapacidad para el trabajo³⁹³. En la minusvalía, por contra, lo que se evalúa inicialmente es la consecuencia, la constatación efectiva no de la disminución, sino de la dificultad o defectos para obtener rentas, como consecuencia de la imposibilidad de integrarse en un puesto de trabajo³⁹⁴.

La merma de la capacidad de trabajo, de este modo, parece situarse en el epicentro de ambas situaciones. El cálculo de la disminución sirve para valorar la reducción o falta de la capacidad de ganancia, activando los beneficios económicos que cada situación lleve aparejados. Sin embargo, y aquí es donde se encuentra la cuestión, lo importante no reside en calcular la disminución, sino el resto de capacidades resultantes o, lo que es lo mismo, la capacidad residual de trabajo³⁹⁵. Sobre ella se sitúan las prestaciones recupe-

no. La incapacidad de ganancia se produce cuando al sujeto le falta la capacidad anterior, y no debe ser entendida siempre como total, sino que puede estar disminuida en mayor o menor grado limitando de este modo la renta», PÉREZ PINEDA/GARCÍA BLÁZQUEZ, *ob. cit.*, pp. 62-63.

³⁹³ Idea ya tradicional, como puede verse en BORRAJO DACRUZ, «Derecho al empleo y Seguridad Social del trabajador incapacitado por accidente de trabajo», *R.I.S.S.* 1/1956, p. 70 y «La integración de las situaciones de invalidez en la Ley de Bases de la Seguridad Social y su aplicación en el Derecho comparado», *R.P.S.* enero-marzo/1964, pp. 163 y ss. Se afirma —si bien con respecto a las incapacidades laborales de carácter temporal, aunque puede sin duda ser extrapolado a las permanentes— que el objeto de protección es el de cubrir el vacío económico (*lucrum cesans*), total o parcial, producido al dejarse de remunerar al trabajador a causa de haber dejado (temporalmente) de prestar su trabajo, GARCÍA NINET, *ob. cit.* (1996-1), p. 19.

³⁹⁴ RIANO, «Primera Conferencia Nacional sobre Integración Social del minusválido. Aspectos jurídicos», *R.I.S.S.* 1/1975, p. 56. De hecho, la situación de necesidad que se protege suele tener su origen en la incapacidad de trabajo, GONZÁLEZ ORTEGA, *ob. cit.* (1986), p. 205.

³⁹⁵ Las aptitudes residuales son, precisamente, aquellas que permiten recuperar a las personas inválidas, ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, *ob. cit.*, p. 261. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *ob. cit.* (1982), p. 219, afirma que es «la capacidad de trabajo residual la que se contempla al graduar las manifestaciones de invalidez, ya que no hay una línea de separación entre capacidad e incapacidad para realizar trabajos con utilidad económica, sino un espectro de posibilidades que la ley contempla y ciñe». El problema se encuentra a la hora de delimitar la capacidad residual de trabajo. Realmente, «no parece posible delimitarla sólo sobre la base de criterios puramente técnicos (de orden físico o profesional), sino en atención al status profesional del sujeto protegido (degradación de la fuerza de trabajo) y a la situación del mercado de trabajo (capa-

radoras que, en un sistema moderno de integración, deben ser las auténticas protagonistas.

c) El medio utilizado y su finalidad

No obstante, y a pesar de las semejanzas encontradas en la delimitación de los estados de necesidad, los valores calculados difieren, como siempre, en las diferentes fórmulas de protección establecidas en el Derecho español. El medio, en este sentido, está claramente condicionado por el fin.

El cálculo de la incapacidad laboral y de sus efectos responde, de un lado, al régimen jurídico derivado de su protección por el nivel contributivo de la Seguridad Social, lo que no puede desconectarse de las reminiscencias asegurativas que tiene el sistema. De otro lado, no puede obviarse que sus repercusiones se proyectan, también, sobre sujetos muy específicos, los empresarios, y a la relación contractual que les une, que lógicamente se verá afectada por la situación padecida por el trabajador.

La minusvalía, sin embargo, responde a una atención genérica, que afecta a todas las personas, con independencia de su vínculo o no con el nivel contributivo de la Seguridad Social. Una persona, de este modo, puede obtener su declaración de minusvalía con independencia de que haya sido, o no, declarada en situación de incapacidad permanente. La protección se encuentra justificada por la necesidad de situarlas en condiciones de igualdad con el resto de las personas, y sus medidas son de mayor amplitud que la contemplada en el nivel contributivo de la Seguridad Social.

7.1.2. Algunas críticas a los resultados protectores de la medición

En cualquier caso, ya se advirtió que la progresiva universalización de la Seguridad Social ha ido homologando prácticamente todos sus beneficios, situándose el desencuentro en las prestaciones económicas. Cabe retomar aquí el análisis finalista de los criterios

idad del mismo para absorber la fuerza de trabajo residual), DE LA VILLA GIL/DESIDENTADO BONETE, ob. cit., p. 504. De este modo, la configuración de la capacidad residual se convierte en una difícil misión desde parámetros puramente profesionales, debiendo valorarse tanto las situaciones de incapacidad que se encuentran en el propio sujeto, como aquellas otras para cuya calificación es imprescindible tener en cuenta el entorno, GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-2), pp. 590-592.

profesional y socioeconómico, y sus repercusiones sobre los sistemas de protección.

Se ha reflejado que la disminución de la capacidad laboral sirve para calcular los defectos de ingresos, y que ello activa los mecanismos de amparo económico. De igual modo, sirve también para calcular las capacidades residuales de trabajo, sobre las que intervienen los mecanismos recuperadores. De ahí que pueda afirmarse que, en la medida en que la recuperación de la capacidad de trabajo se convierte en el instrumento «genuino»³⁹⁶ para recuperar la capacidad de ganancia, debería entenderse que ésta tiene un carácter subsidiario de aquél³⁹⁷. Y esto no es exactamente lo que ocurre en el ordenamiento jurídico español.

a) El estado actual de las cosas

En primer lugar, porque las prestaciones económicas, de cuya necesidad no se plantean dudas, tienen un objeto diferente según respondan a la protección contributiva o no contributiva. Sin ánimo de entrar en el eterno debate sobre la universalidad o no de las prestaciones, menos aún en estos tiempos de permanente incertidumbre sobre el futuro de la Seguridad Social, cabe hacer una mínima referencia a su finalidad.

Al respecto del nivel contributivo, su finalidad reside en compensar la reducción de la capacidad de ganancia motivada por la disminución de la capacidad de trabajo, siempre y cuando se reúnan los períodos de carencia suficientes³⁹⁸. Lo cierto es que no puede

³⁹⁶ Según DE LA VILLA GIL, «Las prestaciones rehabilitadoras en la Ley de Bases de la Seguridad Social. Régimen jurídico», *R.P.S.* 61/1984, p. 201. En este sentido, se ha afirmado que la recuperación fisiológica o física del inválido, cuando esta es posible, o en otro caso, su readaptación y reentrenamiento para una nueva profesión son objetivos a cumplir, tanto desde el punto de vista estrictamente humano e individual, devolviendo al inválido la conciencia de su dignidad personal y de su utilidad social, cuanto desde el punto de vista estrictamente económico, al hacer posible su reincorporación al proceso productivo, PESO Y CALVO, «Acción protectora del nuevo régimen de Seguridad Social», *R.I.S.S.* 2/1964, p. 224.

³⁹⁷ Visión nada alejada de la interpretación que al respecto confirma la Ley 24/1997 en cuya Exposición de Motivos reconoce expresamente que los efectos de la enfermedad son, en primer término, la reducción de la capacidad de trabajo y, correlativamente, la presumible pérdida de la capacidad de ganancia.

³⁹⁸ El carácter sustitutivo del sistema de Seguridad Social contributivo, cuya función consiste en otorgar rentas que sustituyen a los ingresos profesionales en supuestos tipificados de pérdida de estos, a través de una conexión funcional entre salarios,

olvidarse que el sistema mixto de Seguridad Social español responde tanto a criterios asegurativos como a criterios solidarios, a mitad de camino entre el binomio sinalagma/capitalización y el de universalidad/reparto³⁹⁹. Sin embargo, dejando al margen esta segunda faceta, que entraría de lleno en el alcance y cálculo de la prestación, debe centrarse este análisis en la primera de ellas. En efecto, la existencia de las prestaciones económicas contributivas se configuran desde la tradicional etiología de los sistemas de seguro, en los que el objetivo es compensar una pérdida, trabajo, que se calcula en términos económicos, ganancia⁴⁰⁰. Y es por ello que las prestaciones contributivas se otorgan con independencia de que la persona se encuentre realmente en situación de necesidad económica⁴⁰¹. Bien es cierto que esto tiene una doble lectura. La persona que haya contribuido «suficiente» percibirá su prestación con independencia del resto de los recursos de que disponga o pueda generar. Pero, de igual modo, aquella que no reúna los períodos de carencia necesarios para acceder a las prestaciones quedará fuera de su cobertura, con independencia de que su capacidad de ganancia pueda verse afectada, y de que se encuentre imposibilitada para generar recursos diferentes⁴⁰².

Las prestaciones económicas no contributivas o asistenciales se configuran de modo distinto. No se compensa aquí una disminución de los ingresos, sino que se facilitan medios ante la imposibilidad de obtenerlos por otra vía. Esto hace que no pueda accederse a dichos

cotizaciones y prestaciones, fue puesto de manifiesto por DESDENTADO BONETE, «La reforma del régimen de pensiones y su conexión con los niveles no contributivos de protección. Algunas reflexiones sobre el proyecto de Ley de Medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social», R.S.S. 25/1985, p. 79. De igual modo, GONZÁLEZ ORTEGA, «Prestaciones no contributivas de la Seguridad Social», en *X Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del trabajo*, Trotta, 1992, p. 203.

³⁹⁹ BLASCO LAHOZ/LÓPEZ GANDÍA/MOMPARLER CARRASCO, *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, pp. 154 y ss.

⁴⁰⁰ El nivel contributivo no proporciona protección frente a la pobreza, sino compensación frente a un daño (STC 103/1983, de 22 de noviembre, f.j. 4º), lo que realiza proporcionalmente a lo cotizado por el sujeto protegido, fórmula que ha sido denominada lógica de cotización (STC 189/1987, de 24 de noviembre, f.j. 8º).

⁴⁰¹ GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1992), p. 203.

⁴⁰² Al margen de que la lógica de la cotización contributiva lleva aparejada que lo que tiene derecho a percibirse se resuelva partiendo de lo aportado, lo que implica que las prestaciones pueden agotarse pese a la subsistencia de la situación de necesidad o, manteniéndose en el tiempo, (como es el caso de la pensión de invalidez permanente) ser insuficientes para la satisfacción de tales necesidades, GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1986), p. 59.

beneficios cuando la persona tiene una situación económica que supera los umbrales normativamente establecidos.

El objetivo de unas y otras, y los requisitos para su acceso no son, con todo, lo relevante a estos efectos. De lo descrito se extrae otra consecuencia, si acaso, más importante. Consiste en el ya referido carácter subsidiario o no de las prestaciones económicas con respecto a la recuperación de la capacidad laboral. Y, en mayor medida, con la elaboración de instrumentos normativos eficaces que incidan en el resultado, es decir, que posibiliten realmente el acceso al empleo. Sobre la recuperación, la existencia de prestaciones recuperadoras sientan las bases, tanto en el ámbito anatómico y funcional, como profesional, para la readaptación laboral de las personas con discapacidad. Sin embargo, y aquí se encuentra el dato que interesa destacar, la subsidiariedad adquiere relevancia en su convivencia con las medidas de fomento y recolocación profesionales presentes, y ausentes, en el ordenamiento jurídico-laboral español.

En efecto, las prestaciones no contributivas aseguran ciertos niveles de subsistencia, siendo su existencia incompatible con la de ingresos alternativos que supongan una mínima suficiencia de rentas⁴⁰³ (145 LGSS). Al acceder a un empleo, su consecuencia no es otra que la pérdida del derecho a su percepción, o su disminución proporcional, según los casos⁴⁰⁴. El estado de necesidad desaparece y, en consecuencia, desaparece el beneficio compensatorio.

No ocurre lo mismo en el supuesto de las prestaciones económicas contributivas. La persona en situación de incapacidad permanente, salvo incompatibilidades derivadas de su estado, podrá continuar en situación laboralmente activa sin que se inmute su derecho a obtener dichos rendimientos. Quiebra en este caso la idea de subsidiariedad. Recuperada la capacidad laboral (que no debería ser entendida en términos absolutos: mismo trabajo, misma profesión⁴⁰⁵), sigue compensándose la antigua disminución de renta,

⁴⁰³ ESCUDERO RODRÍGUEZ, ob. cit. (1991-1), p. 918.

⁴⁰⁴ El artículo 147 de la LGSS permite su compatibilidad si ello no supone un cambio en la capacidad de trabajo de la persona con minusvalía. El problema surge por la imposibilidad de percibir la prestación si se supera el límite de ingresos que establecido como requisito para acceder a las prestaciones, tal y como determinan los artículos 144 de la LGSS y 11 del RD 357/1991, de 15 de marzo.

⁴⁰⁵ Para ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, ob. cit., p. 261, la recuperación basada en las aptitudes residuales de la persona no tiene por qué producirse en el trabajo previo, aunque de aquí puedan manifestarse los problemas derivados de los defectos intrínsecos de la concepción profesional de la invalidez, si referida a la profesión u oficio *ex ante*.

mostrando su auténtico carácter indemnizatorio, sin que el sistema de protección de la incapacidad permanente se acomode a las reales necesidades que deba proteger⁴⁰⁶. De este modo, perseguir una protección en base únicamente a un sustento económico, e independientemente de las posibilidades de cada individuo, no serviría más que para estimular la dependencia social que en definitiva no es más que otra forma de reproducir la marginación⁴⁰⁷.

Es evidente que una fórmula «integradora» con esas características no puede compartirse. En primer lugar porque, tal y como se deriva de las necesidades del sistema de protección social, es necesario racionalizar los recursos existentes, no manteniendo innecesariamente como pasivos a aquellos que pueden contribuir activamente. En segundo lugar, porque ello se realiza sin que exista ningún elemento de ajuste, que mantenga la prestación, llegado el caso, hasta la capacidad de ganancia ostentada antes de la situación invalidante. Por último, porque se pierde el sentido social de la protección de un estado de necesidad, consolidando el criterio indemnizatorio clásico heredado de los sistemas de seguros sociales previos a la Seguridad Social⁴⁰⁸, en perjuicio de una legislación más dinámica que parte del principio de priorizar la rehabilitación sobre las pensiones⁴⁰⁹.

Podría alegarse el derecho a percibir el fruto de las contribuciones realizadas. Y así es en una Seguridad Social típicamente contributiva. Pero en el sistema mixto español este derecho no es absoluto, sino que está condicionado por la configuración normativa de

⁴⁰⁶ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-2), p. 592, viene a plantear algo similar en un contexto más reducido: la configuración actual de la incapacidad permanente total cualificada.

El régimen jurídico de la compatibilidad de las pensiones de invalidez con el trabajo —artículo 141 LGSS— contribuye a ello. Y no sólo con el trabajo, sino también de las presuntas rentas pasivas que el mismo pueda generar, como es el caso de las jubilaciones anticipadas, admitidas con la pensión de incapacidad permanente total que venía disfrutándose al tiempo de trabajar, STSJ Asturias de 8 de octubre de 1992 (Ar. 4964).

Sobre compatibilidad de pensiones de invalidez con el trabajo puede verse, por ejemplo, a LÓPEZ TARRUELLA/VIQUEIRA PÉREZ, *El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*. Civitas, 1991; o, con un carácter menos extenso, LEONÉS SALIDO, «Es compatible el cobro de la pensión de invalidez permanente con la realización de un trabajo?», *R.L.* 1/1993.

⁴⁰⁷ *Informe sobre la problemática de los minusválidos*, elaborado por la Comisión de política Social y de Empleo del Congreso de los Diputados, B.O.C.G. —Congreso de los Diputados— de 16 de diciembre de 1992, Serie E, n.º 237, p. 8.

⁴⁰⁸ Criterios recogidos por DE LA VILLA GIL/DESDENTADO BONETE, ob. cit., p. 503.

⁴⁰⁹ AZNAR LÓPEZ/AZÚA BERRA/NIÑOS SÁEZ, ob. cit., p. 60.

la protección de los diferentes estados de necesidad, en atención a criterios de oportunidad política y económica de cada momento. De ello ha dado buena cuenta el Tribunal Constitucional⁴¹⁰. Y de ello existen ejemplos en los sistemas de protección, de los que la prestación por desempleo es buena y rigurosa muestra.

Lo que se plantea es una adecuada redistribución de los recursos disponibles, su optimización. Ciertamente, extinguido el estado de necesidad, dichos recursos podrían utilizarse para asegurar la permanencia de esa u otras personas con discapacidad en el empleo⁴¹¹. Más aún, cabría plantear si no sería posible utilizar esos recursos para generar empleo, sobre la base de que éste es el valor esencial de la integración, y que a través del mismo debe generarse la capacidad de ganancia de cada individuo⁴¹². Debe traerse a colación la idea ya expresada —CI— de que la tutela se establece sobre la base de igualar condiciones y resultados. Y quizás sea útil aprovechar dichos recursos para apoyar la contratación, ya sea a través de medidas voluntarias o coactivas.

Ahora bien: estas afirmaciones deben tenerse en cuenta sin olvidar la otra cara de la moneda. Es manifiesto que la eficacia de estas medidas no es, hoy día, la solución a un problema evidente:

⁴¹⁰ Apuntando sólo un pronunciamiento temporalmente cercano, que recoge el criterio de otras muchas, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 38/1995, de 13 de febrero, deja claro que «el artículo 41 CE convierte a la Seguridad Social en un sistema público en el que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el Legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento».

Este argumento sirve en ocasiones para justificar el cambio de régimen jurídico de los derechos derivados en orden a las prestaciones, por ejemplo, por la única razón del momento en que se manifiesta el hecho causante, o de la actividad económica desarrollada. De este modo, no parece posible negarle virtualidad para justificar de qué modo deben cubrirse las situaciones de necesidad derivadas del argumento relatado en el texto, que también deberán evaluarse en función de las circunstancias sociales contemporáneas.

⁴¹¹ Instrumentos conocidos del Derecho español, al estilo de las previsiones del artículo 15 del Decreto 2531/1970.

⁴¹² ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1982), p. 219, «entiende que el objetivo de cobertura perseguido es el de garantizar la capacidad de ganancia que puede obtener un individuo desarrollando sus actividades laborales». En sentido similar, GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1992), p. 205.

una vez ha sido desplazada una persona del mercado de trabajo por una incapacidad permanente, su retorno al mismo es realmente difícil. El reverso es, por tanto, elocuente: la infraprotección. En verdad, no puede predicarse que el porcentaje aplicable para calcular las prestaciones económicas de algunos grados de incapacidad permanente (55% en la total) sea suficiente; ni tampoco, alegremente al menos, que la media salarial sea siempre la adecuada como para garantizar unas cotizaciones que den lugar a bases reguladoras que permitan el acceso, en muchas ocasiones, a unas prestaciones dignas. En estos casos, a pesar de la total pérdida de los ingresos de activo derivada de la pérdida del puesto de trabajo y de la imposibilidad de encontrar uno nuevo, la renta garantizada por la Seguridad Social puede resultar claramente insuficiente⁴¹³. Quizás sea momento, también, de plantearse una revisión de las cuantías de las prestaciones económicas más bajas. Se trataría, en último extremo, de evitar el «asistencialismo perverso», pero teniendo mucho cuidado de distinguirlo de los legítimos derechos de los trabajadores en situaciones de necesidad⁴¹⁴.

b) Las proyecciones de futuro

Pues bien, si esta segunda solicitud no está siendo atendida normativamente, no parece ocurrir lo mismo con la primera. En efecto, si bien nada indica que las prestaciones económicas de la Seguridad Social vayan a incrementarse fuera del aumento del IPC, las reglas de compatibilidad/incompatibilidad de las prestaciones económicas de incapacidad permanente con el trabajo pueden sufrir algunas modificaciones. Así, siempre y cuando se consolide el desarrollo reglamentario proyectado, se anuncian nuevas reglas en esta medición. En este sentido, se mantiene (con algún ajuste) la necesaria compatibilidad entre la incapacidad padecida y el trabajo a desarrollar, por cuanto que de otro modo significaría una incongruencia lógica: o la incapacidad está mal calificada de origen, o simplemente la realización de la actividad conlleva un perjuicio para la salud del trabajador que el Ordenamiento no puede consentir —se volverá

⁴¹³ GOERLICH PESET, ob. cit. (1999), pp. 44-45, si bien con respecto a la incapacidad permanente total.

⁴¹⁴ LÓPEZ GANDÍA, «El régimen jurídico del empleo y los programas de fomento del empleo en España. (Introducción al estudio de las relaciones entre política laboral y política de empleo)», R.T. 59-60/1980, pp. 75, 78 y 79.

sobre el particular en este Capítulo, *infra* 7.2.2.2-. Pero se regula un sistema de topes en la compatibilidad entre la percepción salarial resultante del nuevo trabajo y la prestación económica que se disfruta.

Sobre este segundo aspecto, la regulación establece significativas diferencias en función del grado de incapacidad permanente padecido (total o absoluta), seguramente basadas en la diferencia del porcentaje aplicable a la base reguladora de su pensión (55% y 100%, respectivamente).

De este modo, en el supuesto de la incapacidad permanente total, se mantiene la posibilidad de disfrutar simultáneamente la prestación sustitutiva del salario de su empleo anterior y las rentas derivadas de su nueva ocupación subordinada o por cuenta propia⁴¹⁵. Pero ahora con un límite: el importe de la pensión que puede compatibilizarse con el salario de su nueva actividad será el que resulte de multiplicar por dos la cuantía, en cómputo anual, del salario mínimo interprofesional vigente. Lo que exceda de este tope en el monto de su pensión no se percibirá por el trabajador mientras dure su situación de activo. Se fija así un criterio que en cierto modo equilibra el espíritu asegurativo del nivel contributivo con ciertos parámetros de aplicación de la situación de necesidad medida en términos de la capacidad de ganancia de la persona; aunque de manera restringida porque, como se observa, no se incluye ningún control sobre el resto de rentas que por otros motivos pueda percibir el trabajador.

Ultimamente, ha vuelto a trascender una idea alternativa a la solución que acaba de exponerse⁴¹⁶. Consiste en modificar el régimen de prestaciones aplicable a la incapacidad permanente total, sustituyendo la actual prestación económica por el pase de estas personas a la situación de desempleo (modificando para ellos el régimen jurídico de esta prestación). Esta idea reside en la posibilidad de compatibilizar este grado con profesiones diferentes a la que dio lugar a la calificación. Se estima que el paso al desempleo haría que tuviesen el derecho —y la carga— de participar en las acciones de formación y reinserción profesional previstas en este supuesto, en vez de quedar en el del empleo selectivo, cuya operatividad es discutible.

En contra pueden alegarse dificultades prácticas (y, seguramente, políticas), siendo posible proponer (utilizando una expresión de

⁴¹⁵ GOERLICH PESET, ob. cit. (1999), p. 44.

⁴¹⁶ Sobre el particular, *vid.* GOERLICH PESET, ob. cit. (1999), pp. 72-73.

plena actualidad) una tercera vía, intermedia entre ambas. En efecto, dado que conceptualmente es válido compatibilizar la incapacidad padecida y el ejercicio de otras profesiones, su inscripción como desempleados es perfectamente posible, lo que de igual modo facilita que puedan beneficiarse de aquellas acciones. A esto, además, se sumarían las ventajas típicas reguladas en las medidas de empleo selectivo cuya pretensión es, precisamente, favorecer la integración laboral de este colectivo. Si lo que se pretende es forzar al incapaz permanente a buscar trabajo, quizás bastaría con exigirle su inscripción como demandante de empleo e impedirle que rechace las ofertas de empleo compatibles con su estado de salud.

Cuestión diferente es la regulación prevista para la compatibilidad entre la incapacidad permanente absoluta y el trabajo. La primera cuestión que el futurible reglamento se plantea es la de objetivar la fórmula abierta que utiliza el artículo 141.2 LGSS, para permitir a las personas en esta situación la realización de determinadas actividades productivas que, dicho sea de paso, provoca un número importante de litigios. La compatibilidad viene a consentirse, en las previsiones reglamentarias, tan sólo cuando la actividad que pretenda desarrollarse se encuentre entre las que denomina esporádicas o (con poca delicadeza terminológica) marginales, considerando como tales a aquellas que no superen las 12 horas a la semana o las 48 al mes.

Dejando ahora al margen la valoración de la fórmula de objetivación utilizada (*vid. infra* 7.2.2.2), la cuestión aquí consiste en valorar la rigurosísima limitación que establece entre las posibles rentas que la actividad productiva pueda generar y la prestación económica por incapacidad permanente absoluta. De esta forma, la pensión y el trabajo sólo serán compatibles si la retribución que se obtiene por éste no supera la cuantía de la pensión no contributiva del sistema de la Seguridad Social, imposibilitando la actividad productiva en caso contrario. Puede observarse, con claridad, la diferencia de tratamiento entre este grado incapacitante y el anterior. Al margen de la dinámica lógica que supone restringir una compatibilidad negada, originalmente, en el propio concepto de este grado incapacitante, se parte aquí de la creencia que el acceso a una pensión que resulta de aplicar el 100% a su base reguladora es suficiente para garantizar a la persona unos ingresos dignos. Ciertamente, una y otra premisa podrían hacer llegar a la conclusión de que la medida planteada no sólo es correcta, sino que además es razonable si se aplica el criterio de la capacidad de ganancia. El problema, sin embargo, es que la aplicación de ese porcentaje no

siempre garantiza una prestación económica suficiente. Ello hace que deba plantearse la necesidad de incorporar, a la regla de compatibilidad económica, otros elementos de ajuste, como el importe de la prestación que se disfruta e, incluso, si el sujeto dispone de rentas de naturaleza diferente. Lo opuesto, o lo que es lo mismo, prescindir de estos factores complementarios, podría mantener situaciones de infraprotección ignorando la realidad de un sistema que, en muchas ocasiones, es más fronterizo con la subsistencia que con la idea de suficiencia exigida por el propio artículo 41 de la Constitución.

7.2. *Los aspectos cuantitativos de la calificación: la graduación de la discapacidad jurídica*

La aplicación a la discapacidad de los diferentes factores expresados en los criterios «cualitativos» analizados es la que, en último término, describe la intensidad con la que aquélla repercute en las posibilidades de que dispone la persona en su medio ambiente. Pero su acreditación no sólo tiene por objeto constatar la existencia de una discapacidad jurídica, sino que además determina en qué «cantidad» inciden en el entorno profesional/social del sujeto. Y ello, por dos motivos: el primero, porque decide si la magnitud del fenómeno discapacitante supera los umbrales necesarios para ser objeto de protección; el segundo, porque de su aplicación se obtiene el «grado» de la incapacidad permanente y el «porcentaje» de la minusvalía, situaciones a las que el ordenamiento jurídico atribuye efectos diferentes según la dimensión cuantitativa de su repercusión.

Como quiera que la incidencia del criterio profesional y socioeconómico es sustancialmente distinta en cada una de las posibles discapacidades jurídicas, la puesta en relación de los factores derivados de cada uno de ellos con la discapacidad no puede realizarse unívocamente.

7.2.1. La determinación del grado de minusvalía

Los aspectos de carácter social que, junto a la valoración de la discapacidad, intervienen en la conformación de la minusvalía tienen por objeto, bajo una visión globalizada del sujeto, poner de manifiesto las desventajas que le suponen en relación con el medio

social en que se desenvuelven⁴¹⁷. La intervención de estos factores permite configurar un concepto amplio⁴¹⁸, evitando el criterio restrictivo de tener en cuenta solamente el grado de disminución fisiológica, la reducción de la capacidad laboral, o el momento de surgimiento de la minusvalía⁴¹⁹.

La alteración de la salud no tiene aquí una relación expresa con la actividad profesional⁴²⁰, sino que se atiene a unas reglas conceptuales genéricas⁴²¹. Sin embargo, ello no significa que el criterio profesional no esté presente en la valoración⁴²². El baremo de factores sociales complementarios incorpora elementos de evaluación típicamente laborales, entre los que se encuentran la situación pasada y presente de la persona ante el mercado de trabajo y su nivel cultural.

Estas variables sirven para cotejar las aptitudes laborales de la persona y sus expectativas de inserción profesional en un medio social y económico dado⁴²³, ajustando si cabe un poco más la relación de la persona con su entorno⁴²⁴.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que para graduar la minusvalía debe cumplirse un requisito previo: que la cuantificación de la disminución psico-física sea valorada, al menos, en un 25%, según las tablas de evaluación de menoscabos citadas. Sobre esta cifra se aplica el total de la valoración de los factores sociales, que

⁴¹⁷ ANEXO I, Apartado B (factores sociales complementarios) del RD 1971/1999.

⁴¹⁸ ESCUDERO RODRÍGUEZ, ob. cit. (1991-1), p. 930.

⁴¹⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1986), p. 53.

⁴²⁰ ESCUDERO RODRÍGUEZ, ob. cit. (1991-1), p. 930.

⁴²¹ SS TSJ Cataluña 18 de septiembre de 1995 (Ar. 3553), TSJ Andalucía de 29 de noviembre de 1995 (Ar. 4194)

⁴²² Entre otros, como la edad, educación, situación familiar, entorno social, nivel cultural y recursos económicos.

⁴²³ ESCUDERO RODRÍGUEZ, ob. cit. (1991-1), p. 930.

⁴²⁴ De uno u otro modo, factores sociales semejantes a los utilizados con otras finalidades. La *Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Minusvalías*, INE, Madrid 1987, utilizó para la realización de este balance estadístico una fórmula de clasificación diferente. Para ello, realiza dicha encuesta a través de una batería de preguntas que investiga las restricciones que suponen las deficiencias y discapacidades para desarrollar seis roles especialmente significativos: orientación (capacidad del sujeto para percibir, asimilar y dar respuesta a las señales del entorno), independencia física (capacidad para llevar habitualmente una existencia independiente), movilidad (capacidad para desplazarse), ocupación del tiempo (capacidad de la persona para emplear el tiempo en la forma normal que corresponde a su sexo, edad y cultura), integración social (capacidad para entablar y conservar relaciones sociales) y suficiencia económica (capacidad para mantener una independencia económica normal).

dará como suma el grado total de minusvalía. Este viene medido también en términos porcentuales, debiéndose alcanzar un umbral único del 33% para que sea posible declarar aquella situación, sin que se establezcan aquí diferentes clases de minusvalía⁴²⁵, como ocurre en la incapacidad contributiva. No obstante, existe una especie de situación especial, que podría denominarse minusvalía cualificada, siempre que exista dependencia y necesidad del concurso de otra persona, y que el interesado padezca una minusvalía o enfermedad crónica en grado igual o superior al 75%⁴²⁶.

7.2.2. La graduación de la incapacidad permanente

Algo se ha avanzado en este trabajo sobre los diferentes niveles de protección que otorga la Seguridad Social a los diversos grados de incapacidad, distribución desigual y poco razonable que viene siendo denunciada desde tiempo atrás⁴²⁷. Sin embargo, las consecuencias jurídicas de la incapacidad permanente están, hoy día, inexorablemente unidas a su obligada «organización jerárquica». De esta forma, la graduación de las incapacidades permanentes es la que establece las distintas manifestaciones de la intensidad de la aptitud residual de la persona para el trabajo. De un lado, con la correspondiente prestación económica en función de la disminución de capacidad de generar rentas de trabajo⁴²⁸. De otro, con respecto a la fuerza con la que repercute sobre el vínculo laboral.

La discapacidad adquiere relevancia, en este caso, en la exclusiva medida en que repercute sobre el trabajo de la persona⁴²⁹, con el que se encuentra en íntima interacción⁴³⁰. Este es el elemento sobre el que gira su evaluación, y ello es lo que configura, o no, la existencia de una incapacidad permanente. Esta situación puede incidir sobre el trabajo habitual de la persona, invalidez específica, o sobre

⁴²⁵ Siempre debe reflejarse, como novedad, la inclusión en el RD 1971/1999 de grados de discapacidad que sirven como patrones de referencia a la hora de calcular el porcentaje de la misma.

⁴²⁶ ESCUDERO RODRÍGUEZ, ob. cit. (1991-1), p. 932. También, BLASCO LAHOZ, «La nueva pensión de invalidez, en su modalidad no contributiva», *Revista de Treball* 15/1991, p. 60. En este sentido, STSJ Andalucía (Málaga) de 18 de noviembre de 1994 (A.L. 18/1995, pp. 1258 y ss.)

⁴²⁷ Crítica recogida por GOERLICH PESET, ob. cit. (1999), pp. 44 y 49.

⁴²⁸ MARTÍNEZ BARROSO, ob. cit. (1998), p. 36.

⁴²⁹ ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, ob. cit., p. 100.

⁴³⁰ RODRÍGUEZ JOUVENCEL, ob. cit., p. 54.

cualquier actividad productiva, invalidez genérica, según la que ha sido denominada relación cualitativa entre lesión y trabajo; del mismo modo, la pérdida de capacidad puede ser parcial o total, en virtud de la relación cuantitativa entre la lesión y la incapacidad resultante o, expresado de otro modo, entre la lesión y la capacidad residual de la persona⁴³¹.

Estas son las pautas sobre la que se construye la clasificación de la incapacidad permanente en el Derecho español. Una somera exposición del proceso señala los pasos a seguir. Tomando como referencia la profesión o grupo profesional del trabajador, se evalúa cómo repercute la discapacidad sobre ella. Si la disminución sobrepasa el umbral preestablecido (un tercio del rendimiento normal para la profesión que venía realizando) pero las capacidades residuales no impiden el ejercicio de esa actividad productiva, dará lugar a una incapacidad permanente parcial. Cuando se estima una repercusión que va más allá de la descrita, debe realizarse una segunda evaluación, con el objeto de saber si la capacidad actual repercute, en exclusiva, sobre la profesión o grupo profesional de la persona o si, por el contrario, no sólo sobre ella sino sobre todas las demás. Se está aquí ante los otros dos niveles de incapacidad permanente, la incapacidad permanente total y la incapacidad permanente absoluta, respectivamente. La participación en el proceso evaluatorio se reduce, en los tres supuestos, a factores biológicos y profesionales.

A estos tres niveles primarios el Legislador ha añadido dos más, sobre la base de tomar en consideración, de manera excepcional en esta sede, determinados factores no referidos estrictamente a la propia incapacidad laboral del sujeto afectado, pero que contribuyen a agravar la situación de necesidad del mismo: aparecen así la incapacidad total cualificada (factores socioeconómicos e individuales) y la gran invalidez (repercusión vital de la lesión)⁴³².

No obstante la existencia de diferentes niveles de intensidad⁴³³ de la incapacidad permanente, debe advertirse que el sistema de calificación no está predeterminado por una serie de porcentajes como ocurría en la minusvalía. Si bien es cierto que el nivel inferior, la incapacidad permanente parcial, sitúa conceptualmente el umbral de la protección en un 33% —un tercio en palabras del presumible

⁴³¹ Clasificación general establecida por DE LA VILLA GIL/DESIDENTADO BONETE, ob. cit., pp. 504-505. Igualmente, puede verse ALMANSA PASTOR, ob. cit., pp. 403-404.

⁴³² ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1991), p. 246; DE LA VILLA GIL/DESIDENTADO BONETE, ob. cit., p. 512.

reglamento—, no es menos cierto que el valor cuantitativo de la repercusión se realiza con tintes más genéricos. De este modo, dicho límite porcentual sirve como un indicador aproximado, siendo lo esencial que la lesión suponga una disminución notable en la prestación laboral, cuya intensidad se evaluará según los parámetros descritos.

Debe diferenciarse aquí el porcentaje de disminución o menoscabo que pueda atribuirse a la discapacidad, del que aproximadamente se estime tiene aquella en su relación sobre el trabajo. Tal y como se ha relatado, no existe en la actualidad un sistema de listas y baremos, aunque las reformas en curso variarán pronto (parece) esta circunstancia. Tampoco se efectúa una adición automática del resultado de la evaluación de los factores complementarios, aquí profesionales, al que derivaba de la disminución anatómico-funcional. En la incapacidad permanente, el grado de disminución patológica sólo sirve como referencia para evaluar sus efectos sobre el trabajo, en la medida en que han desaparecido (salvo que de alguna forma las resucite el desarrollo reglamentario) las llamadas «incapacidades típicas»⁴³⁴.

De este modo, la necesidad de tener en cuenta no sólo el dato objetivo de las secuelas que padece el trabajador, sino las circunstancias personales y profesionales por él desempeñadas⁴³⁵, impide que la incapacidad permanente pueda considerarse como una realidad uniforme⁴³⁶. Aquella combinación frena las coincidencias entre afección psicofísica e incapacidad para trabajar, pudiendo una misma lesión producir efectos distintos según cual sea la actividad profesional del individuo afectado⁴³⁷.

⁴³³ En palabras de ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1991), p. 246.

⁴³⁴ Lesiones anatómicas o fisiológicas que por sí mismas implicaban incapacidad de un determinado grado. No obstante, se afirma su subsistencia, aunque con carácter indicativo o inspirador, ante la imposibilidad de mantener vigentes las normas que contemplaban dicha posibilidad, concretamente, el Reglamento de Accidentes de Trabajo —Decreto de 22 de junio de 1956—, ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, ob. cit. (1991), p. 100; también ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1997), pp. 224-225, DE LA VILLA GIL/DESIDENTADO BONETE, ob. cit., p. 514, y ALMANSA PASTOR, ob. cit., p. 410. El valor orientador de dicha norma ha sido reconocido por la jurisprudencia: SSTs de 15 de enero y 29 de junio de 1987 (Ar. 45 y 4667), STSJ Galicia de 16 de abril de 1993 (Ar. 1920).

⁴³⁵ GONZÁLEZ JOYANES, *Diccionario de invalidez provisional y permanente*, PPU, Barcelona 1994, p. 583.

⁴³⁶ ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1982), p. 218.

⁴³⁷ ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, ob. cit., p. 100; también, TORTUERO PLAZA, ob. cit. (1994), p. 37. RODRÍGUEZ JOUVENCEL, ob. cit., pp. 54-55, plantea que existen dos reglas

De ahí que se afirme que la calificación de la incapacidad permanente requiere de una actuación absolutamente individualizada para cada sujeto⁴³⁸. Y, se recuerda, este efecto casuístico de las declaraciones de incapacidad permanente tiene importantes consecuencias, sobre todo en la medida en que se dificulta sobremanera la posibilidad de establecer comparaciones, dejando el sistema de recursos de ser apto para unificar criterios en esta materia⁴³⁹. Y de ahí, igualmente, puede afirmarse que, en realidad, lo que se contempla al graduar las manifestaciones de la incapacidad permanente es la capacidad residual de trabajo, ya que no hay una línea de separación entre capacidad e incapacidad para realizar trabajos con utilidad económica, sino un espectro de posibilidades que la ley contempla y ciñe⁴⁴⁰.

7.2.2.1. El carácter laboral de la incapacidad permanente: de la profesión habitual al grupo profesional

Si la incapacidad permanente, genéricamente considerada, constituye una contingencia (protegida por la Seguridad Social) de con-

básicas; la primera que no existe un paralelismo entre la intensidad de una lesión responsable de una merma física y su posible repercusión laboral; la segunda, que no toda incapacidad física se remite necesariamente a una incapacidad profesional.

⁴³⁸ STC 232/1991, de 10 de diciembre, f.j. 3º.

⁴³⁹ La razón ha sido reiteradamente proclamada por la jurisprudencia, afirmándose que en materia de invalidez permanente más que de incapacidades debe hablarse de incapacitados (STS de 24 de mayo de 1995, A.L. 39/1995, pp. 3072 y ss.). Los obstáculos en el acceso a la unificación de doctrina encuentran su justificación en la falta de la identidad sustancial precisa, tanto por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante (práctica imposibilidad de encontrar dos lesiones idénticas, que repercutan sobre dos profesiones idénticas), como por tratarse, en general, de supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general —entre otros—, AATS de 9 de marzo de 1995 (Ar. 1758) y de 17 de julio de 1996 (Ar. 7214). No obstante, la imposibilidad comparativa ha sido puesta en duda cuando se trata de analizar incapacidades absolutas (GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-2), pp. 598-600, donde puede verse un reciente y detallado estudio sobre el particular), si bien es cierto que la jurisprudencia (ATS de 22 de octubre de 1996 —Ar. 7784—) mantiene en este caso el planteamiento que sigue para las incapacidades de carácter relativo.

⁴⁴⁰ ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1982), p. 219. La STC 232/1991, de 10 de diciembre, f.j. 3º, afirma que en el ordenamiento jurídico español, la calificación de la invalidez no depende sólo de la entidad objetiva de las lesiones permanentes y presumiblemente irreversibles que aquejan a un determinado sujeto, sino también, y sobre todo, de la capacidad para trabajar que conserva una vez fijadas las lesiones.

tenido específicamente profesional⁴⁴¹, para proceder a su valoración será imprescindible definir su referente «medio-ambiental»: el entorno laboral de la persona.

En efecto, el cálculo de la incapacidad permanente se efectúa, en su origen, sobre las circunstancias que rodean la actividad productiva de la persona. Pero esta actividad no puede ser entendida, en un primer momento, con un carácter genérico: la incapacidad debe ser entendida para el trabajo específico al cual se dedicaba el individuo en el momento de producirse la actualización del riesgo causante⁴⁴². Sin embargo, y aunque a simple vista pueda parecer poco complejo concretar el marco sobre el que la capacidad/incapacidad laboral debe evaluarse, las cosas no son tan fáciles.

El nudo de esta problemática se ubica en el artículo 137 de la LGSS. En primer lugar, porque se está ante una etapa de tránsito, a mitad de camino entre la vigente regulación y la que surja en cuanto se publique y entre en vigor el desarrollo reglamentario de la nueva redacción de ese precepto. En segundo lugar, porque existe un elemento temporal, la habitualidad de la profesión que venía ejerciendo el trabajador que, aun cuando terminológicamente desaparece en el nuevo artículo 137 LGSS, materialmente no desaparece del todo, como el reglamento todavía en la sombra se encarga de destacar. Y, en tercer lugar, por las dudas que suscita la ampliación del referente profesional incorporando la mención, hasta ahora inexistente, del grupo profesional al que pertenece el trabajador⁴⁴³.

a) El alcance de la nueva regulación legal

Indudablemente, en tanto en cuanto no vea la luz el desarrollo reglamentario, existen también aquí serias dificultades de valoración⁴⁴⁴ o, expresado de otro modo, de calibrar el alcance real de las modificaciones que se introducirán en el terreno de la calificación de la incapacidad permanente⁴⁴⁵. No obstante, las proyecciones anunciadas de su contenido pueden, en líneas generales, mostrar las líneas básicas de su nuevo régimen jurídico.

⁴⁴¹ ALMANSA PASTOR, ob. cit., p. 400.

⁴⁴² TORTUERO PLAZA, ob. cit. (1994), p. 37.

⁴⁴³ GOERLICH PESET, ob. cit. (1999), pp. 60-61.

⁴⁴⁴ BLASCO LAHOZ/LÓPEZ GANDÍA/MOMPARLER CARRASCO, ob. cit. (1998), p. 367.

⁴⁴⁵ GOERLICH PESET, ob. cit. (1999), p. 57.

Una valoración global y superficial indica que, aun cuando de la nueva redacción legal podía inicialmente atisbarse un giro importante en el contenido de la normativa aplicable, las cosas no parecen ir tan lejos. Al margen de las cuestiones a las que ya se hizo referencia (objetivación de la primera fase mediante el listado de «enfermedades»), la modificación legal y su futuro (e imprescindible) complemento reglamentario optan por perpetuar, en lo sustancial, el régimen jurídico de la calificación de la incapacidad permanente existente hasta la fecha. No obstante, el binomio artículo 137 LGSS y reglamento, realiza una serie de aportaciones de indudable valor. De un lado, unificando la variedad normativa aplicable en una sola norma, aunque la clásica agilidad de renovación de las normas de Seguridad Social hace intuir que no durará demasiado. De otro, integrando algunas de las aportaciones judiciales a los innumerables conflictos planteados. Y, por último, regulando algunas cuestiones indefinidas en la regulación actual. Aunque, tal y como intentará demostrarse, estos aportes no empecen la consideración arriba expuesta: sustancialmente, no puede decirse que la reforma vaya a suponer una real y profunda modificación del sistema actual.

b) Los aspectos temporales: la «relativa» pérdida de la habitualidad

En realidad, la referencia a la profesión habitual que venía desempeñando el trabajador sólo tiene virtualidad con respecto a los dos grados iniciales de incapacidad permanente: la parcial y la total. De esta forma, la profesión habitual es el primer elemento que deberá concretarse cuando se determine si cierta lesión supone una incapacidad parcial o total⁴⁴⁶.

La habitualidad viene ahora definida en la, todavía, vigente redacción del artículo 137.2 LGSS, donde se duplica el concepto según el origen de la alteración de la salud haya sido un accidente o una enfermedad. En el primer caso, la identifica con «la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo». En el segundo, «con aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad que reglamentariamente se determine», es

⁴⁴⁶ STC 232/1991, de 10 de diciembre., f.j. 3º.

decir, doce meses⁴⁴⁷. Estas referencias legales adolecen, sin embargo, de la precisión necesaria para evitar una interpretación conflictiva de las mismas, no quedando muy claro a qué se refiere la Ley cuando habla de la actividad «desempeñada normalmente» o realizada «durante el período de tiempo anterior» al inicio de la incapacidad.

Y tampoco parece que esta problemática vaya a obtener nuevas aportaciones de la nueva redacción, ahora reglamentaria. En efecto, si se consolida la reforma prevista, la referencia a la habitualidad es sustituida por una fórmula más genérica que señala la profesión de referencia como aquella que realizaba el trabajador con anterioridad a producirse el hecho causante de la incapacidad permanente. Concretando esta fórmula genérica según la discapacidad padecida derive, como en la actual redacción legal, de una enfermedad o de un accidente. En el primer caso, la profesión que deberá tenerse en cuenta será aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores al inicio de la situación de incapacidad temporal de la que se derive la incapacidad o, en su caso, a la fecha causante de la incapacidad permanente. En el segundo, se tomará en consideración la profesión desempeñada de manera regular al tiempo de producirse el accidente. Cambios lingüísticos que no parece vayan a resolver las dudas que se relatan a continuación.

No parecen surgir problemas a la hora de entender que la profesión de referencia es aquella que venía desarrollándose cuando se actualizó la contingencia protegida. O lo que es lo mismo, la inmediatamente anterior a que la situación invalidante se presentara (con las particularidades descritas en los casos de accidente o enfermedad), o de que sobreviniera el estado de necesidad. Lo habitual, de este modo, no podrá confundirse con aquello que ha sido más regular a lo largo de la vida laboral del trabajador⁴⁴⁸.

Sin embargo, así como está claro que dicho mensaje sirve para resolver qué ocurre cuando el trabajador ha mantenido cierta estabilidad en su actividad productiva (en una o varias empresas), no clarifica lo que ocurre en los casos en los que la persona afectada

⁴⁴⁷ En tanto en cuanto no sean sustituidos, las previsiones reglamentarias están contenidas en el artículo 12.3 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, y en el artículo 11.2 de la OM de 15 de abril de 1969.

⁴⁴⁸ MARTÍN DE HUAS, «Notas a la STSJ Castilla-La Mancha de 28 de abril de 1995», A.L. 41/1995, p. 3309.

ha variado de profesión⁴⁴⁹. Si la solución a esta pregunta pasa por admitir la solución aportada por algún pronunciamiento judicial, la profesión que debe utilizarse para calcular el grado de incapacidad permanente será la que ejercía el trabajador cuando la incapacidad se manifestó. En buena lógica, lo normal será que esta coincida temporalmente con el último trabajo realizado, por lo que la nueva previsión reglamentaria será de utilidad. Ahora bien: qué ocurre si en ese primer instante no es posible calificar la incapacidad permanente, por ejemplo, por falta de carencia. Aquella resolución judicial entiendo, sin ningún problema, que una vez conseguida la contribución necesaria se procede a declarar dicha situación utilizando como referencia la profesión sobre la que se manifestó la incapacidad «física», no la nueva y posterior a través de la cual se ha conseguido la carencia suficiente y que habilita para obtener la incapacidad «jurídica»⁴⁵⁰. O lo que es lo mismo, se permite la compra de las prestaciones económicas, con independencia de que estas sirvan o no para compensar situaciones reales de necesidad.

Esta posición ha sido criticada mediante la exposición de una hipótesis: ¿sería acaso defendible, según la teoría de la sentencia, que si el trabajador, consciente de no reunir la carencia, hubiera desistido en su momento de instar la declaración de incapacidad permanente, y hubiera cambiado espontáneamente de profesión, que, instalado en ella, hubiera podido solicitar la declaración de incapacidad para una profesión que ya no ejercía, siendo válido para la que estaba ejerciendo a la sazón?⁴⁵¹. Ciertamente, y con independencia de que aquella conducta dependiera o no de la voluntad del trabajador, ha sido el propio Tribunal Supremo quien, en unificación de doctrina, ha resuelto afirmativamente dicha cuestión. Así, «la profesión habitual no es la desempeñada al tiempo de solicitarse la prestación, sino la desempeñada cuando se sufren las lesiones que producen las reducciones anatómicas o funcionales graves de carácter definitivo y determinación objetiva susceptibles de mermar la capacidad laboral. Y la capacidad laboral a tener en cuenta es, por ello, la desarrollada de hecho y normalmente al tiempo del accidente»⁴⁵². Solución claramente aplicable al supuesto arriba descrito,

⁴⁴⁹ ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1991), p. 247.

⁴⁵⁰ STSJ Castilla-La Mancha de 28 de abril de 1995 (A.L. 41/1995, pp. 3307 y ss.).

⁴⁵¹ MARTÍN DE HUAS, ob. cit. (1995), p. 3309.

⁴⁵² STS, u.d., de 31 de mayo de 1996, f.j. 2º, (Ar. 4713).

aunque en este caso el problema de cotización esté resuelto por no necesitar el accidente carencia previa.

Y claramente criticable desde dos puntos de vista. De un lado, esta situación no se daría si no se hubiese creado, artificialmente, la necesidad de reunir los periodos de carencia necesarios para poder acceder a la calificación de la incapacidad permanente; la Ley y el reglamento han perdido una buena oportunidad para resolver un asunto particularmente reprochable en la dinámica calificadora de la incapacidad permanente. De otro, la solución aplicada inicia un problema de índole distinta: si mediante este proceso es declarada una incapacidad permanente de las que permite la extinción de la relación laboral, ¿estaría la última empresa inhabilitada a extinguir sobre la base de que la incapacidad declarada es ajena a lo estipulado contractualmente? —sobre el particular *vid. infra* C4—.

c) Los aspectos materiales del concepto de referencia:
profesión o grupo profesional

Ahora bien: en la medida en que la definición legal contiene una referencia exclusivamente temporal del ámbito profesional, pero ninguna referencia material a las tareas propias, una nueva cuestión debe ser atendida. Consiste en definir qué se entiende por profesión habitual desde parámetros de naturaleza cualitativa, que reflejen qué actividades deben tipificarse como propias de la profesión de la persona afectada. Así como conocer cuál es la cadencia con la que cada una de ellas debe efectuarse para entender que ésa es, precisamente, la profesión habitual, y no una actividad en cuyo ejercicio se encontraba circunstancialmente el trabajador.

Lógicamente, las tareas que se incluyan en la «profesión» van a depender de la generosidad con que dicha palabra quiera interpretarse. Considerándola en términos estrictos, la profesión del trabajador puede identificarse con su ocupación habitual⁴⁵³. Sin embargo, no es este el criterio más frecuente. En efecto, la ampliación del concepto vía interpretaciones judiciales, primero, y la nueva redacción del artículo 137 LGSS, después, muestran claramente cómo se ha ido adoptando una acepción más expansiva del concepto.

* Esta secuencia expansiva ha ido situando el concepto de profesión habitual (en el nuevo precepto, que ejercía el interesado) no

⁴⁵³ STSJ Madrid de 31 de marzo de 1992 (A.L. 35/1992, pp. 2234-2235).

sobre un determinado puesto de trabajo, sino dentro de los parámetros de legalidad permitidos a la empresa en el uso de su *ius variandi*, es decir, allá donde la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional⁴⁵⁴. La primera duda surgió, no obstante, desde el momento en el que las posibles disfunciones que puedan declararse entre las posibilidades empresariales y los márgenes permitidos en el convenio colectivo podían no resolver esa cuestión. De este modo, la primera pregunta era si al calcular las capacidades residuales debía atenderse a la posible movilidad que pueda derivarse en el seno de la empresa o si, por el contrario, cabe atender a una previsible mayor amplitud de las funciones que dentro de la categoría profesional se contemplen en el convenio colectivo. La opción no es otra que dilucidar si se prioriza la categoría real u objetiva (primer supuesto), o la categoría convencional (segundo supuesto), lo que no ha sido objeto de una interpretación pacífica⁴⁵⁵. Cualquiera de las opciones supone, no obstante, un progresivo alejamiento de la esfera laboral más cercana al sujeto afectado, estando claramente superada⁴⁵⁶ la identificación de la profesión de referencia con la categoría profesional del sujeto, en perjuicio del puesto de trabajo.

Ahora bien: esta labor de identificación del ámbito laboral no es suficiente, en la medida en que hay que completarla con la selección de aquellos trabajos que son esenciales o más importantes de aquellos otros que son meramente accesorios o accidentales⁴⁵⁷. Para ello, el criterio por el que parece haberse optado no es el de la cuantificación temporal, es decir, el tiempo durante el que se ha efectuado cada tarea. El criterio elegido ha sido el cualitativo.

⁴⁵⁴ STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 31 de enero de 1995 —Ar. 56—

⁴⁵⁵ La STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 17 de abril de 1995 (Ar. 1451), entiende que las posibilidades contempladas en el convenio colectivo quedan sujetas por las disponibilidades de movilidad existentes en el seno de la empresa. La STSJ La Rioja de 24 de febrero de 1992, f.j. 6^o (Ar. 530) se pronuncia en sentido contrario y, tras realizar un amplio recorrido por la doctrina del TGT, entiende que las tareas que han de analizarse en relación con las secuelas son las definidas para la categoría profesional en la correspondiente Ordenanza Laboral —o Convenio Colectivo—; más recientemente, STSJ La Rioja de 30 de marzo de 1995 (A.L. 34/1995, pp. 2646 y ss.).

⁴⁵⁶ En este sentido deben citarse los fallos del Tribunal Supremo en unificación de doctrina SSTS de 27 de junio y 22 de diciembre (Ar. 5490 y 10222), que declaran en situación de incapacidad permanente total a los afectados por enfermedades profesionales cuando la empresa no puede relocalarlos en su categoría profesional. No obstante, no puede decirse que dicha doctrina esté decantándose (en la disputa expresada en el texto) por la opción que limita la movilidad al seno de la empresa, por cuanto que no se entra aquí en dicha disquisición.

⁴⁵⁷ ALONSO OLEA, ob. cit. (1960), p. 39.

Según el mismo, las tareas sobre las que se calcula la intensidad de la incapacidad laboral serán las más relevantes (de las correspondientes a la categoría profesional del trabajador) no desde el punto de vista de su duración a lo largo de la jornada laboral, sino porque son aquellas que constituyen la esencia de dicha categoría⁴⁵⁸.

* Pero como se ha reseñado, el proceso de ampliación del concepto de profesión habitual no se detiene en la categoría profesional. Una vez consolidada la reforma del artículo 137 LGSS, la pretensión se encamina claramente hacia su identificación con el grupo profesional.

Se ha planteado si la fórmula utilizada, profesión «o» grupo profesional da a entender una solución alternativa de uno u otro ámbito que, a la vista exclusiva de la LGSS, deja en el aire cuál haya de emplearse cuando los dos sean posibles⁴⁵⁹. En efecto, así es. La nueva redacción del artículo 137.2 II LGSS deja en el aire una serie de incertidumbres que sólo a la vista de las previsiones reglamentarias cabría resolver. Sin embargo, si estas previsiones se hacen realidad, sólo resuelven el problema parcialmente. De este modo, la referencia a la profesión, sin más, queda restringida cuando se comprueba que el trabajador presenta una reducción superior a un tercio de su capacidad pero puede seguir desarrollando las tareas fundamentales de la misma. Es decir, cuando se encuentra en situación de incapacidad permanente parcial.

El problema de la alternatividad se mantiene cuando este grado se supera y debe calificarse una incapacidad permanente total. La redacción reglamentaria reitera la conjunción disyuntiva, al hablar de inhabilidad para realizar todas o las fundamentales tareas de la profesión (según los parámetros descritos arriba) o de las profesiones que se encuentren comprendidas dentro del mismo grupo profesional. Sin embargo, las dudas comentadas sobre la aplicación de uno u otro criterio parecen resueltas por la propia dinámica expansiva a la que se ha hecho referencia, lo que sugiere que el uso de la conjunción «o» debe entenderse en su acepción de equivalente, no en la más extendida de alternativa.

Por ello, aunque pueda compartirse que la inclusión del grupo profesional es absurdo, demasiado genérico, despersonalizante y contradictorio⁴⁶⁰, lo cierto es que parece lógico pensar que la inten-

⁴⁵⁸ STSJ La Rioja de 12 de febrero de 1992, I.j. 5º, (Ar. 550).

⁴⁵⁹ GOERLICH PESET, ob. cit. (1999), p. 61.

⁴⁶⁰ ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1998), p. 24.

ción legislativa busca su plena operatividad. La referencia a la profesión se interpreta, de esta forma, dentro de las coordenadas legales del sistema de clasificación profesional, integrada por las funciones exigibles al trabajador dentro de la movilidad funcional ordinaria (39.1 ET) y por el juego de las categorías equivalentes (22.3 ET), por lo que así delimitado el referente profesional no diferiría en gran medida del derivado de la existencia de grupos profesionales⁴⁶¹. Y, a mayor incidencia, todo indica que si este es el estado de las cosas, su operatividad se mueve en términos teóricos y de potencial profesionalidad, y no de manera real, esto es cuando el trabajador haya efectivamente trabajado en diversas funciones o mediante movilidad funcional⁴⁶².

* La llegada a este punto exige una reflexión más general sobre esta sucesión expansiva (primero judicial, ahora legal y reglamentaria) del concepto de «profesión habitual». Ciertamente, una primera consideración podría llevar a plantear que cuanto más amplio sea el marco de referencia más complejo será declarar la incapacidad. En efecto, cuantas más funciones se contemplen más improbable será que la lesión afecte al desarrollo de la actividad laboral, lo que dificulta que la disminución de la capacidad laboral alcance los mínimos necesarios para su calificación «jurídica».

No cabe duda de que la aplicación de este criterio va a provocar una importante reducción en el número de incapacidades jurídicas declaradas. Seguramente ha sido ésta, precisamente, la intención del Legislador⁴⁶³, para lo que ha contado con la inestimable colaboración de los órganos judiciales. Ciertamente, trasladar al ámbito de la protección social los actuales referentes laborales de la movilidad funcional supone un intento de reducir los costes del sistema de protección social⁴⁶⁴. Lo que ocurre es que esta especie de laboralización del concepto de incapacidad permanente, acercando su elemento de valoración a las facultades empresariales, no está exenta de peligros.

De un lado, puede ocurrir que el trabajador no pueda desempeñar las tareas de la profesión que venía desarrollando pero sí las de otra de su grupo profesional. Sin embargo, puede que la empresa no

⁴⁶¹ GOERLICH PESET, ob. cit. (1999), p. 62.

⁴⁶² LÓPEZ GANDÍA, ob. cit. (1998), p. 8.

⁴⁶³ ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1998), p. 24.

⁴⁶⁴ Suele ser el objetivo final de las reformas o racionalización del sistema de Seguridad Social, GARCÍA MURCIA, «Las modificaciones en el régimen jurídico de la invalidez permanente», R.L. I/1995, p. 322.

quiera, o no pueda, utilizar sus servicios en actividad diferente a la que venía utilizando. Esta previsible circunstancia hizo que, en su momento, se propusiera que el análisis fuese acompañado de otro complementario situado en las expectativas profesionales del trabajador en la empresa en que trabajaba, y en la localidad donde tuviera su domicilio⁴⁶⁵. Se intenta, quizás, que la objetiva contemplación de la capacidad residual del incapaz permanente (pues no otra cosa es apreciar la incapacidad para ejercer una actividad profesional, que es un concepto valorativo) se realice teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, pues de otra forma es inexplicable dicha actividad, queda vacía⁴⁶⁶.

Sin embargo, la inclusión de dichos elementos no parecen suficientes para resolver el problema de fondo. Si la declaración de incapacidad permanente no se produce, el retorno del trabajador a la empresa es irremediable, debido a que la empresa está inhabilitada a extinguir el contrato por esta causa (49.1 e) ET). Ahora bien: si la empresa no recoloca al trabajador en un puesto acorde a su capacidad residual de trabajo, lo normal será que la reincorporación se realice al puesto de trabajo para cuyo ejercicio sí se encontraba imposibilitado. Esta incongruencia, resultado de la ampliación del ámbito de valoración, tiene nefastas consecuencias: lo lógico será que la prestación se lleve a cabo de manera deteriorada, lo que se manifestará en una disminución del rendimiento que, aquí sí, podrá servir como causa extintiva del contrato de trabajo por ineptitud (52 a) ET). Puede observarse que la consecuencia termina siendo la misma pero con una diferencia fundamental: el trabajador no disfrutará de prestación económica de incapacidad permanente (sólo de la temporal de desempleo) y a la empresa le supone un coste añadido.

A lo mejor, una vez en vigor el nuevo artículo 137 LGSS y consolidada la aproximación al plano laboral, la solución al problema debe buscarse en las propias normas laborales. Podría cuestionarse la necesidad de incorporar nuevas previsiones normativas que equilibren ambas posiciones⁴⁶⁷. Aunque también pueda apelarse al uso correcto de las figuras jurídicas existentes para impedir la socorrida utilización de figuras extintivas. En este sentido, cabe proponer, de un lado, la efectiva aplicación de las previsiones del artículo 20.3 del ET. De otro, la necesidad de un verdadero y auténtico

⁴⁶⁵ CBS, ob. cit. (1996), p. 9.

⁴⁶⁶ ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1982), p. 244.

⁴⁶⁷ GOERLICH PRESET, ob. cit. (1999), pp. 66 y 70-71.

desarrollo del artículo 25 de la LPRL, positivizando con claridad lo que hasta el momento se acerca más a una intención espiritual. No obstante, el análisis de unas y otras, en la medida en que repercuten directamente sobre la prestación contractual, será efectuado con posterioridad —*vid. infra* C4—.

7.2.2.2. Un breve recorrido por los niveles o «grados» de incapacidad permanente

Las diferentes clases de incapacidad permanente pueden seleccionarse de forma diversa. En un nivel específico se situarían aquellas que tienen su sede en la profesión habitual del individuo, conocidas normalmente como relativas, y que pueden manifestarse de forma parcial o total. En un nivel genérico se ubican aquellas incapacidades que superan las referencias espaciales y temporales de origen (la actividad desarrollada hasta su aparición), y que inhabilitan absolutamente a la persona para el ejercicio de cualquier trabajo.

En ellas, y sobre ellas, deben estimarse dos tipos más de incapacidad. La primera se sitúa directamente en la incapacidad permanente total, y recibe el nombre de incapacidad permanente total cualificada. La segunda no tiene una sede fija, por cuanto que puede acompañar, hasta el momento, a cualquiera de las anteriores, aunque no puede existir sin alguna de ellas, y se denomina gran invalidez. No obstante, debe advertirse que este régimen jurídico de la gran invalidez pretende ser modificado por el desarrollo reglamentario del artículo 137 LGSS, vinculándola, en exclusiva, a la incapacidad permanente absoluta.

La incapacidad permanente está, por tanto, subdividida en los «grados» de parcial, total, total cualificada, absoluta y gran invalidez⁴⁶⁸. De la primera a la última va a hacerse aquí un somero recorrido, describiendo con brevedad sus perfiles más característicos, y deteniéndose más analíticamente en algunas de sus particularidades.

⁴⁶⁸ ALONSO OLEA/DESDENTADO BONETE, *ob. cit.*, p. 95.

a) La incapacidad permanente parcial para la profesión habitual

Será aquella que, «sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales» (137.3 LGSS).

La primera conclusión que cabe extraer es que en la medida en que la incapacidad permanente parcial se sitúa en el nivel inferior de todos los grados de incapacidad jurídica, todas aquellas disminuciones de la capacidad habitual de trabajo inferiores al 33% no serán consideradas como incapacidad permanente a efectos de la Seguridad Social⁴⁶⁹.

La referencia porcentual descrita no debe ser, sin embargo, interpretada en términos estrictos. La disminución del 33% no resulta ser una fiel referencia. De este modo, se ha afirmado que la precisión matemática del «frió» porcentaje de disminución es difícil, y debe verse como índice aproximado o indicativo⁴⁷⁰. Ello significa que no podrá exigirse prueba terminante de la severidad de la lesión, lo que indica que no es ésta, sino la merma, quebranto o disminución de la capacidad de trabajo lo que se indemniza⁴⁷¹. Quizás por ello, hubiera sido preferible prescindir de los porcentajes, y situar las referencias en términos más acordes a los criterios flexibles de cálculo, habiendo sido suficiente situar este grado a partir de la pérdida de un tercio de la capacidad⁴⁷², fórmula que acoge el futuro reglamento.

En cualquier caso, la incidencia de la lesión sobre la incapacidad puede ser directa o indirecta⁴⁷³. Y en su valoración se conjugan tanto la disminución en el rendimiento normal⁴⁷⁴, como el esfuerzo

⁴⁶⁹ ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1991), p. 247.

⁴⁷⁰ DE LA VILLA GIL/DESDENTADO BONETE, ob. cit., p. 514. En el mismo sentido, ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, ob. cit., p. 96.

⁴⁷¹ ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, ob. cit., p. 96.

⁴⁷² Utilizando una fórmula parecida, ALMANSA PASTOR, ob. cit., p. 410, donde puede además verse un análisis de la evolución del concepto de incapacidad permanente parcial, desde la antigua LSS de 1966 —donde el umbral de protección se situaba en el 66%— hasta la actual.

⁴⁷³ DE LA VILLA GIL/DESDENTADO BONETE, ob. cit., p. 514.

⁴⁷⁴ En cuya valoración se incorporan elementos variopintos, como el ritmo de trabajo —STSJ Murcia de 26 de abril de 1994 (Ar. 1506)— o, curiosamente, si la prestación de servicios se realiza en una empresa privada o para la Administración Pública —STSJ Canarias-(Las Palmas) de 27 de julio de 1995 (Ar. 3014).

normal para obtenerlo⁴⁷⁵. El análisis se resuelve, de esta forma, no sólo atendiendo a lo que puede rendir objetivamente el trabajador afectado, sino también a la mayor peligrosidad o penosidad que comporta el ejercicio de su actividad en esa situación⁴⁷⁶. En este sentido, al valorar la incapacidad, con independencia de la imposibilidad psíquica o física de realizar la labor, deben tenerse en cuenta otros elementos que puedan determinar la incapacidad como riesgo propio o para terceros y/o agravación del proceso o previsión de secuelas a consecuencia del trabajo⁴⁷⁷. Esto hace que puede afirmarse que «la aptitud para el desempeño de la actividad laboral habitual de un trabajador, implica la posibilidad de llevar a cabo todas o las fundamentales tareas de la misma, con profesionalidad y con unas exigencias de continuidad, dedicación, rendimiento y eficacia, y sin que el desempeño de las mismas genere riesgos adicionales o superpuestos a los normales de un oficio o comporte el sometimiento a una continua situación de sufrimiento»⁴⁷⁸.

b) La incapacidad permanente total y su peculiar «cualificación»

Cuando la incapacidad supera estos parámetros, es decir, inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, deberá comprobarse si está capacitado para dedicarse a otra distinta» —artículo 137.4 LGSS—. Para ello será preciso realizar un doble análisis. Tal y como se relató, lo primero que habrá que resolver es si puede desarrollar alguna de las profesiones que se incluyen en su grupo profesional. Si es así, no podrá declarársele este grado de incapacidad, dando lugar a la reincorporación «defectuosa» descrita. Si, por el contrario, está inhabilitado para el ejercicio de cualquiera de ellas, pero no para dedicarse a otras diferentes, entrará de lleno en el ámbito de la incapacidad permanente total.

Esta apreciación no podrá tener en cuenta, sin más, la disminución del rendimiento que provoca la incapacidad laboral. Será im-

⁴⁷⁵ ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, ob. cit., p. 96.

⁴⁷⁶ ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit., p. 247, haciendo uso de planteamientos judiciales. En el mismo sentido ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1982), pp. 226-227, y ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, ob. cit., p. 96.

⁴⁷⁷ PÉREZ PINEDA/GARCÍA BLÁZQUEZ, ob. cit., pp. 69-71.

⁴⁷⁸ Por todas, STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 31 de enero de 1995 (Ar. 56).

prescindible, para conocer si puede o no ejercitar profesiones diferentes, efectuar una exacta valoración de las capacidades residuales, a partir de las cuales se decide si se está ante una incapacidad total o, si se supera este listón, saltar a la absoluta⁴⁷⁹. No sólo hay, en este grado de incapacidad permanente, una disminución en el rendimiento, sino que además concurre una imposibilidad para trabajar en el entorno habitual de la persona⁴⁸⁰.

De este modo, el primer elemento a observar descansa sobre las mismas circunstancias utilizadas para evaluar la incapacidad permanente parcial. La diferencia estriba en conocer si la inhabilidad laboral repercute sustancialmente sobre las tareas fundamentales de la actividad. Una vez constatada dicha situación, queda por analizar un segundo elemento, que no es otro que saber si las aptitudes restantes permiten al trabajador dedicarse a actividad diferente. Sin embargo, en ninguna de estas etapas se rompe el criterio profesional, lo que impide que factores ajenos a lo meramente sanitario intervengan para decidir el paso a la incapacidad genérica para toda profesión u oficio⁴⁸¹.

Ahora bien: la aplicación de criterios meramente fisiológicos puede desvirtuar el cálculo de posibilidades que lleva a entender como factible que el trabajador pueda dedicarse a profesión diferente⁴⁸², lo que de hecho puede desencadenar situaciones materialmente injustas⁴⁸³. En efecto, la ausencia de elementos como la situación del mercado de trabajo, o la preparación de la persona inválida, impide una aproximación al estado real de las consecuencias de la incapacidad padecida. Y, por tanto, de la efectividad de las capacidades restantes del trabajador en una panorámica distinta a la puramente teórica, sin valoración de carácter subjetivo respecto de sus posibilidades ulteriores en su entorno concreto⁴⁸⁴. Adquieren de este modo fundamento las enmiendas planteadas (aunque no recogidas) a la reforma prevista del régimen de la incapacidad permanente⁴⁸⁵, en

⁴⁷⁹ Para lo cual no hay, hoy día, referencias porcentuales, aunque hay quien aprecia que aunque no aparezcan explícitamente la referencia todas supone implícitamente que este último grado se sitúa en el 100% de incapacidad, ALARCÓN CARRACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1991), p. 248.

⁴⁸⁰ ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1982), p. 231.

⁴⁸¹ ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1982), p. 230.

⁴⁸² En sentido similar, ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1982), p. 230.

⁴⁸³ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-2), p. 591.

⁴⁸⁴ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-2), p. 590.

⁴⁸⁵ CES, ob. cit. (1996), p. 9. Aunque con anterioridad no han faltado voces que afirman que estas previsiones se deducen implícitamente del propio análisis legal de

el sentido de incluir con carácter general dichas previsiones de orden social.

La ausencia de estos factores no es, con todo, absoluta en este nivel de incapacidad. La existencia de un nuevo grado⁴⁸⁶, la incapacidad permanente total cualificada, acerca a la realidad la valoración derivada de factores únicamente profesionales. Esta situación ha sido definida como una incapacidad permanente total específica a la que circunstancias concurrentes de orden objetivo y subjetivo dan una proyección invalidante genérica⁴⁸⁷. Situado en una posición intermedia entre la incapacidad permanente total y la absoluta⁴⁸⁸, no ha llegado sin embargo a cumplir con la misión que en principio tenía encomendada, ya sea como consecuencia de la interpretación judicial de sus efectos normativos, ya por los efectos del desarrollo reglamentario a que ha sido sometida.

En un primer instante, podría asegurarse que la incapacidad permanente total cualificada tiene como fin dar entrada en el terreno de la protección por invalidez a consideraciones relacionadas con la capacidad de ganancia⁴⁸⁹. Su propia configuración responde a compensar, a través de medios exclusivamente económicos, aquellos impedimentos adicionales que un incapaz permanente total puede encontrar ante la presunción conceptual de que puede dedicarse a otra actividad productiva. De este modo, cuando por la edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presume la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior —artículo 139.2 LGSS—, la prestación económica de la que se beneficia por encontrarse en incapacidad permanente total se ve incrementada en un 20%.

la incapacidad permanente total y del concepto genérico de invalidez permanente; no se entiende, si no, cómo se valora si el trabajador puede trabajar, o no, en otra cosa, ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1982), pp. 229-230.

⁴⁸⁶ Incorporado a través de la Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la Seguridad Social. Sólo aquellos inválidos totales cuyo hecho causante fuera posterior a la entrada en vigor de dicha Ley, 1 de julio de 1972, podrán acceder a los beneficios aparejados a la incapacidad permanente total cualificada: STS, u.d., de 1 de octubre de 1993 (A.L. 6/1994, pp. 334-335). Sobre el tema, vid. SEMPERE NAVARRO/MENÉNDEZ JEANNOT, «Invalidez permanente total «cualificada»: fecha de su declaración e incremento complementario de la pensión», A.L. 1/1988, pp. 1 ss y, en particular, pp. 7 ss, donde analizan la posible colusión del principio de igualdad por esta causa.

⁴⁸⁷ DE LA VILLA/DESIDENTADO BONETE, ob. cit., p. 515.

⁴⁸⁸ ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit., p. 248.

⁴⁸⁹ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-2), p. 591.

Lo que no puede entenderse es por qué, si el resultado versa en la constatación, ya teórica, de la imposibilidad de trabajar, no se asume directamente como estado de necesidad a proteger, prescindiendo de la creación de situaciones imaginarias que no tienen otra meta que reducir costes al sistema de Seguridad Social. Si no se puede trabajar, porque está claro que los factores ambientales —sin los que no puede hablarse de una correcta individualización precisa del efecto invalidante— lo harán muy complejo, se está ante una inhabilidad, no ante una ficción de dificultad para ello. Si lo que quiere es establecerse una escala de dificultades por motivos de fiscalidad, quizás sería más conveniente suprimir los grados⁴⁹⁰ y establecer una escala en las prestaciones que regulara exactamente el estado de necesidad en cada instante, coordinada con el status laboral del trabajador.

Ocurre, sin embargo, y casi debe excusarse tanta reiteración, que ante lo que se está es ante un criterio indemnizatorio que versa en la reducción psicofísica, que es la que otorga una mayor compensación económica a situaciones en las que este elemento se encuentra mucho más limitado. Así se cataloga, como se verá, la incapacidad absoluta, pero su distinción por esta causa de la incapacidad permanente total cualificada no puede sino ser considerada artificiosa y doctrinalmente rechazable⁴⁹¹.

Sea como sea, la adición de este grado al régimen derivado del artículo 137.4 LGSS parece subsanar, a simple vista, cuanto se afirmó al respecto de la ausencia de criterios ajenos a lo puramente profesional, al menos, en la incapacidad total. Sin embargo, la amplitud de los elementos de valoración legalmente previstos se ha visto drásticamente reducida por la intervención de las normas reglamentarias. En este sentido, y en una enérgica restricción del juego que de aquellos podría derivarse, los requisitos de acceso a este tipo de incapacidad se objetivan únicamente en torno a la edad del sujeto⁴⁹², que viene a situarse en los 55 años⁴⁹³.

Aquello que no eran más que criterios enunciativos y de orientación para definir la situación protegida se ha transformado, por arte de reglamento (el futuro la regula en idénticos términos), en un requisito imprescindible de acceso a aquella prestación⁴⁹⁴. Las conse-

⁴⁹⁰ Vid. MARTÍNEZ BARROSO, ob. cit. (1998), p. 37.

⁴⁹¹ DE LA VILLA GIL/DESDENTADO BONETE, ob. cit., p. 518.

⁴⁹² GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-2), p. 591.

⁴⁹³ Artículo 6.2 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio.

⁴⁹⁴ DE LA VILLA GIL/DESDENTADO BONETE, ob. cit., p. 515. Estos autores estiman que dicha actuación normativa debe considerarse, además de mezquina, torpe, ya que

cuencias son, de un lado, su manifiesta y notoria ilegalidad⁴⁹⁵, aunque ello no haya impedido su sistemática aplicación judicial, no sólo impidiendo el acceso a la pensión si no se cumple dicha edad, sino también como presupuesto automático de su acceso cuando se llega a ella⁴⁹⁶. De otro, la considerable reducción operada en la «labor de bisagra»⁴⁹⁷ que la incapacidad total cualificada tenía consagrada, entre aquellas situaciones en las que pudiendo físicamente trabajar era socialmente factible conseguirlo, y aquellas otras en las que las limitaciones físicas vedan prácticamente toda posibilidad⁴⁹⁸. Y, finalmente, debe tenerse en cuenta que la modificación de un criterio calificador en un requisito de acceso a las prestaciones contributivas tiene otro problema añadido. Su cumplimiento suele ser considerado como valor de idoneidad al tiempo de reconocerse el beneficio, lo que viene de nuevo a vincularlo únicamente a la pérdida de la capacidad laboral. Así ha venido ocurriendo, por ejemplo, al permitir la juris-

frustra en parte la intención más sutil de esta figura: evitar, a través de la incapacidad permanente total cualificada, la ampliación jurisprudencial del concepto de invalidez absoluta. Igualmente, ALVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1982), p. 234.

Esta afirmación, que era válida en el instante en que se produjo, no puede trasladarse a la actualidad. En efecto, la jurisprudencia empezó operando en el sentido de admitir la existencia de la invalidez absoluta si el trabajador podía desarrollar trabajos diferentes al que venía desarrollando, cuando en la práctica devenía harto imposible encontrarlos. Esta opinión, denominada conversión de incapacidades totales en absolutas, desapareció ante la creación de la incapacidad permanente total cualificada, lo que supuso un endurecimiento en la calificación de la incapacidad absoluta (ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1991), p. 248, ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, ob. cit., p. 98, DE LA VILLA GIL/DESDENTADO BONETE, ob. cit., p. 516, y ALMANSA PASTOR, ob. cit., p. 410). Hoy día, debido a la incorporación de este nuevo grado invalidante, está plenamente consolidado el criterio de que para el reconocimiento de la invalidez absoluta no pueden tenerse en cuenta otros elementos que los de índole profesional —tal y como podrá verse en el texto algo más abajo—.

⁴⁹⁵ DE LA VILLA GIL/DESDENTADO BONETE, ob. cit., p. 515; ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, ob. cit., p. 97; ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit., p. 248.

⁴⁹⁶ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-2), p. 591.

⁴⁹⁷ ALVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1982), p. 234, que con rotundidad afirma que la incapacidad permanente total cualificada sólo puede tener sentido como vía intermedia si se elimina el límite de edad, p. 244.

⁴⁹⁸ Valoraciones que por otra parte guardan importantes diferencias, en este campo, cuando se trata de analizar los residuales de trabajo de trabajadores de autónomos. De este modo, al trabajo por cuenta propia se le presume unas más favorables expectativas que al trabajo por cuenta propia, lo que ha servido para excluir el acceso al incremento del 20% a los trabajadores autónomos, como justificación objetiva y razonable que impide que pueda cuestionarse la ruptura del principio de igualdad. Así se ha pronunciado el TC, en Sentencia 291/1994, de 27 de octubre, y reiteradamente la jurisprudencia ordinaria, como por ejemplo realizó el TS, en unificación de doctrina, a través de la Sentencia de 24 de julio de 1993 (A.L. 2/1994, pp. 73 ss.).

prudencia unificada su compatibilidad con la percepción de otras rentas a cargo de entidades distintas a las propias de la Seguridad Social⁴⁹⁹. La consecuencia no es otra que su completa desnaturalización, al perder toda conexión con la capacidad de ganancia⁵⁰⁰.

Todo ello se resume, como corolario, en una frase: el grado invalidante por excelencia, la incapacidad permanente total para la profesión habitual, aparece claramente infraprotegido por el sistema de Seguridad Social⁵⁰¹.

c) La incapacidad permanente absoluta

Este grado de incapacidad es aquel que «inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio» —artículo 137.5 LGSS—. Este concepto, formulado en términos de estricta⁵⁰² imposibilidad e incompatibilidad laboral, ha ido suavizándose, en cierta medida, con el tiempo.

La incapacidad permanente absoluta o total genérica viene, inicialmente, conectada de forma directa y objetiva, casi mecánica, con la reducción anatómica o funcional. Son irrelevantes, por tanto, los factores ambientales o socioeconómicos⁵⁰³, lo que indica claramente su vinculación a la capacidad laboral y no a la capacidad de ganancia⁵⁰⁴. Así, será preciso un «gran deterioro físico y psíqui-

⁴⁹⁹ Entre otras, SSTS, u.d. de 30 de junio de 1992 (Ar. 120) y 11 de julio de 1994 (A.L. 44/1994, pp. 3065 ss.).

⁵⁰⁰ Sobre el particular, *vid.* GOERLICH PESET, *ob. cit.* (1996-2), p. 591.

⁵⁰¹ GOERLICH PESET, *ob. cit.* (1996-2), p. 594.

⁵⁰² DE LA VILLA GIL/DESIDENTADO BONETE, *ob. cit.*, p. 516; «Es evidente el rigor de esta definición ...», ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, *ob. cit.*, p. 248.

⁵⁰³ Por citar algunas, SSTSJ Comunidad Valenciana de 9 de julio de 1992 (Ar. 3944), País Vasco de 5 de septiembre de 1995 —Ar. 3442—. No obstante lo cual, y a pesar de los pronunciamientos incluso del TS ya citados, y que podrán verse posteriormente en el texto, aun en suplicación hay ocasiones en las que incluir factores sociales, quizás en el buen uso de las reglas de la lógica, parece inevitable. De esta manera, la STSJ Baleares de 21 de enero de 1993 —Ar. 156—, donde «ponderadas en conjunto todas las dolencias y dificultades derivadas de su analfabetismo e incluso para el habla y comunicación con sus semejantes, no parece razonable se le estime apto para algún tipo de trabajo inespecífico, pues ya limitadas desde siempre sus posibilidades de trabajo a sólo los más rudos de peonaje, e impedido para aquellos, difícilmente podría encontrar otro más liviano sometido a disciplina empresarial y sujeto como está a constantes y reiteradas crisis que provocan su internamiento en el hospital».

⁵⁰⁴ DE LA VILLA GIL/DESIDENTADO BONETE, *ob. cit.*, pp. 517-518; ÁLVAREZ DE LA ROSA, *ob. cit.* (1982), pp. 237 y 240.

co»⁵⁰⁵ que no permita al estado del trabajador «establecer un margen de utilidad valorable en el llamado mercado de trabajo»⁵⁰⁶. Sus consecuencias son evidentes: una aplicación a rajatabla de la definición legal podría convertirla en un supuesto prácticamente académico⁵⁰⁷ o de laboratorio. Piénsese en la dificultad de encontrar una disminución psicofísica que no permitiese desarrollar actividad alguna, dentro del elenco de todas las posibles ocupaciones del mercado de trabajo, sobre todo en un contexto de informatización permanente que faculta cada vez más la creación de empleos a distancia.

No obstante, es la propia LGSS la que viene a relativizar, en alguna medida, la rigurosa dicción del artículo 137.5, toda vez que, al fin y a la postre, admite que quien se encuentra inhabilitado por completo para toda profesión u oficio pueda desarrollar determinadas actividades, lucrativas o no⁵⁰⁸. En efecto, el artículo 141.2 permite compatibilizar la pensión anexa a la incapacidad absoluta con el ejercicio de actividades, siempre y cuando se acomoden al estado de salud de la persona con invalidez, y no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión⁵⁰⁹.

Esta posibilidad, que por su situación normativa estaría en condiciones de producir sus efectos a *posteriori*, ha sido no obstante utilizada por los órganos judiciales para efectuar la valoración de la incapacidad permanente absoluta desde un primer momento. De este modo, «equiparar inhabilitación para el trabajo con imposibilidad material para efectuar cualquier labor»⁵¹⁰ no parece ya factible, aunque establecer el umbral no ha sido tarea sencilla.

Así es desde el momento en el que la propia doctrina judicial unificada contempla que «sólo procede en aquellos casos en que el trabajador se encuentre, aunque su estado residual inicial se haya agravado, en situación de inhabilitación completa para toda profesión u oficio, sin que por ninguna otra circunstancia pueda transformarse

⁵⁰⁵ STSJ Andalucía (Granada) de 5 de julio de 1993 (A.L. 5/1994, pp. 284-285).

⁵⁰⁶ STSJ Murcia de 21 de abril de 1993 (A.L. 38/1993, pp. 2371-2372).

⁵⁰⁷ ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1991), p. 248.

⁵⁰⁸ LÓPEZ TARRUELLA/VIQUEIRA PÉREZ, ob. cit., p. 38. También lo órganos judiciales han mentado este efecto suavizante, STSJ Andalucía (Sevilla) de 9 de septiembre de 1992 (Ar. 6551).

⁵⁰⁹ Como quiera que a estas alturas parece inevitable, recuérdese lo afirmado sobre optimización de recursos. Ocurre que, si bien es cierto que lo normal será que las actividades a desarrollar en este supuesto sean marginales, no siempre es así, lo que tiene un idéntico tratamiento en términos económicos si no afecta al individuo en orden a la posible revisión de su capacidad laboral.

⁵¹⁰ STSJ País Vasco de 5 de septiembre de 1995 —Ar. 3442—.

una incapacidad permanente total en absoluta si los padecimientos del lesionado no son por sí mismos invalidantes en dicho grado, *de tal modo que no permitan siquiera quehaceres livianos o sedentarios*. De ahí que los componentes subjetivos, como una de las circunstancias a considerar en cada caso, que influyen para la habilidad laboral, adquieran menor entidad cuando se solicita una incapacidad en este grado»⁵¹¹. Por tanto, queda ahora por vislumbrar cómo se conjuga la imposibilidad de realizar quehaceres livianos o sedentarios cuando las previsiones derivadas de los artículos 137.5 y 141.2 LGSS juegan al mismo tiempo en el contexto valorativo de la incapacidad absoluta.

En este sentido, se ha afirmado, sobre la base de que no es posible llegar tan lejos, que el límite cabe situarlo cuando las capacidades residuales de trabajo compatibles con este nivel de incapacidad permanente sean, únicamente, aquellas con las que no pueda confeccionarse un conjunto de actitudes solventes que conformen lo esperado normalmente en el desarrollo de una profesión u oficio⁵¹². La capacidad para prestar un trabajo, desde esta perspectiva, debe reunir determinadas condiciones para que la incapacidad absoluta no pueda determinarse. De este modo, por liviano o sedentario que sea el empleo, sólo puede realizarse mediante la asistencia al trabajo, permaneciendo en él durante la jornada, estar en condiciones de consumir una tarea, siquiera leve, que ha de demandar un cierto grado de atención, una moderada actividad física; y cierto grado de interrelación de los quehaceres con otros compañeros, lo que lleva a calcular si de las condiciones de su ejercicio pueden derivarse peligros o riesgos consecuencia de la incapacidad tanto para el afectado como para aquellos; todo ello requiere de unas exigencias mínimas de dedicación, eficacia, diligencia, atención y, parece evidente, un mínimo de rendimiento y asiduidad, lo que no puede darse con la mera posibilidad de un ejercicio esporádico, sin significado suficiente para desempeñar con la debida eficacia las tareas inherentes a una cualquiera de las variadas ocupaciones que se ofrecen en el mundo laboral.

Ni, tampoco, cuando para alcanzar los niveles mínimos debe darse un verdadero afán de sacrificio por parte del trabajador, fuera de todo heroísmo o espíritu de superación excepcional por su parte, y un grado intenso de tolerancia por el empresario⁵¹³. Lo que significa que la aptitud para ejercer una actividad que impida la cali-

⁵¹¹ STS, u.d., de 22 de octubre de 1996 —Ar. 7784—. La cursiva es mía.

⁵¹² En sentido similar, LÓPEZ TARRUELLA/VIQUEIRA PÉREZ, ob. cit., p. 41.

⁵¹³ SSTSJ Cataluña de 5 de marzo de 1993 (Ar. 1504) y País Vasco de 5 de septiembre de 1995 (Ar. 3442)

ficación de este grado invalidante no puede entenderse como subsistente «por el mero ejercicio de trabajos marginales u ocasionales»⁵¹⁴. No cabe duda de que el grado de exigencia con el que se evalúen todas esas circunstancias será el que determine ese carácter mínimo de lo que se considere exigible, constatando la existencia o no de «la más completa marginación laboral»⁵¹⁵.

Es destacable, en todo caso, la complejidad de esta valoración típicamente jurídica situada, en último extremo, sobre la esfera judicial⁵¹⁶. Valoración que ha sido objeto de múltiples giros según cual haya sido en cada instante el órgano encargado de interpretarlo⁵¹⁷. Ello ha dado lugar a copiosos y variados pronunciamientos, «cuyo contenido no es posible siquiera esbozar»⁵¹⁸, que ratifica lo advertido sobre el carácter individualizante de la incapacidad.

De ahí que el desarrollo del nuevo artículo 137.3 LGSS haya intentado una aproximación a los conceptos judicialmente ofertados, objetivando las situaciones de trabajo compatibles con el pade-

⁵¹⁴ STSJ Cataluña de 1 de diciembre de 1993 (Ar. 5267).

⁵¹⁵ STSJ Galicia de 10 de marzo de 1993 (Ar. 1347).

⁵¹⁶ Y, dentro de sus diferentes circunstancias, puede decirse que la de mayor importancia es, precisamente, la de menor diámetro. En efecto, esto hace que se haya dicho que «en materia de calificación de invalidez en el ámbito jurisdiccional laboral va a quedar limitada a una tarea prácticamente exclusiva de los Juzgados de lo Social. La soberanía del juzgador de instancia en la apreciación y la valoración de la prueba pericial es tan amplia y los márgenes para la revisión son tan sutiles, que el recurso de suplicación se ha convertido ya en esta materia, en un intento vano y absolutamente frustrante en la mayoría de los casos», STSJ Andalucía de 4 de julio de 1995 (Ar. 2994). Teoría apoyada con lo ya dicho sobre la casación en unificación de doctrina en estos supuestos.

⁵¹⁷ En una revisión de la doctrina de suplicación reciente se encuentran, a favor de la calificación de la incapacidad permanente absoluta, entre otras, y además de las anteriormente citadas, SSTSJ Baleares de 24 de marzo de 1993 (Ar. 1482), Cataluña de 8 de octubre de 1993 (Ar. 4524), Cantabria de 20 de abril de 1994 (Ar. 1789), Castilla y León (Burgos) de 18 de julio de 1994 (Ar. 2942), Cataluña de 17 de noviembre de 1994 (Ar. 4379) y Andalucía (Málaga) de 4 de julio de 1995 (Ar. 2989); y, en contra, SSTSJ Galicia de 10 de marzo de 1993 (Ar. 1347), Baleares de 24 de mayo de 1993 (Ar. 2563), Cantabria de 8 de junio de 1993 (Ar. 2891), Galicia de 9 y 15 de junio y 6 de julio de 1993 (Ar. 2922 y 2929 y 3403), Cataluña de 9 de julio de 1993 (Ar. 3552), Andalucía (Málaga) de 28 de octubre de 1993 (Ar. 4428), Extremadura y Cantabria de 17 de diciembre de 1993 (Ar. 5145 y 5444), Andalucía (Málaga) de 4 de julio de 1995 (Ar. 2994) y País Vasco de 5 de septiembre de 1995 (Ar. 3442).

Una sinopsis de sentencias anteriores puede verse en ALONSO GARCÍA, «La invalidez permanente absoluta y el artículo 138.2 de la Ley General de la Seguridad Social», *R.E.D.T.* 46/1991, pp. 231 ss.

⁵¹⁸ Utilizando una expresión de ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, *ob. cit.* (1991), p. 249.

cimiento de una incapacidad permanente absoluta. Así, entiende que se alcanzará este grado cuando la incapacidad «inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio, aunque permita la realización de cometidos o funciones esporádicos o marginales». Y entiende que son estos los trabajos que «no superen las doce horas de trabajo a la semana o las cuarenta y ocho al mes, siempre que los ingresos percibidos no rebasen la cuantía del importe de la pensión no contributiva del sistema de la Seguridad Social». Cuando, lógicamente, su desarrollo no sea incompatible con el estado psicofísico que dio lugar a la calificación de la incapacidad.

Al margen de las valoraciones ya efectuadas sobre la inclusión de los márgenes de carácter económico, es indudable que facilita la acreditación al tiempo de evaluar si la actividad permite o no su compatibilidad con este nivel absoluto de la incapacidad, sobre la base observada de este «consentimiento» en algunas situaciones. Quizás lo haga de una manera un tanto «simple», combinando de forma equilibrada, pero artificiosa, los factores actividad y tiempo. Lo esporádico se mide así en virtud del tiempo durante el que se desarrolle el trabajo, siempre que este no perjudique el estado de salud de la persona afectada. Pero nada parece impedir que la actividad pueda consistir en la realización de tareas esenciales de la profesión, siempre que su ejercicio se limite a los parámetros descritos. Lo importante, de este modo, no será que no pueda desempeñar estas tareas, sino durante cuánto tiempo puede hacerlo y cómo afectará a su estado psicofísico.

En realidad, esta fórmula parece más una solución de compromiso que intenta sujetar la lógica subjetividad judicial resultante de la ausencia de un criterio normativo a estas situaciones. De un lado, porque evitar toda posibilidad de realizar una actividad productiva al incapacitado absoluto va en contra de toda política integradora, al impedir que pueda, de manera paulatina, reinsertarse laboralmente. De otro, porque debe dar alguna solución a estas situaciones de hecho buscando un método acorde con la continuidad que muestra la nueva regulación (con respecto a la existente hoy día), pero incorporando un mecanismo que salve su mayor inquietud: objetivar en lo posible la calificación de la incapacidad permanente. Todo, menos articular un verdadero reajuste de las situaciones de incapacidad mediante el que se tengan en cuenta, tal y como ya se ha hecho referencia, tanto los factores biológicos como otros de índole socioeconómico, lo que quizás tendría como resultado la homogeneidad de los grados incapacitantes total y absoluto. La diferencia vendría marcada por las prestaciones a que cada una de las situa-

ciones particulares, en virtud de las verdaderas necesidades funcionales, sociales, profesionales y económicas tuviera cada sujeto.

d) La gran invalidez

Finalmente, la LGSS considera digna de una protección especial la situación del «trabajador afecto a una incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos» —artículo 137.6 LGSS—.

Esta protección específica es más una cualidad añadida a la incapacidad permanente, consecuencia de la situación del individuo⁵¹⁹, que un «grado» de la misma, a pesar de la denominación que como tal obtiene en el artículo 137 LGSS y de la negativa que en este sentido ha expresado la jurisprudencia⁵²⁰. Su existencia, de hecho, no se da en sí misma, sino unida a uno de los grados descritos de incapacidad. Sólo en la medida en que ésta ha sido declarada, es posible valorar si las circunstancias personales hacen necesario el establecimiento de esta situación.

Cuestión distinta será qué «grado» de incapacidad habrá de declararse para optar a la misma, circunstancia sujeta a próximos cambios. Como se observa, el artículo 137.6 LGSS todavía en vigor (en virtud de la modificación operada por la disposición adicional quinta de la LISMI), mantiene su posible adscripción a cualquier grado de incapacidad permanente: parcial, total o absoluta. Sin embargo, la puesta en marcha del nuevo régimen jurídico de la incapacidad permanente supone un retroceso en la situación actual. Ello se debe a que el nuevo artículo 137 LGSS deroga el actual apartado sexto, lo que deja en manos reglamentarias la definición de la gran invalidez. Pues bien, el contenido del futuro reglamento no hace otra cosa que retornar a la regulación existente antes de la LISMI, concibiendo la gran invalidez sólo a partir de la incapacidad permanente absoluta⁵²¹. Ignora, de este modo, su propio concepto, diseñado

⁵¹⁹ Es una calificación adicional de cualquier grado de invalidez, ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1991), p. 262 y STSJ Cataluña de 18 de enero de 1993 (Ar. 410).

⁵²⁰ Entre otras, STS, u.d., de 22 de julio de 1996 (Ar. 6383).

⁵²¹ Restricción que a juicio de algunos autores (ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1998), p. 22) reabre la duda sobre su determinación o no como grado invalidante.

en los mismos términos transcritos con anterioridad, al entender que dicha imposibilidad vital sólo es posible en este último grado, vinculándolo por tanto directamente a la máxima incapacidad para el trabajo. Lo que parecía la inclusión de factores diferentes a lo exclusivamente laboral se convierte así en una adición a esto último, ignorando que las limitaciones de movilidad y las profesionales no tienen por qué relacionarse en términos homogéneos.

En cualquier caso, se vincule en exclusiva a un grado incapacitante o a todos, lo que es evidente es que responde (tanto en la actual como en la futura regulación) a una necesidad fisiológica, consecuencia de la pérdida de la autonomía vital de la persona⁵²², que requiere una protección extra⁵²³, fundamentalmente de carácter económico⁵²⁴.

La figura nuclear viene a ser la necesidad de asistencia para los actos esenciales para la vida, definidos como «aquellos que resultan imprescindibles para la satisfacción de una necesidad primaria e ineludible para poder fisiológicamente subsistir, o para ejecutar aquellas actividades indispensables en la guarda de la seguridad, dignidad, higiene y decoro fundamentales para la humana convivencia, y estimando que aunque no basta la mera dificultad en la realización del actor, no se requiere que la necesidad de la ayuda sea continuada»⁵²⁵. «Ni tampoco que la ayuda de tercera persona se requiera para todos los actos de la vida cotidiana, basta con que en algún esencial de la vida cotidiana se necesite la ayuda y colaboración de otra persona»⁵²⁶. Aunque bien es cierto que a veces se ha considerado que el auxilio no es suficiente tan sólo en alguno de estos actos, sino que se precisa

⁵²² DE LA VILLA GIL/DESDENTADO BONETE, ob. cit., p. 518.

⁵²³ ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1982), p. 245.

⁵²⁴ Incremento de la pensión en un 50% o prestaciones en especie —artículo 139.4—, permitiéndose su coexistencia con el desarrollo de la actividad lucrativa desempeñada», STSJ Andalucía (Sevilla) de 9 septiembre de 1992 (Ar. 6551). El mantenimiento de este porcentaje ha sido discutido (RODRIGUEZ DURÁNTEZ, «Problemática actual sobre la Gran Invalidez», A.L. 30/1988, pp. 1717-1718), entendiéndose que tenía sentido cuando la gran invalidez se unía irremediadamente a la incapacidad absoluta, pero que la modificación operada por la LISMI vinculándola a cualquier grado de invalidez no permite mantener dicho porcentaje. Considera que ello puede entenderse como una «laguna de ley», y que la naturaleza de este incremento «retribuir a una persona» debería homologar su entidad en todos los supuestos, como ocurre cuando se percibe en especie. Afirmaciones de evidente validez en términos materiales, aunque el texto del artículo 139.4 LGSS no admita dudas. Mucho menos tras la reforma expresada en el texto.

⁵²⁵ STSJ Castilla y León (Burgos) de 30 de septiembre de 1994 (Ar. 3277).

⁵²⁶ STSJ País Vasco de 25 de octubre de 1994 (Ar. 4073).

su necesidad «para una parte importante de los mismos»⁵²⁷, sin que proceda su reconocimiento cuando ello sea debido, en exclusiva, a la fase terminal de la enfermedad padecida⁵²⁸.

II. ASPECTOS PROCEDIMENTALES DE LA DECLARACIÓN DE LA DISCAPACIDAD JURÍDICA

8. El procedimiento calificador de la incapacidad permanente

Siendo ciertamente importantes los aspectos materiales de la acción protectora, no dejan por ello de serlo los procedimentales, íntimamente ligados a la posibilidad de disfrute de aquellas prestaciones, ya que no basta el reconocimiento de un derecho para garantizarlo, sino que ha de fijarse el cauce formal a través del cual llega a hacerse efectivo⁵²⁹.

Indicados y repasados en este trabajo los aspectos sustantivos relacionados con la delimitación jurídica de la incapacidad laboral, falta ahora por examinar los adjetivos o, lo que es lo mismo, aquellos relativos a los procedimientos para llevar a cabo su calificación. Tal y como posteriormente se realizará con la minusvalía (9), conviene aquí describir el semblante general del régimen jurídico de los aspectos procedimentales de la declaración inicial y revisión de la incapacidad permanente (8.1 y 8.4), e introducir más detalladamente aquellos aspectos problemáticos que tienen una especial incidencia en los «efectos reflejos» de la misma. A saber, aquellos que son susceptibles de provocar distorsiones sobre los efectos jurídicos que produce. De entre éstos, deben destacarse dos: la problemática surgida a raíz de la imposibilidad de declarar la incapacidad permanente cuando no se tiene derecho a prestaciones económicas (8.2) y la firmeza de la resolución que procede a su declaración cuando ello es posible (8.3). Dos son las fases en las que se divide el «complejo entramado»⁵³⁰ de

⁵²⁷ STSJ Castilla y León (Valladolid) de 18 de octubre de 1994 (Ar. 3801). Un análisis casuístico puede verse en GARCÍA NINET, «En torno a la gran invalidez. Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales del concepto, con especial referencia a la ceguera», *T.S.* 5/1991, pp. 25 ss.

⁵²⁸ Se argumenta que no es la enfermedad en sí misma la que ocasiona que el actor no pueda realizar por sí solo los actos más elementales de la vida, sino la fase terminal de dicha enfermedad, STSJ Madrid de 6 de octubre de 1997 (Ar. 224).

⁵²⁹ ROMÁN VACA, *El procedimiento administrativo de calificación y revisión de la invalidez permanente*, Tirant lo Blanch 1996, p. 13.

⁵³⁰ ROMÁN VACA, *ob. cit.*, p. 15.

la declaración de la incapacidad permanente, la evaluación del menoscabo y la calificación del grado correspondiente, cuyo régimen jurídico ha sido objeto de una cercana modificación normativa: Ley 42/1994, que dio una nueva redacción al artículo 143 LGSS, desarrollado poco después por el RD 1300/1995 y por la Orden de 18 de enero de 1996⁵³¹. Estas reformas persiguen, en sus aspectos procedimentales, dos objetivos: de un lado, resolver algunas de las habituales imprecisiones existentes en las normas jurídicas españolas; de otro, poner un cierto orden a las clásicas dificultades sistemáticas de la Seguridad Social propiciadas, entre otras cosas, por el ineficiente estilo de los cánones derogatorios⁵³², cuyo resultado fue la obtención de una sinuosa problemática derivada del entrecruzamiento de esta pluralidad normativa⁵³³. Es precisamente en este último aspecto en el que pretende darse un nuevo salto cualitativo, cuando se apruebe el desarrollo del nuevo 137 LGSS que, más que un esfuerzo de transformación sustantiva, pone empeño en buscar una mayor claridad sistemática.

8.1. *La evaluación y declaración de la incapacidad permanente*

La novedad más plausible de la reforma indicada se asienta en la unificación de las competencias que el artículo 143 LGSS ordena, reuniendo aquellas que antes venían atribuidas a distintos organismos administrativos en una sola entidad gestora: el Instituto Nacional de la Seguridad Social⁵³⁴.

⁵³¹ Estas normas legales y de desarrollo presentan cláusulas de derogación parcial de las normas reglamentarias hasta ahora en curso —RD 2609/1982—, lo que perpetúa la yuxtaposición de disposiciones de rango reglamentario temporalmente distantes, creando confusión en su aplicabilidad a la Administración, e inseguridad jurídica para administrados y beneficiarios, lo que por otra parte constituye una inveterada costumbre en esta rama del Derecho Social, BANDERA GALLEGO, «El procedimiento administrativo de declaración de invalidez en el Real Decreto 1300/1995 de 21 de julio», *R.L.* 21/1995, p. 105.

⁵³² Muy ilustrativa resulta la lectura del trabajo de DESDENTADO BONETE, «La nostalgia del sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del Código de la Protección Social», *R.L.* 7/1996, pp. 9 ss.

⁵³³ Al respecto hace referencia GORELLI HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 721. Igualmente BANDERA GALLEGO, *ob. cit.*, pp. 103 ss. Sobre los antecedentes mediatos e inmediatos de las actuales previsiones legales y reglamentarias puede verse entre otros, y además de estos autores; ROMÁN VACA, *ob. cit.*, pp. 15-23; GARCÍA MURCIA, *ob. cit.* (1985), pp. 331 ss.; y JUANIZ MAYA, «La calificación y revisión de la invalidez permanente en el sistema español de Seguridad Social», *A.S.* II/1993, pp. 2331 ss.

⁵³⁴ ROMÁN VACA, *ob. cit.*, pp. 23-24.

8.1.1. Iniciación del procedimiento

El RD 1300/1995, en su artículo 4º, establece que el procedimiento para evaluar la incapacidad puede iniciarse de oficio, a instancia de la MATEPSS o empresas colaboradoras en aquellos asuntos que les afecte directamente, y a instancia del propio trabajador o su representante legal.

El problema en este punto descansa sobre la habilitación o, mejor dicho, inhabilitación legal y reglamentaria de las empresas para comenzar el procedimiento de la calificación de la incapacidad permanente. Esta falta de legitimación activa empresarial no ha sido resuelta por el nuevo régimen jurídico, de modo que el empresario sigue sin figurar en la relación de interesados con capacidad de impulsión del procedimiento, admitiéndosela sólo cuando se trata de iniciar la revisión de una incapacidad de cuyas prestaciones haya sido previamente declarado responsable⁵³⁵.

Esta perspectiva emana, directamente, de la interpretación judicial resultante de la ambigüedad reglamentaria anterior⁵³⁶ y que ratifica la doctrina que señala que la legitimación no es posible, porque la relación material de Seguridad Social se mantiene entre ésta y el trabajador, y sólo estos, como titulares de derechos subjetivos, son los que pueden ejercitarlos. De este modo, el empresario queda excluido, salvo en caso de revisión hacia un grado inferior de la incapacidad permanente de la que previamente haya sido declarado responsable; o cuando impugne la resolución administrativa que le haya declarado responsable de las prestaciones. Y no empece esta consideración los efectos reflejos de la cosa juzgada, aquellos que repercuten sobre el contrato de trabajo, puesto que son cosa distinta y no nacen de la resolución administrativa, sino por imperativo de la ley⁵³⁷.

No obstante, debe advertirse que esta solución está pensada para un contexto normativo diferente al actual. Se parte, sin duda, de un marco jurídico en el que todavía no se ha completado la interpenetración entre reglas laborales y de Seguridad Social en la disciplina de la incapacidad. Ahora bien: a raíz de la aprobación del Estatuto de los Trabajadores existe una clara interconexión en punto a inva-

⁵³⁵ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-1), p. 60.

⁵³⁶ Básicamente, de la estructurada por el TC en Sentencia 207/1989, de 14 de diciembre, a raíz de las dudas surgidas del texto de los artículos 8 RD 2609/1982 y 7 de la Orden de 23 de noviembre de 1982.

⁵³⁷ STS, u.d., de 14 de octubre de 1992 (Ar. 7633). Sobre el particular, LACAMBRA CALVET, «Sobre la legitimación del empresario en los procesos de seguridad social relativos a invalidez permanente», *R.E.D.T.* mayo-junio/1994, pp. 505-506.

lidez entre las declaraciones de las Entidades Gestoras y las vicisitudes correspondientes del contrato de trabajo, lo que reconduce necesariamente a repensar la cuestión⁵³⁸.

Y, no sólo con respecto a ésta, sino que de igual modo puede proyectarse a otras materias, puesto que tampoco dispone de acción alguna cuando lo que está en juego no es la subsistencia o no del contrato, sino directamente el alcance de las mejoras voluntarias de Seguridad Social que pueda prever la norma sectorial aplicable en materia de incapacidad permanente. De este modo, el empresario, en caso de disconformidad con el grado de incapacidad inicialmente declarado, carece de acción judicial para intentar su modificación y conseguir la atenuación de las cargas económicas derivadas de la mejora voluntaria⁵³⁹.

La situación presente ha sido objeto de una severa crítica, que descansa en la desconsideración del tratamiento de esta materia como un derecho personalísimo del trabajador, del que este dispone de forma libérrima. Las importantes repercusiones patrimoniales que del procedimiento calificador de la incapacidad permanente se derivan, tanto sobre la Seguridad Social como sobre el empresario, no admiten aquella consideración, por lo que es preciso entender que desborda tal esfera y que, por tanto, posibilita la legitimación activa de terceros⁵⁴⁰.

8.1.2. La evaluación de la incapacidad

Consiste en la valoración de las reducciones psicofísicas y de su repercusión sobre la capacidad de trabajo. Ambas actuaciones vienen atribuidas a un nuevo órgano creado en las Direcciones Provinciales del INSS: el Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI)⁵⁴¹.

Este órgano, de configuración multidisciplinar⁵⁴², tiene como función básica elaborar un dictamen-propuesta con las conclusiones

⁵³⁸ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-1), p. 60.

⁵³⁹ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-2), pp. 607-608.

⁵⁴⁰ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-2), pp. 608-609.

⁵⁴¹ A la que se asignan las funciones antes desempeñadas por órganos diferenciados —en la adscripción orgánica y dependencia funcional— como eran las Comisiones de Evaluación de Incapacidades y las Unidades de Valoración Médicas de Incapacidades, tal y como observa BANDERA GALLEGU, ob. cit., p. 106.

⁵⁴² Un Subdirector Provincial del INSS, un Médico Inspector, un Facultativo Médico, un Inspector de Trabajo y Seguridad Social, un funcionario titular de la unidad de prestaciones económicas del INSS, un experto en recuperación y rehabi-

obtenidas en el análisis de los elementos descritos. Este informe, que será elevado al Director provincial del INSS, incluirá los detalles relativos a la lesión padecida y su repercusión sobre el trabajo, la intensidad de la misma, la contingencia que la provocó y la determinación del plazo a partir del cual debe instarse la revisión —artículo 3° RD 1300/1995—. A estos datos, la OM incorpora dos más —artículo 10°— para aquellos supuestos en los que se haya apreciado que la lesión fue originada por el incumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales: porcentaje del incremento de la pensión y expectativas de recuperación del trabajador.

Este dictamen debe ir acompañado de un informe médico consolidado, a partir del cual se realiza la valoración originaria, así como de un informe de antecedentes laborales (artículo 5° RD), con el que se conocerá la actividad productiva sobre la que analizar la incidencia laboral de la deficiencia psicofísica.

8.1.3. La declaración originaria de la incapacidad permanente

Una vez tramitado el expediente evaluatorio, el proceso de calificación concluye con la resolución declarativa de la existencia o no de la incapacidad. La competencia de su dictado recae sobre el Director Provincial del INSS, a partir del estudio del dictamen-propuesta elevado por el EVI. En ella debe declararse si efectivamente existe o no una incapacidad permanente y, en caso afirmativo, determinar su intensidad o grado invalidante, así como el plazo a partir del que puede instarse la revisión por agravación o mejoría.

8.2. *La imposibilidad de reconocer la incapacidad cuando no se tiene derecho a las prestaciones económicas*

Aunque su competencia no se agota en ese punto. Acreditados estos requisitos, debe constatarse que se dispone de las cotizaciones necesarias para poder acceder a las prestaciones económicas del grado de incapacidad que corresponda. Y es aquí donde aparece uno de los aspectos más oscuros del proceso declarativo.

litación del IMSERSO y, en su caso, un experto del Instituto de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

El problema de fondo tiene su anclaje en la imposibilidad, judicialmente acuñada, de declarar la incapacidad permanente cuando no se tiene derecho a percibir prestaciones de carácter económico. Esta temática tiene un doble punto de encuentro. El primero exige solventar la duda de si efectivamente es imprescindible que en la declaración se incluya el derecho a las prestaciones económicas. El segundo, la constatación de que ese requisito formal se vincule inexorablemente a los aspectos materiales de la declaración de incapacidad, terminando por rehusar el reconocimiento jurídico de la situación fáctica existente.

La posible inclusión del reconocimiento de las prestaciones económicas no es cuestión baldía. La cuestión se origina en la ya clásica obligación de incluir necesariamente el reconocimiento a las prestaciones económicas en la declaración formal de incapacidad⁵⁴³. Este detalle, de tinte aparentemente formalista, termina por vincularse inexorablemente al propio juicio declarativo, hasta el punto de entenderse que su reconocimiento es vital para acceder a la declaración de la incapacidad que corresponda.

La polémica surge de las diferencias interpretativas que de los preceptos reguladores de esta materia han tenido el INSS y los órganos judiciales. En efecto, han sido estos últimos los que se han encargado de consolidar esta teoría, enmendando la posición inicial del órgano administrativo que no encontraba inconveniente en desvincular el origen (la existencia de una situación incapacitante) de una de sus consecuencias (el acceso a las prestaciones económicas) a la hora de declarar la incapacidad permanente. La incógnita es si, para calificar jurídicamente una incapacidad permanente, deben presentarse complementariamente dos elementos: uno fáctico, que se resume en la existencia de una incapacidad laboral; otro jurídico, que se relaciona con la disponibilidad de carencia para acceder a las prestaciones económicas⁵⁴⁴. Esta es la solución adoptada por la jurisprudencia⁵⁴⁵, que sólo se aviene a reconocer jurídicamente la situación incapacitante cuando ambos requisitos coinciden temporalmente.

⁵⁴³ ROMÁN VACA, ob. cit., p. 57.

⁵⁴⁴ Fijada a estos efectos en el artículo 138.2 LGSS.

⁵⁴⁵ Sin perjuicio de pronunciamientos anteriores, debe destacarse la ya clásica STS de 14 de octubre de 1991 (Ar. 7659), primera de las dictadas al respecto en unificación de doctrina, por lo que en torno a ella suele girar habitualmente el análisis doctrinal.

8.2.1. Aspectos formales de la problemática

Podría pensarse que la duda tiene su origen en los artículos 138 y 143 de la LGSS. Estos preceptos regulan al mismo tiempo lo que es el origen (la declaración de la incapacidad) de una de sus consecuencias (el derecho a prestaciones), provocando dificultades en su interpretación que podrían haberse evitado si ambas fases se hubieran tratado de modo independiente.

En efecto, una primera lectura del artículo 138 puede hacer sospechar que vincula el acto declarativo de la incapacidad al derecho a acceder a las prestaciones, al afirmar que *«tendrán derecho a las prestaciones por incapacidad permanente las personas incluidas en el Régimen General que sean declaradas en tal situación y que, además de reunir la condición general exigida en el apartado 1 del artículo 124, hubieran cubierto el período mínimo de cotización que se determina en el apartado 2»*. Este período se refiere al acceso a las pensiones de incapacidad permanente, exigible tan sólo cuando ésta deriva de una enfermedad común. Sin embargo, su observación detallada puede dar lugar a consecuencias distintas. De este modo, el derecho a las prestaciones parece estar condicionado a que se cumplan los requisitos generales y de carencia exigidos, siempre y cuando las personas *«hayan sido declaradas en tal situación»*. Si es así, lo primero que hay que resolver, por tanto, es si materialmente se da o no la situación de incapacidad, y en qué grado, para proceder a su declaración *«formal»*. Una vez acreditada la misma, se valorará si cumple con las exigencias que habilitan su acceso a las prestaciones, lo que puede (y seguramente debe, si procede) realizarse en aquella resolución.

No obstante, esta primera valoración se ve enturbiada a la vista de otros preceptos legales y reglamentarios. Así, el artículo 143 LGSS otorga al INSS las competencias para *«declarar la situación de incapacidad permanente»*, pero lo hace *«a los efectos de reconocimiento de las prestaciones económicas a que se refiere la presente Sección»*, vinculando, nuevamente, el origen del problema con una de sus consecuencias. Pues bien, a la resolución de la incógnita tampoco ayuda mucho su desarrollo reglamentario. En este sentido, bien es cierto que el artículo 1 del RD 1300/1995 determina que esas competencias son las de *«evaluar, calificar y revisar la incapacidad y reconocer el derecho a las prestaciones económicas»*. Así expresado, parece separar la declaración de la incapacidad, a la que se llega tras su evaluación, calificación y, llegado el caso, revisión, del reconocimiento de las prestaciones, aunque obviamente su potestad alcanza a ambas fases del procedimiento. Siendo las cosas de esta manera, tendría plena virtualidad

lo afirmado con respecto al artículo 138 LGSS, y no sería posible desechar la declaración jurídica de una incapacidad permanente por no reunir los requisitos necesarios para el acceso a las prestaciones.

Sin embargo, las cosas no son tan sencillas. Esta norma reglamentaria (igual que ocurre con la Orden de 18 de enero de 1996) no se refiere al procedimiento para evaluar la incapacidad si no a aquél que se inicia (artículo 4) o instruye (artículo 5) en orden al reconocimiento a las prestaciones de incapacidad permanente. De esta manera, la constatación de la situación de incapacidad permanente parece que sólo obtiene validez cuando de lo que se trate sea de solventar si la persona puede, o no, acceder a las prestaciones económicas que el sistema prevé. Por ello, la situación material podrá verificarse «fácticamente», pero no tendrá reconocimiento «jurídico» si no tiene consecuencias económicas.

Y a esta solución contribuye, seguramente, el artículo 157.2.b) LGSS. En efecto, este precepto contempla la extensión de las medidas de empleo selectivo a las personas a «*quien se le haya reconocido una incapacidad permanente total de hecho*», sin que por ella se le hubiera reconocido derecho a prestaciones económicas. Expresión que, parece, parte de la base de la existencia de situación fácticas que no han dado lugar, por las razones expuestas, a la declaración «jurídica» de la incapacidad.

8.2.2. Cuestiones materiales: la finalidad de la Seguridad Social como telón de fondo

Como se observa, las argumentaciones expuestas aportan, al menos «formalmente», apoyos importantes a la imposibilidad de declarar la incapacidad permanente cuando no se tienen derecho a prestaciones económicas. Sin embargo, las decisiones judiciales no llegan a esta conclusión utilizando aquellas reflexiones, sino a través del estudio de un problema sustantivo: para qué sirven los sistemas de protección.

De este modo, la «inevitable e imprescindible» interrelación entre las dos facetas descritas, la médico-sanitaria y la jurídica responden a una razón: su imposible separación se funda en la finalidad que debe perseguir el sistema de Seguridad Social de acuerdo con el artículo 41 CE⁵⁴⁶. En esta línea, la jurisprudencia ha venido

⁵⁴⁶ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-1), p. 57.

reconociendo el carácter básico de la constatación médica de la incapacidad permanente, pero su objetivo viene directamente vinculado con la finalidad del sistema de Seguridad Social⁵⁴⁷, que no es otro que proteger situaciones de necesidad.

Para los pronunciamientos judiciales, el único fin al que responde todo procedimiento administrativo de incapacidad permanente es el de poner en marcha el sistema protector de Seguridad Social, cuyo objetivo no es otro que suplir la falta de capacidad para obtener rentas de trabajo. Desconocer lo anterior es desnaturalizar la propia esencia del expediente administrativo, permitiendo que se convierta en una estéril e inoperante constatación médica del estado de salud del trabajador, sin repercusión protectora por parte de la Seguridad Social, lo que podría propiciar situaciones de desamparo⁵⁴⁸.

8.2.3. Efectos de la teoría judicial que imposibilita la calificación de la invalidez sin derecho a prestaciones económicas

Así, son las consecuencias de la declaración económicas que la declaración pudiera tener sobre el trabajador las que imperan, no consintiendo que el propio Ordenamiento genere con sus actos una desprotección que iría en contra de su propia finalidad.

Esta solución, a la que se llega mediante un análisis finalista, y a la que posiblemente podría llegarse también atendiendo al tenor de las normas que regulan este procedimiento, es para el trabajador, sin duda, la menos mala⁵⁴⁹. Lógicamente, evita que la declaración de la incapacidad permanente sin derecho a prestaciones habilite automáticamente la extinción de su contrato de trabajo sin que la Seguridad Social compense la pérdida de su capacidad de ganancia, salvo que pudiera acceder a las prestaciones no contributivas, generalmente insuficientes. Sin embargo, ni es capaz de impedir totalmente esta consecuencia, ni tiene en cuenta las repercusiones que sobre la órbita contractual desencadena.

⁵⁴⁷ «La constancia de la no cobertura del período de cotización necesario para tener derecho a prestación económica es fundamento suficiente para que no haya una declaración o un pronunciamiento sobre situación de invalidez sin derecho a pensión», STS de 6 de febrero de 1998 (Ar. 2877).

⁵⁴⁸ Argumentaciones que pone de manifiesto MARTÍNEZ PÉREZ-MENDAÑA, «La no declaración de invalidez permanente cuando no se acrediten los demás requisitos para causar derecho a prestación económica», *R.T.S.S. julio-sept./1992*, p. 96.

⁵⁴⁹ ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, *ob. cit.*, p. 285.

a) Sus efectos sobre la extinción contractual

En primer lugar, es cierto que la solución aplicada paraliza la posibilidad empresarial de acudir a la vía extintiva del artículo 49 del ET. Pero el desconocimiento de toda operatividad «jurídica» a la situación incapacitante padecida lleva, una vez más, a ignorar la voluntad del Legislador desde un punto de vista contractual, ya que después del Estatuto de los Trabajadores ha querido vincular la extinción del contrato por defectos de capacidad física a su previa constatación por parte de la Seguridad Social⁵⁵⁰.

La solución a esta anomalía no es menos anómala, y ha sido propuesta por la misma doctrina judicial que la creó. En una especie de arreglo propuesto al empresario para evitar males mayores, se le sugiere que extinga el contrato por ineptitud⁵⁵¹, sugerencia que, como es lógico, tiene un coste añadido para el empresario, al margen de producir una alteración en otras contingencias, como el desempleo⁵⁵².

Además de que no resuelve, agotadas estas prestaciones, la pérdida de rentas. Se ha afirmado que tampoco puede hablarse en estos supuestos de una total desprotección, por cuanto que debe tenerse en cuenta la cobertura que emana de las prestaciones no contributivas⁵⁵³. Siendo esto cierto, y a pesar de que el propio TC haya hecho a ella referencia⁵⁵⁴, dicha afirmación debe tomarse con cautela. En puridad, puede afirmarse que la constatación de una incapacidad laboral en el plano fáctico no garantiza el acceso a este otro nivel de cobertura, porque ello no significa que se cumplan todos los requisitos para acceder a ellas, ni tampoco que automáticamente deba reconocerse una minusvalía. No puede olvidarse que la valoración de ambas situaciones se efectúa sobre la base de parámetros diferentes, y que lo que puede ser constitutivo de una incapacidad permanente no tiene por qué dar lugar a la calificación de una

⁵⁵⁰ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-2), p. 596.

⁵⁵¹ Para lo que, en buena lógica, la empresa debería demostrar la ineptitud sin poder hacer uso de la constatación fáctica de la incapacidad que la resolución administrativa, de cuya nulidad se ha hecho gala, estimó. En sentido contrario, RODRÍGUEZ GARCÍA, «La unificación de doctrina sobre la inadmisibilidad de declaraciones de invalidez permanente cuando no se reconoce derecho a la pensión», *D.L.* 37/1992, p. 158.

⁵⁵² GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-2), p. 596.

⁵⁵³ GARCÍA NINET, ob. cit. (1991-2), p. 36, MARTÍNEZ PÉREZ-MENDAÑA, ob. cit., p. 98 y GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-2), p. 598.

⁵⁵⁴ STC 116/1991 de 23 de mayo, f.j. 4º.

minusvalía, al menos en el grado suficiente para acceder a las prestaciones económicas⁵⁵⁵.

Existe una presunción de que ciertos «niveles» de incapacidad permanente se identifican con el porcentaje de minusvalía suficiente para acceder a las prestaciones económicas⁵⁵⁶, pero estos son la incapacidad absoluta y la gran invalidez, a los que se accede en situaciones límite de reducción de la capacidad laboral o física. Sin embargo, paradójicamente, son los propios órganos judiciales los que más dudas han vertido para su aplicación. De este modo, cuando una incapacidad permanente absoluta es constatada en el plano fáctico, si jurídicamente fue imposible su declaración⁵⁵⁷, no puede ser tenida en cuenta a los efectos de solicitar su identificación con el porcentaje de minusvalía necesario para acceder a la prestación económica. Ello requerirá, como consecuencia, una aplicación estricta de los baremos al uso para la calificación de esta situación protegida.

b) La imposibilidad de la calificación y la salud del trabajador

En segundo lugar, desconocer por razones «jurídicas» una incapacidad laboral, además de los efectos que sobre el empleador provoca, puede tener consecuencias en orden a un valor de necesaria protección en este terreno: la salud del trabajador. Ello provoca que, aun en contra de la necesaria defensa que a este bien jurídico otorga la propia Constitución en sus artículos 15 y 43, el trabajador pueda verse compelido a continuar en una actividad laboral que, con claridad, perjudica sus condiciones psicofísicas.

Ello, además, no se ve apoyado por medidas de recolocación obligatorias en la empresa, salvo que el artículo 25 LPRL tenga plena operatividad en este ámbito y exista un puesto acorde a las capacidades residuales del trabajador.

c) La «atípica» compra de pensiones

En tercer lugar, la imposibilidad de la declaración crea, de nuevo, una especie de «extraña» compra de pensiones, a la que se llega

⁵⁵⁵ Aunque en términos generales puedan utilizarse criterios comparativos, tal y como hace la STSJ Andalucía (Málaga) de 18 de noviembre de 1994 (A.L. 18/1995, pp. 1258 ss.).

⁵⁵⁶ Disposición adicional tercera del RD 357/1991 que desarrolla la Ley 26/1990 de prestaciones no contributivas.

cuando el trabajador continúa cotizando ya sea en esa empresa o en otra diferente, siendo estas válidas y eficaces para acceder a la calificación de la incapacidad anteriormente negada.

En este sentido, afirma el TS⁵⁵⁸ que manteniéndose inmutable la situación incapacitante existente en aquel momento inicial, «una vez alcanzado el período de cotización exigible y demás condiciones legalmente impuestas, ha de reconocerse al trabajador en la mencionada situación y el derecho al percibo de la prestación correspondiente, sin que quepa argüir que el hecho causante se produjo al dictarse la primera resolución, dada la nulidad de esta, siendo ello así porque el hecho causante se ha producido ahora y no en la fecha en que pretende el Instituto (INSS) fijar la causa de la invalidez».

Pero no hay que olvidar que la validez de estas cotizaciones supone, en la práctica, la ruptura de una regla básica del sistema contributivo: dar validez a cotizaciones posteriores a la actualización del hecho causante⁵⁵⁹.

En definitiva, la imposibilidad de declarar la incapacidad cuando no se tiene derecho a las prestaciones económicas crea tantos problemas como soluciona. Lo lógico sería que si objetivamente se está en situación de incapacidad permanente debería ésta reconocerse jurídicamente, al margen de la protección que pudiera corresponder a quien en esta situación se encuentre⁵⁶⁰. Igual que sería sensato que se produjeran los ajustes necesarios, de índole contractual y económico, para evitar innecesarias situaciones de desprotección.

8.3. *La ejecutividad de las resoluciones declarativas de incapacidad permanente y los efectos de su posible impugnación*

En otro orden de cosas, el artículo 6.4 del RD 1300/1995 dispone que las resoluciones serán inmediatamente ejecutivas, lo que

⁵⁵⁷ Ya sea porque el hecho causante era anterior a la fecha de afiliación inicial —STSJ La Rioja de 21 de abril de 1995 (Ar. 1375)—, ya porque no cabe traer a colación la constatación administrativa de una situación invalidante que tuvo lugar en una declaración nula e inexistente ante la imposibilidad de reconocer el derecho a prestaciones económicas —SSTSJ Andalucía (Sevilla) de 31 de octubre de 1994 (A.L. 13/1995, pp. 904-905) y Canarias (Las Palmas) de 19 de enero de 1995 (Ar. 239)—.

⁵⁵⁸ STS, u.d., de 16 de marzo de 1995 (Ar. 2017), recogiendo la doctrina sentada entre otras por las SS de 7 de febrero de 1994 (Ar. 811), de 25 de noviembre de 1993 (Ar. 9076) o, lógicamente, la de 14 de octubre de 1991 (Ar. 7659).

⁵⁵⁹ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-2), pp. 596-597, recogiendo los argumentos del voto particular a la STS de 25 de noviembre de 1993 (Ar. 9076).

⁵⁶⁰ GARCÍA NÚÑEZ, ob. cit. (1991-2), p. 36.

implica que no se suspenderá su ejecución por el planteamiento de reclamación previa o demanda⁵⁶¹.

Esta inmediatez en la vigencia de la declaración, que puede predicarse con respecto al derecho a la percepción de las prestaciones económicas, no es idéntica cuando de lo que se trata es de activar la operatividad de los efectos que sobre el contrato de trabajo pudiera tener la calificación de la incapacidad permanente. En este sentido, puede decirse que la doctrina unificada, tras algunos devaneos judiciales tanto en casación como en suplicación, ha concluido que la impugnación judicial de la declaración administrativa de incapacidad permanente enerva la secuencia extintiva del contrato⁵⁶². Este argumento, no obstante, no puede observarse en un sentido único, por cuanto que el aplazamiento temporal de la ejecutividad declarativa tiene como objetivo impedir «situaciones irreparables que pudiesen situar al trabajador sin derecho a pensión o a su puesto de trabajo»⁵⁶³.

La crítica a esta argumentación llega de la mano de la razón que la sustenta. En este sentido, se afirma que responde más a un criterio de justicia material que a su verdadero ajuste teórico. Ello significa que, dado que se trata de un criterio que lo único que pretende es defender las expectativas de reingreso del trabajador, se entiende que sólo podrá ser utilizada cuando éstas se encuentren verdaderamente en peligro si el empresario procede a la extinción del contrato⁵⁶⁴. En términos prácticos, si lo que se persigue es alcanzar un grado de incapacidad superior, carece de sentido la demora, lo que implica que esta sólo tenga sentido cuando lo que se pretende es la modificación desde un grado de incapacidad «extintivo» hacia la incapacidad parcial o la negación de la incapacidad misma.

El aplazamiento en la ejecutividad de la declaración de la incapacidad permanente quedará consolidado, de este modo, cuando de lo que se trate sea de evitar un perjuicio al trabajador provocado por la posible incorrección de la resolución administrativa original. Queda por concretar hasta cuándo se establece la inactividad de la resolución invalidante, lo que no parece problemático, por cuanto que admitida la dilación ante el procedimiento impugnatorio, ésta no puede sino perdurar hasta que el mismo concluya, y adquiera firmeza en

⁵⁶¹ ROMÁN VACA, ob. cit., p. 63.

⁵⁶² GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-1), p. 61 ss., donde puede observarse un detallado análisis de esta cuestión.

⁵⁶³ STS, u.d. de 11 de mayo de 1994 (Ar. 5355).

⁵⁶⁴ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-1), p. 62.

consecuencia el fallo judicial. Sobre el particular, no obstante, en función de las diversas consecuencias —no sólo extintivas, sino de otro orden— que la impugnación pudiera provocar sobre la relación laboral, se volverá puntualmente más adelante —C4—.

8.4. *La revisión de las declaraciones de incapacidad permanente*

Toda resolución declarativa de una incapacidad permanente deberá hacer constar el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del beneficiario, siempre y cuando éste no haya cumplido la edad de jubilación. En este sentido se pronuncia el artículo 143.2 LGSS, que regula una materia más importante de lo que aparenta⁵⁶⁵, puesto que puede hacer variar no sólo las prestaciones económicas a la incapacidad aparejadas, sino los efectos sobre el contrato de trabajo presente o pretérito.

La revisión puede solicitarse por agravamiento, mejoría o error de diagnóstico del estado incapacitante. Podrá iniciarse de oficio o a instancia de parte, incluyéndose en este último caso una novedad con respecto a la legitimación para iniciar el procedimiento en la declaración original. Introduce el artículo 4.2 del RD 1300/1995 al empresario aún cuando no sea entidad colaboradora, si bien esta posibilidad no se establece con demasiada generosidad, por cuanto que sólo le permite activar este procedimiento cuando ha sido declarado responsable de las prestaciones. Está claro que tan restrictiva posibilidad no resuelve el grueso de los problemas destacados más arriba.

La definición del plazo será realizada por el INSS, quedando aquel por tanto condicionada y sujeta al término que se recoja en la resolución calificadora de la incapacidad permanente⁵⁶⁶. Este detalle, que ha sido calificado en ocasiones como un inconveniente⁵⁶⁷, ha sido otras veces duramente criticado⁵⁶⁸, al permitir que una de las partes pueda decidir los intereses de la otra en esta materia. A pesar de que, en todo caso, deba reflejarse la expresa y suficiente motivación del plazo fijado, básicamente para posibilitar un adecuado control judicial⁵⁶⁹.

⁵⁶⁵ GORELLI FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 721.

⁵⁶⁶ BANDERA GALLEGU, ob. cit., p. 111.

⁵⁶⁷ GORELLI FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 727.

⁵⁶⁸ JUÁÑIZ MAYA, ob. cit., p. 2370.

⁵⁶⁹ ESCUDERO RODRÍGUEZ/PALOMO BALDA, «Novedades de la Ley 42/1994: en especial, en materia de contratos de fomento del empleo y a tiempo parcial, incapacidad temporal, maternidad e invalidez permanente», *R.L.* 6/1995, p. 114.

El plazo no tendrá, normalmente, carácter máximo, sino mínimo, a partir del cual se podrá instar la revisión. La superación del establecimiento de un plazo fijo permite ajustar los plazos a la diferente situación de cada persona⁵⁷⁰, ya sea para el ejercicio de control por la Entidad Gestora ante la posible mejoría de la incapacidad permanente, ya para el beneficiario en caso de su empeoramiento⁵⁷¹.

Sin embargo, se establecen dos salvedades al cumplimiento de este plazo mínimo. La primera aparece cuando el incapaz permanentemente estuviera ejerciendo una actividad productiva por cuenta ajena o propia. Esta excepción afecta tanto al INSS como al propio trabajador, sujetos habilitados por el artículo 143.2 LGSS. No obstante, se ha planteado que la dudosa dicción de este precepto no impide que las entidades colaboradoras exitasen la actuación del INSS para que iniciasen de oficio el procedimiento⁵⁷². Sea como sea, el fin de esta previsión es la constatación de si el pensionista sigue en situación de incapacidad y se ajusta a las exigencias de la misma⁵⁷³. La segunda, cuando la revisión se debe a un error de diagnóstico, en cuyo caso podrá llevarse a cabo en cualquier momento.

El artículo 143.2 LGSS establece, sin embargo, un límite máximo para instar la revisión: que el afectado haya alcanzado la edad de jubilación, que viene fijada por el artículo 161 LGSS —con carácter de normalidad— a los 65 años. Lo que, de un lado, es acorde con las previsiones del artículo 138.1 LGSS que establece esa edad como edad máxima para optar al reconocimiento de la incapacidad, siempre y cuando se reúnan los requisitos para optar a la pensión de jubilación. Y, de otro, recoge la tradicional presunción de que la mejoría es harto difícil que se manifieste, además de que es posible que el empeoramiento responda más a los característicos efectos del deterioro biológico que acompaña a la edad⁵⁷⁴ que a razones que afecten a la propia incapacidad en sí misma⁵⁷⁵. Otro argumento descansa sobre la idea de que alcanzar la edad de jubilación supone, generalmente, alejarse de la vida laboral, y al cesar ésta es difícil conocer si hay incremento o no en la falta de capacidad para el trabajo, pues no se realiza ya ninguna actividad profesional⁵⁷⁶.

⁵⁷⁰ ROMÁN VACA, ob. cit., p. 82.

⁵⁷¹ GORELLI FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 727.

⁵⁷² ROMÁN VACA, ob. cit., p. 83 y pie de página 25.

⁵⁷³ GARCÍA MURCIA, ob. cit. (1995), p. 333.

⁵⁷⁴ «... el deterioro natural que la avanzada edad origina ...», STS, u.d., de 18 de julio de 1994 (A.L. 45/1994, pp. 3184-3185).

⁵⁷⁵ En sentido similar ALARCÓN CARACUEL/GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit., pp. 248.

⁵⁷⁶ GORELLI FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 729.

Una cuestión problemática se plantea con la gran invalidez. El eventual descuelgue de la gran invalidez como grado de invalidez — en el sentido estricto de la expresión—, su diseño como una calificación adicional de cualquiera de ellos (próximamente, sólo de la absoluta), y su propia finalidad, podrían hacer pensar en la posibilidad de solicitar su reconocimiento en cualquier instante, incluso superada la edad de jubilación⁵⁷⁷. Sin embargo, como se advirtió, la jurisprudencia en unificación⁵⁷⁸ se ha encargado de desmentir esta idea, identificando la gran invalidez (por su inclusión en el artículo 137 LGSS) como un grado más, y haciéndole por tanto extensiva la prohibición que establece el artículo 143.2.I LGSS.

9. El procedimiento administrativo de calificación de la minusvalía

Las consecuencias de la calificación de la minusvalía son más amplias, a tenor de las previsiones de la LISMI⁵⁷⁹, que las que se derivan de la calificación de una incapacidad permanente. La declaración administrativa que acredita encontrarse en aquella situación traza múltiples expectativas, todas ellas dirigidas a la consecución de beneficios de índole muy diversa. La acreditación de la condición de minusválido permite el acceso a una amplia gama de posibilidades, ya sean del sistema de Seguridad Social, ya externas a él, cuyo objeto no es otro que poner a su alcance aquellas prestaciones que permitan equilibrar en lo posible sus desventajas en sociedad.

Tal es así, que la calificación de minusvalía va a ser imprescindible para acceder a una importante batería de medidas positivas que ha configurado el Ordenamiento jurídico español. De este modo, en el ámbito laboral, la incorporación subjetiva a determinadas fórmulas de fomento del empleo, ya vengan definidas como ayudas de carácter laboral o fiscal, y sean económicas o en especie, no puede realizarse sino es mediante la justificación de haber obtenido la declaración de minusvalía. Con independencia de que esta se consiga directamente, o de manera derivada (cuando ello sea posible) tras obtener la homologación de la situación de incapacidad permanente que con anterioridad se adquirió.

⁵⁷⁷ En este sentido se pronuncia GORELLI FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 730.

⁵⁷⁸ Entre otras, STS, u.d., de 9 de mayo de 1995 (Ar. 3756).

⁵⁷⁹ STSJ de 21 de febrero de 1995 (Ar. 630).

La tramitación administrativa del procedimiento declarativo puede, a simple vista, no estar revestida de grandes laberintos. Y, en la práctica, la resolución del expediente no parece compleja, toda vez que el núcleo sobre el que gravita es la valoración de los elementos médicos y sociales. Ahora bien: en la medida en que existan discrepancias en esta evaluación, la llegada del conflicto a términos judiciales muestra un proceso con ciertas dificultades. En efecto, la profusión de normas en esta materia, y (cómo no) la deficiente técnica derogatoria utilizada, muestra una variada confusión normativa que, en ocasiones, no tiene nada que envidiar a lo que ya se afirmó en el procedimiento de incapacidad permanente⁵⁸⁰. Aunque hay que advertir que también aquí se aproximan reformas reglamentarias que, con un ánimo esencialmente sistematizador, ofrece un nuevo cauce normativo al procedimiento de reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

Procede ahora, por tanto, describir cuáles son las fases administrativas de que consta la declaración de minusvalía (9.1). Así como los problemas más relevantes detectados en fase judicial (9.2).

9.1. *Tramitación y resolución del expediente administrativo: normativa aplicable y notas generales de las diferentes fases administrativas*

La entrada en vigor de la LISMI hacía pensar que se iba a producir un desarrollo normativo de sus previsiones en materia de calificación de la minusvalía, en sustitución de las normas preexistentes. Esta actividad se ha llevado a cabo en fechas recientes. De este modo, el procedimiento a seguir para acreditar la minusvalía viene regulado, hoy día, en el RD 1971/1999⁵⁸¹, cuya vigencia, en principio, no puede ponerse en duda⁵⁸². De este modo, las normas que regulan las prestaciones derivadas del sistema instaurado por la LISMI, y para las que la acreditación de la situación de minusvalía es requisito *sine qua non*, se remiten a ella en esta materia⁵⁸³.

⁵⁸⁰ ALONSO GARCÍA, ob. cit. (1997), p. 65, ha afirmado que su regulación es caótica y, muchas veces, inconexa.

⁵⁸¹ Que viene a sustituir al RD 1723/1981, de 24 de julio, de reconocimiento, declaración y calificación de las condiciones de subnormal y minusválido y Orden de 5 de enero de 1982 del MTSS. Recuérdese que el término subnormal fue proscrito por el RD 348/1986, de 10 de febrero.

⁵⁸² ALONSO GARCÍA, ob. cit. (1997), pp. 64 ss., que afirma su plena validez de manera más contundente.

⁵⁸³ Las disposiciones transitorias primera del RD 383/1984 directamente, e indi-

A diferencia de lo que ocurre en la incapacidad permanente, el Ordenamiento jurídico ha dejado claro que una cosa es la declaración de la minusvalía, competencia de unos órganos administrativos y sometida a un régimen jurídico determinado, y otra diferente las prestaciones para la que dicha declaración pueda habilitar. A pesar de que esta afirmación haya sido puesta en duda, ocasionalmente, por los órganos judiciales (9.2), tras la discordia creada al decidir a qué orden jurisdiccional corresponde resolver estos conflictos.

9.1.1. Cuestiones en torno a la competencia

La competencia para calificar la minusvalía corresponde a las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO), o al organismo de las Comunidades Autónomas que corresponda si han asumido dichas funciones⁵⁸⁴.

9.1.2. El equipo de valoración

La evaluación de su situación médico-sanitaria y social será efectuada por el Equipo de Valoración y Orientación (EVO) de los Centros Base del IMSERSO o de las Comunidades Autónomas.

Estos equipos han venido a absorber las previsiones del artículo 10 de la LISMI, en el que se ordena la creación de los llamados equipos multiprofesionales, a los que atribuye la función de valorar y diagnosticar la minusvalía, derivando su composición y funcionamiento al desarrollo reglamentario. Aun cuando ese desarrollo no se produjo estrictamente, la vía utilizada consistió en hacer que los EVO asumieran las funciones previstas en la LISMI para los equipos multiprofesionales, convirtiéndose por tanto en la misma cosa⁵⁸⁵. Y así

rectamente la disposición adicional 2ª del RD 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla en materia de pensiones no contributivas la Ley 26/1990. El RD 1971/1999 viene a sustituir, además, a la Orden de 8 de marzo de 1984, que contenía hasta ahora los baremos de referencia para el cálculo de la minusvalía.

⁵⁸⁴ La disposición adicional segunda de la LISMI ordena que lo dispuesto en ella se entienda sin perjuicio de lo previsto en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas.

⁵⁸⁵ Algunos autores (AZNAR LÓPEZ/AZÚA BERRA/NIÑOS SÁEZ, ob. cit.) se han planteado la duda de si la Ley, cuando habla de equipos multiprofesionales, utiliza las minúsculas porque no se refiere a uno concreto, sino a cualquiera que, con el nombre que sea, realice las mismas funciones. En este sentido, surge el dilema de si

va a seguir siendo, de consolidarse las novedades reglamentarias, en las que de otro lado se define con mayor precisión su composición ⁵⁸⁶.

9.1.3. La resolución administrativa

El dictamen emitido por el EVO servirá de base para la resolución definitiva, siendo ésta adoptada por la Dirección Provincial de Servicios Sociales u organismo autonómico que corresponda —art. 10 RD 1971/1999—. Esta resolución administrativa puede tener carácter definitivo o temporal, siendo en este último caso declarada con carácter provisional cuando el EVO prevea la posibilidad de recuperación total o parcial.

9.1.4. La revisión de la minusvalía

En este caso, el IMSERSO o entidad autonómica, de oficio, ordenará la revisión y actualización del dictamen técnico-facultativo a partir de la fecha estimada en que concluya el plazo de la declaración provisional, según se calcule que las medidas rehabilitadoras permitan la recuperación total o parcial de los afectados —11 del RD 1971/1999—.

El órgano calificador deberá, en todo caso, precisar el plazo máximo en que deberá efectuarse la primera revisión, y en ésta, el plazo en que deberán realizarse las siguientes. Ello no impide que la Entidad Gestora, cuando entienda que cualquiera de los requisitos acreditados para acceder a las prestaciones han sufrido alguna modificación, proceda a la revisión en cualquier instante ⁵⁸⁷.

Por lo que respecta al interesado, el artículo 5º del RD citado establece la facultad de instar la primera revisión una vez transcurridos dos años desde el reconocimiento inicial, y un año desde la resolución de la revisión anterior. En todo caso, cuando se acredite

esta expresión indica que el diagnóstico y la valoración deban efectuarse por un equipo (forma de actuación) multiprofesional (composición), y no por uno específico que nazca desde la propia LISMI.

⁵⁸⁶ Los equipos multiprofesionales estarían formados por un Presidente, que realizará funciones de coordinación, y por un médico, un psicólogo y un trabajador social, como mínimo; además de cuantos profesionales estime el Presidente que deben incorporarse al mismo según los casos.

⁵⁸⁷ Sobre el régimen a seguir para la revisión a estos efectos puede verse la STSJ Castilla-La Mancha de 15 de septiembre de 1995 (Ar. 3588).

suficientemente error de diagnóstico o se hayan producido cambios sustanciales en las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento de grado.⁵⁸⁸

9.2. Conflictos de orden jurisdiccional y consecuencias de la calificación

Las resoluciones administrativas de calificación de la minusvalía son, lógicamente, recurribles ante los órganos judiciales, una vez culminado el sistema de recursos administrativos mediante la interposición de la reclamación previa. Si se sigue la línea planteada en el punto anterior, conocer cuál es el orden judicial al que debe acudir para impugnar la declaración de minusvalía es tarea sencilla: el artículo 12 del RD 1971/1999 (igual que hacía su antecesor, el RD 1723/1981) declara que la vía adecuada no es otra que la jurisdicción social.

Sin embargo, esta premisa está lejos de haber sido pacíficamente aceptada por los Tribunales. Dos son los motivos a que debe hacerse referencia. El primero, las dudas que la vigencia de la norma anteriormente vigente suscitaba. El segundo, una desafortunada tendencia judicial de confundir el fin con el medio, cuando de lo que se trata es de resolver la calificación de la minusvalía.

9.2.1. El cuestionamiento de la vigencia de ciertas normas.

En primer lugar, la actualidad del RD 1723/1981 fue cuestionada judicialmente, a pesar de los argumentos a su favor esgrimidos con anterioridad, aun cuando la entrada en vigor del RD 1971/1999 resuelve definitivamente este problema. Se arguía⁵⁸⁹ que la entrada en vigor de la LISMI modificó el cuadro normativo referente al ejercicio de acciones en vía jurisdiccional, por impugnación de las resoluciones administrativas referentes a la declaración del beneficiario por minusvalía, aportaciones económicas y acciones asistenciales de cualquier índole. Siguiendo esta línea, el RD 383/1984, en su artículo 46, disponía que las resoluciones dictadas por las Direcciones Provinciales del IMSERSO serán revisadas por el orden contencioso-adminis-

⁵⁸⁸ En el mismo sentido, ALONSO GARCÍA, ob. cit. (1997), p. 73.

⁵⁸⁹ SSTSJ Castilla y León (Valladolid) de 21 de febrero de 1995 (Ar. 630), Comunidad Valenciana de 26 de abril de 1995 (Ar. 1754), Murcia de 4 de mayo de 1995 (Ar. 2083), Andalucía de 29 de noviembre de 1995 (Ar. 4194) y 16 de enero de 1996 (Ar. 784).

trativo. Sobre esta base se decidía que sea este orden el que deba entender de las pretensiones sobre reconocimiento de la condición de minusválido, ya venga o no esta solicitud acompañada de petición de prestaciones. Adoptándose dicha decisión, además, al margen de las previsiones de la Ley 26/1990 y del RD 357/1991, de las que se entiende sólo remiten al orden social las pretensiones correspondientes a las prestaciones económicas que en ellas se regula, y que a su través se incorporaron a la Seguridad Social.

Esta teoría, configurada en suplicación, no podía compartirse. La misma idea que sirve para desechar la inutilidad de las previsiones de la Ley 26/1990 y su norma de desarrollo servía para desechar la aplicación del artículo 46 del RD 383/1984 en este punto. Si el artículo 25 del RD 357/1991 remite al orden social las reclamaciones sobre las pensiones que integra en la Seguridad Social, el artículo 46 del RD 383/1984 remite al orden contencioso-administrativo sobre las prestaciones que crea al amparo de la LISMI. Una de dos, o aquella norma extendía dicha pretensión a las declaraciones de minusvalía (y por tanto desde su entrada en vigor es el orden social el habilitado para ver estos asuntos)⁵⁹⁰, o esta última tampoco podía hacerlo y por tanto nunca consintió que fuera el orden contencioso-administrativo el que instruyese estas causas. Y esta postura parece ser la adecuada, porque, una vez más, cabe recordar que una cosa es la calificación de la minusvalía, que juega a modo de herramienta multiusos, y otra los beneficios o utilidades que a su través puedan obtenerse⁵⁹¹. En todo caso, no ha sido esta la doctrina mayoritaria de los órganos judiciales, ni en suplicación como se ha visto, ni en unificación como se verá.

9.2.2. La discutida competencia de los órganos jurisdiccionales y su resolución: la próxima modificación normativa

Pero aún hay otra cuestión, que se manifiesta cuando lo que se pretende es la obtención de una prestación administrativamente

⁵⁹⁰ Posición sostenida por la STSJ Madrid de 22 de enero de 1992 (Ar. 475) y duramente criticada por algunas de las sentencias anteriormente citadas.

⁵⁹¹ La valoración y calificación de la minusvalía tiene una naturaleza primordialmente técnica, y es presupuesto para el reconocimiento de las prestaciones que correspondan [ÁZNAZ LÓPEZ/AZÚA BERRA/NIÑOS SÁEZ, ob. cit., p. 48]. De todas ellas, y no sólo de algunas, a pesar de que haya llegado a afirmarse, al límite, que «todos los procedimientos que versan sobre la declaración de minusvalías tienen como finalidad el conseguir una prestación de carácter económico», STSJ País Vasco de 21 de marzo de 1995 (Ar. 1228).

denegada, encontrándose la base de la pretensión en la discrepancia sobre el grado de minusvalía otorgado. En este caso, lo que debía convertirse en un juicio sobre el acceso o no a las prestaciones, se reconvierte en una revisión sobre la calificación de la minusvalía realizada. Esta cuestión tiene dos peculiaridades: la primera que, como cabe a estas alturas entender, los tribunales que de ello se encargan suelen ser aquellos que tienen atribuida la competencia de resolver los conflictos en orden a las prestaciones; lo segundo, que ambas cuestiones se resuelven en un mismo procedimiento⁵⁹².

De este modo, se acaba por decidir qué grado de minusvalía padece una persona por el juzgado o tribunal que, *a priori*, debiera resolver en exclusiva si corresponden o no las prestaciones solicitadas⁵⁹³. Si éstas no se encuentran en el ámbito de la Seguridad Social (prestaciones LISMI), el orden adecuado es el contencioso-administrativo⁵⁹⁴. Si, por el contrario, se encuentran dentro del sistema, será el orden social de la jurisdicción el que verá el encargado de ver el asunto⁵⁹⁵.

La razón aducida por estos últimos pronunciamientos, expresada para este supuesto pero que por su argumentación serviría perfectamente para el anterior, viene de la mano de los criterios siguientes: 1) no tiene sentido que los tribunales laborales tengan competencia para resolver sobre el otorgamiento o denegación de las pensiones no contributivas y no pudiesen entrar en la cuestión básica o fundamental que dicha resolución suscita, que no es otra que la concreción del grado de minusvalía; 2) entender que esto último es competencia del orden contencioso-administrativo (del social en el

⁵⁹² Lo que puede provocar una situación anómala, al tratar de conseguir a través de una pretensión declarativa de reconocimiento de la condición de minusválido la obtención de prestaciones económicas, reconvirtiéndola en una de condena. ALONSO GARCÍA, ob. cit. (1997), pp. 83 ss.

⁵⁹³ De este modo, las cuestiones litigiosas que surjan respecto de la actividad de la Administración para la protección de los minusválidos fuera del ámbito de aplicación de la Seguridad Social, y en especial a la que atiende la LISMI, y con la excepción de las prestaciones recuperadoras y del empleo selectivo que figuran en la LGSS, son competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa —STSJ Castilla y León (Burgos) de 14 de marzo de 1993 (Ar. 571), que declara además competente al orden social para resolver una demanda sobre reconocimiento de minusvalía porque la declaración se promueve para que un trabajador pueda ser recolocado en la empresa en la que presta servicios—. Aquellas incluidas en el sistema de Seguridad Social lo serán, por tanto, del orden social.

⁵⁹⁴ Así ha sido desde la STS, u.d., de 27 de enero de 1993 (Ar. 278) hasta, por citar alguna próxima, la STS, u.d. de 3 de mayo de 1995 (Ar. 5353).

⁵⁹⁵ SSTs u.d. de 9 y 23 de febrero y 22 de marzo de 1996 (Ar. 2059, 1502 y 2310).

supuesto primero) no sólo supone una inadmisibile división de la continenia de la causa, sino que además prácticamente repliegan la actividad que en estos casos despliegan los Tribunales del orden social a un papel meramente servil o subordinado; 3) si fuera así, se obligaría en muchos casos a quienes pretenden obtener una pensión a seguir dos procesos distintos ante órdenes distintos, a pesar de que se trata de una sola pretensión y una sola problemática, conclusión esta tan contraria al buen sentido y a los principios rectores del proceso que hace patente la inviabilidad de esta tesis.

La tripleta argumental citada admite diversas consideraciones. La primera ha sido suficientemente valorada, por cuanto que una cosa son los razonamientos jurídicos fundados en derecho y otra cosa el utilizar indebidamente las armas procesales⁵⁹⁶. El segundo puede subsumirse en el primero: las cosas a veces son como son y no como deben ser. El tercero admite consideraciones positivas, por cuanto que es evidente que puede llegar a causar perjuicios innecesarios; pero para evitar dicho inconveniente sería necesaria una limpieza normativa que, una de dos, bien sitúe en un mismo prisma calificación y prestación, o bien someta definitivamente una a otra. Bien es cierto que en este último aspecto pueden darse menos problemas cuando de resolver prestaciones del orden social se trate, al coincidir en ambos casos el orden competente. Pero el problema no se resuelve cuando la prestación sea ajena al mismo, lo que a pesar de la dinámica atractiva de la Seguridad Social es menos probable, pero todavía sigue siendo posible.

La solución a esta polémica ha llegado de la mano de la nueva normativa reglamentaria. En ella, claramente, se establece que contra las resoluciones definitivas que sobre reconocimiento de grado de minusvalía se dicten por los Organismos Competentes, los interesados podrán interponer reclamación previa a la vía jurisdiccional social de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de la LPL.

Se retoma, por tanto, la vía social ya establecida en el RD 1723/1981. Hay que esperar, de una vez por todas, el respeto a lo señalado en tantas ocasiones: una cosa es la declaración de minusvalía y otra diferente qué quiera obtenerse con ella. De este modo, una reclamación que verse sobre la acreditación de esa condición no puede sino resolverse en este orden jurisdiccional. No parece adecuado que en los casos en los que se reclame una prestación que deba ventilarse en el orden contencioso-administrativo sea este el

⁵⁹⁶ ALONSO GARCÍA, ob. cit. (1997), p. 87.

que resuelva aquella cuestión. Denegado el grado de minusvalía necesario para acceder a la misma por el órgano administrativo o jurisdiccional social, según los casos, no podrá el órgano contencioso resolver de nuevo sobre esta cuestión. Podrá sí, evidentemente, resolver las cuestiones que afecten al resto de los requisitos de acceso a la prestación, ejercicio de control para el que está plenamente habilitado, pero no para fiscalizar si la evaluación realizada sobre el grado de minusvalía es correcta o no. El solicitante podrá, en todo caso, activar las vías adecuadas de recurso ante una calificación no favorecedora a sus pretensiones, con ánimo de consolidar el primero de todos los requisitos necesarios para acceder a cualquier prestación: obtener el grado de minusvalía suficiente.

CAPÍTULO 3

LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

1. La promoción del ingreso al trabajo. Cuadro general de los instrumentos existentes en el Derecho español

La integración laboral de los colectivos con especiales dificultades, entre los que se encuentran las personas con discapacidad, ha tenido un significado especial para la política de empleo durante estos últimos años. La necesidad de una «especial» atención responde a la existencia de unos clásicos y dañinos prejuicios que limitan seriamente las expectativas del normal desarrollo de su actividad productiva⁵⁹⁷.

Son estos prejuicios los que sitúan a las personas con discapacidad en una situación de desventaja previa, desigualdad de partida que requiere de mecanismos públicos de reparación. Pero no cualquier actuación en este sentido es válida. Hay que contar con una política pública que no se quede, como ha venido ocurriendo, a medio camino a la hora de imponer medidas efectivas que reequilibren la normalidad quebrada⁵⁹⁸. La eficacia de las medidas de in-

⁵⁹⁷ Resistencia de los empleadores que tiene su justificación, muchas veces, en una base errónea: que los niveles productivos de las personas con discapacidad son necesariamente inferiores. International Center for Disabled, *The ICD survey II employing disabled americans*, I.C.D., Nueva York 1987.

Así se ha afirmado que la incorporación de las personas con discapacidad ha estado sumida en el prejuicio y atenazada por bienintencionados enfoques proteccionistas y asistencialistas. Como consecuencia de este prejuicio, la sociedad en general y los empleadores en particular tienden a identificar antes la dificultad que la capacidad. MÉNDEZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 359.

⁵⁹⁸ Aunque se está produciendo un cambio normativo, en general, el Ordenamiento jurídico refleja y regula políticas de marcado contenido pasivo, en lugar de atender a la adopción de nuevas políticas activas. DE LORENZO «El CERMI y el Plan de Medidas Urgentes para la Promoción de Empleo de las Personas con Discapacidad», en *La situación del empleo de las personas con discapacidad en España. Propuestas para su reactivación*, AA.VV., Escuela Libre Editorial, Madrid 1998, pp. 33-34.

tegración laboral, además de contribuir a la recuperación personal del individuo —máxime en una sociedad como la actual en la que el trabajo no sólo es un medio de sustento, sino también de reconocimiento—, tiene una evidente significación colectiva. Ello se debe a que la transformación de sujetos pasivos en activos incide positivamente tanto en la producción material como en el progreso económico⁵⁹⁹. Con todo, esta visión economicista no deja de ser secundaria, encontrándose el fundamento original en razones ya tratadas: el status que la persona con discapacidad tiene como persona y el que tiene como miembro de una comunidad. Es así como las políticas de discriminación positiva a favor de los discapacitados constituyen una necesidad, para hacer realidad los principios constitucionales de igualdad real y efectiva y plena participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social⁶⁰⁰.

Las dificultades que encuentran las personas con discapacidad, para acceder a los servicios comunes de la sociedad, requieren de mecanismos particulares de intervención que las aproximen al uso y disfrute de lo que es normal, corriente u ordinario para todos los ciudadanos. Este proceso evita lo que sin su ayuda llevaría a las personas con discapacidad, muchas veces, a verse perpetuadas en una especial forma de marginación que, contemporáneamente, ofrece una manifestación distinta: se ha pasado de la trampa de la pobreza a la trampa de la prestación, en perjuicio de la integración laboral, vía fundamental de integración social y desarrollo personal en esta sociedad⁶⁰¹.

Esta perspectiva se encuentra en la base de la consolidación de las nuevas orientaciones jurídicas y políticas en esta materia. Es así como la protección se establece a través de una tutela garantista antidiscriminatoria de las llamadas capas débiles del mercado de trabajo, fruto del principio de no discriminación⁶⁰², asegurando, jun-

⁵⁹⁹ MARTÍN VALVERDE, «Pleno empleo, derecho del trabajo y deber de trabajar en la Constitución Española», en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEC, Madrid 1980, p. 197. Se afirma que la sustitución de una prestación, sea esta contributiva o no contributiva, por un empleo protegido u ordinario supone un ahorro del gasto público, DE LORENZO, ob. cit. (1998), p. 50.

⁶⁰⁰ DE LORENZO, ob. cit. (1998), p. 25.

⁶⁰¹ DE LORENZO, ob. cit. (1998), pp. 45 y 22.

⁶⁰² Que ha obtenido un importante respaldo recientemente a nivel europeo (Tratado de Amsterdam y Cumbre de Luxemburgo) en materia de discapacidad, RODRÍGUEZ PIÑERO, ob. cit. (1999), p. 5.

⁶⁰³ RODRÍGUEZ PIÑERO, ob. cit. (1983-2), p. 458.

to a la igualdad de trato, la igualdad de oportunidades⁶⁰³. Este tratamiento debe tener, como consecuencia más inmediata, la efectiva reducción de la desigualdad real que padecen⁶⁰⁴, mediante la puesta en marcha de fórmulas activas de empleo que prioricen el trabajo sobre la prestación⁶⁰⁵.

1.1. *Las actuaciones normativas y políticas*

Esta tutela, directamente impulsada desde la propia Constitución Española, encuentra su lógica manifestación en las normas laborales. Las previsiones que, en general contienen los artículos 9.2 y 14 de la CE y que, en particular, reitera el artículo 49 para las personas con discapacidad, se ven reflejadas tanto en la L.B.E. (artículos 8, 10 y 13), como en el E.T. (artículo 17) y, muy particularmente, en la LISMI (artículos 37 a 48) y la LGSS (artículos 157 a 159). Así como en sus disposiciones reglamentarias a las que posteriormente se hará referencia.

Todas estas normas, además, han ido actualizando su contenido a raíz de una importante actuación de carácter político e institucional que conviene destacar, aunque sea a título indicativo⁶⁰⁶. Un paso importante en esta tarea de renovación y reactivación normativa vino marcado por el «Plan para la reactivación del empleo de las personas con discapacidad» elaborado por el CERMI en 1993 y por el «Informe sobre la situación y el empleo de las personas con discapacidad y propuestas para su reactivación» del Consejo Económico y Social de 1995. En este contexto, el CERMI confeccionó un nuevo «Plan de medidas urgentes de fomento del empleo de personas con discapacidad» en 1996 que dio lugar a la aprobación por el

⁶⁰⁴ DE LORENZO, ob. cit. (1998), p. 23, afirmando que esta actividad no sólo responde a un problema de justicia social, sino que también supone que cada minusválido parado que encuentra un empleo deja de ser receptor de prestaciones, amén de contribuir a su plena realización personal y ayudando a incrementar el desarrollo y la prosperidad de la comunidad en la que se inscribe.

⁶⁰⁵ Sin perjuicio de que esta se recupere finalizada la actividad productiva, algo que contempla ya la normativa de Seguridad Social y que debe valorarse muy positivamente.

⁶⁰⁶ Aunque las referencias a estos instrumentos pueden encontrarse en diversos trabajos, las que aquí se realizan han sido extraídas del análisis sistemático efectuado por CABRA DE LUNA, «Un giro en la política de empleo de discapacitados: el Plan CERMI, estado de situación y perspectivas», estudio actualizado de la conferencia pronunciada en el Curso Discapacidad y Mercado Laboral, UIMP-Valencia 23-27 de noviembre de 1998 (ejemplar fotocopiado), pp. 7 ss.

Consejo de Ministros del «Plan de empleo para personas con discapacidad» de 1997 y a la firma de un acuerdo entre el MTAS y el CERMI que recoge básicamente el Plan presentado por este último en 1996. Paralelamente, en proceso de elaboración del Plan Plurianual de Empleo del Reino de España, compromiso adquirido en la Cumbre de Essen, se incluyen dentro de su contenido las directrices de la Cumbre de Luxemburgo de 1997 (directriz 19), relativa a favorecer la inserción de los minusválidos en el trabajo. Esta secuencia culmina con la incorporación de diversas medidas para mejorar la capacidad de inserción laboral de este colectivo en el Plan de Acción para el Empleo del Reino de España de 1998, lo que ha desembocado en la consiguiente modificación de diversas normas.

1.2. *La presencia de un factor colateral: las dificultades de otros colectivos*

En cualquier caso, debe advertirse que la actividad pública (de carácter político y jurídico) relatada, se realiza en un contexto de permanente generalización muy marcada por los acontecimientos socioeconómicos de los últimos tiempos. Ello ha supuesto la permanente ampliación de los colectivos por ella atendidos, efecto de una (siempre presente) crisis económica cuyos indicadores laborales ha colocado a la política de empleo en un primer plano. Y no sólo como un instrumento de incorporación de colectivos con tradicionales dificultades de acceso al trabajo, sino como necesidad para atender a los nuevos colectivos que, coyunturalmente primero, y ahora ya de manera estructural, encuentran graves problemas de ingreso en el mercado laboral⁶⁰⁷.

Esta perspectiva más global de la política de empleo supera una intervención de cariz más cualitativo, para hacer mayor hincapié en sus aspectos cuantitativos⁶⁰⁸, actuando de este modo, básicamente, sobre el volumen de trabajo⁶⁰⁹. Bien es cierto que de ello no cabe deducir que el ordenamiento jurídico haya desatendido a los colec-

⁶⁰⁷ Un interesante análisis sobre el particular puede verse en LÓPEZ GANDÍA, ob. cit. (1980), pp. 73 ss.

⁶⁰⁸ Aspectos ambos característicos de la política de empleo, según PALOMEQUE LÓPEZ, *La política de empleo en España (1977-1982). Un quinquenio de política centrista ante la crisis económica*, IELSS, Madrid 1985, p. 16.

⁶⁰⁹ QUESADA SEGURA y otros, *Lecciones de derecho del trabajo*, C.E.R.A., Madrid 1994, p. 362.

tivos con mayores desventajas, porque tal y como se ha relatado presta una atención cada vez más intensa y rigurosa a estas últimas situaciones. Sin embargo, la generalización de beneficios públicos de fomento del empleo, de un lado, y la escasa diferencia entre las ayudas destinadas a unos u otros grupos, de otro, ha supuesto en ocasiones un impedimento para vencer las adicionales dificultades de inserción laboral de las personas con discapacidad.

1.3. *La delimitación de los aspectos a analizar*

Estos comentarios sirven para presentar una de las vías utilizadas por el ordenamiento español para la integración del colectivo objeto de este estudio: el fomento del empleo, entendido como la incenti-vación pública de la iniciativa económica privada⁶¹⁰, cuyo análisis se llevará a cabo en la primera parte de este Capítulo.

Pero las piezas que componen la política de empleo no se agotan en las medidas de fomento⁶¹¹, sino que se ven acompañadas de otro tipo de fórmulas no tan «estimulantes» que, también es verdad, son mecanismos exclusivos que en alguna medida marcan la diferencia entre este colectivo desfavorecido y otros. Son aquellos que exigen a los empleadores la contratación, ya sea reservando a las personas con discapacidad cierto número de puestos de trabajo, ya exigiendo la reincorporación de aquellos trabajadores cuya capacidad laboral disminuida ha mejorado. Estas medidas coactivas, conocidas como medidas de empleo selectivo, deben ser igualmente objeto de estudio. Sin embargo, sólo la primera de ellas, la reserva de empleo, va a ser tratada en este Capítulo, puesto que la segunda, por razones sistemáticas, será analizada con posterioridad —*infra* C4—.

Por último, deben traerse a colación otros instrumentos protectores que inciden en el empleo de los colectivos amparados por el principio de no discriminación. Se hace aquí referencia a una serie de medidas positivas, básicamente procesales, que han sido denominadas fórmulas instrumentales de tutela y que también serán objeto de estudio.

⁶¹⁰ RIVERO LAMAS, «Técnicas modernas de garantía del empleo», *R.E.D.T.* 33/1988, p. 42; en sentido similar, PARADA, *Derecho Administrativo (i). Parte General*, MARCIAL PONS, Madrid 1990, pp. 364-365.

⁶¹¹ LÓPEZ MORA, *La política de empleo, sus sistema de fuentes y su proceso de aplicación*, Ejercicio de oposición, inédito, Valencia 1994, p. 31.

1. LOS ESTÍMULOS ECONÓMICOS PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO

2. Exposición general. Los ámbitos de actuación

Se ha afirmado que las medidas destinadas a lograr la efectiva igualdad de oportunidades y de trato de las personas con discapacidad en el trabajo deben tender a su consolidación dentro de patrones que respondan al principio de normalidad. Este objetivo presenta, en el mundo productivo, una clarísima dirección: inicialmente, las medidas destinadas a crear empleo para las personas con discapacidad deben dirigirse a posibilitar su acceso al mercado regular de trabajo (artículo 3 Convenio 159 OIT). La imposibilidad de conseguir este propósito, no obstante, permite que se abra una vía diferente de carácter especial: el empleo protegido⁶¹², lo que define el carácter subsidiario [al menos en teoría] de éste con respecto a aquél. Esta es la sintonía que ha seguido el Ordenamiento español. Y así ha sido declarado por la LISMI en su artículo 37, donde el fomento de la iniciativa empresarial encuentra un respaldo más sólido cuando esta se desenvuelve dentro de patrones comunes u ordinarios de trabajo, guardando para ocasiones de imposibilidad biológica el trabajo especial.

No obstante el teórico orden de prioridades descrito, puede realizarse otra diferenciación entre las medidas de fomento del empleo, pudiendo clasificarse en dos grupos. El primero será aquel destinado a potenciar el **trabajo subordinado**, distinguiendo dentro de él el *trabajo común u ordinario (A)* del *empleo especial o protegido (B)*. El segundo se refiere a las ayudas destinadas a la creación del **empleo autónomo** o por cuenta propia (C).

El análisis de las medidas de fomento a la contratación se apoya en dos aspectos: tipos de ayudas y cuantías, en primer lugar, elementos formales, posteriormente. Ocurre, sin embargo, que este segundo aspecto puede, en los ámbitos de actuación arriba descritos (empleo subordinado común y especial/empleo autónomo), reunir características semejantes, sino idénticas. Se ha decidido, por moti-

⁶¹² Se establece así una especie de protección doble: una protección de primer grado, que hace referencia al empleo en la empresa ordinaria; otra de segundo grado, encargada de tutelar el trabajo protegido, una vez que se ha demostrado la imposibilidad del acceso al primer nivel de la protección, DE LA VILLA GIL/SAGARDOY BENGOCHEA, *Derecho al trabajo de las personas con minusvalía*, R.P.P.A.P.M. documento 10/1987.

vos de economía, tratar la cuestión durante el estudio del empleo subordinado ordinario. A él, por tanto, se realizarán las remisiones oportunas en los demás apartados, sin perjuicio de que en ellos se tengan en cuenta sus propias particularidades.

Las ayudas al fomento del empleo emanan, normativa y administrativamente al menos, de una doble fuente: el Estado, de una parte, y la actuación de las Comunidades Autónomas, de otra. El trabajo de estas últimas ha sido en los últimos años de amplia variedad cualitativa y cuantitativa, lo que sin duda ha contribuido de manera importante en los planes de la política de empleo. No obstante lo afirmado, y a pesar de la indudable utilidad que pueda tener realizar una detallada descripción de los planes existentes en cada una de las Comunidades Autónomas, esta tarea está alejada del contenido de este trabajo⁶¹³. Por ello, y sin perjuicio de que se lleven a cabo determinadas referencias genéricas a los programas autonómicos, dicha labor tendrá un carácter puntual y especialmente localizada, con especial reflejo de los problemas que plantea su cohabitación con las normas estatales.

Cuestión distinta es el uso que se ha hecho de estas medidas. No puede decirse, en primer lugar, que los beneficios estimuladores del empleo subordinado ordinario hayan sido extensamente utilizados⁶¹⁴. En segundo lugar, y seguramente por ello, el empleo del trabajo especial suele responder, muchas veces, no a cuestiones biológicas o funcionales, sino básicamente a elementos del mundo productivo. Dicho de una manera más mundana, a la imposibilidad de acceder a un trabajo en condiciones de normalidad por razones sociales, a pesar de que la integración en el empleo normalizado es un objetivo posible para un número importante de personas con discapacidad⁶¹⁵.

⁶¹³ Al margen de que la duración anual de estos programas exigen una rápida revisión de sus contenidos.

⁶¹⁴ En cifras recientes (INEM, ob. cit., p. 29), del total de los escasos 11.827 contratos celebrados con personas con minusvalía registrados en el INEM en 1995, sólo un 40% aproximadamente se hicieron con empresas ordinarias bajo cualquier modalidad de contratación. Más datos en DE LORENZO, ob. cit. (1998), p. 25 y COBO GÁLVEZ/ALBOR GONZÁLEZ, «La problemática del empleo en el colectivo de personas con discapacidad a la luz de investigaciones realizadas en las Comunidades Autónomas de Madrid, Andalucía y Valencia», en *La situación del empleo de las personas con discapacidad en España. Propuestas para su reactivación*, AA.VV., Escuela Libre Editorial, Madrid 1998, pp. 469 ss.

⁶¹⁵ CES, ob. cit. (1985), p. 34. El 56,6% de los contratos celebrados en 1995 fueron con Centros Especiales de Empleo, a pesar de constatarse la inexistencia de

Puede decirse que ni desde el sector público se han acometido verdaderos proyectos generadores de empleo, ni la iniciativa privada ha dado señas de responder a las expectativas que normativamente se generaron⁶¹⁶. Quizás la veracidad de esta afirmación sea lo que hace insuficientes las medidas de creación voluntaria del empleo. Y lo que ha provocado la necesidad de medidas compulsivas⁶¹⁷, aunque su escasa aplicación tampoco haya aportado la solución al problema.

A. *LOS INCENTIVOS ECONÓMICOS PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO SUBORDINADO ORDINARIO*

3. Tipología de los beneficios

El Estatuto de los Trabajadores se limita a codificar una serie de medidas y técnicas de fomento del empleo en su artículo 17.3⁶¹⁸, autorizando al Gobierno a la elaboración de instrumentos de ayuda a determinados colectivos que encuentran dificultades especiales para acceder al trabajo⁶¹⁹. Esta actividad tiene ahora como objetivo prioritario, en virtud de la nueva redacción dada a este precepto por el artículo 2 del RDL 8/1997⁶²⁰ (Ley 63/1997), la búsqueda de un «empleo estable» para estos trabajadores, proponiéndose, para su consecución, una doble vía: la realización de nuevas contrataciones y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido.

Esta nueva perspectiva alteró el anterior modelo de fomento de la contratación, desplazando la temporalidad en el empleo por el intento de consolidar un mercado de trabajo con relaciones labora-

limitaciones reales para trabajar en empresas ordinarias de la mayoría de los trabajadores contratados, INEM, ob. cit., pp. 29 y 67.

⁶¹⁶ Sobre el particular, con análisis estadísticos sobre los efectos de las medidas de integración, puede verse Consejo Español de Representantes de Minusválidos (CERMI), «Informe sobre el plan para la reactivación del empleo de las personas con discapacidad del 13 de mayo de 1994», R.T.S.S. octubre-diciembre/1994, pp. 181 ss.; y CES, ob. cit. (1995).

⁶¹⁷ Término utilizado por DE LA VILLA GIL, «La regulación del empleo de los minusválidos. Esquema para un estudio», T.S. 55/1995, p. 12.

⁶¹⁸ LÓPEZ GANDÍA, ob. cit. (1981), pp. 179-180.

⁶¹⁹ SAGARDOY BENGOCHEA, «Protección al empleo de colectivos específicos», en *Comentarios al ET —tomo IV—*, Edersa. 1982, p. 495.

⁶²⁰ Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida.

les más duraderas. Sin embargo, las cosas no son exactamente iguales para los trabajadores con discapacidad: ni el tradicional apoyo a las contrataciones indefinidas de estos trabajadores, ni el régimen de contrataciones temporales a ellos aplicable se inmutan (salvo alguna actualización de carácter cuantitativo) tras las últimas reformas. Esta opción, de tinte aparentemente contradictorio, resulta ciertamente positiva, en la medida que la utilización de un contrato temporal puede ser la entrada que permita superar las tradicionales barreras y opiniones erróneas con respecto a la «calidad» de la prestación de trabajo de estas personas.

La habilitación legal arriba descrita ha sido utilizada por el Ejecutivo desde hace ya largo tiempo, dando lugar a una serie de medidas de fomento del empleo dirigidas a las personas con discapacidad que pueden sistematizarse en dos grupos. El primero, más amplio, hace referencia a los incentivos económicos que aparecen vinculados a una determinada forma contractual, uniendo la celebración de un «tipo» de contrato de trabajo a una serie de beneficios económicos. Al hilo de las posibilidades que presenta el artículo 17.3 ET, se presentan a modo de subvenciones a fondo perdido, de bonificaciones a la Seguridad Social o de exenciones fiscales⁶²¹. El segundo grupo, más reducido, tiene como fundamento los inconvenientes que puedan provocar, tanto para la colocación como para la promoción en el empleo, la inadecuación personal al medio de trabajo. Presentada a modo de subvenciones, no viene unida esta ayuda a ninguna forma contractual, sino a la mera existencia de una relación de trabajo.

No obstante, un intento de sistematizar la materia en este trabajo hará que, en primer lugar, se describan los diferentes beneficios existentes y sus cuantías (4). Posteriormente se tratará la problemática de carácter formal (5), teniendo en cuenta que por medio de la misma se tratarán algunas cuestiones materiales.

4. Características cualitativas y cuantitativas de los beneficios

Una vez llegado este punto, cabe estructurar las ayudas en tres subgrupos. El primero viene unido a la formalización de contratos de

⁶²¹ Una clasificación conceptual de los estímulos económicos puede verse en DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, «Las subvenciones al empleo: una aproximación teórica a sus efectos económicos», R.T. 87/1987, pp. 51 ss.

carácter temporal (4.1), y se materializa mediante la promoción de contratos de naturaleza diferente: los contratos formativos, de un lado, y el clásico contrato de fomento del empleo, de otro. El segundo viene definido por el fomento de la contratación indefinida (4.2), ya sea mediante la transformación de contratos temporales, ya mediante la formalización de un nuevo contrato. Debe tenerse en cuenta que en este terreno las normas españolas han configurado un instrumento singular, de carácter permanente, destinado a las personas con discapacidad. Por último, las medidas de adaptación del puesto de trabajo y de dotación de medios de protección personal (4.3).

4.1. *El fomento de la contratación temporal*

Dos son los tipos contractuales que tienen especiales referencias a los trabajadores con minusvalía. El primero de ellos son los contratos de carácter formativo, tanto en formación como en prácticas. El segundo, el contrato de fomento del empleo.

4.1.1. Los contratos formativos

El régimen jurídico de los contratos formativos⁶²² (en prácticas y para la formación —antes en aprendizaje—⁶²³) viene definido, esencialmente, en el artículo 11 del ET y el RD 488/1998, de 27 de marzo. Estos contratos, cuando se celebran a tiempo completo con un trabajador minusválido, dan derecho a las empresas a recibir las ayudas descritas en la disposición adicional 2ª del ET⁶²⁴: una bonificación del 50 por 100 de las cuotas empresariales por contingencias comunes para los contratos en prácticas y del 50 por 100 de la

⁶²² Destacables en la inserción de las personas con discapacidad debido a su propia naturaleza y a su importancia para superar algunas de las deficiencias formativas que puede observarse en parte del colectivo. Un somero estudio del papel destacado que este tipo de contratos juegan en la integración puede verse en MONTALVO CORREA, «Los discapacitados y el derecho del trabajo», en *La situación del empleo de las personas con discapacidad en España. Propuestas para su reactivación*, Escuela Libre Editorial 1998, pp. 215 ss.

⁶²³ Sobre la situación transitoria de los contratos de aprendizaje, *vid.* ALBIOL MONTESINOS, «El RDL 8/1997 y el Acuerdo Interconfederal sobre Estabilidad en el Empleo», en *La Reforma Laboral de 1997*, AA.VV., Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pp. 30-31.

⁶²⁴ No modificada por el RDL 8/1997 salvo en lo que respecta a la actualización terminológica del contrato para la formación.

totalidad de las cuotas empresariales previstas para los contratos para la formación⁶²⁵.

A estas ventajas de carácter económico se adicionan otras, de carácter temporal, igualmente cuando estas modalidades contractuales se celebren con trabajadores con minusvalía. Las primeras hacen referencia al contrato para la formación: de un lado, permite que los trabajadores minusválidos contratados bajo esta modalidad no se computen para determinar el número máximo de estos contratos que las empresas puedan realizar en función de su plantilla (disposición adicional segunda 2 del ET y 7.3 RD 488/1998); de otro, elimina el límite máximo de edad, 21 años, para realizar esta contratación (artículo 11.2 del ET). Las segundas se refieren al contrato en prácticas: aumenta de cuatro a seis años el tiempo durante el que puede suscribirse desde la finalización de los estudios (artículo 1.2 RD 488/1998).

4.1.2. Los contratos para el fomento del empleo

El artículo 44 de la Ley 42/1994 establecía el Programa de Fomento del Empleo para 1995, incluyendo entre los colectivos favorecidos por esta norma a los trabajadores con minusvalía que estuviesen desempleados. Inicialmente previsto para ese año, el régimen contractual ha ido prolongando su vigencia hasta hoy día, respondiendo en estos momentos su aplicación al artículo 28.9 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales administrativas y de orden social. No obstante, tal y como se advirtió, el contrato temporal de fomento del empleo regulado en ese Programa, a diferencia de lo que ha ocurrido con el resto de trabajadores (consecuencia de las reformas de 1997), se ha mantenido en exclusiva para los trabajadores con minusvalía⁶²⁶.

Unas mínimas referencias a su régimen jurídico indican que el contrato tendrá una duración mínima de doce meses y máxima de

⁶²⁵ A lo que hay que añadir, con carácter general, el particular régimen retributivo más reducido de estos contratos, SÁNCHEZ TRIGUEROS, «La Ley 22/1992 (RCL 1992, 1739): las reformas en materia de fomento del empleo», A.S. III/1992, pp. 2695-2696. La Reforma sitúa el umbral en el SMI, salvo para los menores de 18 años.

⁶²⁶ La corrección de errores (aparecida en el BOE de 24 de mayo de 1997) de los Reales Decretos-Ley 8/1997 y 9/1997, ambos de 16 de mayo, subsanan la inicial omisión que a este respecto contemplaban. De este modo, suprimen la contratación para el fomento del empleo y sus incentivos, «salvo para los trabajadores minusválidos».

tres años, debiendo celebrarse por escrito, en el modelo oficial correspondiente, y ser registrado en la Oficina de Empleo. A su término, el trabajador recibirá una compensación económica de doce días de salario por año de servicio.

La realización de este tipo de contratos a jornada completa viene acompañada de diversos beneficios económicos para la empresa contratante. Durante su vigencia, la empresa verá reducida en un 75% las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes. Este beneficio podrá percibirse con independencia del número de trabajadores con que la empresa cuente, aunque si el trabajador ha sido el primero contratado por ella desde el 1 de enero de 1994 y no ha tenido durante ese tiempo trabajadores a su servicio, la ayuda se aumenta hasta el 100%. E, igualmente, sin que sea necesario que la persona con minusvalía viniera percibiendo prestaciones por desempleo⁶²⁷.

Las empresas pueden acceder, asimismo, al beneficio fiscal que por la creación de empleo para trabajadores con minusvalía viene contemplado en la Ley del Impuesto de Sociedades y al que se hará referencia posteriormente.

4.2. El fomento de la contratación indefinida y a tiempo completo

Estas contrataciones vienen reguladas en los artículos 7 a 11 del RD 1451/1983, donde se establece su régimen contractual y económico⁶²⁸, aplicable tanto a los contratos celebrados *ex novo* como a los temporales convertidos⁶²⁹. Si bien no es operativo, al menos en sus aspectos económicos, a los contratos que resulten del cumplimiento de obligaciones coactivas de incorporación o reincorporación de tra-

⁶²⁷ Afortunadamente, la Ley 13/1996 modificó el régimen originalmente establecido por la Ley 42/1994 ante una exigencia, precisamente a un colectivo cuyo principal problema es incorporarse al trabajo, que hacía accesible el acceso a estas contrataciones a este colectivo.

⁶²⁸ No parece que a nivel doctrinal exista duda alguna a este respecto, tal y como puede verse, entre otros, en ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1987-I), p. 17; o SÁNCHEZ TRIGUEROS, ob. cit., p. 2684.

⁶²⁹ Así lo dispuso originalmente la disposición adicional segunda del RDL 9/1997 (Ley 64/1997). Ello afecta a todos los contratos temporales celebrados tanto amparados por la Ley 10/1994 como por la Ley 42/1994. Sobre el particular, *vid.* CAMPS RUIZ, «Los incentivos en materia de Seguridad Social para el fomento del empleo de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo», en *La Reforma Laboral de 1997*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pp. 86 y ss.

bajadores con minusvalía. En este sentido, debe entenderse que cuando la colocación se efectúa ante la exigencia de una norma que reclama la realización de dicho contrato, la empresa no se encontrará habilitada para acceder a las ayudas⁶³⁰.

Este «exclusivo» contrato indefinido para trabajadores con minusvalía deberá formalizarse por escrito y ser registrado en la oficina de empleo (artículo 8 RD). Su celebración da derecho a la empresa (tras la nueva redacción del artículo 7.1 del RD 1451/1983⁶³¹) a una subvención de 650 mil pesetas si el contrato se pacta a jornada completa, reduciéndose proporcionalmente si se concierta a jornada parcial. Y, durante su vigencia, a bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta, en una cuantía del 70 o del 90% según el trabajador sea menor o mayor de 45 años de edad⁶³². A estas ayudas pueden también optar las cooperativas de trabajo asociado al incorporar a un nuevo socio (art. 7.2 RD 1451/1983)⁶³³.

Estas ayudas pueden complementarse con otra de carácter fiscal. En efecto, la Ley 13/1996 adiciona un nuevo artículo 36 bis a la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades, incorporando una deducción por la creación de empleo para trabajadores con minusvalía. Este beneficio no es nuevo, ya que venía contemplándose con anterioridad. Lo que ocurre es que la Ley 13/1996 le otorga una nueva redacción y una ventaja económica algo mayor.

⁶³⁰ La STS de 25 de abril de 1989 (Ar. 2884), resuelve a favor del acceso a los beneficios por parte de la empresa una vez constatado que la colocación se realiza mediante un nuevo contrato ajeno a cualquier obligación empresarial, ya sea de reincorporar al trabajador (con quien con anterioridad había extinguido la relación de trabajo anterior por invalidez permanente), ya de reserva de empleo (por cuanto que supera el número de trabajadores con minusvalía contratados que la misma le exige).

⁶³¹ El RD 4/1999, de 8 de enero, ha modificado en el sentido descrito en el texto el artículo 7 del RD 1451/1983.

⁶³² El aumento de la ayuda ante la combinación de estos dos factores de especial dificultad para encontrar empleo, la discapacidad y la edad madura —LÓPEZ GANDÍA, ob. cit. (1981), p. 192— parece haber tenido una buena receptividad en la práctica contratante.

⁶³³ A este respecto debe tenerse en cuenta que algunas Comunidades Autónomas son competentes en esta materia, y que su regulación ha ido acompañada de una amplia labor de fomento de estas empresas de carácter social. Estos planes promocionales suelen acompañar beneficios mayores cuando el socio de estas cooperativas de trabajo asociado acredita una minusvalía, lo que puede facilitar su utilización alternativa a la del RD 1451/1983.

De este modo, podrá deducirse de la cuota íntegra la cantidad de ochocientas mil pesetas por cada persona/año de incremento de plantilla de trabajadores minusválidos, contratados por tiempo indefinido, experimentado durante el primer período impositivo iniciado en 1997, respecto a la plantilla media de trabajadores minusválidos del ejercicio inmediatamente anterior con dicho tipo de contrato. Para el cálculo del promedio de plantilla se computarán, exclusivamente, los trabajadores minusválidos/año con contrato indefinido que desarrollen jornada completa, en los términos que dispone la legislación laboral.

De igual manera, la OM de 7 de febrero de 2000 (por la que se desarrollan para el año 2000 el Régimen de Estimación Objetiva por signos, índices o módulos del IRPF y el Régimen Especial Simplificado del IVA) establece que se computará al aplicar los módulos en el IRPF, en un 60% al personal asalariado que tenga una minusvalía con grado igual o superior al 33% (regla 2.ª del apartado 2.1. de las instrucciones para la aplicación de los signos, índices o módulos del IRPF, Anexo II). Igual ocurre en el ámbito del Régimen Especial Simplificado del IVA. Ambas medidas suponen un importante ahorro a los pequeños y medianos empresarios individuales, cuyo volumen de rendimientos íntegros no suponen los 75 millones de pesetas anuales y que han optado por tributar en Régimen de Estimación Objetiva, cuando contraten a personas con discapacidad.

4.3. *La protección del trabajador con minusvalía en el puesto de trabajo*

La adaptación del puesto de trabajo y la protección personal del trabajador tienen como objetivo impedir que las circunstancias psicofísicas de estos trabajadores repercutan negativamente en el trabajo. La necesaria puesta en marcha de estas adaptaciones, reforzada a raíz de los artículos 15 y 25 LPRL, puede verse favorecida por el régimen de subvenciones contemplado en el artículo 12º del RD 1451/1983, ayudas de cuantía variable y poco generosa que no supera las 150 mil pesetas.

El acceso a estas ayudas no viene condicionado por la forma que revista el contrato de trabajo y de los pactos que en él hayan sido estipulados. Así parece deducirse de la ausencia de matiz normativo alguno en este sentido, aunque se ha afirmado que en la medida en que estas ayudas requieren informe preceptivo de la

Inspección de Trabajo, la temporalidad será un elemento a tener en cuenta⁶³⁴.

La adaptación pretende que el ejercicio de la actividad productiva se desarrolle en adecuadas condiciones de productividad y seguridad, favoreciendo los intereses económicos de la empresa, de un lado, y la defensa de los intereses laborales y la protección de la salud del trabajador, de otro. Ya se ha comentado que esta doble faceta recuperadora y preventiva se ha visto reforzada recientemente por la entrada en vigor de la LPRL, situando en la esfera de las obligaciones empresariales⁶³⁵ lo que con anterioridad podía decirse que no era más que una actuación facultativa. Es al empresario, de este modo, al que se le exige la adopción de estas medidas técnicas dirigidas tanto a que el minusválido se adapte a la máquina como a dar a los minusválidos los instrumentos necesarios para que puedan desempeñar su trabajo en condiciones óptimas y sin peligro alguno⁶³⁶.

Este salto cualitativo, en todo caso, no resta virtualidad a la cláusula de salvaguarda contemplada en el artículo 12º: la posibilidad de que sea el propio trabajador quien solicite las ayudas. Pero esta opción, que en principio debe calificarse positivamente, no deja de plantear serias dificultades de operatividad, al producirse en el ámbito organizativo empresarial. Es suficiente que la empresa se oponga a adaptar el puesto de trabajo para que el conflicto esté servido, sin que pueda hablarse aquí de una especie de autotutela del trabajador, sino más bien de una vía residual de compleja virtualidad. Y ello porque llevarlo a la práctica se estima casi imposible sin el consentimiento del empresario o una decisión judicial favorable ante una reclamación en este sentido. A este inconveniente cabe adicionar otro: la ayuda viene configurada a modo de reembolso⁶³⁷, por lo que la necesidad de efectuar el gasto con carácter previo supone otro grave límite para el ejercicio de este derecho.

⁶³⁴ SALA FRANCO y OTROS, *Guía práctica de la contratación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, p. 53.

⁶³⁵ Ya se ha visto en este trabajo, y se profundizará más en este aspecto, el giro que supone esta previsión en las expectativas laborales del trabajador. De este modo, a la obligación genérica de seguridad deben destacarse, más específicamente, las obligaciones de adaptación del trabajo a la persona, de los medios de trabajo y de protección individual, y la necesidad de protección de las personas con discapacidad que vienen determinadas en los artículos 15, 17 y 25 de la LPRL.

⁶³⁶ ALONSO GARCÍA, «La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo». T.S. 91/1998, p. 17.

⁶³⁷ OM de 20 de marzo de 1996.

5. Elementos formales y tramitación de las ayudas de fomento al empleo: cuestiones generales y particulares del tema

Una vez esbozados los tipos y cuantías de los beneficios, procede incorporar en el análisis otros elementos relacionados con el régimen jurídico de estas prestaciones públicas, tales como los requisitos para acceder a las ayudas (5.1), las obligaciones de los beneficiarios y las consecuencias de su incumplimiento (5.2), el cuadro de incompatibilidades (5.3) y la tramitación del procedimiento (5.4).

5.1. *Los requisitos para la percepción de las ayudas*

Las condiciones que debe reunir el futuro beneficiario de la contribución pública al fomento del empleo suelen coincidir, salvo excepciones, en la mayoría de los programas.

5.1.1. Obligaciones tributarias y de Seguridad Social

Un requisito común es el de acreditar que se encuentran al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social —artículo 1.4 RD 2225/1993⁶³⁸—. Se plantea aquí la duda de si tal fórmula impide o no el acceso a los beneficios cuando se le ha concedido un fraccionamiento o aplazamiento de las mismas. Aunque existen voces discrepantes⁶³⁹, no parece que pueda hablarse de incumplimiento cuando el deudor ha cumplido con sus obligaciones formales, con independencia de que materialmente haya realizado el ingreso. De hecho, cuando éste ha sufrido en sus plazos normales variaciones consentidas por el acreedor no se entiende que exista incumplimiento, lo que implícitamente no debe suponer un límite para acceder a otros posibles derechos, salvo que venga expresamente contemplado por la norma que regula la ayuda en cuestión.

⁶³⁸ RD 2225/1993, de 17 de diciembre que regula el procedimiento para la concesión de las subvenciones públicas.

⁶³⁹ SÁNCHEZ TRIGUEROS, ob. cit., p. 2700.

5.1.2. Las reducciones de plantilla

Este aspecto no guarda uniformidad en los diferentes programas de empleo citados. Normalmente, los planes de fomento del empleo impiden el acceso a sus beneficios económicos cuando la empresa que los pretende, o disfrute, haya amortizado puestos de trabajo por despido improcedente, expediente de regulación de empleo o por la causa prevista en el artículo 52 c) del ET. Sin embargo, excepcionalmente, el RD 1451/1983 guarda un misterioso silencio al respecto.

De este modo, así como en el primer supuesto la empresa deberá acreditar que no ha procedido a la disminución de su plantilla, con lo que se evita así la paradoja de crear un empleo a costa de otro, el RD 1451/1983 no aborda esta cuestión. La ausencia de un criterio al respecto suscita una duda evidente: ¿se ve o no afectada la empresa por una obligación en este sentido⁶⁴⁰? Ciertamente, la finalidad de la norma es la de crear empleo para personas con discapacidad, pero no parece que sea razonable asumir que quiera hacerlo a costa de expulsar a otros trabajadores de su trabajo. El resto de programas de empleo responden a aquél objetivo, incluso los que regulan el trabajo temporal de los trabajadores con minusvalía, y ello no impide salvaguardar el trabajo de quien no está incluido en esas normas. Una cosa es que estos trabajadores no se incluyan en algunos programas de empleo y otra bien distinta que estas medidas perjudiquen su situación laboral. Este argumento apuesta claramente por la aplicación analógica de la cláusula que impide la amortización de puestos de trabajo, incluso cuando se accede a los beneficios económicos contemplados en el RD 1451/1983, lo que se refuerza asimismo por el propio espíritu del programa⁶⁴¹.

5.1.3. Exclusión por sanción

El artículo 45 de la LISOS establece, como sanción accesoria a la comisión de infracciones muy graves, la posibilidad de ser excluido del acceso a las ayudas de los programas de empleo por un período máximo de un año. Esta sanción no es una sanción accesoria que opere *ex lege*, sino un efecto accesorio de la sanción principal, de naturaleza también *ex lege*, y cuya ejecución compete a órgano dis-

⁶⁴⁰ GARCÍA PIQUERAS, «Los contratos temporales», en *El empleo incentivado*, COMARES, Granada 1993, p. 383.

⁶⁴¹ LÓPEZ GANDÍA, ob. cit. (1981), p. 192.

tinto del sancionador. Este efecto accesorio sólo es predicable respecto de las infracciones a que se refiere el propio título en la que se integra, esto es, las infracciones tipificadas en el Capítulo IV de la LISOS —artículos 25 a 30—, lo que es concorde con el principio propio del Derecho penal atinente a las penas accesorias, conforme al cual las sanciones de tal naturaleza sólo se imponen si guardan relación con la clase o tipo de delito cometido⁶⁴².

5.1.4. El impedimento de la afinidad

La disposición adicional tercera del ET excluye la posibilidad de efectuar contrataciones en fomento del empleo cuando el trabajador sea cónyuge o familiar por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, así como las que se produzcan con estos últimos.

5.1.5. La contratación indefinida en empresas de nueva creación

Un requisito particular del contrato indefinido del RD 1451/1983 viene establecido ante la posibilidad de que a esta modalidad acudan nuevas empresas. En este sentido, el artículo 8.II establece que cuando la empresa sea de nueva creación, deberá acompañar proyecto y memoria de la empresa a crear. En ellos, deberá describir el proceso productivo y de la plantilla, determinando el porcentaje de ésta que será ocupado por trabajadores con minusvalía, que no podrá exceder del 51% salvo que esté integrada por un único trabajador.

La interpretación de lo que cabe entender por empresas de nueva creación ha sido objeto de algún pronunciamiento judicial⁶⁴³. En este sentido, se afirma que «una primera aproximación lleva a reconocer este carácter a empresas que empiezan su actividad después de la entrada en vigor del RD 1451/1983», lo que excluiría «a aquellas empresas que venían contratando a minusválidos antes de la vigencia de dicho RD». No obstante, apuesta por flexibilizar dicha expresión, cuando «la actividad empresarial haya empezado con

⁶⁴² STSJ Galicia, Contencioso-Administrativo, de 26 de octubre de 1994 (RJCA, 133).

⁶⁴³ STS de 11 de noviembre de 1992 (Ar. 9117), a la que pertenecen las referencias del texto.

trabajadores no minusválidos y después contrate a quien lo sea», sin que le afecte «la limitación del 51%». Aunque declara que «una empresa que pretende iniciar su actividad únicamente con trabajadores minusválidos ha de considerarse de nueva creación».

Dicha argumentación resulta más compleja de lo que el propio precepto quiere indicar. Cuando este habla de nueva creación parece señalar, exactamente, aquello a lo que la Sentencia se refiere como primera aproximación. Si la empresa es de nueva creación no podía, en buena lógica, contratar a nadie con anterioridad a la norma, ni con minusvalía, ni sin ella. Las existentes con anterioridad pueden contratar a quien deseen, sin que por tanto dicha limitación porcentual les afecte lo más mínimo, limitación que vendrá referida por tanto a aquellas empresas que se constituyan como tales tras la fecha de efecto del RD. Cuestión criticable, sino absurda —si este es el sentido que cabe dar al pasaje—, porque no se entiende el porqué de aplicar esta frontera, cuando el objeto de la norma es precisamente crear empleo estable. Empleo que, además, quedaría de este modo configurado como una relación de trabajo ordinaria.

Estas empresas estarán, eso sí, sometidas al estudio que el INEM realice de su plan de viabilidad económica y técnica, tal y como establece la Circular de la Dirección General del INEM de 6 de julio de 1983 (en adelante, CINEM). Las probabilidades de subsistencia empresarial serán medidas a través de un juicio en el que no interviene sólo los recursos para la constitución inicial, sino que deben tenerse en cuenta otros como son las expectativas de ingresos, o los costes de explotación, entre otros, cuya ponderación conjunta es la que, en su caso, permite valorar la viabilidad del negocio⁶⁴⁴.

5.2. *La obligación empresarial de garantizar el mantenimiento del empleo de los trabajadores con minusvalía y las consecuencias de su incumplimiento*

La obligación de no haber amortizado puestos de trabajo, para contratar y acceder a los beneficios de los planes de fomento, no es la única de las que hacen referencia a la garantía de permanencia en la empresa. De este modo, el empleo creado a través de los contratos incentivados se ve protegido por cláusulas que defienden este aumento ocupacional, cuyo contenido difiere según los trabajadores y la empresa se hayan vinculado temporal o indefinidamente.

⁶⁴⁴ STS de 30 de abril de 1991 (Ar. 3361).

5.2.1. La reducción de plantilla en la Ley 42/1994

El artículo 44 Dos 3 de esta norma impide, durante la vigencia de las contrataciones en ella amparadas, amortizar puestos de trabajo por despido improcedente, expediente de regulación de empleo o por la causa del 52 c) ET. La disminución de la plantilla por estas causas se extiende por tanto a la totalidad de los trabajadores que forman parte de la empresa, con independencia de cómo sea su vínculo con ésta. Su inobservancia tiene como resultado la extinción automática de los beneficios⁶⁴⁵, perdiendo por tanto el derecho a la reducción de cuotas derivadas de dichas contrataciones, y debiendo reintegrar las descontadas desde el momento en que se produjo la amortización.

Sin embargo, si dicho contrato temporal por el que se perdieron las ayudas se transforma en indefinido, nada obsta a que pueda beneficiarse de los incentivos que a esta modificación puedan ir aparejados⁶⁴⁶.

5.2.2. La extinción de los contratos celebrados al amparo del RD 1451/1983

El artículo 10 del RD 1451/1983 establece dos obligaciones: una de carácter material y otra formal.

a) La obligación de carácter formal

Esta exigencia sirve para fiscalizar el cumplimiento de las exigencias materiales. El empresario está obligado a remitir a las Direcciones Provinciales del INEM una relación de los trabajadores por los que se concedió las ayudas, de su permanencia y, en caso de cese, de los trabajadores que le han sustituido. Esta obligación se extiende por el mismo período de tiempo que la garantía (tres años, como inmediatamente podrá verse) y viene acompañada por el lógico sometimiento a las comprobaciones que desde el servicio público se consideren necesarias.

⁶⁴⁵ LOUSADA AROCHENA, «Medidas laborales de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre: comentarios de urgencia», *A.L.* 16-17/1995, p. 247.

⁶⁴⁶ SALA FRANCO y OTROS, *ob. cit.* (1996-2), p. 132.

b) La obligación material o la imposibilidad de extinguir el contrato sin causa justificada

Las empresas beneficiarias deben mantener, por un mínimo de tres años, la estabilidad en el empleo de los trabajadores con minusvalía contratados. Esta garantía se establece en un doble sentido: durante este período, no podrá despedirse sin causa justificada a estos trabajadores; en caso de despido procedente, deberán ser sustituidos por otros trabajadores minusválidos, beneficiándose en este caso solamente de la bonificación de la cuota de la Seguridad Social de los sustitutos.

El aval de estabilidad que presenta esta norma puede ser objeto de lecturas variadas. En primer lugar, se realiza con carácter de temporal, tal y como indica el plazo máximo de tres años. Sin embargo, no parece que ello pueda variar las condiciones del contrato de trabajo, que deberá ser indefinido, sin que pueda la temporalidad de la cláusula de garantía hacer pensar que puede accederse a los beneficios del RD 1451/1983 desde contratos de carácter temporal⁶⁴⁷.

En segundo lugar, la garantía no se pone en manos del trabajador contratado, sino de la finalidad que la norma persigue. En efecto, no establece un derecho de permanencia absoluto, porque nada garantiza que aquél que fue contratado deba mantenerse en la empresa durante los tres años preestablecidos. El artículo 10 admite la extinción contractual, sólo que la condiciona a la existencia de causa justificada. El problema es que no resuelve los efectos de una extinción injustificada, surgiendo la duda de si en este caso es susceptible o no de producir efecto alguno. Tal y como se plantea la obligación, la solución es negativa. Lo que el RD 1451/1983 ha pretendido es configurar un límite extintivo del que para ser coherente sólo pueden extraerse dos consecuencias: su validez si la extinción es justificada y se reconoce su procedencia; o su nulidad (artículos 53.4 o 55.5 ET, según la causa alegada), al considerarse el móvil la violación de una de las causas discriminatorias prohibidas por la Constitución, aquí, la discapacidad.

Las consecuencias, por tanto, están claras. Si se reconoce la procedencia de la extinción el empresario debe sustituir al trabajador o, en caso contrario, reintegrar las cantidades percibidas⁶⁴⁸. Si la

⁶⁴⁷ No opina así ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1987-I), p. 17.

⁶⁴⁸ Algún comentarista —GARCÍA PIQUERAS, ob. cit., p. 383.— ha expresado el temor de que tal y como está dictada la norma sólo fuera posible reclamar los bene-

extinción carece de causa operan los efectos típicos de la nulidad: readmisión y abono de los salarios dejados de percibir.

Finalmente, hay que tener en cuenta que la extinción puede producirse por voluntad del trabajador. Aunque expresamente nada diga el reglamento, en buena lógica con la razón «financiera» de la garantía, la empresa deberá proceder a su sustitución⁶⁴⁹. Lo contrario sería admitir una excesiva disponibilidad empresarial en el disfrute de los beneficios económicos recibidos. No obstante, en la misma línea indicada, esta sustitución se sitúa en la cabecera de las obligaciones empresariales, pero tiene una virtualidad limitada. Ello es debido a que no pasa de ser una primera opción, porque alternativamente puede la empresa cumplir su obligación del mismo modo anterior: si no sustituye al trabajador que voluntariamente extinguió su contrato deberá reintegrar las cantidades no disfrutadas, al entenderse judicialmente que la empresa está obligada a devolver la parte proporcional al tiempo que resta hasta los tres años de permanencia mínima en la empresa, adicionando a esta cantidad los intereses correspondientes⁶⁵⁰.

5.3. *Algunas notas en torno al régimen de incompatibilidades*

El artículo 7.3 del RD 1451/1983 (nueva redacción dada por la disposición adicional segunda del RD 27/2000, de 14 de enero) permite la posibilidad de que estas ayudas puedan concurrir con otras para la misma finalidad, siempre y cuando los beneficios previstos no superen el 60% del coste salarial anual correspondiente al contrato que da derecho a los mismos. Se supera así la tradicional incompatibilidad de estas ayudas, si bien condicionada al límite cuantitativo señalado. No parece, no obstante, que deba incluirse en él las ayudas para la adaptación del puesto de trabajo, en virtud de la exposición que se realizó con anterioridad⁶⁵¹ al responder a una finalidad distinta.

ficios cuando se despide por alguna de las causas del artículo 54 ET, dejando manos libres al empresario para escaparse de la obligación mediante la utilización de cualquier otro motivo resolutorio. Ello no puede ser compartido por las razones expresadas en el texto.

⁶⁴⁹ En sentido similar, SEMPERE NAVARRO, «El trabajo de los minusválidos: problemas de su regulación», *J.S.* 91/1998, p. 66.

⁶⁵⁰ STS de 14 de febrero de 1997 (Ar. 984).

⁶⁵¹ En el mismo sentido, ALONSO GARCÍA, *ob. cit.* (1998), p. 17.

Una cuestión que parece interesante subrayar, aun cuando tan sólo pueda en estos instantes plantearse la problemática detectada, hace referencia a la cohabitación del cuadro de medidas de fomento estatales con las otorgadas por las Comunidades Autónomas. En este sentido, debe advertirse que las ayudas autonómicas vienen limitadas a las subvenciones, por cuanto que las bonificaciones y las exenciones fiscales son siempre de carácter estatal, dadas las exclusivas competencias del Estado en la materia⁶⁵². En este sentido, parece claro que la incompatibilidad aludida hace inviable el disfrute de una subvención estatal al mismo tiempo que una autonómica haciendo uso de un mismo contrato de trabajo. Parece claro que la nueva redacción del 7.3 del RD 1451/1999 supera dicha imposibilidad.

5.4. *La tramitación del procedimiento*

El régimen jurídico del procedimiento administrativo de los beneficios viene establecido, con carácter general, en la Ley 30/1992 y en el RD 2225/1993 y, en especial, en cada una de las normas reguladoras de las ayudas. Como quiera que el objetivo en este punto no consiste en profundizar en cuestiones administrativas, se va a realizar un repaso general de la temática, aprovechándose el recorrido adjetivo para detenerse en aquellos puntos que adquieran relevancia desde el punto de vista sustantivo.

5.4.1. *La iniciación del procedimiento: la solicitud de los trabajadores y de las ayudas en el RD 1451/1983*

Las empresas que pretendan contratar a trabajadores con minusvalía bajo esta modalidad deberán seguir la secuencia establecida en el artículo 8 del RD 1451/1983.

a) *La solicitud de los candidatos*

Inicialmente, deberán solicitar a los candidatos de la correspondiente Oficina de Empleo, detallando los puestos a cubrir, las características técnicas de los mismos y la capacidad que debe tener el trabajador para cubrir dicho puesto.

⁶⁵² SALA FRANCO y OTROS, ob. cit. (1996-1), p. 322.

b) El procedimiento de selección

La selección se realizará, según obra en el mismo precepto, entre las personas con minusvalía inscritas en la Oficina de Empleo, concretamente, en el registro que a estos efectos debe existir en este organismo público⁶⁵³. No obstante, debe advertirse que este requisito formal ha sido considerado innecesario, en ocasiones, por la jurisprudencia, sobre la base de que lo que se busca es la colocación del desempleado⁶⁵⁴.

Aunque esta doctrina, cuyo objetivo podría acomodarse inicialmente al supuesto aquí tratado, puede plantear, en una revisión más detallada, algunos problemas. La participación de los servicios públicos de empleo es una constante en los supuestos en los que la contratación vaya acompañada de ayudas públicas, aunque para ello sea necesaria la expresa referencia de la normativa específica⁶⁵⁵. Se busca con ello, además de un mayor control sobre el mercado de trabajo⁶⁵⁶ y de un control sobre las posibles discriminaciones⁶⁵⁷, que sean los organismos públicos de colocación los que se ocupen de la integración en el mercado de trabajo de personas con especiales dificultades⁶⁵⁸. Estas ideas tienen, además, un elemento añadido cuando se habla de trabajadores con discapacidad. En efecto, la necesidad de constatar su adecuación al puesto de trabajo ofertado (tarea encargada a los equipos multiprofesionales) parece un requisito que puede hacer decaer, en este caso, la extensión de la doctrina judicial antes descrita. Quizás por ello la norma incluye la previsión de que los servicios públicos de empleo participen en la selección.

Sin embargo, mantener a toda costa esta argumentación puede limitar la eficacia de la norma de fomento del empleo. En este

⁶⁵³ DE LA VILLA GIL/SAGARDOY BENGOCHEA, ob. cit., p. 17.

⁶⁵⁴ Entre otras, SSTS u.d. de 1 y 23 de febrero y 19 de abril de 1996 (Ar. 836, 1504 y 3330), resolviendo supuestos de contrataciones temporales.

⁶⁵⁵ SALA FRANCO y otros, ob. cit. (1996-1), p. 330.

⁶⁵⁶ Al respecto, *vid.* VALDÉS DAL-RE, Servicios públicos de empleo y contratación, en *Comentarios al ET —Tomo IV—*, cit., p. 190: «La actividad de colocación y las actuaciones conexas destinadas a facilitar la integración laboral del trabajador, a apoyar su movilidad ocupacional y geográfica, a explorar el mercado e informar sobre las ocupaciones, a distribuir, en suma, las ocasiones de empleo de manera equitativa, conforman un insustituible auxilio en el proceso de nivelación de los índices de paro y, a un nivel más profundo de ideas, constituyen elementos imprescindibles en el proceso de ordenación y reglamentación global del mercado de trabajo».

⁶⁵⁷ *Vid.* RODRÍGUEZ PIÑERO, ob. cit. (1993-1), p. 420.

⁶⁵⁸ En este sentido, *vid.* CASAS BAAMONDE y PALOMEQUE LÓPEZ, ob. cit., p. 31.

sentido, la jurisprudencia ha afirmado que no puede desvirtuarse el espíritu que anima a disposiciones nacidas con este objetivo a través de una hermenéutica que restrinja el sentido y alcance del precepto⁶⁵⁹. Quizás por ello sea necesario buscar una solución a la rigurosa aplicación del criterio formal establecido en el artículo 8 del RD 1451/1983, apoyado circunstancialmente en suplicación⁶⁶⁰. Como se verá algo más abajo, la propia actuación administrativa ha ido facilitando la flexibilidad del precepto.

- c) La solicitud de las ayudas económicas a la contratación. La posible utilización de ofertas de empleo genéricas y nominativas

El trámite inicial de la petición de los incentivos se completa con la presentación del contrato de trabajo —junto con la solicitud de alta en la Seguridad Social y certificado de minusvalía—, que servirá de solicitud a efectos de los beneficios descritos.

La lectura que acaba de hacerse del artículo 8 del RD 1451/1983 se ha visto completada por la Circular de la Dirección General del INEM de 6 de julio de 1983, que incorpora nuevos elementos que deben destacarse. En primer lugar, permite que la oferta de empleo pueda ser genérica o nominativa. En segundo lugar, exige como solicitud de las ayudas la presentación de la oferta de empleo, no del contrato de trabajo, quizás porque se es consciente de que en la práctica la motivación de esta fórmula contractual es esencialmente económica.

En el supuesto de utilizarse una *oferta de empleo genérica*, la Resolución de aprobación o denegación de los beneficios coincide temporalmente con el envío a la empresa de los trabajadores preseleccionados por la Oficina de empleo. En efecto, la Circular citada determina que «una vez adoptada una decisión, la Dirección Provincial del INEM lo comunicará a la Oficina de Empleo adjuntando, en el caso de que la Empresa pueda acogerse a los beneficios establecidos, la relación de los trabajadores que, de acuerdo con el informe del Equipo Multiprofesional o de la Dirección Provincial del IMSERSO, en su caso, son aptos para ocupar los puestos de trabajo

⁶⁵⁹ SSTS u.d. de 26 de abril de 1996 (Ar. 3771 y 3772), doctrina perfectamente trasladable al régimen analizado en el texto.

⁶⁶⁰ STSJ Andalucía (Granada), Contencioso-Administrativo, de 14 de noviembre de 1994 (RJCA, 544).

ofertados. Recibida la comunicación de la Dirección Provincial del INEM, la Oficina de Empleo, en el caso de que la empresa pueda acogerse a los beneficios del RD 1451/1983, enviará a la empresa los trabajadores que según el informe del IMSERSO se adecúen a los puestos de trabajo ofertados, para que ésta proceda a la oportuna selección».

Esta fórmula cumple un doble objetivo. De un lado, permite conocer desde el principio la adecuación del trabajador a la actividad laboral ofertada. De otro, informa a la empresa sobre la concesión o no de las ayudas con carácter previo a la contratación, facilitando que su intención empleadora se ajuste a las expectativas económicas derivadas de estas contrataciones. En este sentido, se ha afirmado que el empresario es libre para efectuar o no la selección, actividad para la que dispone de un plazo de 30 días, transcurridos los cuales no se le garantiza la reserva presupuestaria. Si el empresario no está de acuerdo con la preselección realizada por el INEM, parece tener plena libertad para rechazar a los candidatos propuestos, ante lo cual debería reiterar la oferta de empleo⁶⁶¹. La duda surge al respecto del plazo de 30 días indicado, ante el que habría de plantearse si queda interrumpido por esta nueva solicitud, cuestión esta que no ha sido resuelta normativa ni judicialmente.

Cuando la empresa ejercite su opción mediante *oferta nominativa* la secuencia relatada presenta algunas variantes. Inicialmente, debe advertirse que esta posibilidad supone el reconocimiento a la empresa de mostrar su voluntad previa de contratar a un trabajador predeterminado. Ello restringe las facultades del INEM, que parecen confinadas a tener conocimiento de dicha elección. Esto supone una relativa flexibilidad del criterio formal —arriba estudiado— de la necesaria solicitud a la oficina de empleo de los candidatos, y de que estos figuraran como inscritos en ella con carácter previo.

Ahora bien: esta alternativa en modo alguno expropia al servicio de empleo sus facultades de control de los requisitos subjetivos y objetivos para acceder a las ayudas. De este modo, y en la medida en que debe constatar la adecuación profesional del trabajador, se cumple con el que parece ser el principal motivo de la participación pública de la selección. No puede olvidarse que la inscripción y constatación, por esta vía, puede efectuarse en el mismo instante en que se presenta la oferta de empleo, lo que de otro lado viene siendo una práctica habitual en el resto de contrataciones. Esta dinámica es la que hace pensar que la presentación de la oferta de

⁶⁶¹ VALDÉS DAL-RE, ob. cit. (1983), p. 242.

empleo nominativa operará de manera similar a la descrita en el supuesto de la oferta genérica. En este sentido, el instante en que sea comunicada a la empresa la aceptación de los beneficios comenzará a computar el plazo de treinta días antes mencionado, dentro de los cuales deberá formalizarse el contrato de trabajo.

Lo que no resuelve la solución propuesta es qué ocurre en caso de arrepentimiento empresarial. Así como en el supuesto anterior parecía más claro, al poder rechazar a los candidatos propuestos y siendo suficiente con no presentar una nueva solicitud, habría de plantearse qué ocurre aquí si admitida la posibilidad de acceder a las subvenciones el empresario las rechaza, y con ellas el contrato de trabajo. No cabe duda de que se habían generado expectativas en la órbita del trabajador que se ven quebradas ante la negativa empresarial de formalizar el contrato de trabajo. La cuestión, aquí, se plantea en un tema diferente, largamente estudiado, como es el de las pre-relaciones laborales. Sin entrar a detallar esta cuestión, sí parece altamente improbable que pueda llegar a acordarse el inicio de la relación laboral por este motivo, viniendo los órganos judiciales a resolver la cuestión a través de compensaciones económicas por daños y perjuicios⁶⁶². De otro lado, la previa formalización del contrato de trabajo no parece desencadenar mejores expectativas para el trabajador, admitiéndose sin problemas la existencia de cláusulas contractuales de rescisión⁶⁶³.

5.4.2. La dinámica del procedimiento

Mientras tanto, el INEM deberá comprobar la veracidad de la documentación adjunta a la solicitud, así como el cumplimiento de los requisitos exigidos. La competencia se atribuye a los Directores provinciales del Instituto Nacional de Empleo, que tienen un mes para dictar la resolución desde el momento en que se

⁶⁶² Entre otras, SSTS de 15 de marzo y 30 de abril de 1991 (Ar. 4167 y 3396), 21 de julio de 1992 (Ar. 3645) y ATS de 16 de diciembre de 1994 (Ar. 10589). En doctrina, puede verse Dictamen y Asesoría, S.A. (D.A.S.A.), «La solicitud de ayudas públicas a la contratación laboral y el sometimiento del contrato de trabajo a condición», R.L. 14/1987, pp. 89 ss; MARTÍNEZ GIRÓN, «El precontrato de trabajo: límites normativos y práctica judicial», A.L. 42/1984, pp. 657 ss, y El precontrato de trabajo en la jurisprudencia, R.E.D.T. 1984, PP. 447 SS.; MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo* 14ª ed., Tecnos 1993, pp. 447 ss.; VALDÉS DAL-RE, «Tratos preliminares y condiciones del contrato de trabajo», R.P.S. 111/1976, pp. 111 ss.

⁶⁶³ SALA FRANCO y otros, ob. cit. (1996-1), p. 324; D.A.S.A., ob. cit., pp. 92-93.

completa la documentación requerida, entendiéndose denegada la solicitud si transcurriese un mes sin que recaiga aquélla (6.4 RD 2225/1993). La resolución expresa debe motivarse (6.2 RD 2225/1993).

La disposición adicional del RD 1451/1983 establece la financiación con cargo a los recursos del INEM de estas ayudas. Las subvenciones se condicionan a las disponibilidades presupuestarias de cada ejercicio económico (1.3 RD 2225/1993), pudiendo otorgarse únicamente para financiar aquellos hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigor de la norma que regula el programa de empleo⁶⁶⁴. La ausencia de disponibilidad presupuestaria provoca la inclusión de la solicitud en una lista de espera, al objeto de ser aprobada la subvención si dentro del mismo ejercicio económico se dispusiera de fondos en esta aplicación —CINEM—.

El control del cumplimiento, objeto y finalidad de la subvención se efectuará de conformidad con el establecido por el Texto refundido de la Ley General Presupuestaria⁶⁶⁵, y las normas específicas de la subvención.

B. LA PROMOCIÓN PÚBLICA DEL TRABAJO PROTEGIDO

6. Los Centros Especiales de Empleo. Características generales

La aplicación del principio de normalización en la integración laboral solicita el acceso preferente de la persona con minusvalía a un puesto de trabajo en una empresa común. Así lo indica la dinámica «espiritual» y positiva de su normativa que ve a los Centros Especiales de Empleo, de esta manera, como un medio subsidiario del anterior⁶⁶⁶, tal y como declaran los artículos 37 y 41.1 de la LISMI y el artículo 13 de la LBE. Este carácter subsidiario se manifiesta en una idea: sólo cuando la discapacidad dificulte el desarrollo de la actividad laboral con una mínima normalidad habrá que recurrir al trabajo en un Centro Especial de Empleo⁶⁶⁷. O, al límite, la asistencia en un Centro Ocupacional —artículo 47.2 LISMI—.

⁶⁶⁴ STS de 2 de julio de 1992 (Ar. 5762).

⁶⁶⁵ Aprobada por RDL 1091/1988.

⁶⁶⁶ STSJ Castilla y León (Valladolid) de 21 de febrero de 1995 (Ar. 632).

⁶⁶⁷ AZNAR LÓPEZ/AZÚA BERRA/NIROS SÁEZ, ob. cit., p. 147; DE LA PELA GARRIDO, «Un avance en la integración social de las personas con minusvalía: los centros ocupacio-

No obstante, esta percepción está sufriendo algunos cambios. Así, esta idea tradicional de ir adecuando a la persona con discapacidad en diferentes «escalas» ha tomado un cariz diferente en los últimos tiempos, quizás tras asumirse que las dificultades de integración en el mercado ordinario de trabajo responden a razones «sociales» más que a la incapacidad para el trabajo⁶⁶⁸. Lo prioritario ahora es que el trabajo desarrollado sea productivo, en cualquiera de sus manifestaciones: empresa ordinaria, Centro Especial o trabajo autónomo⁶⁶⁹. Lo que hasta hace poco era tan sólo subsidiario ha pasado ahora a ser un poco más alternativo. Sin que deba perderse de vista que sus especiales circunstancias los alejan a menudo de lo que es el patrón típico de la empresa ordinaria⁶⁷⁰, aunque tengan un contenido similar que facilite el posterior acceso de los trabajadores al medio normalizado de trabajo⁶⁷¹.

Los Centros Especiales de Empleo, regulados en el RD 2273/1985 de 4 de diciembre —en desarrollo del artículo 42 LISMI— son aquellos en los que su principal objetivo sea el de realizar un trabajo productivo⁶⁷², obligados como están a realizar una gestión sujeta a las mismas normas y requisitos que los que afecten a cualquier empresa del sector a que pertenezcan —artículos 1 y 9 RD 2273/1985—. Por ello, su estructura y organización, sin perjuicio de sus especiales características y la peculiar función que cumplen, debe ajustarse a las de una empresa ordinaria⁶⁷³.

Este es el sentido que cabe darle a las modificaciones que se han ido produciendo en su normativa reguladora. Para empezar, el primero de los cambios vino a incidir en uno de sus aspectos

nales pueden participar en el mercado», *L.L.* 1993-4, p. 532; en el mismo sentido ÁLVAREZ DE LA ROSA, *ob. cit.* (1987-II), p. 9, con amplia cita doctrinal; CAMPOS RUIZ, «Relaciones laborales de carácter especial», en *Comentarios al ET Tomo II-vol 1º*, Edersa, 1987, p. 285; MONTALVO CORREA, *ob. cit.* (1998), p. 223.

⁶⁶⁸ CES, *ob. cit.* (1995), p. 14.

⁶⁶⁹ DE LORENZO, *ob. cit.* (1998), p. 35.

⁶⁷⁰ GONZÁLEZ YAGÜE, «Centros Especiales de Empleo. Un modelo de empresa revisable», *Siglo Cero* n° 148, pp. 51 ss.

⁶⁷¹ ESTEBAN LEGARRETA, «La relación laboral especial de los minusválidos», *T.S.* 91/1998, p. 45.

⁶⁷² Esta denominación, poco expresiva, [según AZNAR LÓPEZ/AZÚA BERRA/NIÑOS SÁEZ, *ob. cit.*, p. 147], viene a englobar cuantas se han utilizado anteriormente en el Derecho español, como Centro de Empleo Protegido, talleres Protegidos, Centros Piloto de carácter especial, etc. La Recomendación 99 OIT viene a denominarlos Centro de Trabajo Protegido, lo que según estos autores se aproxima más a su finalidad.

⁶⁷³ GARCÍA MURCIA, *ob. cit.* (1986), p. 49.

más significativos: la composición de su plantilla. Originalmente, ésta debía estar formada en su integridad por trabajadores con minusvalía, sin perjuicio del personal no minusválido imprescindible para el desarrollo de la actividad (artículo 42.2 LISMI y 1 II RD 2273/1985). Sin embargo, con objeto de aumentar su versatilidad y competitividad⁶⁷⁴ y atendiendo las reivindicaciones que se venían realizando hace tiempo⁶⁷⁵ de convertir estos Centros en entes empresariales más flexibles y adaptados a las actuales exigencias del mercado⁶⁷⁶, se ha procedido a modificar el artículo 42.2 LISMI⁶⁷⁷. De esta forma, se permite ahora que el número de trabajadores minusválidos sea el máximo que permita el proceso productivo, pero situando el umbral en el 70% del total de la plantilla, excluyendo del cómputo de trabajadores a aquellos no discapacitados que se dediquen a trabajos de ajuste personal y social⁶⁷⁸.

Los Centros Ocupacionales, por su lado, tienen como finalidad asegurar los servicios de terapia ocupacional y de ajuste personal y social a los minusválidos cuya acusada minusvalía temporal o permanente les impida su integración en una Empresa o en un Centro Especial de Empleo. Desarrollada esta previsión en el RD 2274/1985, no puede concebirse un sistema cerrado de los mismos, admitiéndose tanto los que no operan nunca en el mercado, como aquellos en que se desarrollan además actividades encaminadas a la obtención de objetos, productos o servicios que sean objetos de mercado, aunque no regulares⁶⁷⁹. De ello no puede deducirse que la relación existente entre las partes ostente carácter laboral, debiendo asimilarse la situación a la puramente educacional que corresponde a los becarios⁶⁸⁰. Es, en otras palabras, lo que ha venido a denominarse relación asistencial de empleo⁶⁸¹.

⁶⁷⁴ CABRA DE LUNA, ob. cit. (1998), p. 33.

⁶⁷⁵ Aunque más rigurosas porque exigían que el mínimo de trabajadores con minusvalía se situara en un 51%. CERMI, ob. cit., p. 185 y CES, ob. cit. (1995), p. 37.

⁶⁷⁶ CES, ob. cit. (1995), pp. 37-38.

⁶⁷⁷ Disposición adicional trigésima novena de la Ley 66/1997.

⁶⁷⁸ Entendiéndose por estos, según el nuevo 42.2 LISMI, «los servicios de rehabilitación, terapéuticos, de integración social, culturales y deportivos que procuren al trabajador minusválido del Centro Especial de Empleo una mayor rehabilitación personal y una mejor adaptación de su relación social».

⁶⁷⁹ STS de 28 de septiembre de 1992 (Ar. 6818).

⁶⁸⁰ STCT de 2 de diciembre de 1986 (Ar. 12870).

⁶⁸¹ DE LA VILLA, ob. cit. (1995), p. 13.

Este es el marco sobre el que se desarrolla la actividad en los Centros Especiales de Empleo, que viene diseñado como relación especial de trabajo y cuyas características conviene ahora analizar (7). Marco que delimita, igualmente, las reglas que definen el modo a través del cual se incentiva, en el momento presente, la creación y mantenimiento de estos Centros (8).

7. La relación laboral especial de los trabajadores con discapacidad en los Centros Especiales de Empleo

La necesidad de una regulación especial del trabajo para las personas con discapacidad fue contemplada, por vez primera, en la Ley de Relaciones Laborales⁶⁸². Sin embargo, la primera versión del ET (Ley 8/1980) no incluía entre sus previsiones esta posibilidad, si bien a través de una mera habilitación de carácter general su artículo 2 permitía que una Ley declarase cualquier otro trabajo como trabajo de carácter especial. Esta posibilidad fue aprovechada por la disposición final sexta LISMI, que habilitó al Gobierno para que en el plazo de un año regulara esta relación laboral especial. Esta eventualidad fue, de nuevo, incumplida.

Tuvo que ser la Ley 32/1984, que reformaba distintos artículos del ET de 1980, la que pusiera a disposición del Gobierno, una vez más, un nuevo plazo para cumplir con esta labor. De este modo nace el RD 1368/1985, de 17 de julio, que regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en Centros Especiales de Empleo, cuyo contenido ha sido recientemente modificado por el RD 427/1999, de 12 de marzo. La legislación laboral común juega, en todo caso, como subsidiaria para todo aquello que no viene expresamente regulado en esta norma.

7.1. El ámbito subjetivo

El RD 1368/1985 se aplica (artículo 2) a aquellos trabajadores que, prestando sus servicios en un CEE, tengan reconocida una

⁶⁸² Artículo 3 c) de la ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales. Según su DA cuarta, el Gobierno disponía de dos años para hacerla realidad, plazo que transcurrió sin que dicha labor se llevara a cabo. Un desarrollo sinóptico de la «historia» de esta norma puede verse en MONTALVO CORREA, ob. cit. (1998), pp. 230 ss.

minusvalía de, al menos, un 33% que provoque una disminución en su capacidad de trabajo igual o superior a dicho porcentaje.

La primera impresión que se deduce de la delimitación subjetiva es que, a diferencia de la relación laboral común en la que el empresario se identifica por su relación con el trabajador, aquí el trabajador sujeto de la relación se identifica por la naturaleza específica de su empresario: necesariamente, un CEE⁶⁸³.

Pero, además, hay un elemento en la determinación del trabajador que puede suscribir esta relación laboral que implica una sutil, pero importante, diferencia con cualquier trabajador minusválido. Como puede observarse, el concepto de minusválido que aquí se baraja es más restrictivo que el que se utiliza para calificar la minusvalía. En efecto, son dos las circunstancias que debe reunir la persona en cuestión: de un lado, haber sido declarado minusválido (reconocimiento por tanto de un grado mínimo del 33%); de otro, que este estado reduzca su capacidad de trabajo al menos en el mismo porcentaje, medido según el rendimiento normal de una persona de la misma cualificación profesional⁶⁸⁴. No es suficiente, por tanto, la declaración de minusvalía para poder celebrar este contrato especial, sino que además debe existir una específica repercusión de la misma en la capacidad de trabajo. Tal y como se observa, existe una clara conexión con el concepto de incapacidad que tradicionalmente se ha exigido para acceder a prestaciones contributivas de Seguridad Social —*vid. supra* C2—.

Esta restricción conceptual responde, seguramente, a evitar las previsibles consecuencias de un concepto amplio que partiera en exclusiva de la declaración de minusvalía: si al expedirse esta declaración la base sustancial de análisis es la disminución psicofísica, sin tener en cuenta más que circunstancialmente la real incidencia en la capacidad laboral, lo normal sería que en el CEE operara el mismo proceso de selección que en una empresa ordinaria. Consolidada su finalidad productiva, lógico es pensar que al contratar a un trabajador se procurara elegir a aquel cuyo rendimiento de trabajo no se ve afectado por la minusvalía acreditada, en perjuicio de los presuntos beneficiarios de estos Centros⁶⁸⁵: aquellos que no pueden desarrollar una actividad laboral en las condiciones habituales⁶⁸⁶.

⁶⁸³ MONTALVO CORREA, ob. cit. (1998), p. 233.

⁶⁸⁴ Un análisis más detallado de esta duplicidad de elementos puede verse en ESTEBAN LEGARRETA, ob. cit. (1998), pp. 43 ss.

⁶⁸⁵ AZNAR LÓPEZ/AZÚA BERRA/NIÑOS SÁEZ, ob. cit., p. 149.

⁶⁸⁶ CAMPS RUIZ, ob. cit. (1987), p. 285.

La labor de identificación de los sujetos queda en manos de los equipos multiprofesionales, a los que esta norma otorga importantes competencias (algunas autorizantes) que hacen pensar que se está ante una relación laboral singularmente intervenida⁶⁸⁷, aunque la intervención se estime necesaria⁶⁸⁸. No debe olvidarse la propia naturaleza de este contrato, a mitad de camino entre lo puramente empresarial y los servicios sociales⁶⁸⁹. La relación especial, de este modo, no reside sólo en el intercambio de trabajo por salario, sino y particularmente en la integración social y laboral de los discapacitados, lo que tiene un doble alcance: individual, con una cierta significación terapéutica y de reconocimiento de personalidad del discapacitado; y social, facilitando su inserción en la vida activa⁶⁹⁰.

El problema, no obstante, consiste en definir la forma en que la identificación de ambos elementos (minusvalía, incapacidad laboral) debe llevarse a cabo. El propio RD determina la utilización del baremo establecido en la Orden de 8 de marzo de 1984, norma que sirve para determinar la calificación o no de la minusvalía. Está por ver cómo a través de una única fórmula calificadora pueden obtenerse los dos valores descritos. Será necesario, seguramente, realizar un segundo análisis, más específico, en el que entre el juego el baremo contenido en el Anexo II de dicha OOMM, con el que se valora la procedencia de la concesión del subsidio de garantía de ingresos mínimos, y que ofrece una mayor aproximación a la real imposibilidad de acceder al mercado de trabajo en el entorno de la persona a la que fue calificada una minusvalía.

De otro lado, la capacidad de obrar se regula por las normas generales, pudiéndose completar la de quienes la tengan limitada mediante la correspondiente autorización, expresa o tácita, de quien ostente su representación legal (artículos 6 y 7 ET y 3 RD 1368/1985)⁶⁹¹.

7.2. *El proceso de selección*

La elección del trabajador viene, por tanto, prefijada por las características subjetivas que acaban de definirse. Pero a esto adicio-

⁶⁸⁷ SEMPERE NAVARRO, ob. cit. (1998), p. 69.

⁶⁸⁸ ESTEBAN LEGARRETA, ob. cit. (1998), pp. 49-50.

⁶⁸⁹ ESTEBAN LEGARRETA, ob. cit. (1998), p. 45.

⁶⁹⁰ MONTALVO CORREA, ob. cit. (1998), p. 234.

⁶⁹¹ SEMPERE NAVARRO, ob. cit. (1998), p. 70; más extensamente, ESTEBAN LEGARRETA, ob. cit. (1998), pp. 45 ss.

na el artículo 4 del RD 1368/1985 un requisito formal: los trabajadores que deseen acceder a este tipo de empleo deben inscribirse en el Registro existente a estos efectos en las Oficinas de Empleo.

No obstante, la validez de esta formalidad, cuya existencia responde obviamente a controlar que el aspirante presenta a las circunstancias subjetivas descritas, habrá de adaptarse al nuevo marco de la colocación (artículo 16.2 ET) que abre nuevas posibilidades a entidades, públicas y privadas, diferentes del INEM⁶⁹². De este modo, nada parece impedir que el control de los equipos multiprofesionales se realice *a posteriori*, permitiéndose la solicitud a través de una oferta nominativa de empleo. Lo contrario supone una clara limitación al empresario, en el sentido de impedirle contratar a trabajadores que no hubieran sido designados como aptos previamente por la Oficina de Empleo⁶⁹³. Esta posibilidad, seguramente válida antes de la inclusión de las agencias privadas, puede ahora servir, aunque parece que sólo como condición resolutoria si no se cumplen los requisitos normativos de orden subjetivo apuntados⁶⁹⁴. Procedimiento que permite compatibilizar la extensión de la función de la colocación más allá del servicio público con las necesarias garantías que la colocación de un colectivo como éste exige⁶⁹⁵.

Algo que, como se verá, puede apoyarse en la doctrina de los órganos judiciales que suelen salvar el incumplimiento de este requisito formal mediante una interpretación finalista de las normas colocadoras. Y que en la práctica no tiene graves consecuencias en la medida en que estas contrataciones van acompañadas de la correspondiente solicitud de ayudas públicas, instante en el que se producirá el aludido control.

7.3. Forma, modalidades y duración del contrato

Establece asimismo el RD determinadas particularidades sobre diferentes aspectos del contrato de trabajo.

7.3.1. La forma del contrato

Sobre la forma del contrato establece que deberá celebrarse por escrito y registrarse en la Oficina de Empleo, en el plazo de los diez

⁶⁹² MONTALVO CORREA, ob. cit. (1998), pp. 234-235.

⁶⁹³ ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1987-II), p. 16.

⁶⁹⁴ En sentido similar, parece, ESTEBAN LEGARRETA, ob. cit. (1998), p. 46.

⁶⁹⁵ MONTALVO CORREA, ob. cit. (1998), p. 235.

días siguientes a su celebración (artículo 5 RD 1368/1985). Este mismo hecho, se soliciten o no las ayudas (última posibilidad harto improbable), sirve ya para poner en conocimiento de los órganos administrativos el inicio de la relación laboral, activando la puesta en marcha de las actuaciones del informe del equipo multiprofesional.

Al respecto de la exigencia de forma escrita del contrato, la duda está en conocer el alcance del incumplimiento de este requisito. En este sentido, se estima que entra en juego la presunción de que posee duración indefinida y a jornada completa⁶⁹⁶, sin que de ello pueda derivarse, además, su consideración de contrato ordinario⁶⁹⁷, porque la forma del contrato no es constitutiva sino que se trata de una simple medida de protección⁶⁹⁸.

7.3.2. Las modalidades contractuales

El contrato de trabajo podrá ajustarse a cualquiera de las modalidades previstas en el ET (7 RD 1368/1985), pudiendo concertarse por tiempo indefinido o de duración determinada en los supuestos previstos en el artículo 15 del ET (10 RD 1368/1985), aunque teniendo en cuenta diversas particularidades.

a) El contrato para la formación en los Centros Especiales de Empleo

La primera referencia debe hacerse del contrato para la formación. Hay que decir que el régimen aplicable a éste será el común (11 ET), con las adaptaciones reseñadas arriba sobre edad para contratar —*vid. supra* 4.1—, aunque con las peculiaridades que establece el nuevo artículo 7 del RD 1368/1985 cuando el contrato formativo se celebra en un CEE.

De un lado, aumenta en este caso el plazo de duración del contrato con respecto al común, permitiendo que se celebre por un máximo de cuatro años cuando el equipo multiprofesional acredite que el trabajador no ha alcanzado el nivel de conocimientos requeridos para desempeñar el puesto de trabajo⁶⁹⁹.

⁶⁹⁶ ESTEBAN LEGARRETA, ob. cit. (1998), p. 46 y SEMPERE NAVARRO, ob. cit. (1998), p. 72.

⁶⁹⁷ Posición defendida por ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1987-II), p. 16.

⁶⁹⁸ ESTEBAN LEGARRETA, ob. cit. (1998), p. 46.

⁶⁹⁹ Debe tenerse en cuenta que el plazo máximo era antes de seis años, y se ha visto reducido a cuatro por la reciente reforma operada por el RD 427/1999 citado.

De otro, realiza algunas variaciones en cuanto al contenido formativo que, lógicamente, deberá ser aprobado por el equipo multi-profesional. Así, el tiempo dedicado a la formación teórica puede alcanzar hasta un límite máximo de dos tercios del tiempo de trabajo, lo que supone dedicar un mayor espacio a la formación⁷⁰⁰. Aunque el mismo puede reducirse, incluso omitirse, si el contrato se concierta con una persona que padece una discapacidad psíquica cuyo grado le impida realizar aquella actividad.

En cuanto a la necesidad formal de que el tiempo de formación conste en el contrato, se ha estimado que su ausencia puede ser subsanada materialmente. De este modo, la no inclusión entre las cláusulas contractuales estipuladas no supone vicio de nulidad ni conversión del contrato en indefinido, siempre y cuando se hayan impartido las enseñanzas necesarias para alcanzar los conocimientos que constituyen el objeto del contrato⁷⁰¹.

b) La reciente incorporación del contrato a domicilio

Una novedad importante en la reciente reforma del régimen jurídico de esta relación laboral especial hace referencia al contrato de trabajo a domicilio. Excluida esta modalidad contractual inicialmente, probablemente dada la naturaleza y características de esta relación laboral⁷⁰² en la que parecía necesaria una cierta «cultura presencial»⁷⁰³, su formalización se consiente ahora debido al nuevo contenido del artículo 7 RD 1368/1985.

Viene así a positivizarse una vieja reivindicación⁷⁰⁴, regulándose así ciertos mecanismo de garantía, seguimiento y ajuste⁷⁰⁵. De esta

⁷⁰⁰ ESTEBAN LEGARRETA, ob. cit. (1998), p. 48.

⁷⁰¹ STSJ Castilla y León (Valladolid) de 5 de diciembre de 1995 (Ar. 4549). De otro lado, la nueva redacción dada a los contratos en formación por el artículo 1 Dos del RDL 8/1997, que modifica el artículo 11 del ET, permite la transformación del contrato en un contrato ordinario sólo, cuando el empresario incumpla en su totalidad sus obligaciones en materia de formación teórica (la cursiva es mía). A juicio de la doctrina, ello viene a suponer una presunción legal de fraude de ley en el supuesto de incumplimiento total de obligaciones en esta materia, solución incompleta que no resuelve los supuestos de incumplimiento parcial. Sobre el particular *vid.* ALBIO, MONTESINOS, ob. cit. (1997), pp. 26-27.

⁷⁰² CAMPS RUIZ, ob. cit. (1987), p. 293.

⁷⁰³ ESTEBAN LEGARRETA, ob. cit. (1998), p. 47.

⁷⁰⁴ Contenida ya en el primer Plan de reactivación del CERMI citado.

⁷⁰⁵ DE LORENZO, ob. cit. (1998), p. 53; también destacados por ESTEBAN LEGARRETA, ob. cit. (1998), p. 47.

manera se impide su utilización con minusválidos psíquicos, consintiendo en el resto de los casos siempre y cuando el equipo multiprofesional acredite su adecuación a las características del trabajador y su contribución a la mejora de la adaptación personal y social en vistas a su integración en el mercado ordinario de trabajo. Y se exige, explícitamente, que en el contrato se hagan constar qué adaptaciones técnicas resultan necesarias para la realización de la actividad laboral, así como los servicios de ajuste personal y social que el CEE pone a disposición del trabajador contratado a domicilio, en buena lógica con la doble naturaleza descrita del trabajo en estos Centros.

c) Una modalidad particular: el contrato a bajo rendimiento

Por último, se consiente la posibilidad de celebrar el contrato a bajo rendimiento (12 c) RD 1368/1985), del que no puede predicarse que sea una modalidad contractual *strictu sensu* sino más bien una suerte de adaptación del salario al rendimiento reducido del trabajador⁷⁰⁶. Pues bien, cuando el rendimiento del trabajador sea un 25 por 100 inferior al normal, se habilita a la empresa a disminuir el salario, situando el límite del descuento en ese mismo porcentaje. Una regulación que, en estos términos, ha suscitado diversas críticas⁷⁰⁷. Una referida a la imposibilidad del descuento hasta que el nivel de incapacidad alcance el 25 por ciento, lo que parece razonable teniendo en cuenta el propio carácter de estas empresas. Otra en cuanto a la ausencia de un límite retributivo inferior, como el salario mínimo interprofesional, que impida a la empresa descontar más allá de este umbral, algo que debe compartirse dado el amplio sistema de incentivos públicos que estas empresas reciben.

7.3.3. La duración del contrato

En cuanto a la duración del contrato, la principal singularidad es la definida en el artículo 10 RD 1368/1985 que hace referencia a la posibilidad de establecer un período de prueba, llamado de adaptación al trabajo, por un período máximo de seis meses. Lógico es

⁷⁰⁶ ESTEBAN LEGARRETA, ob. cit. (1998), p. 49.

⁷⁰⁷ ESTEBAN LEGARRETA, ob. cit. (1998), p. 49.

pensar, por tanto, que la posibilidad de resolución contractual *ante tempus* puede ser ejercitada por el CEE legítimamente, si entiende que el trabajador no está capacitado para realizar las tareas asignadas, siempre y cuando esta opción se ejercite de tal modo que no desvirtúe o haga imposible el cumplimiento de la finalidad básica atribuida por el RD al período de adaptación⁷⁰⁸. Aunque, en buena lógica, servirá también como elemento sanatorio de la eventual ineptitud anterior⁷⁰⁹. En todo caso, debe tenerse en cuenta que la extensión de este período no puede ser excesiva con respecto a la duración del contrato (idéntica duración en este caso), la cláusula es nula y la resolución se convierte en un despido improcedente⁷¹⁰.

7.4. Contenido de la relación laboral

Ya se ha comentado que el CEE debe parecerse al máximo a una empresa normal, tanto en organización como en métodos de trabajo⁷¹¹. El trabajo asignado debe, por tanto, ser productivo y remunerado, si bien debe adecuarse a las características y ser idóneo para favorecer su integración profesional y social y su posterior incorporación al mercado ordinario de trabajo⁷¹².

El trabajador tendrá los mismos derechos y deberes (respeto a su dignidad, seguridad y salud laboral, promoción en el trabajo, etc.) que el ET prevé para el resto de los trabajadores sometidos a una regulación de trabajo ordinaria (9 RD 1368/1985). Aunque sus condiciones de trabajo se vean sometidas a las circunstancias específicas que derivan de su regulación especial de trabajo.

7.4.1. Régimen retributivo

De un lado, por lo que respecta a los aspectos retributivos (nuevo artículo 12 RD 1368/1985) y dejando al margen ahora la específica fórmula del trabajo a bajo rendimiento observada, se modalizan, en primer lugar, las previsiones generales sobre salarios y

⁷⁰⁸ CAMPS RUIZ, ob. cit. (1987), p. 295.

⁷⁰⁹ CAMPS RUIZ, ob. cit. (1987), p. 295.

⁷¹⁰ STCT de 29 de noviembre de 1988 (Ar. 7431). No así cuando se pacta un período de adaptación de seis meses en un contrato inicialmente concertado por un año de duración, STSJ Cataluña de 26 de julio de 1994 (Ar. 3079).

⁷¹¹ ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. (1987-II), p. 16.

⁷¹² GARCÍA MURCIA, ob. cit. (1986), p. 50.

garantías⁷¹³, prohibiéndose los sistemas de incentivos que a juicio de los equipos multiprofesionales supongan un riesgo para la salud física o moral de los trabajadores.

En segundo lugar, se establece el derecho a percibir dos gratificaciones extraordinarias al año, cuya cuantía será, como mínimo, para cada una de ellas, de treinta días de salario (12 b). Se produce aquí una modificación del régimen anterior a la reforma operada por el RD 427/1999 que suscita alguna problemática. En efecto, la anterior redacción de este precepto señalaba que el importe de las gratificaciones equivaldría a treinta días de salario base incrementado con el complemento personal de antigüedad. Esto hace pensar si la nueva cuantía, referida sin más al salario, incluye los dos conceptos anteriores o por el contrario supone una modificación de ese régimen retributivo. En este sentido, caben dos posibilidades. La primera, que se esté refiriendo al salario base, en exclusiva, sin perjuicio de que pueda mejorarse esta prestación mediante pacto colectivo, lo que supone en la práctica una dificultad importante si se observa la debilidad colectiva de los trabajadores en estas empresas especiales. La segunda, que la referencia al salario esté efectuándose a todas las prestaciones salariales, salario base más complementos que pudieran existir, solución esta más coherente desde una proyección tuitiva, pero más dudosa dentro del nuevo marco de búsqueda de una mayor productividad.

7.4.2. El tiempo de trabajo

En este asunto, las particularidades se encuentran en el artículo 13, también reformado, del RD 1368/1999. De un lado, se prohíbe la realización de horas extraordinarias, salvo para prevenir o reparar siniestros y daños extraordinarios. De otro, crea un nuevo permiso remunerado de hasta diez días al semestre (previo aviso y justificación), para asistir a tratamientos de rehabilitación y participar en procesos de orientación, formación y readaptación profesionales. Por último, hay que advertir que su nueva redacción suprime la obligatoria regularidad de la jornada fijada en un máximo de ocho horas diarias, posibilitando de este modo establecer la distribución del tiempo de trabajo de modo irregular de acuerdo con las previsiones generales (34 ET).

⁷¹³ En palabras de *SEMPERE NAVARRO*, ob. cit. (1998), p. 72.

7.5. *Modificación, suspensión y extinción contractual*

El régimen jurídico de la modificación de las condiciones de trabajo, movilidad funcional y geográfica, suspensión y extinción contractual (14 a 16 RD 1368/1985) contemplan un régimen jurídico casi idéntico al existente en el ET, con la salvedad del necesario informe favorable de los equipos multiprofesionales. Esta semejanza hace innecesario un estudio detallado de estos aspectos. No obstante, a título de referencia, es posible realizar algunas matizaciones.

7.5.1. La ineptitud en los Centros Especiales de Empleo

En primer lugar, la extraña referencia a la extinción objetiva por ineptitud sobrevenida, ante la que no puede sino adoptarse una actitud crítica. Las referencias contrarias a la ineptitud como causa extintiva se realizarán más abajo —*infra* C4— y a ellas hay que remitirse, teniendo en cuenta que son plenamente válidas para este supuesto. Sin embargo, conviene dejar claro que la aplicación de esta figura en estas empresas admite, si cabe, una mayor controversia.

Está claro que la ineptitud está pensada para que la empresa no asuma una disminución en el rendimiento por causas ajenas a su propia esfera, ante la imposibilidad de extinguir el contrato por otras vías (incapacidad permanente, 49 ET). Ahora bien: de un lado, la ineptitud prescinde de otros elementos garantes de la específica situación de la persona discapacitada, como la medición subjetiva del rendimiento contemplada por el artículo 20.3 ET. Y, de otro, y esto es todavía más preocupante, su aplicación en una empresa «especial» de estas características es extraña, porque precisamente está pensada para aquellos supuestos en los que hay una incapacidad laboral que es, esencialmente, la clave de la imposibilidad para insertarse normalmente en el mercado de trabajo. Una cosa es que el CEE sea productivo, y otra muy diferente que prescinda de su vocación social. Máxime cuando se habla de disminuciones en el rendimiento mínimas (insuficiente para alcanzar una incapacidad permanente⁷¹⁴) para las que, además, la norma en cuestión contempla una salida ya comentada: el contrato a bajo rendimiento.

⁷¹⁴ Adquiridas tras la realización de labores en la empresa especial, SSTSJ País Vasco de 26 de abril de 1994 (Ar. 1427) y 12 de julio de 1996 (Ar. 2582).

7.5.2. La posibilidad de acudir a la extinción por causas económicas, técnicas, productivas o de organización

Cuestión diferente debe predicarse de la reciente incorporación (RD 427/1999) de la inclusión de esta causa extintiva regulada en el artículo 52 c) del ET, hasta ahora excluida en los CEE. Sin que pueda celebrarse la posibilidad de acudir, en todo caso, a este mecanismo extintivo, puede resultar útil si de lo que se trata es de garantizar el mantenimiento de la empresa⁷¹⁵. No obstante, los controles que deben establecerse aquí no pueden ser los mismos que los que cada vez con mayor flexibilidad se aplican en el régimen laboral común. Es posible que debido a lo cual el nuevo artículo 16 c) RD 1368/1985 exige un control previo, a evaluar por los equipos multiprofesionales, ante el cual debe el empresario acreditar la decisión extintiva, donde sería conveniente que se tenga en cuenta aquí el régimen de ayudas del que suelen beneficiarse los CEE

8. Tipos de ayudas, cuantías y límites

La promoción del empleo especial viene regulado en el artículo 19 del RD 620/1981 y su Orden de desarrollo de 5 de marzo de 1982, en el RD 2273/1985 y en la Orden de 16 de octubre de 1998 (OMAS)⁷¹⁶.

El RD 2273/1985, en su artículo 10, establece que los Centros estarán financiados por las aportaciones de los titulares o de terceros, los beneficios obtenidos con su actividad y las ayudas públicas determinadas para la creación de empleo, el mantenimiento de los puestos de trabajo y contribuir a su equilibrio presupuestario.

La cuantía de las ayudas viene contemplada en la Orden de 16 de octubre de 1998, a la que deberán adaptarse las normas de las Comunidades Autónomas que hayan asumido las competencias en esta materia⁷¹⁷, en virtud de la clasificación de los beneficios anteriormente relatada.

⁷¹⁵ Un criterio similar mantiene ESTEBAN LEGARRETA, *ob. cit.* (1998), p. 55.

⁷¹⁶ Orden de 16 de octubre de 1998 por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas y subvenciones públicas destinadas al fomento de la integración laboral de los minusválidos en centros especiales de empleo y trabajo autónomo.

⁷¹⁷ Algunas CC.AA. han asumido las competencias de gestión del antiguo Fondo Nacional del Trabajo. En la actualidad los fondos provienen del Fondo Social Europeo, por lo que a cada una de ellas se le distribuyen las subvenciones correspondien-

1) *Proyectos generadores de empleo.*—Se contemplan subvenciones para contribuir a la creación de puestos de trabajo destinadas a colaborar en los gastos que conlleven diferentes acciones necesarias para generar el empleo.

- Así, las ayudas se destinan para la asistencia técnica: asesoramiento contable, comercial o jurídico, estudios de viabilidad y auditorías e informes económicos.
- Para la financiación parcial de hasta tres puntos de los intereses de los préstamos que se obtengan de entidades de crédito, públicas o privadas, con las que el MTAS tenga suscrito el oportuno convenio.
- Y para sufragar la inversión fija en proyectos de interés social.

La suma de las subvenciones anteriores no superará, en conjunto, la cuantía de dos millones de pesetas por puesto de trabajo creado con carácter estable, si el centro especial de empleo supera el 90 por 100 de trabajadores minusválidos respecto del total de la plantilla. Y de un millón y medio de pesetas si el centro da trabajo a un número de minusválidos que va desde el 70 hasta el 90 por 100. En el cálculo del número de trabajadores de la plantilla no se incluye el personal no minusválido dedicado a la prestación de ajuste personal y social, así como el que preste servicios en aquellas actividades o puestos de trabajo específicos que, por su propia naturaleza o complejidad, no puedan ser desempeñados por personas minusválidas.

2) *Acciones destinadas al mantenimiento de puestos de trabajo.*—Igualmente, se contemplan ayudas de distinta naturaleza para contribuir al sostenimiento de la actividad del CEE.

- Se contempla la posibilidad de obtener una subvención del coste salarial correspondiente al puesto de trabajo ocupado por minusválido que realice una jornada de trabajo laboral normal y que esté en alta en la Seguridad Social, por un importe máximo del 50% del salario mínimo interprofesional aplicado. En el caso del contrato a tiempo parcial, la subvención experimentará una reducción proporcional a la jornada laboral realizada.

tes a los programas de apoyo al empleo cuyas competencias han asumido, DE LA VILLA GIL/SAGARDOY BENGOCHEA, ob. cit., p. 30.

- Bonificación del 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta, que serán deducidas por los Centros Especiales de Empleo, previa autorización administrativa.
- Subvenciones para la adaptación de puestos de trabajo y eliminación de barreras arquitectónicas en una cuantía máxima no superior a 300 mil pesetas por puesto de trabajo, y sin que en ningún caso rebasen el coste real que, al efecto, se justifique por la referida adaptación o eliminación.
- Y asistencia técnica para contribuir al mantenimiento de los puestos de trabajo en los términos previstos anteriormente.

3) *Ayudas destinadas a equilibrar su presupuesto.*—Para lo cual, contempla dos tipos de beneficios económicos.

- Otorgar una subvención, por una sola vez, destinada a equilibrar y sanear financieramente, con el fin de lograr su reestructuración para que alcancen niveles de productividad y rentabilidad que garanticen su viabilidad y estabilidad.
- Así como una subvención dirigida a equilibrar el presupuesto de aquellos centros especiales de empleo que carezcan de ánimo de lucro y sean, en el sentido arriba descrito, de utilidad pública e imprescindibilidad, sin que pueda cubrir resultados adversos derivados de un gestión deficiente a juicio de la Administración. Su utilidad pública se manifiesta cuando los mismos se consagren en objetivo y finalidad a la integración laboral y social de los minusválidos, mientras que por imprescindibilidad habrá de entenderse la verificación de que el Centro es estrictamente necesario para asegurar el empleo remunerado y la prestación de los servicios de ajuste personal y social a estos trabajadores (artículo 11 RD 2273/1985). Para determinar su concesión y cuantía se tendrá en cuenta: la actividad, dimensión, estructura y gerencia del centro; la composición de su plantilla con especial atención al número y adaptación al puesto de los trabajadores con minusvalía; la modalidad y condiciones de los contratos; las variables económicas del centro; y los servicios de ajuste personal y social que preste.

C. *LOS INCENTIVOS ECONÓMICOS PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO AUTÓNOMO*

9. **Una breve referencia a la importancia del autoempleo como fórmula de integración**

La creación de empleo autónomo o por cuenta propia ha sido siempre contemplado en los planes de fomento del empleo de los trabajadores con minusvalía, aunque la situación actual del mercado de trabajo ha potenciado esta dinámica, adquiriendo cada vez un mayor protagonismo en la inserción/reinserción laboral de los trabajadores. En este sentido se pronuncian los planes genéricos de la situación actual y futura del empleo en general y del empleo de los trabajadores con discapacidad en particular⁷¹⁸.

A la situación socioeconómica y a la ya permanente modificación de la tradicional organización empresarial (modificación de su estructura en busca de sistemas descentralizados de producción) se suman, además, las nuevas posibilidades abiertas por los avances de los nuevos tiempos⁷¹⁹. De este modo, las nuevas tecnologías⁷²⁰ permiten que nuevas formas de empleo, como el teletrabajo⁷²¹, dejen de ser residuales para convertirse en una de las opciones del futuro para la inserción laboral de personas, por ejemplo, con movilidad limitada.

⁷¹⁸ CES, ob. cit. (1995), p. 37.

⁷¹⁹ Las posibilidades que el mundo de las nuevas tecnologías, especialmente las de la comunicación y la información, abren en el ámbito de las ocupaciones a la deslocalización de las formas tradicionales de organización del trabajo no pueden ser desaprovechadas por lo que a las personas discapacitadas se refiere, MÉNDEZ MARTÍNEZ, ob. cit. (1998), p. 377.

⁷²⁰ Sobre el particular, vid. JIMÉNEZ LARA, «El impacto de las nuevas tecnologías en el empleo de las personas con discapacidad», en *La situación del empleo de las personas con discapacidad. Propuestas para su reactivación*, ELE, Madrid 1998, pp. 289 ss.

⁷²¹ Un interesante estudio sobre el teletrabajo, tanto en sus posibilidades para el trabajo autónomo, en su configuración como trabajo por cuenta ajena, sus especificidades, y los problemas de su regulación jurídica puede verse en GAETA FLÓREZ, «Teletrabajo y Derecho: la experiencia italiana», *D.L.* 49/1996, pp. 33 ss. y GAETA FLÓREZ, *Outsourcing y teletrabajo: Consideraciones jurídico-laborales sobre nuevos sistemas de organización del trabajo*, R.E.D.T. mayo-junio/1995. También puede verse el ejemplar monográfico de la *RMTAS* 11/1998.

10. Las ayudas para el fomento del empleo por cuenta propia

El artículo 38.4 de la LISMI reconoce como medida de fomento del empleo las subvenciones y préstamos que posibiliten a las personas con minusvalía establecerse como trabajadores autónomos, siendo aplicables a las mismas las normas detalladas en el empleo especial.

El fomento del autoempleo tiene lugar mediante la oferta de una serie de fórmulas variadas que se destinan a la incorporación individual de trabajadores que emprenden una actividad económica por su cuenta y riesgo. No obstante, estas ayudas son también aplicables a las empresas de economía social⁷²², en virtud de la Orden de 29 de diciembre de 1998⁷²³.

Las ayudas económicas vienen contempladas en la OMAS y son de dos tipos:

- una subvención parcial de los intereses de los préstamos de hasta tres puntos, por un importe máximo de 750 mil pesetas, pagadera en una sola vez,
- y una subvención de 650 mil pesetas para inversión de capital fijo.

Una medida que sin duda contribuirá a la creación de empleo por cuenta propia es la posibilidad que se ofrece a los trabajadores con minusvalía de capitalizar las prestaciones por desempleo, lo que se ha producido por su reciente inclusión entre los beneficiarios de la modalidad de pago único de estas prestaciones regulada en el RD 1044/1985⁷²⁴; así como las prestaciones económicas derivadas de una incapacidad permanente total, vieja fórmula contemplada en la OM de 31 de julio de 1972.

⁷²² Que adquieren una importancia cada vez mayor en la inserción del colectivo. Sobre el particular, *vid.* «El papel de la economía social en la reactivación del empleo de las personas con discapacidad», en *La situación del empleo de las personas con discapacidad en España. Propuestas para su reactivación*, AA.VV., E.L.E., Madrid 1998, pp. 327 ss.

⁷²³ Orden de 29 de diciembre de 1998 por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de ayudas y subvenciones públicas con cargo al Programa de Desarrollo de la Economía Social.

⁷²⁴ Realizada por el art. 31 Ley 50/1998.

II. LAS MEDIDAS COACTIVAS DE INCORPORACIÓN AL MERCADO DE TRABAJO

11. El sentido de la colaboración obligatoria y su posicionamiento normativo

El correcto funcionamiento de la actuación pública en favor de las personas con dificultades de inserción haría pensar que, de ser necesaria alguna técnica de incentivación de su ingreso en el trabajo, ésta debería apoyarse en decisiones voluntarias de los diferentes agentes de la relación laboral. Ello vendría a primar las medidas de promoción indirecta del empleo mediante técnicas de fomento, sobre aquellas otras que puedan limitar la libertad empresarial de contratación o despido. Se plantea por esta vía que la política de empleo debe, más que imponer, incentivar, y no hacer rígida la gestión de la fuerza de trabajo de un modo que resulte incompatible o nociva para la producción y para la funcionalidad de las empresas⁷²⁵.

La exigua utilización de las primeras ha propiciado, sin embargo, que las esperanzas se depositen en las segundas, conocidas como medidas de empleo selectivo. Se encuentran así en la normativa española dos obligaciones en este sentido. La cuota de reserva para personas con minusvalía, de un lado. Y las preferencias para el reingreso en la empresa de los inválidos recuperados, de otro. Dedicándose este Capítulo en exclusiva a la cuota de reserva, la preferencia será tratada en el siguiente, cuando se constaten las consecuencias contractuales de la incapacidad laboral.

Entrando de lleno en la reserva de empleo⁷²⁶, ésta consiste en la imposición a la empresa de «guardar» un número determinado de puestos de trabajo que deberán ser ocupados, de manera exclusiva, por trabajadores con minusvalía. De larga tradición en el Derecho español —*supra* C1—, viene a ser considerada el «instrumento esencial» de las medidas integradoras, aun cuando se es consciente de su presumible incumplimiento⁷²⁷.

⁷²⁵ LÓPEZ GANDÍA, ob. cit. (1980), p. 105.

⁷²⁶ Algún acreditado autor diferencia terminológicamente entre reserva y cuota — RODRÍGUEZ PIÑERO, ob. cit. (1983-2), p. 467—. Al margen de esta precisión, y como quiera que normalmente suelen utilizarse de manera indistinta, ambas serán empleadas en el presente trabajo.

⁷²⁷ ONU, ob. cit. 1987, p. 46; DE LORENZO, *El cambio necesario en la política de formación y empleo para minusválidos*, Ponencia presentada en el Club Siglo XXI el 21 de marzo de 1994, p. 34; CES, ob. cit. (1995), p. 28.

Largamente discutida su presunta colusión con la libertad del empresario a la hora de fijar el volumen y la distribución del empleo, este límite positivo a la libertad de contratación⁷²⁸ venía justificándose en la función social de la iniciativa económica privada. Hoy día, su proyección tiene mayor alcance. En efecto, las medidas coactivas de fomento del empleo se enmarcan dentro de las acciones positivas desigualesitarias amparadas por la Constitución Española, dentro de la protección antidiscriminatoria que de ella emana. Así lo reconoce la doctrina científica y judicial (tanto en fase ordinaria como constitucional), primando su finalidad sobre otros valores también protegidos por la Constitución, como el que deriva de su artículo 38, lo que avala el uso de los instrumentos normativos de los que pende su regulación.

La posibilidad de configurar reservas de empleo viene establecida en el artículo 17.2 del Estatuto de los Trabajadores, concretándose, para las personas con discapacidad, en el artículo 38 de la Ley 13/1982 de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), aun cuando esta previsión ha podido encontrarse históricamente en la LGSS (ahora en su artículo 158). Esta obligación, que afecta tanto a las empresas públicas como privadas, fue desarrollada de la mano de los artículos 4 a 6 del RD 1451/1983, auténtico buque insignia reglamentario de las medidas de promoción del empleo de las personas con discapacidad. La reserva de empleo fue extendida posteriormente a las Administraciones Públicas por medio de la Ley 23/1988 que incorporó en la Ley 30/1984 la disposición adicional 19^a.

A. LA RESERVA DE EMPLEO PARA TRABAJADORES CON MINUSVALÍA EN LA EMPRESA ORDINARIA

12. La «actualizada» regulación de la reserva de empleo en las empresas

La reserva de empleo exigida a las empresas existe desde tiempo atrás⁷²⁹. En concreto, el artículo 38.1 de la LISMI establecía que «*las empresas públicas y privadas que empleen a un número de trabajadores fijos que excedan de 50 vendrán obligadas a emplear un número de traba-*

⁷²⁸ SALA FRANCO, La libertad empresarial de contratación, MTSS 1980, p. 31.

⁷²⁹ Específicamente, fue el Decreto 2531/1970 la primera norma que estableció dicha obligación.

jadores minusválidos no inferior al 2% de la plantilla». A lo que venía a añadir el artículo 4 del RD 1451/1983 «de entre los que se encuentren inscritos como tales en el correspondiente registro de trabajadores minusválidos de la Oficina de Empleo». No obstante, así considerada, la obligación ha venido planteando serios problemas, tal y como irá observándose.

Seguramente por este motivo, y seguramente también porque la obligación requería de una puesta al día, el Legislador ha modificado el artículo 38 de la LISMI mediante la disposición adicional 39ª de la Ley 66/1997, en primera instancia, y posteriormente de la disposición adicional 11ª de la Ley 50/1998, actualizando la reserva de empleo en un doble sentido. De un lado, la nueva fórmula establece que *«las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores minusválidos. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa»*. De otro, consiente que *«excepcionalmente»* las empresas públicas y privadas queden *«exentas de esta obligación de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83, números 2 y 3, del Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente»*.

Esta «novedad» legislativa ofrece un nuevo panorama que modifica, sustancialmente, el régimen jurídico preexistente. Es por ello que parece interesante investigar, de un lado, aquellas cuestiones que venían considerándose problemáticas y que, con la reciente redacción legal, pueden considerarse resueltas; y, de otro, aquellas dudas que subsisten e impiden que la norma encuentre la precisión necesaria para poder ser aplicada del modo más eficaz posible. Esta tarea se acometerá concretando, en primer lugar, qué empresas se encuentran entre las obligadas a hacer efectiva la cuota (13). En segundo lugar, se intentará determinar cuál es la fórmula que debe utilizarse para computar a los trabajadores en las cuantías exigidas por la obligación (14). Posteriormente, parece importante conocer cuál es la secuencia temporal de su cumplimiento (15). Y, por último, cuáles son las propuestas de actualización y cumplimiento alternativo de la reserva de empleo (16).

13. La empresa como sujeto obligado y los problemas «espaciales» de su delimitación

La obligación establecida por la LISMI (artículo 38.1) y el RD 1451/1983 (artículo 4), ordenaba que las empresas, públicas y privadas, con más de cincuenta trabajadores fijos emplearan a un número de trabajadores con minusvalía no inferior al dos por ciento de su plantilla. Tan escueta redacción había provocado no pocos problemas interpretativos a la hora de definir qué empresas se encontraban en su ámbito de aplicación.

13.1. El binomio empresa/centro de trabajo

Y es que, aun cuando a simple vista no parece que la obligación planteara mayores dudas, algunas interpretaciones judiciales⁷³⁰ entendían que el número total de trabajadores existentes en los diferentes centros de trabajo de una empresa no podía computarse globalmente, sino de manera independiente en cada uno de ellos.

Sin duda, el tema era relevante, por cuanto que el tratamiento legal que se dispensa a la obligación no es ni mucho menos idéntico según se considere la dimensión laboral de la empresa o la del centro de trabajo⁷³¹. En efecto, el cómputo del 2% previsto variará, sustancialmente, en función de cuál sea la dimensión espacial sobre la que se calculen las entidades numéricas estimadas en la reserva de empleo, pudiendo fácilmente constatarse cómo el cómputo referido a cada centro de trabajo en lugar de al conjunto de la empresa subestima el efecto de la cuota de reserva⁷³². Situación que en oca-

⁷³⁰ STSJ nº 428/95 Comunidad Valenciana de 11 de mayo de 1995, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.

⁷³¹ SALA FRANCO Y OTROS, *Derecho del Trabajo* 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 1997, p. 250; MONTROYA MELGAR, *Derecho del Trabajo* 16ª ed., Tecnos 1995, p.537.

⁷³² CES, ob. cit., p. 67.

La aplicación de la cuota por centro de trabajo puede constatarse en otras realidades, como la francesa, donde a pesar de aplicar un porcentaje superior —6%— al español, y aplicado sobre un número menor de trabajadores —20 trabajadores—, produce un impacto desfavorable a su aplicación sobre la empresa en su conjunto. Así lo pone de manifiesto SIMONNEAU [«Mesures favorisant l'accès des personnes handicapées à une activité professionnelle», en *L.S.* 10220/1988, p. 28], a través de un ejemplo que por su grafismo quizás sea interesante reproducir. El cálculo se efectúa como sigue: 1. Una empresa de 50 trabajadores con un sólo centro de trabajo deberá emplear a tres minusválidos. 2. Si tiene dos centros de trabajo de 25 trabajadores cada uno, empleará a un trabajador con minusvalía por centro. 3. Si en un centro tiene 31 trabajadores y en otro 19 empleará a dos trabajadores minusválidos en el

siones había venido a ser considerado como disolvente de esta obligación, debido a que en las grandes entidades con un alto número de centros aquella no operará virtualmente en caso alguno⁷³³.

Uno de los elementos que suscitaban la duda se encuentra en el artículo 5 del RD 1451/1983, que establece la obligación de las empresas de remitir al INEM de la provincia en la que tengan su sede social y centros de trabajo una relación de los puestos de trabajo ocupados por trabajadores con minusvalía o reservados a los mismos. Ahora bien: es evidente que esta obligación de carácter administrativo en modo alguno podía condicionar el cómputo del porcentaje. De este modo ha sido reconocido en alguna ocasión por los órganos judiciales⁷³⁴. Como también lo hizo la Administración, a través de la consulta evacuada por la Dirección General de Empleo de 11 de mayo de 1990 (en adelante, DGE.I)⁷³⁵, que justifica dicha exigencia, de modo exclusivo, en necesidades de coordinación y control.

En cualquier caso, la referencia literal a los centros de trabajo parecía superada desde la delimitación inequívoca que establecía la primitiva redacción de los preceptos de origen, al referirse con claridad a la *empresa*. Así había venido a entenderse, planteándose que, sea cual sea la distribución espacial de la empresa, la cuota se aplica en función de su tamaño, con independencia del número de trabajadores que presten sus servicios en cada uno de los centros de trabajo que pudiera tener⁷³⁶. No obstante, suscitada la duda, el Legislador ha considerado necesario salvar las dificultades interpretativas que habían venido produciéndose. Y lo ha hecho mediante la nueva redac-

primero y ninguno en el segundo. 4. Si, por último, tiene tres centros de trabajo con 19, 17 y 14 trabajadores respectivamente, no estará sometida a la obligación de emplear minusválidos.

Puede imaginarse la repercusión de esta regla de cálculo, por ejemplo, en el sector servicios, donde normalmente las empresas no disponen de centros de trabajo con altos volúmenes de empleo.

⁷³³ DE LA VILLA GIL, «La regulación del empleo de los minusválidos. Esquema para un estudio», T.S. 55/1995, p. 12.

⁷³⁴ STSJ Cataluña —Sala Contencioso-Administrativo— de 11 de mayo de 1994 (R.G.D. 600/1994, pp. 1042-1045), aunque bien es cierto que a la hora de establecer la empresa como ámbito de cálculo ha utilizando una fórmula algo dudosa. De esta manera, afirma que la entidad en cuestión, que tiene su sede social en una determinada provincia, tiene múltiples centros de trabajo en múltiples provincias del territorio español, por lo que nada obstaría a que el cumplimiento de la obligación se realizara sobre el total de la plantilla.

⁷³⁵ Esta y el resto de consultas evacuadas que se citen en el texto pueden examinarse en MTSS (Dirección General de la Inspección de Trabajo), *Información y Documentación* Tomo 1/1990.

⁷³⁶ CES, ob. cit., p. 66.

ción del artículo 38.1, definiendo con mayor claridad que «*el cómputo se llevará a cabo sobre la plantilla total de la empresa, cualquiera que sea el número de centros de trabajo en los que esta se estructure*».

13.2. *La problemática de los grupos de empresa*

Empero, el problema anterior podría también plantearse en sentido contrario, y hacerse referencia a una cuestión no resuelta normativamente: los grupos de empresa. En este sentido, puede afirmarse que contabilizar separadamente los recursos humanos de las diferentes empresas que componen el grupo puede hacerle escapar, con facilidad, del cumplimiento de la obligación. La suma total o parcial de aquellos recursos podría incluir o no a la empresa entre los parámetros que delimitan la reserva de empleo. En realidad, puede afirmarse que dada la tendencia a lograr unidades productivas con menor volumen de efectivos, cada vez es mayor el número de empresas que se ven libres de esta obligación⁷³⁷.

Si se sigue el criterio anterior a rajatabla, debería pensarse que la empresa sigue siendo el ámbito espacial de referencia, lo que dejaría al margen de cualquier consideración su pertenencia a unidades económicas y de decisión superiores. Parece por tanto improbable que pueda hablarse de responsabilidad conjunta en este sentido, si se sitúa en los mismos términos que de partida siguen los Tribunales de independencia y no responsabilidad entre las sociedades integradas en un grupo. Todo ello, salvo que acabara por entenderse la extensión del criterio que rompe esa doctrina, fundamentada en la concurrencia de determinados elementos como las prestaciones laborales indiferenciadas, la caja única, la dirección unitaria y la presentación externa unificada⁷³⁸.

14. **Elementos cuantitativos de la reserva: el cómputo de los trabajadores**

Desde luego, igual que puede decirse que las dudas relativas a la determinación de la empresa obligada surgen en ocasiones a raíz de

⁷³⁷ CROS-COURTIAL, «Les obligations patronales à l'égard des handicapés après la loi du 10 juillet 1987», *D.S.* 7-8/1988, p. 604.

⁷³⁸ Tema muy amplio para ser tratado en esta sede. Sobre el particular *vid.*, entre otros, CAMPS RUIZ, «La responsabilidad empresarial en los grupos de sociedades», *T.S.* 48/1994, pp. 20 ss.; EMBIDO IRUJO, «Los grupos de sociedades en el Derecho Español del Trabajo», *T.S.* 48/1994, p. 11; SALA FRANCO y otros, *ob. cit.*, pp. 254 ss.

forzadas (e interesadas) interpretaciones del precepto legal, no puede decirse lo mismo cuando de calcular los efectivos sobre los que se aplica la cuota se trataba. En efecto, tanto la redacción de la LISMI como la del RD 1451/1983 adolecían de la más mínima precisión. En primer lugar, al no clarificar en modo alguno cómo debía realizarse el cálculo de los efectivos sobre los que el porcentaje de reserva se aplica. En segundo lugar, ante su indefinición sobre el modo en el cual deben delimitarse los trabajadores con minusvalía que computan en la cuota del dos por ciento.

Ambos aspectos se han visto favorablemente modificados por el nuevo tenor literal del artículo 38 de la LISMI. No obstante, quizás interesa realizar una apreciación inicial. La Ley incorpora dos elementos de carácter cuantitativo. De un lado que las empresas empleen a 50 o más trabajadores. De otro, que contrate al menos un dos por ciento de trabajadores con minusvalía. Incorporando el dato necesario para efectuar el cálculo correspondiente, al indicar que el cómputo anterior debe realizarse sobre la plantilla total de la empresa, cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la misma. En este sentido, es importante imaginar que cuando habla del «cómputo anterior» utiliza el singular por descuido y que, en realidad, debe aplicarse el mismo criterio a las tres operaciones que aquí deben resolverse. Esto es, calcular el número real de trabajadores de la empresa y cuántos trabajadores con minusvalía deben contratarse como consecuencia de aplicar sobre esa cifra el dos por ciento de la plantilla (14.1). Y, del mismo modo, cómo computa cada uno de los trabajadores con minusvalía vinculados a la empresa en ese dos por ciento (14.2).

14.1. *El cálculo de los trabajadores de la empresa*

Esta cuestión no es, ni mucho menos, intrascendente. Su relevancia radica en que el alcance jurídico de los umbrales necesarios para hacer exigible la obligación va a depender de la modalidad de cálculo de los efectivos de la empresa⁷³⁹. Si el argumento expuesto arriba es válido, y la fórmula de cómputo elegida sirve para todas las operaciones, parece evidente que los problemas existentes con anterioridad no tienen por qué volver a plantearse.

⁷³⁹ JAVILIER, *Droit du Travail*, París 1992, p. 135.

14.1.1. El cómputo del umbral necesario para hacer efectiva la obligación

En primer lugar, así como antes la Ley hablaba de 50 trabajadores fijos, ahora habla de 50 o más trabajadores, añadiendo que el cómputo se efectúa sobre la plantilla total, cualquiera que sea la forma de contratación laboral. Aunque no resuelve el modo de cómputo de cada uno de los diferentes contratos posibles. Ello significa que, mientras no se disponga otra cosa, habrá de calcularse igual cualquier contrato, ya sea indefinido o temporal, ya a tiempo completo o parcial.

Qué duda cabe que esta nueva fórmula supone un importante avance, al aumentar el número real de empresas a las que dicha obligación puede exigirse. En cierta medida, viene a suponer, aunque a través de un procedimiento diferente, más sutil, la acogida de las propuestas que venían efectuándose hace ya algún tiempo de incrementar el porcentaje y el número de empresas obligadas⁷⁴⁰. En efecto, aun cuando el sistema utilizado es diferente, al no aumentar el porcentaje de trabajadores con minusvalía a contratar ni disminuir el número de trabajadores que debe tener la empresa para verse obligada, resulta obvio que el conjunto empresarial que se verá afectado por la reserva aumenta considerablemente⁷⁴¹. Como parece fácil deducir, esto se debe a la inclusión, en el volumen de empleo necesario para superar el umbral legalmente fijado (50 trabajadores), de todos los efectivos de los que dispone la empresa, computando los trabajadores temporales, lo que, dado el número de los mismos en el mercado laboral, tiene una enorme significación⁷⁴².

⁷⁴⁰ La propuesta consistía en ampliar progresivamente la cuota hasta alcanzar a un cuatro por ciento en empresas de veinticinco o más trabajadores [DE LORENZO, *El cambio necesario en la política de formación y empleo para minusválidos*, Ponencia presentada en el Club Siglo XXI el 21 de marzo de 1994, p. 38; «Informe sobre el Plan para la Reactivación del Empleo de las personas con discapacidad de 13 de mayo de 1994», R.T.S.S. octubre-diciembre/1994, pudiendo consultarse el Plan en su integridad en *La situación del empleo de las personas con discapacidad en España, propuestas para su reactivación*, Fundación ONCE, E.L.E., Madrid 1998, pp. 949 ss.; y, especialmente, CES, ob. cit., p. 35 y pp. 66 y ss. donde pueden encontrarse cuadros estimativos de su impacto].

⁷⁴¹ Algunas estimaciones calculan que este avance permitirá ampliar en más del doble el número de empresas a las que es aplicable la obligación, CABRA DE LUNA, ob. cit. (1998-II), p. 38.

⁷⁴² En este sentido, MONTALVO CORREA, ob. cit. (1998), p. 205.

14.1.2. El número de trabajadores sobre el que debe aplicarse el dos por ciento

En segundo lugar, porque resuelve las dudas planteadas al respecto del número de trabajadores sobre el que se calcula el porcentaje: el número total de efectivos de que dispone la empresa, según acaba de exponerse. Esta nueva fórmula salva las dificultades del texto anterior, en el cual se exigía que esta segunda operación se efectuara sobre algo tan poco definido como lo que denominaba «plantilla». Lógicamente, esto suponía que, con carácter previo, debía concretarse qué se entiende por plantilla. De un lado, decidiendo si se refería al número de trabajadores fijos que situaba a la empresa como sujeto obligado. De otro, en sentido contrario, debiendo aclararse si en ella era necesario incluir, y cómo, tanto los trabajadores fijos como los temporales.

Desde luego, atender a una interpretación tradicional daba como resultado que el común denominador de las interpretaciones del término plantilla era su habitual identificación con trabajadores fijos⁷⁴³. Y así lo entendió la Administración, al establecer (a través de la consulta evacuada por la Dirección General de Empleo —DGE.I—) que el dos por ciento debe calcularse sobre la plantilla de trabajadores fijos⁷⁴⁴. Aunque nada aclaraba sobre como contabilizar a los trabajadores con contrato a tiempo parcial.

Como se advirtió, la nueva redacción del artículo 38.1 de la LISMI parece resolver la primera de estas cuestiones al utilizar una única cifra, la del número real de trabajadores en la empresa para saber si ésta está obligada. Sin embargo, no resolvía la segunda de

⁷⁴³ Como en alguna ocasión había señalado (aunque sin hacer referencia alguna al objeto de este trabajo) LÓPEZ GANDÍA [«La dimensión de la empresa y el derecho del trabajo (notas para un estudio)», *Estudios en homenaje al profesor Diego Sevilla Andrés. Historia, Política y Derecho* Tomo I, Universidad de Valencia, 1984, p. 527.]

⁷⁴⁴ A esta decisión se llega tras entender que si la referencia a estos se establece en la obligación, por el mismo motivo debe entenderse que sobre ellos debe establecerse su concreción numérica, por cuanto que de otro modo se hubiera hecho constar expresamente. Ciertamente, la argumentación no es objetable atendiendo a la acepción jurídica corriente de lo que cabe entender por plantilla. En todo caso, cabe pensar que el fundamento de la reiteración innecesaria no era el más convincente. En efecto, la utilización de dos conceptos jurídicos distintos que no tienen por qué coincidir, como son «número de trabajadores fijos» y «plantilla», puede suscitar graves problemas en la aplicación de la reserva de empleo, reduciendo el porcentaje previsto, tal y como ya pusieron de manifiesto AZNAR LÓPEZ/AZÚA BERRA/NIÑOS SÁEZ [*Integración social de los minusválidos. Comentarios a la Ley 13/1982, de 7 de abril*, MTSS, Madrid 1982, p. 140].

ellas, algo que ha venido a despejar la disposición adicional primera del RD 27/2000. Efectivamente, siendo evidentes las dificultades que conlleva el recuento de personal de una empresa⁷⁴⁵, se hacía imprescindible concretar una fórmula que indicase el número de minusválidos a contratar⁷⁴⁶.

Así, sitúa el cálculo en un período de tiempo, los 12 meses inmediatamente anteriores, en el cual deberá determinarse el promedio de trabajadores sobre el cual se aplica el dos por ciento. Para ello, se contabilizan los trabajadores de la totalidad de los centros de la empresa, incluidos los contratados a tiempo parcial. Así los contratados por una duración superior a un año computan como trabajadores fijos de plantilla. Los contratados por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el período de referencia, considerándose que cada doscientos días trabajados o fracción se computan como un trabajador más, incluyendo en estos días tanto los efectivamente trabajados como los de descanso semanal, los días festivos y las vacaciones anuales.

No se han incluido, sin embargo, elementos de carácter cualitativo a la hora de decidir qué empresas se verán afectadas (como el volumen de negocios o la adscripción a grupos empresariales mayores)⁷⁴⁷, superando la tradicional identificación entre potencialidad económica de una empresa y el volumen de empleo⁷⁴⁸.

14.2. Trabajadores con minusvalía computables en el dos por ciento

Indudablemente, la inclusión de los trabajadores temporales y a tiempo parcial en las operaciones anteriormente detalladas aumenta considerablemente las posibilidades de que el número de trabajadores de la empresa varíe. Ello significa que puede ocurrir con mayor facilidad que una empresa se encuentre dentro del ámbito de aplicación legal ocasionalmente, al superar sólo en ciertos momentos el umbral necesario (50 trabajadores) para ser sujeto obligado. Y que

⁷⁴⁵ LYON CAEN/PELISSIER/SUPIOT, *Droit du Travail*, 17ª ed., París 1994, p. 617.

⁷⁴⁶ Al estilo de las fórmulas utilizadas para determinar el número de representantes unitarios (artículo 72 ET) o de los delegados de prevención (artículo 35 LPRL). También se ha hecho eco de esta problemática, en un sentido parecido, SEMPERE NAVARRO, ob. cit. (1998), pp. 67-68.

⁷⁴⁷ Sobre el particular, DEL REY GUANTER, *La dimensión de la empresa en la reforma de la legislación laboral de 1994*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995.

⁷⁴⁸ LÓPEZ GANDÍA, ob. cit. (1980), p. 521.

de igual modo el dos por ciento aplicable dé como resultado un número mayor o menor de trabajadores con minusvalía a contratar en cada momento.

Ciertamente, la empresa deberá ajustar el número de trabajadores minusválidos en virtud del cómputo global de trabajadores durante el período de referencia. Esto hace que el número de trabajadores minusválidos contratados pueda variar, lo que tiene que ver al modo en que la empresa se vincula a ellos. Esta temática tiene relación con dos cuestiones. La primera se refiere al tipo de contrato que debe suscribirse entre ambos para que el trabajador pueda computarse en la cuota de reserva; así como al modo de cómputo de cada una de las fórmulas contractuales posibles, debiendo valorarse si todos los contratos deben contabilizarse, o no, por igual (1). La segunda, a las dudas suscitadas sobre la habitual inclusión en el dos por ciento de trabajadores a los que sobreviene una incapacidad permanente durante la vigencia de su contrato de trabajo (2).

14.2.1. Las características y el modo de cómputo del contrato a los efectos de la inclusión del trabajador en el dos por ciento reservado

Desde esta perspectiva, las condiciones temporales del contrato de trabajo no sólo tienen virtualidad a la hora de concretar el número total de los trabajadores de la empresa. La importancia destacada en este punto tiene, si cabe, una relevancia mayor cuando de lo que se trata es de conocer si la empresa supera el número de trabajadores con minusvalía que está obligada a contratar. En efecto, a nadie escapa que la multiplicidad de fórmulas contractuales existentes en el Derecho español puede permitir un cumplimiento ficticio de la obligación de reserva.

Uno de los temas pendientes hasta el momento consistía en resolver si era posible vincular al trabajador con minusvalía a la empresa mediante cualquier tipo de contrato, al objeto de incluirlo en el dos por ciento. La duda surgía ante la imprecisión normativa, que guardaba un silencio absoluto sobre el particular. Claramente, no parecían presentar problema alguno las contrataciones indefinidas y a jornada completa. Aunque nada se sabía al respecto de lo que ocurría con otras posibilidades contractuales.

En este sentido, la Dirección General de Empleo, tanto al resolver la consulta anteriormente citada (DGE.I) como en la de fecha de 4 de abril de 1990 (en adelante, DGE.II), estableció la regla de que,

para que pueda computarse al trabajador con minusvalía contratado, éste debe estar vinculado a la empresa a través de un contrato fijo de trabajo. Como se observa, dejaba sin resolver, una vez más, qué ocurría con los contratos celebrados a tiempo parcial. Y parecía excluir a los contratos celebrados por tiempo determinado.

La nueva redacción del artículo 38.1 de la LISMI resuelve esta laguna. Si la expresión «*el cómputo mencionado anteriormente*» tiene, como parece razonable, validez también a estos efectos, está claro que se permite a la empresa cubrir el dos por ciento mediante la utilización de cualquier fórmula contractual. Esta nueva posibilidad tiene mucho sentido. Ciertamente, aun cuando sea más favorable la contratación por tiempo indefinido y a jornada completa, no debe dejarse a un lado la importancia que las contrataciones temporales pueden jugar en la integración laboral de este colectivo. Seguramente por ello es el único al que pueden seguir efectuándose las contrataciones temporales por fomento de empleo (Leyes 63 y 64/1997), debiendo valorar positivamente la coexistencia de ambas medidas.

Todo ello facilita además, sobre todo en empresas de alta variabilidad en su volumen de empleo, el ajuste de la obligación de contratar a cada una de sus modificaciones cuantitativas. Ahora bien: esta posibilidad normativa presenta algunas deficiencias, cuyo ajuste ayudaría a definirla de un modo más adecuado. En efecto, a nadie escapa que una cosa es permitir el uso de las diferentes fórmulas contractuales y, otra distinta, que cualquier trabajador con minusvalía compute del mismo modo sea cual sea su vinculación laboral.

De este modo, puede defenderse que cada trabajador compute como uno si su contrato se celebra a jornada completa, independientemente de que la relación sea indefinida o temporal. Aunque lo que en este instante presenta una mayor dificultad es consentir que no se tenga en cuenta el tiempo efectivo de trabajo a la hora de computar a cada trabajador/a en el porcentaje reservado. Y es que posibilitar que un contrato a tiempo parcial compute igual que otro a tiempo completo vendría a abrir amplias posibilidades para burlar la obligación.

La admisión del tiempo de trabajo, junto con otros elementos, a la hora de efectuar el cálculo, puede contribuir a salvar estos inconvenientes. En este sentido, quizás fuese positivo aproximarse a las soluciones contempladas en otras realidades. De este modo, variables como el tipo de contrato, las funciones a desempeñar, la disminución laboral padecida, las horas de trabajo contratadas, u otras,

pueden servir para contabilizar el número de trabajadores con minusvalía en plantilla. Así se ha generalizado en el Derecho Comparado⁷⁴⁹, lo que sirve para facilitar el cumplimiento de la obligación, de un lado, y para posibilitar su aplicación en empresas de menor volumen de empleo o negocio⁷⁵⁰, de otro.

Junto a las consideraciones anteriores deben sumarse dos cuestiones anexas. En primer lugar, no se admite la cobertura de la cuota ocupando tan sólo los puestos que la empresa considera que por sus características quedan reservados a trabajadores con minusvalía⁷⁵¹ (artículo 5º del RD 1451/1983), si estos puestos no alcanzan el dos por ciento legal (DGE.I). En segundo lugar, tampoco existe la posibilidad de incluir en el porcentaje a los trabajadores con minusvalía que estén empleados en un Centro Especial de Empleo creado por la empresa, aun cuando este hecho pueda ser valorado a la hora de analizar posibles infracciones empresariales (DGE.II).

14.2.2. El cómputo de las minusvalías sobrevenidas

Cuestión aparte, en la que para nada incide la nueva redacción legal, será conocer en qué momento debe producirse el ingreso en la empresa del trabajador con minusvalía para poder ser computado. O, dicho de otro modo, habrá de dilucidarse si en el cómputo del 2% deben incluirse sólo aquellos trabajadores con minusvalía contratados una vez en vigor la obligación, o si por el contrario deben contabilizarse también aquellos trabajadores que fueron reconocidos como minusválidos en el transcurso de su relación laboral.

El tenor del precepto (artículo 4 RD 1451/1983), que literalmente dice «*vendrán obligadas a emplearlos de entre los que se encuentren inscritos en la Oficina de Empleo*», parece indicar que la efectividad en el cumplimiento de la cuota sólo podrá resolverse mediante nuevas

⁷⁴⁹ Como ejemplo normativo de otros países, puede citarse el caso británico (Ley de empleo de Minusválidos de 1944 y 1958, revisada el 1 de marzo de 1980), que computa como uno a aquél trabajador con minusvalía que trabaja más de treinta horas a la semana, mientras que los que trabajan entre diez y treinta horas serán contabilizados como medio. Igualmente las legislaciones Alemana y Francesa, que utilizan criterios variables aplicando los factores expresados en el texto. O Japón (Ley de empleo de las personas minusválidas físicas de 1960, revisada en 1966 y 1976), donde los trabajadores que padecen una minusvalía grave computan el doble.

⁷⁵⁰ Así lo ha declarado CROS-COURTIAL, ob. cit., p. 604.

⁷⁵¹ En el mismo sentido, con respecto a la aplicación del Decreto 2531/1970, LÓPEZ GANDÍA, ob. cit. (1980), p. 85.

contrataciones de trabajadores con minusvalía. Sin embargo, no fue ésta la interpretación dada por la Dirección General de Empleo (DGE.II), al entender que son computables todos aquellos trabajadores incluidos en la plantilla de trabajadores fijos que tengan reconocida la condición de minusválidos. Ello incluye a los que fueron contratados por su condición de minusválidos, a aquéllos a los que la minusvalía les sobrevino una vez incorporados a la empresa o, incluso, a las reincorporaciones obligatorias que se hayan producido o puedan producirse de acuerdo con los artículos 1 y 2.2 del RD 1451/1983 (trabajadores afectados por una incapacidad permanente parcial). Línea interpretativa similar a la que venía produciéndose a la luz de normas anteriores, como es el caso del Decreto 2531/1970⁷⁵².

Sin embargo, a pesar de la «generosidad» administrativa, no alcanza a verse la correspondencia de este criterio amplio con la pretensión de las normas de integración laboral de trabajadores con minusvalía. Si su finalidad consiste, precisamente, en fomentar el empleo y facilitar la colocación, mal puede cumplirse si ello se hace con quien ya está empleado, como ocurre con los trabajadores afectados por una incapacidad parcial, cuyo empleo ya está protegido a pesar de haber sido calificada dicha situación. Para la protección de estas situaciones el Ordenamiento jurídico-laboral posee una normativa distinta (artículos 1 y 2.2 del RD 1451/1983), y su intención parece alejada de que esta técnica de empleo se superponga con la reserva. Si esta confluencia se consintiera, la protección del incapaz permanente recuperado (como medida de acción positiva de mantenimiento o recuperación del empleo) concurriría con el fomento de aquél que se encuentra fuera de toda expectativa laboral, reduciendo el impacto del conjunto normativo.

Otra cosa será que, en estas situaciones, pueda valorarse la voluntariedad empresarial de no extinguir un contrato de trabajo para cuya resolución no tenía impedimentos legales ni convencionales —incapacidad total, absoluta y gran invalidez—. En efecto, del mismo modo que no parece posible convertir aquellas dos obligaciones (reserva y reincorporación de inválidos recuperados) en una sola, bien es cierto que el empresario que prolongue su relación de trabajo con aquél a quien sobrevino una incapacidad permanente que permitía su extinción debería poder computarlo a los efectos del

⁷⁵² LÓPEZ GANDÍA [ob. cit. (1980), p. 85] y SAGARDOY BENGOCHEA [«Protección al empleo de colectivos específicos», en *Comentarios a las leyes laborales* (Dir. BORRAJO Dacruz), Tomo IV, Edersa, 1982, p. 479, sobre el análisis de los pronunciamientos del extinto TCT].

dos por ciento. La cuestión es aquí diferente, por cuanto que no existe superposición de dos exigencias distintas, favoreciendo de este modo, de un lado, el cumplimiento de la reserva y, de otro, la situación de aquél que podía haber sido excluido del mercado laboral. En este sentido, la propuesta podía acompañarse de una medida adicional: facilitar en estos casos el acceso empresarial a los incentivos económicos de fomento del empleo. Para ello, sería conveniente que no fuera necesaria la suscripción de un nuevo contrato de trabajo, debiendo ser suficiente la novación del anterior.

En definitiva, no parece admisible computar a quien obligatoriamente es ya trabajador de la empresa. Por el contrario, sí lo parece en aquellos supuestos en los que las vías extintivas por incapacidad permanente (artículo 49 ET) están abiertas para el empresario y éste renuncia a su utilización, recolocando al trabajador y novando su contrato de trabajo, estimándose en este caso conveniente flexibilizar (con el objeto descrito) el requisito de inscripción en el INEM.

15. La secuencia temporal de aplicación de la medida

El debate gira aquí en torno a dos cuestiones absolutamente relacionadas, aunque con sustantividad propia. La primera hace referencia a elementos puramente temporales (15.1). La segunda a las actividades desarrolladas por el empresario para cumplir con su obligación durante esos períodos de tiempo (15.2).

15.1. Elementos temporales de la obligación

La inexistencia de límites temporales (también en la nueva redacción del artículo 38.1 LISMI) para efectuar la cobertura obligatoria de empleo ha generalizado la opinión de que la reserva no tiene la característica de imposición automática⁷⁵³. Ello significa que, una vez en vigor la obligación, si el cómputo de los trabajadores con minusvalía no alcanza el dos por ciento de los efectivos de la empresa, la citada obligación se cumplirá a medida que se vayan cubriendo las vacantes que se produzcan, o cuando se realicen nuevas contrataciones por incremento de la misma (DGE.II).

⁷⁵³ STSJ nº 428/95 Comunidad Valenciana de 11 de mayo de 1995, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.

La configuración de la reserva como una obligación sucesiva en el tiempo pone de relieve su carácter progresivo, no inmediato⁷⁵⁴. Por tanto, cuando la empresa tuviera su plantilla conformada con anterioridad a la entrada en vigor de las normas que la regulan, debe entenderse que no se ve forzada a su cumplimiento inminente. Esta solución responde a la idea de que lo contrario supondría el aumento forzoso de sus efectivos en un dos por ciento, cuestión que no puede considerarse de manera razonable y que ha servido en ocasiones para anular la responsabilidad tipificada en el artículo 27.4 de la LISOS⁷⁵⁵.

Se confirma así, en sintonía con lo que venía ocurriendo con normas previas, que la cuota sólo será exigible cuando vayan produciéndose vacantes por causas naturales o biológicas⁷⁵⁶. En contraposición, y como parece lógico pensar, las empresas de nueva creación deberán cumplir esta obligación desde el momento mismo de la fijación de sus plantillas.

Lo cierto es que puede afirmarse que estos criterios han supuesto una flexibilización de la obligación legal, lo que manifiesta cierta debilidad de las exigencias judiciales⁷⁵⁷. Realmente, su inmediata aplicación podría suponer un factor de inestabilidad en empresas cuya plantilla responde a una correcta funcionalidad y cuya ampliación puede causar ajustes innecesarios⁷⁵⁸. Aunque tampoco puede perderse de vista que no se está hablando de una medida de empleo desconocida en el Ordenamiento español, sino que se está ante una exigencia que tiene ya cierta raigambre y que, por tanto, debe ser conocida y tenida en cuenta por las empresas. De este modo, una cosa es romper radicalmente su armonía ocupacional y otra bien distinta consentir que puedan dilatar en exceso el cumplimiento de la obligación. Si bien este problema parece estar ya resuelto, al concederse la opción del cumplimiento alternativo de esta obligación a través de las medidas contempladas en el RD 27/2000.

⁷⁵⁴ STSJ Cataluña de 11 de mayo de 1994 (R.G.D. 600/1994, pp. 1042-1045).

⁷⁵⁵ En este sentido, STSJ nº 1091/1996 Comunidad Valenciana de 11 de noviembre de 1996, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, que reproduce la doctrina de Sentencias anteriores.

⁷⁵⁶ SAGARDOY BENGOCHEA, ob. cit., p. 479.

⁷⁵⁷ DE LA VILLA GIL, ob. cit., p. 12.

⁷⁵⁸ GARCÍA PIQUERAS, «Los contratos temporales», en *El empleo incentivado*, Comares, Granada 1993.

15.2. *La conducta empresarial, su relación con los servicios de empleo y la idoneidad del trabajador*

Ahora bien: la ausencia de un límite temporal no significa que la empresa no deba realizar actividades en pos del cumplimiento de sus obligaciones. En este sentido, es fácil pensar que la cuota se entenderá incumplida cuando se hayan producido nuevas contrataciones sin reservar puestos a personas que puedan certificar su minusvalía⁷⁵⁹. Situación de efectos idénticos a la que se suscita cuando la empresa no ha acreditado la inviabilidad de ocupar los puestos de trabajo reservados con trabajadores pertenecientes al colectivo⁷⁶⁰.

En la práctica, sin embargo, lo que ocurre es que las empresas aducen la imposibilidad de encontrar trabajadores con discapacidad adecuados como excusa para eximirse de sus responsabilidades. Y, más aún, suelen hacer responsable de esta imposibilidad material a las oficinas públicas de empleo y agencias de colocación, alegando que en ellas no hay inscritos suficientes trabajadores con estas características como para cubrir las peticiones empresariales. Esta argumentación ha sido objeto de diferentes valoraciones administrativas y judiciales. De este modo, la acreditación empresarial de que no existen trabajadores inscritos como minusválidos, o que los inscritos no reúnen la capacidad requerida para efectuar el trabajo ofertado, no es considerada una eximente por la Administración, sin que por ello niegue la posibilidad de que se atenúen las posibles responsabilidades (DGE.I). No es esto, empero, lo que han venido a entender los Tribunales, optando (al menos en los pronunciamientos encontrados) por interpretar que el motivo es suficiente para exculpar a la empresa de sus responsabilidades en esta materia⁷⁶¹.

Lógicamente, consolidar esta posibilidad terminaba descargando en la actividad de los servicios de empleo toda el peso operativo del cumplimiento de la cuota. Esta actitud no podía entenderse como suficiente para terminar por eximir a la empresa del cumplimiento de su obligación. Como se ha comentado, el RD 27/2000 viene a

⁷⁵⁹ STSJ Comunidad Valenciana de 11 de noviembre de 1996, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.

⁷⁶⁰ STSJ Cataluña de 11 de mayo de 1994 (R.G.D. 600/1994, pp. 1042-1045).

⁷⁶¹ STSJ nº 428/95 Comunidad Valenciana de 11 de mayo de 1995, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª y STSJ Madrid de 17 de octubre de 1996 (Ar. 1072). En alguna ocasión declaran la responsabilidad de la empresa, aunque por motivos de carácter formal, concretamente no haber acreditado fehacientemente dicha alegación, aunque sin cuestionar la validez material de la misma [STSJ Cataluña 11 mayo 1994 —R.G.D. 600/1994, pp. 1042-1045—].

impedir, que sea cual fuere el motivo, no respetar el dos por ciento no tuviera ninguna incidencia en la creación de empleo de los trabajadores con minusvalía. En el sentido ahora relatado, la no existencia de trabajadores idóneos o el rechazo por éstos de las condiciones de trabajo ofertadas activan lo que se denomina causa de excepcionalidad. Esta causa —1.2 RD 27/2000—, previamente acreditada por el INEM, no libera a la empresa de su obligación, sino que le exige cumplir con cualesquiera de las medidas alternativas previstas en ese Reglamento⁷⁶².

16. Propuestas alternativas a la reserva de empleo

16.1. *La ineficacia de la medida*

Lo cierto es que no puede afirmarse que la reserva de empleo haya sido, hasta el momento, una medida de la que pueda predicarse su eficacia⁷⁶³. Ello es debido, unas veces, a la poca consistencia de su régimen jurídico, que ha dificultado en ocasiones su aplicación, aun cuando la nueva redacción legal va a contribuir, seguramente, a modificar en positivo esta circunstancia. Otras veces, por qué negarlo, la ineficacia se sustenta en la situación de las personas con discapacidad, consecuencia de una mezcla de circunstancias personales y sociales —tanto de carácter cualitativo, como cuantitativo— que desencadena su bajo nivel de actividad⁷⁶⁴.

Pero, en la mayoría de las ocasiones, la ineffectividad de la cuota de empleo se apoya en dos razones: de un lado, como consecuencia de la insuficiente concienciación social (y, por consiguiente, empresarial) en este terreno; de otro, por el escaso celo mostrado en la

⁷⁶² En un sentido similar se había pronunciado el CES, ob. cit., p. 35.

⁷⁶³ La vigencia de este mandato, desde hace veinticinco años, no puede decirse, sin embargo, que haya tenido la eficacia que por su naturaleza era de esperar, MONTALVO CORREA, ob. cit. (1998), p. 204.

⁷⁶⁴ Según el estudio efectuado por el CES [ob. cit., pp. 5, 17 y 20], sus menores niveles de inserción no sólo responden a razones del propio mercado de trabajo. Muchas veces, las personas discapacitadas tampoco buscan empleo (en el año 1996 sólo estaban inscritas como demandantes de empleo alrededor del cinco por ciento del total del colectivo). Aunque también es cierto que las perspectivas no son, la mayoría de las veces, nada halagüeñas. De este modo, el tipo de empleo al que se accede es normalmente de menor cualificación y está peor pagado, lo que responde a múltiples causas: en ocasiones, el menor nivel formativo, pero también a la poca atención a la diversidad del colectivo, que trabaja en ocasiones bajo condiciones de trabajo poco idóneas que, lógicamente, perjudican su normal inserción laboral.

exigencia de su aplicación por los poderes públicos. Esta última circunstancia queda lejos de haberse llevado, dicho de una manera optimista, al máximo de sus posibilidades⁷⁶⁵. Quizás por ello sea conveniente indicar que este compromiso público sea el primero que deba adoptarse, con el objeto de evitar que las reformas que se llevan a cabo dormiten, una vez más, en el baúl de los recuerdos. A lo mejor, la específica tipificación como infracción laboral del incumplimiento de la reserva o de las medidas alternativas (art. 27.5 LISOS⁷⁶⁶) sea un revulsivo para los órganos de control de la Administración.

16.2. *Su sustitución como mal menor*

Con todo, es evidente que la mejora y puesta al día de los instrumentos jurídicos es una labor ineludible y, de esta manera, la actualización de la reserva de empleo parecía absolutamente necesaria. En todo caso, seguramente porque se asumen las dificultades reales de exigir su cumplimiento con todas las consecuencias, se hace necesario articular fórmulas que, al menos, posibiliten que la inobservancia de la obligación se vea compensada de algún modo.

En este sentido se enmarca el párrafo segundo del nuevo artículo 38.1 de la LISMI, cuya pretensión inicial consiste en habilitar diferentes posibilidades de cumplimiento alternativo de la reserva de empleo, acogiendo el sentido de las propuestas que vienen realizándose desde hace algún tiempo⁷⁶⁷.

En efecto, el nuevo artículo 38.1 II de la LISMI, que por el interés de su análisis conviene de nuevo reproducir, establece que «de manera excepcional las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de manera parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83 números 2 y 3 del Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, bien por opción

⁷⁶⁵ Así fue reconocido por el propio Director General de la Inspección de Trabajo, en su comparecencia ante la Comisión de Política Social y de Empleo del Congreso de los Diputados, tal y como puede observarse en las Actas publicadas en el B.O.C.G. de 4 de marzo de 1992, nº 405, pp. 11925 y ss. En ella no sólo se afirma que el grado de incumplimiento es alto, sino que se reconoce la imposibilidad de cumplir esa cobertura en un plazo breve de tiempo.

⁷⁶⁶ Artículo 35 Diez Ley 50/1998.

⁷⁶⁷ CES, ob. cit., p. 35.

voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente».

16.2.1. Algún problema de «tránsito»

No obstante, antes de entrar en su análisis, incumbe detenerse en la desafortunada redacción que la Ley 66/1997 había otorgado al artículo 38.1 II *in fine* de la LISMI que, acertadamente, ha venido a solventar la Ley 50/1998. Su tenor literal, que podía haber suscitado una amplia controversia, venía a plantear que las medidas alternativas podían sustituir a la reserva bien por acuerdos recogidos en la negociación colectiva, bien por opción voluntaria del empresario, siempre y cuando, y aquí se encontraba el problema, «aplique las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente».

Obviamente, utilizar la tercera persona del singular del verbo aplicar daba a entender que era el empresario, en exclusiva, quien estaba obligado a respetar las medidas reglamentarias si optaba por no cumplir la reserva de empleo. Como consecuencia, la negociación colectiva quedaba fuera de esta exigencia, lo que ponía en sus manos un peligroso instrumento: por acuerdo colectivo podía llegar, de un lado, a enervar la aplicación de la reserva, incluso, cuando no se había pactado medida alternativa alguna⁷⁶⁸; o, como mal menor, posibilitando que las medidas alternativas fuesen menores que las que el propio reglamento (RD 27/2000) ha establecido.

Esta dispositivización de la posibilidad de eximir al empresario del cumplimiento de su obligación, o de reducir el impacto de las medidas alternativas, no era, como fácilmente puede imaginarse, admisible. Deslegalizar la obligación por esta vía no sólo venía a reconocer la posibilidad de que no se cumpliese en sus términos

⁷⁶⁸ Así ocurrió en el Acuerdo Sectorial Nacional de la Construcción para 1998, firmado el 27 de abril de 1998, planteando que «a los efectos de lo previsto en el artículo 38.1 LISMI y teniendo en consideración que las actividades y trabajos en las obras comportan riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores, el cómputo de 2% se realizará sobre el personal adscrito a centros de trabajo permanentes» tal y como recoge MONTALVO CORREA, ob. cit. (1998), p. 206 y CABRA DE LUNA, ob. cit. (1998-II), p. 38. De hecho, el TS ha venido, en Sentencia de 21 de diciembre de 1999, a acreditar la validez de dicho precepto convencional, a la luz de la Ley 66/1997, si bien dejando claro que la misma no podría admitirse tras la reforma operada por la Ley 50/1998.

estrictos, sino que equivalía a consentir su abolición de un modo muy agudo: dejando que esta responsabilidad recaiga sobre los agentes sociales. Como es lógico pensar, la aceptación de una interpretación como ésta desvirtuaría por completo todo un sistema montado sobre el establecimiento de medidas alternativas, capaces de compensar, de algún modo, la no posibilidad por las empresas o sectores del cumplimiento de la cuota de reserva⁷⁶⁹.

No parece que esa fuera la intención inicial del Legislador, y este «error» es, precisamente, el que ha venido a solventar la nueva redacción del artículo 38.1 II LISMI dada por la disposición adicional undécima de la Ley 50/1998. Las nuevas posibilidades aquí abiertas se valoran, contemporáneamente, desde una perspectiva distinta, que gráficamente puede visualizarse tras una ordenación más detallada de los tres elementos con los que cuenta el artículo 38.1 II de la LISMI: 1) excepcionalmente, la exención parcial o total de la reserva de empleo se permitirá, 2) bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva, bien por opción voluntaria del empresario, 3) siempre y cuando se apliquen en ambos supuestos las medidas alternativas determinadas reglamentariamente.

16.2.2. Problemas interpretativos de la regulación «definitiva»

Ello no significa que, así entendido, el artículo 38.1 II de la LISMI no plantee algunas dificultades. En este sentido, debe dilucidarse si el pacto convencional imposibilita el derecho de opción de la empresa. O lo que es lo mismo, si cabe resolver que el acuerdo de sustituir la obligación es imperativo y, una vez adoptado, la empresa debe cumplirlo en todo caso o si, por el contrario, sigue conservando su derecho a elegir entre la contratación de trabajadores con minusvalía o las medidas alternativas. La dificultad estriba en que el artículo 38.1 II de la LISMI no contempla como opcional este supuesto, contrariamente a lo que hace con la segunda de las vías abiertas, donde la sustitución es dispositiva para el empresario, pudiendo elegir si cumple la reserva de empleo o la reemplaza por las fórmulas establecidas reglamentariamente.

Obviamente, parece lógico pensar que no es viable impedir la contratación de trabajadores con minusvalía al empresario que se encuentre en condiciones de hacerlo. La sustitución no es una medida de fomento en sí misma, sino que es inseparable de la

⁷⁶⁹ MONTALVO CORREA, ob. cit. (1998), p. 206.

reserva de empleo, cuya exención, no se olvide, sólo encuentra habilitación legal excepcionalmente⁷⁷⁰, tal y como el RD 27/2000 se encarga de remarcar. Lo contrario, es evidente, supondría generalizar la excepción que, en este caso, no es factible, por cuanto que el objetivo prioritario no puede ser otro que conseguir la efectividad de la reserva.

Y, de igual modo, hay que preguntarse cuál es la trascendencia de la dispositivación. O, expresado de otro modo, cómo se concreta el margen de maniobra de la negociación colectiva a la hora de definir las medidas de sustitución. En este sentido, la nueva redacción tiene un riguroso cariz, al concretar que las medidas alternativas serán las que contemple el reglamento, pareciendo excluir por tanto otras posibilidades. Quizás habría de plantearse si ello supone un margen cero de maniobra colectiva, lo que resulta extraño, salvo que la inclusión de esta vía quiera ser meramente ilustrativa. Acaso sea conveniente entender que, al menos desde un punto de vista cuantitativo, el convenio colectivo podrá mejorar las medidas contempladas reglamentariamente. Cuestión distinta es interpretar si el convenio puede inventarse fórmulas diferentes. Seguramente, para ello necesita de una previa habilitación reglamentaria, aunque es cierto que aquí la dificultad estriba en conocer hasta qué punto, dado el tenor del artículo 38.1 II *in fine* de la LISMI, es legal que el Reglamento hubiese adjudicado tal potestad⁷⁷¹.

16.3. *El desarrollo del artículo 38.1 II de la LISMI: las medidas alternativas del RD 27/2000, de 14 de enero*

Como se ha visto, la posibilidad de sustitución de la reserva de empleo por otras medidas de fomento, destinadas a facilitar integración laboral de las personas con discapacidad, supone una importante innovación normativa.

Ciertamente, el artículo 2 del RD 27/2000 viene a rescatar algunas de las fórmulas que el Derecho comparado recoge o que, incluso, el propio Derecho interno ha contemplado en alguna ocasión.

⁷⁷⁰ Excepcionalidad también destacada por MONTALVO CORREA, ob. cit. (1998), p. 206, y NÚÑEZ GONZÁLEZ, «La nueva configuración de la reserva de empleo para personas con discapacidad», *A.L.* 11/1999, pp. 248 ss.

⁷⁷¹ Todo ello sin entrar, dicho sea de paso, en las dificultades interpretativas que sin duda van a derivar de los problemas de concurrencia entre convenios que pueden, desde este instante, presumirse.

De un lado, permite la realización de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo o con un trabajador autónomo discapacitado. El objeto del contrato puede ser el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o de cualquier otro necesario para el normal desarrollo de la empresa. Aunque también la prestación de servicios ajenos y accesorios a su actividad normal. El importe anual de estos contratos habrá de ser, al menos, tres veces el salario mínimo interprofesional anual por cada trabajador minusválido dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 por 100⁷⁷².

De otro, la realización de donaciones y de acciones de patrocinio, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, a través de fundaciones o de asociaciones de utilidad pública. El importe anual de esta medida habrá de ser, al menos, de 1,5 veces el salario mínimo interprofesional anual por cada trabajador minusválido dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 por 100.

Debe decirse que no es esta una petición ajena al Ordenamiento jurídico español. En efecto, de un lado, la propia LGSS, (ahora) en su artículo 158.1, ha establecido históricamente una previsión semejante. De otro, el artículo 11 del Decreto 2531/1970 contemplaba esta posibilidad, permitiendo sustituir el cumplimiento de la cuota por el pago de una cantidad cuando así lo impusieran exigencias ineludibles del proceso laboral, o la especial peligrosidad, toxicidad o penosidad del puesto a desempeñar. De hecho, circunstancias de índole similar utiliza el RD 27/2000 al tiempo de calcular la segunda de las causas de excepcionalidad —art. 3—. En efecto, así como la primera consistía en la imposibilidad de encontrar trabajadores minusválidos acordes al puesto a ocupar —vid. *supra* 15.2—, cabe la posibilidad de que el INEM acredite que debido a peculiaridades de carácter productivo, organizativo, técnico y económico, entre otros sin definir, la empresa no se encuentre en disposición de contratar a trabajadores con minusvalía. Este es el segundo supuesto que autoriza la sustitución del cumplimiento estricto de la obligación del 2 por 100 y de su sustitución por las medidas expuestas.

⁷⁷² Haciéndose eco de las reivindicaciones del CERMI [ob.cit. (1994), p. 193]. DE LORENZO [ob. cit., p. 38]. Medidas similares pueden encontrarse en la legislación francesa, L. 323-8 *du Code du Travail*, donde se llevan a cabo con cualquier sector del trabajo protegido, que allí tiene mayor amplitud. Igualmente, en la legislación alemana, concretamente el artículo 49 de la Ley de Grandes Minusválidos de 26 de agosto de 1986.

Finalmente, merece la pena destacar una iniciativa parlamentaria que no es ajena a algunos criterios barajados anteriormente. Consiste en reformar el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores⁷⁷³, en el sentido de impedir que el empresario pueda extinguir el contrato de trabajo de un trabajador afectado por una incapacidad permanente (total, absoluta o gran invalidez) si la empresa en que prestaba sus servicios, estando obligada a ello, incumplía la reserva del dos por ciento⁷⁷⁴.

B. LA APLICACIÓN DE LA RESERVA DE EMPLEO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

17. La imprecisión normativa de la cuota en la Administración Pública

La Administración Pública fue preterida por el Legislador como sujeto obligado de la exigencia de reserva de empleo que establecía el artículo 38 de la LISMI, que menciona tan sólo a las *empresas públicas y privadas*. La Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública tampoco incluyó, entre sus preceptos, aquella obligación, dejando de nuevo al margen de ésta a la Administración Pública⁷⁷⁵. La exclusión fue subsanada por la Ley 23/1988, de 28 de julio, que incluyó en la Ley 30/1984 la disposición adicional 19ª, cuyo ajuste constitucional ha sido refrendado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 269/1994⁷⁷⁶.

Esta norma exige que en las ofertas de empleo público se reserve una cuota no inferior al 3 por 100 de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad de grado igual o superior al 33 por 100, de modo que progresivamente se alcance el 2 por 100 de los efectivos totales de la Administración del Esta-

⁷⁷³ La propuesta de modificación fue realizada por I.U.-I.C., a través de una proposición de ley que puede consultarse, junto al posterior debate parlamentario, en los *BOCG*. —Congreso de los Diputados— de 19 de febrero de 1992, Serie B, nº 114-1, pp.1-2 y de 19 de mayo de 1992, Serie B, nº 189, pp. 9312 y ss.

⁷⁷⁴ Algo parecido fue planteado ya con la normativa anterior por LÓPEZ GANDÍA, ob. cit. (1980), p. 85.

⁷⁷⁵ Un análisis histórico del acceso de las personas con discapacidad al empleo público puede verse en MÉNDEZ MARTÍNEZ, ob. cit. (1998), pp. 381 ss.

⁷⁷⁶ Así había sido declarada por la STS de 20 de abril de 1993 (Ar. 5119). Así como la adecuación constitucional de la reserva no se ha puesto en duda desde las más altas instancias judiciales, si se ha condicionado su validez por motivos de legalidad, STS de 13 de diciembre de 1995 (Ar. 9794).

do⁷⁷⁷. Teniendo en cuenta que la cobertura de plazas sólo podrá efectuarse previa superación de las pruebas selectivas (como corresponde al respeto a los principios de mérito y capacidad que inspiran el acceso al empleo público, artículo 103.3 CE), siempre que en su momento se acredite la minusvalía y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes.

La mecánica de esta reserva se pone en marcha delimitando un turno de acceso restringido, al que en principio sólo pueden optar las personas con minusvalía, debiendo solicitarse expresamente⁷⁷⁸, encontrándose estas plazas conectadas al turno libre que se verá engrosado si alguna de aquellas quedara vacante.

Esta nueva regulación corrige la irrazonable normativa anterior, que dejaba fuera de la obligación de reservar una cuota de empleo para las personas con minusvalía, precisamente, al mayor empleador del país. No obstante, y a pesar de la necesidad de esta cobertura, debe advertirse que su régimen jurídico ha sido diseñado con poca precisión. En efecto, tanto la dicción literal del precepto —*de los efectivos totales de la Administración del Estado*—, como su no consideración como norma básica en el artículo 3º de la Ley 30/1984⁷⁷⁹, deja al margen al resto de las Administraciones Públicas que se encuentran en el Estado español.

En este sentido, puede decirse que las Comunidades Autónomas encuentran plena disponibilidad para incluir entre las normas que regulan su función pública la reserva de empleo. Bien es cierto que la ausencia de regulación expresa de esta materia provoca la inmediata efectividad en el ámbito autonómico, al operar la norma estatal con carácter supletorio⁷⁸⁰, debiendo las ofertas de empleo público

⁷⁷⁷ El objetivo del tres por ciento está lejos de alcanzar su plena aplicación. Así se hace constar en la respuesta formulada por el Gobierno [B.O.C.G.-C.D. de 3 de enero de 1995, Serie D nº 179, pp. 103-104], donde además se pone en evidencia la dificultad para calcular el número de trabajadores con minusvalía incorporados. Igualmente, MÉNDEZ MARTÍNEZ, ob. cit. (1998), p. 401, señala que sólo un 25% de las plazas de funcionarios ofertadas por esta vía fueron ocupadas entre los años 1988 y 1995, alcanzando esa cifra el 45% con respecto al personal laboral.

A pesar de ello, ya se está proponiendo ya la ampliación progresiva de la cuota a un cuatro por ciento anual, hasta alcanzar el cinco por ciento de todas las categorías funcionales y laborales, CES, ob. cit. (1995), pp. 11-12 y 36.

⁷⁷⁸ ATS de 28 de abril de 1994 (Ar. 3175).

⁷⁷⁹ Lo que habría podido evitarse si hubiese sido correctamente incorporada al cuerpo de la Ley, algo que además habría sido más sensato sistemáticamente, MÉNDEZ MARTÍNEZ, ob. cit. (1998), p. 395.

⁷⁸⁰ Así lo establece el artículo 149.3 CE, tal y como expresa DE OTTO, *Derecho constitucional (sistema de fuentes)*, Ariel, Barcelona 1993, pp. 282-283.

deberán respetar el cupo del 3% hasta que se alcance el 2% de los efectivos totales. Todo ello, si la interpretación de la supletoriedad de las normas estatales no se ve modificada, también en este aspecto, tras el pronunciamiento del TC que transforma los criterios que hasta ahora venían manteniéndose⁷⁸¹.

La futura Ley Reguladora del Estatuto Básico de la Función Pública puede subsanar esta deficiencia legal, pretensión que se observa en su anteproyecto, incorporándola a su cuerpo básico⁷⁸². Pero, mientras tanto, las Comunidades Autónomas pueden proceder a regular esta materia con libertad, ordenándola en su ámbito territorial con los criterios que decidan. Esto significa que subyace la posibilidad de que el porcentaje autonómico de la cuota no alcance a aquél que se contempló en la norma estatal, algo para lo que no parece existir ningún obstáculo. Y lo mismo podría predicarse de los elementos cualitativos necesarios para compensar las desventajas, como son la necesidad de adaptar el tiempo y el espacio para realizar las pruebas selectivas.

En cualquier caso, la calificación como norma básica de la DA 19ª de la Ley 30/84 (o del precepto que la sustituya en la Ley futura) al objeto de establecer unos mínimos inviolables en el establecimiento de cupos de reserva en todas las Administraciones Públicas es, afortunadamente, más importante en el plano teórico que en el práctico. En efecto, la normativa autonómica muestra una generalizada asunción de los criterios regulados en la Ley estatal, ya sea con carácter de permanencia⁷⁸³, ya asumiendo los criterios estatales en las respectivas ofertas de empleo anuales.

⁷⁸¹ Concretamente, la referencia que se hace en el texto se basa en la STC 61/1997, de 20 de marzo, que declara inconstitucional gran parte de la Ley del Suelo, precisamente por un problema de valoración de la cláusula constitucional de Derecho supletorio estatal, si bien, en este caso, cuando todas las Comunidades Autónomas han asumido las competencias en la materia. No obstante, en la medida en que el TC intenta exigir que se legisle autonómicamente, haya donde se tenga esa capacidad, se plantea la duda de lo que ocurrirá en el caso que aquí ocupa, duda que parece extensiva a la doctrina, y sobre la que no existe pronunciamiento de este alto órgano judicial.

⁷⁸² MÉNDEZ MARTÍNEZ, ob. cit. (1998), p. 406 y CABRA DE LUNA, ob. cit. (1998-II), p. 41.

⁷⁸³ Por citar algunos ejemplos, la Ley 17/1985, de 23 de julio, de la Función Pública de la Administración de Cataluña (artículos 48 y 49), establecían una reserva del 2% del global de la oferta pública de empleo para trabajadores con minusvalía. Tras la Reforma de la Ley estatal, ha ido asumiendo sus criterios en las respectivas ofertas de empleo, llegando aún más lejos al incluir entre sus previsiones a las nuevas contrataciones que efectúen las empresas públicas de la Generalitat Catalana. En el

18. La reserva de empleo público y los principios de igualdad, mérito y capacidad

La reserva de empleo para personas con minusvalía en la Administración Pública debe realizarse bajo el respeto a la igualdad en el acceso (artículo 23.2 CE) y de los principios de mérito y capacidad (103.3 CE). Pues bien, esta dinámica de acceso mediante un turno acotado no ha sido ajena a algunas críticas, emanadas del posible quebranto que esta fórmula puede producir en aquellos principios. El reproche se plantea ante la posibilidad de que una persona con discapacidad ocupe una plaza, obteniendo una puntuación menor que la conseguida por otra no discapacitada que aspiraba a un puesto mediante el turno libre. Esta problemática ha sido objeto de análisis judicial, llegando incluso (mediante recurso de amparo) al Tribunal Constitucional y sobre la que se ha pronunciado, a través de la Sentencia 269/1994⁷⁸⁴, del modo que sigue.

La primera cuestión suscitada es la posible naturaleza discriminatoria de una norma de estas características con respecto a las personas no discapacitadas. Sin embargo, debe recordarse que las mismas no sólo no son discriminatorias, sino que son antidiscriminatorias. Estas medidas de acción positiva, tal y como se ha relatado, vienen avaladas internacional (Convenio 159 OIT) y constitucionalmente, precisamente porque su finalidad es proteger a grupos desprotegidos o, lo que es lo mismo, discriminados (*supra* C1).

Cuestión distinta será que se ponga en duda la vulneración del principio de igualdad, debiendo aquí valorarse la legitimidad de la reserva de empleo desde «la perspectiva del derecho a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad plasmado en el artículo 23.2 CE». Las condiciones del acceso dependen del Legislador que, como ya se observó cuando se habló de los límites de la igualdad, dispone para su delimitación de un amplio margen, si bien para su definición debe sujetarse a dos criterios: uno positivo, «obligándole a implantar requisitos de acceso que respondan al mérito y capacidad exclusivamente»; otro negativo, impidiendo que el régi-

mismo sentido, pueden incluirse también la Ley 6/1989, de 6 de julio, de Normas Regulatoras de los Funcionarios del País Vasco (disposición adicional 7ª); el Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, de Funcionarios de la Administración Pública Navarra (d.a.7ª); la Ley 3/1990, de 29 de abril, de Normas Regulatoras de Funcionarios de la Comunidad Autónoma de La Rioja (d.a.12ª); o el Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, de Funcionarios de la Comunidad Autónoma de Aragón (d.a.6ª).

⁷⁸⁴ STC 269/1994, de 3 de octubre, a la que corresponden las referencias del texto.

men del acceso pueda establecer condiciones «concretas e individualizadas».

La reserva de empleo se encuentra dentro de dichos parámetros. En primer lugar, porque su legitimidad viene impuesta por la propia Constitución en pos de la defensa de un colectivo desfavorecido. En segundo lugar, porque para el acceso de las personas con discapacidad se requiere, con carácter previo, que estas superen los niveles mínimos de mérito y capacidad exigidos. En tercer y último lugar, padecer una minusvalía no puede considerarse «una valoración, como mérito, de una condición del sujeto», sino que cumple la función indicada en primer lugar de «promocionar la inserción profesional de sujetos con dificultades de acceso al empleo, lo que en sí mismo no sólo no es contrario a la igualdad, sino que la hace posible y efectiva», sin que por ello quepa entender que se está reduciendo el derecho de los que opositan a las plazas de turno libre.

19. La adaptación y la compatibilidad en el empleo

La normativa española ha ido superando la prehistórica presunción de ineptitud con carga de prueba para el minusválido que contenía el Reglamento de Funcionarios de la Administración Local de 30 de mayo de 1952 y la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964.

La LISMI (artículo 38.3) no hace mucho más que declarar lo obvio, al manifestar que «en las pruebas selectivas para el ingreso en los cuerpos de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas, Administración Local, Institucional y de la Seguridad Social serán admitidos los minusválidos en igualdad de condiciones que los demás aspirantes». Ello no le impide restringir posteriormente esta igualdad al exigir una acreditación de aptitud previa a las pruebas selectivas, que no pasa de ser una hipótesis sobre capacidades/discapacidades, no sobre aptitudes⁷⁸⁵.

La Ley 23/1988 introduce un elemento de importancia, al eliminar el certificado de acreditación de la compatibilidad. De este modo, se parte de la consideración de que el aspirante tiene la misma capacidad que los demás para desempeñar las funciones del cuerpo o escala al que opta, lo que demostrará en las pruebas selectivas correspondientes. Esta idea supuso un avance considerable,

⁷⁸⁵ BENITO RUIZ: «El acceso al empleo de personas con minusvalía en régimen funcional», en *Acceso al empleo público de las personas con minusvalía*, MAS, Madrid 1992, pág. 69.

al realizarse en primer lugar la prueba de aptitud y, salvada ésta, acreditar su minusvalía con objeto de completar los requisitos necesarios para acceder a las plazas reservadas, así como para solicitar las adaptaciones que se requieran para el cumplimiento de sus funciones.

Todas estas pautas, referidas a la universalización de la accesibilidad, compatibilidad funcional como criterio de admisión y adaptación del trabajo se han visto apoyadas y concretadas por el RD 364/1995⁷⁸⁶. Esta norma ofrece una regulación mucho más apropiada para el desarrollo y ejecución de aquellas previsiones

El Reglamento, en primer lugar, concreta el régimen de acceso a la función pública de las personas con minusvalía (artículo 19). Tras reiterar la admisión en igualdad de condiciones, impide el establecimiento de exclusiones por limitaciones físicas o psíquicas, sin perjuicio de la incompatibilidad con el desempeño de las tareas o funciones. Esta cláusula evita la utilización que venía produciéndose en las ofertas de empleo público de las exclusiones apriorísticas⁷⁸⁷, y que se encuentran ya en clara contradicción con el criterio analizado de no presuponer la incapacidad, sino de valorar su aptitud para efectuar las funciones a ejecutar.

Sin embargo, en segundo lugar, incorpora una cláusula de control (artículo 19.3), al establecer que *«si en el desarrollo de los procesos selectivos se suscitara dudas al Tribunal o a la Comisión Permanente de Selección respecto de la capacidad del aspirante por el cupo de plazas reservadas a personas con discapacidad para el desempeño de las actividades habitualmente desarrolladas por los funcionarios del Cuerpo o Escala a que se opta, podrá recabar el correspondiente dictamen del órgano competente del MAS»* (ahora MTAS) o en su caso de la CCAA correspondiente. Y continúa, *«hasta tanto se emita el dictamen, el aspirante podrá participar condicionalmente en el proceso selectivo, quedando en suspenso la resolución definitiva sobre la admisión o exclusión del proceso hasta la recepción del dictamen»*.

El problema que aquí se plantea es conocer cuál es el medio mediante el que cabe realizar una valoración de este calibre. Debe tenerse en cuenta que lo normal será que las pruebas no se conci-

⁷⁸⁶ RD 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado.

⁷⁸⁷ Consideración que ha venido realizándose por las Instituciones dedicadas a esta materia, tal y como recoge MENDOZA MARTÍNEZ, ob. cit. (1998), p. 401.

ban para demostrar la aptitud para ocupar un específico puesto de trabajo, sino para cualquiera de todos los que se encuentran englobados en un cuerpo o escala⁷⁸⁸. En efecto, la reserva de plazas opera frente al total de plazas vacantes en la Oferta de Empleo Público o el acuerdo de autorización de convocatorias y no frente a las plazas que aparecen en cada convocatoria concreta. Esto significa que dicho análisis se efectúa sobre una amplia gama de funciones y tareas posibles, lo que hace mucho más sencilla una adecuada colocación y adaptación del puesto a ocupar, por lo que sólo cabría admitir un dictamen restrictivo en ocasiones muy puntuales.

En este sentido, el anteproyecto de la LREBFP da un salto cualitativo al partir del principio de compatibilidad funcional como criterio de admisión, al establecer como requisito «poseer la capacidad funcional necesaria para el desempeño de las tareas habituales del cuerpo, escala o plaza correspondiente», sin que se admitan exclusiones por limitaciones psíquicas o físicas salvo que exista una incompatibilidad real con las tareas a desempeñar⁷⁸⁹.

En tercer lugar, concluida la selección, y admitido el candidato, se fija también la necesidad de solicitar un informe de aquellos órganos —del MTAS o CCAA— ante la solicitud de asignación de puesto de trabajo del funcionario de nuevo ingreso (artículo 26), con objeto de concretar su compatibilidad⁷⁹⁰. Su finalidad parece cimentarse en que la concreción de los medios de adaptación necesarios —sean técnicos u organizativos— vengan especificados por los órganos competentes en la materia.

No obstante, el artículo 43 establece que la adaptación del puesto de trabajo deberá ser valorada, y no podrá suponer una modificación exorbitante en el contexto de la organización. Con ello se intenta que el medio —acción positiva— no sea desproporcionado para alcanzar el fin —inserción de la persona con minusvalía—. Sin embargo, esta previsión (que, por otra parte, es absolutamente indeterminada, lo que deja al paio de posteriores interpretaciones su concreción) debe matizarse tras la entrada en vigor de la LPRL. De este modo, hay que valorar que siendo la adaptación, además de una obligación derivada de las normas sobre integración, parte del conjunto normativo de la prevención en el trabajo, su excepción por la aplicación del criterio

⁷⁸⁸ Sobre los efectos positivos y negativos de utilizar el criterio de cuerpo o escala *vid.* MÉNDEZ MARTÍNEZ, *ob. cit.* (1998), pp. 410-411.

⁷⁸⁹ CABRA DE LUNA, *ob. cit.* (1998), p. 41.

⁷⁹⁰ La adscripción a puestos compatibles es una premisa vieja en el Derecho español, tal y como evidencia la STS de 3 de mayo de 1983 (Ar. 2865).

de razonabilidad económica sólo puede admitirse tras una rigurosa valoración del criterio de proporcionalidad.

III. LAS MEDIDAS INSTRUMENTALES DE TUTELA

20. El juego de los instrumentos procesales en la defensa del empleo

El alcance de la tutela antidiscriminatoria dispone, además, de otros mecanismos para la defensa de los grupos protegidos por los mandatos del artículo 14 de la CE, de carácter instrumental, llamados a reducir los efectos de determinadas conductas empresariales. Su alcance con respecto a algunas causas de discriminación ha sido extensamente valorado por el TC, pero nada impide que sus efectos puedan extenderse a otros colectivos tradicionalmente discriminados en el trabajo, como ocurre con las personas con discapacidad.

Como se advirtió, la protección contra la discriminación en el empleo no se encuentra limitada a las conductas que se producen durante la vigencia del contrato de trabajo. Sobre esta base se construyen las medidas de asunción obligatoria y fomento del empleo ya observados. Ahora bien: la voluntad empresarial —fuera ya de las obligaciones contempladas—, de contratar, renovar o extinguir un contrato de trabajo son actos de libertad del empresario (derivados del artículo 38 de la CE) que no resultan jurídicamente irrelevantes, ni son ajenos a la prohibición de discriminación⁷⁹¹. Las decisiones que el empresario adopta en los momentos previos al establecimiento de la relación laboral o a la adopción de decisiones sobre la continuidad de la misma, pasan a ser jurídicamente relevantes desde el momento en que pueden entrar de lleno en el ámbito de aplicación del artículo 14 de la CE⁷⁹².

En este sentido, los instrumentos de defensa que merece destacar son, básicamente, dos: en primer lugar, el alcance de los mecanismos procesales de la tutela judicial del principio de no discriminación; en segundo lugar, como uno de sus elementos, la alteración del juego de los elementos probatorios.

⁷⁹¹ ALFONSO MELLADO, Comentarios a la STC 173/1994: la protección frente a las discriminaciones en el empleo, *P.J.* 35/1994, p. 381.

⁷⁹² STC 173/1994, de 7 de junio, f.j. 3º.

20.1. *La tutela judicial del principio de no discriminación: mecanismos procesales y soluciones sancionadoras*

Las actuaciones empresariales discriminatorias en el empleo pueden responder a tres grandes grupos⁷⁹³. Las primeras consisten en decisiones de no contratar o no iniciar una relación laboral⁷⁹⁴. Las segundas se manifiestan al no prorrogar el empresario la relación laboral temporal a la llegada de su término⁷⁹⁵. Finalmente se encuentran aquellas a través de las cuales el empresario rescinde unilateralmente el contrato de trabajo.

La identidad del origen de la conducta ante la que se busca el amparo no ha provocado, sin embargo, que la nueva LPL⁷⁹⁶ configure un sólo mecanismo procesal a través del cual se articule la defensa. En efecto, a pesar de que la base de la tutela reside sobre la conducta discriminatoria del empleador, la diversidad de las conductas condiciona el cauce procesal que puede ser empleado por el sujeto perjudicado.

De este modo, dos son los procedimientos que pueden utilizarse. En primer lugar, el procedimiento especial de tutela de los derechos de libertad sindical —Capítulo XI de la LPL—. A pesar de su inapropiada denominación⁷⁹⁷, el contenido de su régimen jurídico se extiende, por prescripción del artículo 181, a la totalidad de los derechos fundamentales laborales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio⁷⁹⁸. En segundo lugar, el proceso ordinario de despido.

⁷⁹³ ALFONSO MELLADO, ob. cit., p. 384.

⁷⁹⁴ Que estas conductas estén sometidas al principio de no discriminación ha suscitado algunas dudas en la doctrina, basadas en el respeto a la libertad de empresa y a la iniciativa privada, GARCÍA FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 43.

⁷⁹⁵ La discriminación se detecta cuando se prorrogan los contratos de otros trabajadores y no el del discriminado, sin que ninguna razón vinculada a la actividad empresarial justifique la excepción, GARCÍA FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 54.

⁷⁹⁶ Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento laboral.

⁷⁹⁷ Así calificado por MONTOYA MELGAR y OTROS, *Curso de Procedimiento Laboral* 4ª ed., Tecnos 1995, p. 147.

⁷⁹⁸ Procedimiento que tiene, para su utilización, una condición *sine qua non*, que no es otra que tratarse de pretensiones atribuidas al orden jurisdiccional social. Habrá, pues, que tomar en consideración lo dispuesto en los artículos 1 a 3 de la LPL acerca de la jurisdicción [en este sentido, SALA FRANCO, *Ley de Procedimiento Laboral*, AA.VV., Deusto, 1990, p. 385]. De su ámbito, por tanto, quedan excluidas las materias sustantivas que se remiten a su tratamiento procesal en sede contencioso-administrativo —artículo 3 LPL—, si bien pueden beneficiarse de las garantías de la Ley 62/78.

Al respecto, cabe plantearse si la utilización de una u otra vía procesal es potestativa o no para la persona discriminada (19.1.1), la homogeneidad o heterogeneidad del resultado cuando se activa un mecanismo u otro (19.1.2) y, finalmente, es preciso conocer cuál es el alcance que se deriva de esta tutela (19.1.3).

20.1.1. Las alternativas procesales

La vulneración del principio de no discriminación requiere, por previsión del artículo 181 de la LPL, el uso de los instrumentos procesales configurados para la tutela de la libertad sindical. En este sentido, parece que, se manifieste en el instante temporal en el que se manifieste la conducta discriminatoria, aquél será el procedimiento a emplear.

Sin embargo, esta afirmación no es del todo cierta. En efecto, no todas las pretensiones relacionadas con la tutela del principio de no discriminación se tramitan por medio de aquel proceso que, por otra parte, es el único que responde en toda su extensión a los principios de preferencia y sumariedad⁷⁹⁹. La LPL expulsa determinadas cuestiones litigiosas del ámbito del proceso de tutela, de la mano del criticable artículo 182⁸⁰⁰. Este precepto realiza una operación restrictiva de gran alcance y trascendencia⁸⁰¹, al remitir el conocimiento de ciertas lesiones de la libertad sindical y demás derechos fundamentales a otras modalidades procesales, en función de cual sea el objeto del proceso⁸⁰², tal y como ocurre en las demandas por despido.

La norma distingue, a estos efectos, entre la lesión del derecho y el ámbito material de relaciones jurídicas en que la misma se ha producido. De este modo, a la hora de seleccionar la modalidad procesal utilizable no prevalece la *vis atractiva* del acto lesivo del derecho y, consiguientemente, del cauce procesal que la ley ofrece para depurar aquella conducta; sino que lo hace el criterio adjetivo del medio, ámbito o instancia material en que tienen lugar los hechos⁸⁰³.

Así las cosas, cabe plantearse a qué proceso debe acudir ante las diversas manifestaciones que la discriminación en el empleo

⁷⁹⁹ BAYLOS GRAU Y OTROS, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, TROTTA 1995, p. 199.

⁸⁰⁰ De este modo se pronuncia PALOMEQUE LÓPEZ, «La tutela judicial de los derechos laborales fundamentales: una sinécdoque procesal», *T.S.* 16/1992, p. 9.

⁸⁰¹ SALA FRANCO, *ob. cit.* (1990), p. 387.

⁸⁰² BAYLOS GRAU Y OTROS, *ob. cit.*, pp. 199 y 200.

⁸⁰³ PALOMEQUE LÓPEZ, *ob. cit.*, pp. 8 y 9.

puede presentar. En primer lugar, parece claro que la extinción contractual discriminatoria está destinada a resolverse a través de la acción de despido⁸⁰⁴. Lo que ya no está tan claro es lo que ocurrirá con las otras posibilidades descritas: la no continuidad de los contratos temporales y, singularmente, las actitudes que discriminan el inicio de la relación de trabajo.

Se ha afirmado que la decisión empresarial provoca un obstáculo al empleo, y que sus efectos pueden ser equiparados a los de aquellas medidas que impiden la continuidad del vínculo laboral por decisión unilateral del empresario. Desde esta posición, dicha conducta resulta equiparable a un despido, de tal manera que cabe reaccionar frente a ella accionando como si de este se tratase⁸⁰⁵. La afirmación anterior es suficientemente amplia como para poder incluir en ella, de un lado, aquellos supuestos en los que no se prorroga un contrato de trabajo (que por otra parte es lo que está solventándose en dicha sentencia). Y, de otro, las actitudes discriminatorias de no contratar, en la medida en que lo que se limita es, precisamente, el acceso al empleo⁸⁰⁶.

No obstante, en los casos en los que la relación laboral no existía previamente, hay determinados requisitos formales en el proceso de despido cuyo cumplimiento podría devenir imposible. Ante esto, la doctrina entiende que podría ser más conveniente acudir al procedimiento especial de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales⁸⁰⁷.

20.1.2. Efectos de los diferentes cauces procesales

Sea como sea, no parece que acudir a una u otra vía pueda impedir, valiéndose de argumentos formales, que la pretensión de tutela frente a la decisión discriminatoria pueda verse rechazada. Así, se afirma que dicha pretensión no puede verse desestimada por el único hecho de que se plantee mediante un proceso de despido⁸⁰⁸. En efecto, ante la posible existencia de una causa discrimi-

⁸⁰⁴ Incluso cuando se produce durante el período de prueba. SSTC 94/1984, de 16 de octubre y 166/1988, de 19 de octubre.

⁸⁰⁵ STC 173/1994, f.j. 4º.

⁸⁰⁶ Así lo entiende ALFONSO MELLADO, ob. cit., p. 384.

⁸⁰⁷ ALFONSO MELLADO, ob. cit., pp. 384 y 385. En sentido similar, NORBES TORRES, «Contratos temporales y prohibición de la discriminación sexual (a propósito de la STC 173/1994, de 7 de junio)», T.S. 66/1996, p. 44.

⁸⁰⁸ ALFONSO MELLADO, ob. cit., p. 385.

minatoria, los órganos judiciales no pueden detenerse en el plano de la legalidad, deben adentrarse en el plano de la constitucionalidad⁸⁰⁹.

Cuando se ventile una vulneración del artículo 14 de la CE, los órganos de la jurisdicción social han de alcanzar y expresar la convicción, no tanto de que el despido no fue absolutamente extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino más bien la de que el despido fue enteramente extraño a una conducta discriminatoria⁸¹⁰. En definitiva, la vía procesal empleada no puede ser óbice para la sustanciación inicial de la reclamada tutela antidiscriminatoria, tal y como reconoce la propia LPL⁸¹¹.

No obstante, otro inconveniente de la separación procedimental aludida hace referencia a la virtual inutilización de los beneficios del proceso especial cuando se active el proceso por despido. Desde este punto de vista, la remisión al cauce procesal ordinario priva de las reforzadas garantías que impone el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales y no discriminación, en el sentido exigido por el artículo 53.2 de la CE para recabar la tutela de los derechos reconocidos en su artículo 14⁸¹². Esto podría provocar, eventualmente, la inconstitucionalidad del artículo 182 LPL⁸¹³. La doctrina, ante dicha situación, propone salvar su ajuste constitucional a través de una interpretación extensiva que permita, para cualquier pretensión en la que se alegue lesión de los derechos fundamentales, la tramitación de un proceso de tutela basado en los principios de preferencia y sumariedad⁸¹⁴.

20.1.3 El alcance de la tutela

Con todo, el aspecto más relevante se encuentra en los métodos sancionadores, aquellos que sitúan la efectividad de la tutela, sin que a simple vista parezca que las soluciones aportadas y los posibles

⁸⁰⁹ STC 136/1996, f.j. 7º.

⁸¹⁰ STC 136/1996, f.j. 6º.

⁸¹¹ Artículo 108.3, al referirse a las reglas procesales en la sustanciación de reclamaciones por despidos disciplinarios.

⁸¹² En este sentido SALA FRANCO, ob. cit. (1990), p. 387.

⁸¹³ ALBIOL MONTESINOS y OTROS, *Derecho Procesal Laboral*, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 411 y 412.; BALLESTER PASTOR, ob. cit. (1994), p. 138; CABAÑAS GARCÍA, ob. cit., p. 75.

⁸¹⁴ BAYLOS GRAU y OTROS, ob. cit., p. 201. En el mismo sentido, PALOMEQUE LÓPEZ, ob. cit. (3), p. 10; BALLESTER PASTOR, ob. cit. (1994), p. 138. En contra, CABAÑAS GARCÍA, ob. cit., p. 78.

problemas de ejecución que de ellas se deriven tengan que ser diferentes ante cualquiera de las alternativas procesales descritas.

El dilema reside en valorar, no sólo de qué modo se repara la acción discriminatoria, sino qué alcance puede exigírsele a la misma. El artículo 180 LPL ordena «la reposición de la situación al momento anterior de producirse el mismo, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera».

a) La heterogeneidad del resultado

De igual modo que al decidir el proceso adecuado, los resultados tampoco pueden determinarse unívocamente cuando la nulidad de la actuación empresarial resuelva conductas producidas en momentos diferentes de la relación de trabajo.

Una primera solución resuelve el conflicto en los supuestos de extinción contractual, tanto la LPL como el ET han asumido la tradicional posición jurisprudencial de ordenar la nulidad de la resolución. En este sentido se pronuncian los artículos 108.2 LPL y 55.5 ET para los despidos disciplinarios y el 122.2 LPL y 53.4 ET para la extinción objetiva. La consecuencia es la inmediata readmisión del trabajador afectado por la conducta discriminatoria⁸¹⁵, sin perjuicio de que pueda aquella verse acompañada por una indemnización que compense los daños y perjuicios sufridos.

El inconveniente se encuentra en los demás grupos de conductas, aquellas que afectan al inicio del contrato de trabajo o a su prórroga. Lo cierto es que la solución de dichas actitudes tiene una importancia que va más allá de una medida de carácter individual. El diseño de una tutela eficaz en este punto puede tener amplios resultados colectivos, pudiendo convertirse en el elemento más eficaz de la lucha contra la discriminación en el empleo.

La dificultad inicial estriba en que cuando se produce una negativa discriminatoria a la contratación o a la prórroga, la conducta jurídicamente reprochable es la omisiva⁸¹⁶. Ante ello, la reparación de las consecuencias no puede residir en la supresión de los efec-

⁸¹⁵ Siendo de plena aplicación lo preceptuado en los artículos 239 y 282 de la LPL. Así se ha entendido por el TC —166/1988, de 26 de septiembre— también cuando la extinción se produce durante el período de prueba, posición que ha sido criticada por GARCÍA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 55 y 56.

⁸¹⁶ ALFONSO MELLADO, *ob. cit.*, p. 385.

tos de un acto ya realizado, sino en la realización del acto omitido, acto que consiste en una manifiesta obligación de hacer del empresario⁸¹⁷.

b) La ausencia de un eficaz régimen sancionatorio

Puede decirse, al respecto, que el Legislador ha mostrado una gran pobreza en materia de sanciones efectivas para estas conductas ilícitas⁸¹⁸. Lo que ocurre, básicamente, porque el sistema sancionatorio gira en torno a la declaración de nulidad⁸¹⁹. Y, además, por la resistencia a encajar las sanciones en los moldes tradicionales de nulidad de actos (y no de no actos, cual es el caso), aunque éstos produzcan un determinado efecto vedado⁸²⁰.

Quizás por ello, la solución debe ser buscada por la vía de la interpretación del artículo 180 LPL. En efecto, este precepto establece la necesidad de reparar las consecuencias derivadas del acto, incluyendo posibles indemnizaciones. La redacción de dicho precepto podría dar a entender que las soluciones aplicables actúan de manera alternativa. Sin embargo, si se atiende literalmente, puede llegar a interpretarse que ambas opciones se establecen de forma complementaria: la primera, como necesidad, la segunda, como posibilidad adicional⁸²¹.

Una eficaz tutela de la discriminación debe significar la eliminación retroactiva del perjuicio sufrido por el trabajador, su completa supresión⁸²². Si esto es así, la única fórmula capaz de adecuar el significado de la tutela es la efectiva contratación de la persona discriminada⁸²³, sin perjuicio de que puedan además verse económicamente compensados los daños y perjuicios causados⁸²⁴. Se trataría de no monetizar las actuaciones empresariales contrarias al artículo

⁸¹⁷ ALFONSO MELLADO, ob. cit., p. 386.

⁸¹⁸ COLINA ROBLEDO/RAMÍREZ MARTÍNEZ/SALA FRANCO, *Derecho Social Comunitario, Tirant lo Blanch, Valencia 1995*, p. 266.

⁸¹⁹ BALLESTER PASTOR, ob. cit. (1994), p. 144.

⁸²⁰ RODRÍGUEZ PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, ob. cit. (1985), p. 924.

⁸²¹ En este sentido parece pronunciarse BAYLOS GRAU y otros, ob. cit., p. 213.

⁸²² RODRÍGUEZ PIÑERO, ob. cit. (1983-1), pp. 443-444.

⁸²³ CABAÑAS GARCÍA, ob. cit., p. 87 admite dicha posibilidad, aunque no entiende necesaria dicha solución. BALLESTER PASTOR, ob. cit. (1994), p. 145, no admite dicha posibilidad con los instrumentos legales disponibles en la actualidad.

⁸²⁴ Aunque para algunos autores la indemnizatoria sea la única vía adecuada para reparar el daño ocasionado, BORDENAVE/VÁSQUEZ, ob. cit., p. 367.

14 CE⁸²⁵. La protección antidiscriminatoria tiene, como último objetivo, eliminar las situaciones de marginación en el empleo de los colectivos perjudicados, lo que no se consigue, en modo alguno, a través de una simple compensación económica. Sólo así puede entenderse cumplido el mandato constitucional de que no prevalezca discriminación alguna⁸²⁶.

c) Las dificultades de aplicar soluciones no indemnizatorias

Los últimos pronunciamientos del TC parecen haber consolidado la interpretación constitucional que fuerza que, ante una discriminación en el empleo, no se reduzca la tutela al resarcimiento de daños mediante la indemnización, sino que se imponga la efectiva contratación del candidato rechazado o la prórroga indebidamente denegada del contrato temporal.

Al respecto del último supuesto, la extensión del concepto de despido antes expresada ha permitido homologar las soluciones ya planteadas para los casos de extinción. Esta solución se ha materializado entendiendo como producida la prórroga del contrato de trabajo⁸²⁷. Evidentemente, los posibles problemas de dilación de la resolución judicial de los conflictos laborales puede provocar que esta reposición no se haga efectiva. Así, la contratación de la trabajadora puede no llegar a producirse por cuanto que el pronunciamiento judicial vea la luz mucho después de concluido el hipotético período de prórroga contractual⁸²⁸. No obstante, la aplicación del artículo 282 de la LPL resuelve los problemas estrictos que afectan a ese espacio temporal, al tener derecho la trabajadora al salario correspondiente y al cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social.

Sin embargo, dicha solución puede tener un carácter limitado, pues deja sin resolver qué habría ocurrido con la persona discriminada transcurrido el tiempo de prórroga⁸²⁹. No hay elementos jurisprudenciales que resuelvan dicha cuestión. En este sentido, es claro que las soluciones propuestas no evitan la ruptura producida en la

⁸²⁵ BAYLOS GRAU y otros, ob. cit., p. 212. «se frena la fuerte tendencia judicial a monetizar la condena incluso para los efectos de futuro, para los hechos posteriores al pronunciamiento de la resolución judicial».

⁸²⁶ STC 173/1994, f.j. 4º.

⁸²⁷ STC 173/1994, f.j. 4º.

⁸²⁸ Así parece deducirse de las afirmaciones expresadas por NORES TORRES, ob. cit., p. 46.

⁸²⁹ NORES TORRES, ob. cit., p. 46.

«normalidad» de la vida laboral de la trabajadora. Esto puede ser observado desde dos puntos de vista. El primero hace referencia a que, concluida la causa de discriminación vedada, el empresario es libre para mantener o no el contrato de trabajo, al margen de los posibles problemas de legalidad que de su conducta pueda derivarse. El segundo consiste en extender los efectos de la conducta discriminatoria más allá del momento en que aquélla se produjo. De este modo, «si el resto de trabajadoras consolidaron de manera indefinida su relación laboral, no cabe duda de que, a pesar de la solución aplicada, el perjuicio sufrido por la mujer discriminada no ha sido efectivamente resuelto por el pronunciamiento judicial»⁸³⁰.

Con todo, la dificultad mayor se encuentra en los supuestos en los que se impide el inicio de la relación de trabajo. De este modo, o la solución adecuada pasa por forzar la contratación en estos supuestos, tal y como ha sido declarado ocasionalmente por el TC⁸³¹ (reconociendo el derecho de una mujer discriminada a ocupar plaza de ayudante minero en igualdad de condiciones con los valores que superaron al mismo tiempo que ella las correspondientes pruebas de acceso), o el alcance de la tutela no satisface ni mínimamente sus expectativas.

d) La manifestación del problema en las personas con discapacidad

Aterrizando el problema en las personas con discapacidad, el análisis tampoco reviste características homogéneas. En este sentido, debe advertirse que la aptitud laboral se constituye en elemento esencial que puede definir la tutela exigible. De este modo, dos pueden ser las situaciones posibles, a cada una de las cuales corresponde un desenlace diferente. La primera puede manifestarse bien cuando la persona con discapacidad tenga mejores capacidades que otros candidatos, bien cuando siendo el único candidato reúna las características adecuadas para ocupar el puesto de trabajo en cuestión. La segunda consiste en que los diferentes candidatos —entre los que se encuentra la persona con discapacidad— se encuentren en igualdad de condiciones para efectuar el trabajo ofertado.

En el primero de los supuestos la tutela discriminatoria debe desplegarse en toda su extensión. No cabe duda que la discapacidad

⁸³⁰ STC 173/1994, f.j. 4º.

⁸³¹ STC 229/1992.

es la única razón por la cual no se contrata a dicho candidato, lo que a todas luces constituye una infracción de las previsiones del artículo 14 de la CE. La única reposición posible se encuentra en exigir su contratación, para lo que los instrumentos procesales descritos parecen ser suficientes.

La segunda de las situaciones requiere de soluciones más complejas. En efecto, a igualdad de condiciones, parece que el empresario podrá hacer uso de su libertad para elegir al candidato que estime conveniente. Los instrumentos normativos existentes no parecen reunir la fuerza necesaria como para forzar al empresario a contratar, necesariamente, a la persona con discapacidad. Dicha opción requeriría de una intervención normativa que impusiese esa conducta, preferencia a ser ocupado hoy día inexistente en las normas españolas, a pesar de que la existencia de otras fórmulas de ingreso preferente ha sido constitucionalmente confirmada. Al margen de que esta posibilidad cabe perfectamente en los supuestos contemplados legalmente (17.2 ET, 38 LISMI, 158 LGSS), a pesar de que la ausencia de una regulación específica para estos supuestos impida, en este momento, su aplicación⁸³².

En un plano material, puede afirmarse además que articular este tipo de preferencias en el empleo puede resultar más conveniente que otras medidas positivas de fomento. Más conveniente porque se parte de la base de una preparación adecuada de la persona con discapacidad, lo que no tiene por qué provocar distorsión alguna en el proceso productivo. Más conveniente porque supone que se han consolidado los esfuerzos previos, aquellos que sitúan a la persona en una igual posición de partida con respecto a los demás. Y, finalmente, más conveniente porque hace efectiva la finalidad de las medidas de equiparación de oportunidades, al incidir sobre los resultados, no con un elemento de reposición, sino mediante un elemento eficaz de carácter preventivo que favorece la remoción de sus causas⁸³³.

20.2. *Las «facilidades» probatorias*

Los instrumentos descritos, no obstante, encuentran un límite de carácter previo: no podrán activarse salvo en la medida que se de-

⁸³² Algo que ha sido, de modo muy excepcional, subsanado en los convenios colectivos, *vid.* GARCÍA MURCIA, *ob. cit.* (1985), pp. 751 y ss.

⁸³³ RODRÍGUEZ PIÑERO, *ob. cit.* (1983-1), pp. 451-452, con citas doctrinales.

muestre que la conducta empresarial puede ser calificada de discriminatoria. La prueba se erige como el elemento más difícil y esencial, no sólo porque la discriminación viene cualificada por la actividad del empleador, sino también por el resultado perjudicial que de ella se deriva⁸³⁴.

Como se observó, lo realmente relevante en la discriminación no es la intencionalidad de la actuación empresarial, sino el resultado lesivo. Y aquí es donde reside la verdadera dificultad. Realmente, si la discriminación se exterioriza a través de una diferenciación de trato en una idéntica situación, la prueba para quien alega que tal diferencia ha existido, así como que en esa persona concurre una de las circunstancias prohibidas de discriminación, puede ser suficiente. Sin embargo, la falta de un elemento claro de comparación, en los supuestos en los que la discriminación no se traduzca técnicamente en un trato desigual, sino en una medida singular, hace especialmente dificultosa la prueba⁸³⁵. Igualmente, la defensa de estas conductas reviste circunstancias diversas según la discriminación se realice abiertamente o a través de prácticas aparentemente neutras.

La cuestión reside en analizar dos engranajes de la mecánica probatoria⁸³⁶. De este modo, debe resolverse cómo se realiza la distribución de la carga de la prueba cuando aparecen indicios de discriminación (1) y cuál es el *thema probandi* o, lo que es lo mismo, aquello que debe ser probado (2).

20.2.1. La distribución de la carga de la prueba

En el proceso laboral, la distribución de la carga de la prueba se aviene a la regla común enunciada en el artículo 1214 del CC. Este precepto viene siendo unánimemente interpretado por la doctrina científica y judicial, en el sentido de imponer al demandante los hechos constitutivos del derecho que reclama y al demandado la de probar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes⁸³⁷. Las reglas comunes en materia del *onus probandi*⁸³⁸ han ido, sin embargo, rectificándose en materia de discriminación a través de la intervención del TC⁸³⁹. La razón de esta modalización reside en la gran

⁸³⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, ob. cit. (1985), p. 909.

⁸³⁵ RODRÍGUEZ PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, ob. cit. (1985), p. 910.

⁸³⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, ob. cit., p. 236.

⁸³⁷ VALDÉS DAL-RE, *Ley de Procedimiento Laboral*, Deusto, 1990, AA.VV., p. 261.

⁸³⁸ Que se concretan adjudicando la carga de la prueba al litigante.

⁸³⁹ La STC 38/1981, de 23 de noviembre constituye su primer exponente.

variedad del proceder discriminatorio, en su poliformismo, que se traduce en la especial dificultad de su demostración, lo que convierte la actividad probatoria en el banco de prueba de la garantía constitucional de la no discriminación⁸⁴⁰.

En un primer momento, la falta de una norma que expresara la garantía de invertir la carga de la prueba al demandado no fue un obstáculo decisivo⁸⁴¹. De este modo, se configuró una especie de inversión radical que, ante el riesgo potencial de abusos, fue matizándose en posteriores sentencias del propio TC⁸⁴². Esta línea judicial constituye el origen del procedimiento utilizado actualmente en materia probatoria cuando se vulneran derechos fundamentales y el principio de no discriminación, configurándose sus contenidos en los artículos 96 y 179.2 de la LPL⁸⁴³. En este sentido, la principal especialidad consiste en el debilitamiento de la carga de la prueba⁸⁴⁴, que se produce trasladando la misma al demandado, siempre que el demandante aporte indicios racionales de discriminación⁸⁴⁵.

La inversión de la carga de la prueba⁸⁴⁶ prevista no puede entenderse, de este modo, como una traslación automática⁸⁴⁷ o to-

⁸⁴⁰ VALDÉS DAL-RE, ob. cit. (1990), p. 262.

⁸⁴¹ PALOMEQUE LÓPEZ, ob. cit. (1983), p. 82.

⁸⁴² BALLESTER PASTOR, ob. cit. (1994), p. 139.

⁸⁴³ Si bien el artículo 96, que regula la materia probatoria en los procesos ordinarios, se refiere a la alegación de discriminación por razón de sexo, la extensión ya prevista de las garantías del proceso especial de tutela de libertades fundamentales y no discriminación al resto de modalidades procesales indica que, cuando en ellos deba resolverse una vulneración de estos derechos serán aplicables igualmente las particularidades que al respecto de la prueba contiene el artículo 179.2 LPL. Esto no es compartido por CABAÑAS GARCÍA, ob. cit., pp. 84-85, si bien plantea la posibilidad de extender a todas las demás causas de discriminación las previsiones contenidas en el artículo 96 LPL.

⁸⁴⁴ BAYLOS y OTROS, ob. cit., p. 211.

⁸⁴⁵ BLASCO SEGURA, «El despido nulo en el Derecho del Trabajo español. Referencia a la STC de 23 de noviembre de 1981», *III Coloquio de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Jaca 1982, p. 14. En este sentido, MONEREO PÉREZ, *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, plantea que el término «indicio» utilizado por el Legislador no debe entenderse en una acepción restrictiva y en el sentido más técnico de la palabra, sino en el sentido de política legislativa más amplio tendente a propiciar la convicción judicial sobre la mera probabilidad de que exista un clima discriminatorio. Lo que no requiere necesariamente prueba efectiva por parte del actor, tal y como expresan BAYLOS GRAU y OTROS, ob. cit., p. 171.

⁸⁴⁶ Así calificada por ALONSO OLEA/MINAMBRES, ob. cit., p. 278; MONTERO AROCA, *Introducción al Proceso Laboral 3ª de.*, J.M. Bosch Editor 1996, p. 229; CABAÑAS GARCÍA, ob. cit., p. 84.

⁸⁴⁷ BAYLOS GRAU y OTROS, ob. cit., p. 211.

tal⁸⁴⁸, por cuanto que requiere de una actividad previa del litigante. Esta actividad no se reduce a la simple alegación discriminatoria, sino que necesita de un esfuerzo probatorio «primario», que permita al juez deducir que tiene verosimilitud la denuncia de discriminación que ha operado en el caso⁸⁴⁹. Quizás por ello la mayor parte de la doctrina entiende que no puede hablarse de inversión de la carga de la prueba⁸⁵⁰, sino de una mera modificación de la misma⁸⁵¹.

El demandante, al aportar los datos de hecho indispensables para llevar al convencimiento del órgano judicial de la presencia de unos indicios mínimos de vulneración de derechos fundamentales, realiza un principio de prueba⁸⁵². Esta consiste, para algunos, en una suerte de prueba de presunciones de la que pueda racionalmente presumirse la existencia de la violación denunciada⁸⁵³ que corresponderá destruir al empresario⁸⁵⁴. Sin embargo, se estima que no existe presunción plena de violación —de los derechos fundamentales—, sino sólo juicio de probabilidad, por lo que no puede decirse que al demandado corresponda destruir una presunción, sino que el hecho indiciario y la probabilidad son el presupuesto para que exista la inversión de la carga probatoria⁸⁵⁵. El mecanismo, visto de este modo, no es necesariamente el de la prueba de presunciones, sino tan sólo el de crear en el juzgador el convencimiento sobre la probable (probabilidad) existencia de un hecho o, incluso, sólo de posibilidad⁸⁵⁶.

20.2.2. La determinación del *thema probandi*

La existencia de indicios de la vulneración del principio de no discriminación sitúa al empresario ante la necesidad de proporcionar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (179.2 LPL).

⁸⁴⁸ BALLESTER PASTOR, ob. cit. (1994), p. 140.

⁸⁴⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, ob. cit., p. 237.

⁸⁵⁰ ALBIOL MONTESINOS y OTROS, ob. cit. (1996), p. 440. En el mismo sentido, reiteradamente durante toda la obra, MONEREO PÉREZ, ob. cit. (1996).

⁸⁵¹ PÉREZ DEL RÍO, «El acoso sexual en el trabajo: su sanción en el orden social», R.L. 1990 II, p. 188; QUINTANILLA NAVARRO, ob. cit., p. 113.

⁸⁵² BAYLOS GRAU y OTROS, ob. cit., p. 211.

⁸⁵³ ALBIOL MONTESINOS y OTROS, ob. cit. (1996), p. 440; PÉREZ DEL RÍO, ob. cit. (1990), pp. 188 y 189.

⁸⁵⁴ MONTOYA MELGAR y OTROS, ob. cit., p. 150.

⁸⁵⁵ MONTERO AROCA, ob. cit., p. 229; en sentido parecido, DE LA PUEBLA PINILLA, ob. cit., pp. 257-258 y CABAÑAS GARCÍA, ob. cit., p. 85.

⁸⁵⁶ MONEREO PÉREZ, ob. cit., pp. 28 y 29.

Así planteado, parece que la actitud del demandado puede dirigirse bien a evidenciar que su comportamiento no ha implicado la violación de ningún derecho fundamental del trabajador, bien que concurre algún tipo de circunstancia que justifique el tratamiento diferenciado. Postura esta última que implica admitir que la diferenciación ha existido, pero que, por las circunstancias concurrentes, debe privársele de cualquier tipo de calificación antijurídica⁸⁵⁷.

No obstante, esta teoría admite algunas reflexiones. En realidad, la prueba de aquellos aspectos es más propia del juicio sobre la vulneración del principio de igualdad que del principio de no discriminación⁸⁵⁸. De este modo, podría diferenciarse la actividad probatoria según la discriminación se haya producido de modo directo o indirecto. En el primer caso, la prueba del demandado estará dirigida a demostrar que no existió trato diferenciado o que, aún existiendo, estuvo basado en causa no discriminatoria. Así las cosas, el control de la tutela discriminatoria no puede quedar reducido a un mero control de legalidad. No basta, por tanto, con demostrar la coexistencia de motivos disciplinarios para justificar la decisión tomada. Es absolutamente preciso que se demuestre la falta de motivación discriminatoria y, no sólo, la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar su adopción al margen de un propósito discriminatorio, porque hay decisiones del empresario que, incluso adecuadamente fundadas y formalmente lícitas, son discriminaciones porque el motivo último que movió a adoptarlas era de esa naturaleza⁸⁵⁹.

La triple justificación, en todo caso, podría llegar a admitirse cuando se manifiesta indirectamente, es decir, mediante prácticas aparentemente neutras pero con resultado discriminatorio. Ahora bien: debe quedar objetivamente demostrado que eran absolutamente imprescindibles para el desarrollo de la actividad productiva⁸⁶⁰. En este caso, el objeto de la prueba no es ya la inexistencia de discriminación —prueba negativa—, sino la concurrencia de una causa no discriminatoria —prueba positiva—, lo cual es particularmente relevante en los casos de despido, puesto que el empleador no debe probar la no discriminación, sino los hechos en que se funda la decisión empresarial extintiva⁸⁶¹.

⁸⁵⁷ ALBIOL MONTESINOS y otros, ob. cit. (1996), p. 441.

⁸⁵⁸ BALLESTER PASTOR, ob. cit. (1994), p. 141.

⁸⁵⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, ob. cit., p. 239.

⁸⁶⁰ Al respecto de los elementos y medios de prueba, resultan elocuentes los destacados por QUINTANILLA NAVARRO, ob. cit., pp. 113 y ss.

⁸⁶¹ BALLESTER PASTOR, ob. cit. (1994), p. 142.

CAPÍTULO 4

LOS EFECTOS DE LA DISCAPACIDAD SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO

1. Consecuencias formales y materiales

Las alteraciones en la salud del trabajador pueden manifestarse sobre las relaciones de trabajo en un doble plano.

En primer lugar, tienen virtualidad sobre el momento originario de constitución del vínculo contractual. En este sentido, puede verse afectado, a su vez, desde dos puntos de vista diferentes. El primero se refiere a la incidencia que, desde el terreno de lo público, el ordenamiento realiza para fomentar la incorporación al empleo de un colectivo tradicionalmente excluido —*supra* C3—. Pero, del mismo modo, determinadas alteraciones provocan que la prestación del consentimiento del trabajador se efectúe de manera defectuosa. Ante esta circunstancia, el Ordenamiento activa mecanismos de consolidación contractual que permiten subsanar aquellos defectos en la voluntad, en el que se ven implicados sujetos diferentes a las partes de la relación de trabajo.

En segundo lugar, la incidencia de la alteración de la salud padecida por el trabajador puede incidir, *a posteriori*, sobre la secuencia normal o evolución típica de la relación laboral, afectando directa o indirectamente a su capacidad de trabajo.

Sobre el contrato de trabajo, por tanto, debe establecerse la clásica distinción entre capacidad para contratar y capacidad para trabajar⁸⁶². Al respecto de la primera, la manifestación precontractual de determinados padecimientos en la conducta volitiva del trabajador ha provocado, tradicionalmente, que el ordenamiento interven-

⁸⁶² BORRAJO DACRUZ, «La capacidad para contratar la prestación de servicios», *R.D.N.* II/1969, pp. 97.

ga para permitir la consolidación de ciertas estipulaciones jurídicas. Las partes de la relación laboral, mediante la obligación jurídica que emana de la prestación del consentimiento reflejada en el contrato de trabajo, se obligan recíprocamente al cumplimiento de lo estipulado⁸⁶³. El padecimiento de determinadas enfermedades podría provocar la definitiva exclusión de las personas por ellas afectadas del mundo laboral, al estar privadas total o parcialmente de la posibilidad de manifestar ese consentimiento. Los mecanismos jurídicos de subsanación de estas deficiencias serán los tratados inicialmente en este Capítulo.

Las incidencias que sobre la capacidad de trabajo tiene el padecimiento de una deficiencia puede tener, asimismo, virtualidad sobre los efectos sobrevenidos de estas relaciones contractuales. De este modo, el ordenamiento jurídico incide, ya sea por acción, ya por omisión, sobre aquellos vínculos laborales en los que el trabajador tiene mermadas sus posibilidades de prestar el trabajo con normalidad. Las normas jurídico-laborales establecen determinadas figuras que operan sobre la relación contractual al manifestarse aquella circunstancia.

Pero la incidencia del ordenamiento jurídico no se agota en estas conductas. En efecto, la ausencia de especialidades protectoras en algunas instituciones jurídicas puede hacer que al activarse se llegue, al límite, a dar por finalizada la relación de trabajo. Al análisis de ambas situaciones se dedicará el grueso de este Capítulo, a través de una dinámica conjunta que intente analizar como interactúan las consecuencias de unas y otras.

2. La manifestación de la voluntad de la persona con discapacidad psíquica en el contrato de trabajo

El contrato de trabajo, para ser válido, requiere de la concurrencia de tres requisitos esenciales: consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca —artículo 1261 del Código Civil—. El consentimiento es el acuerdo entre las partes, las declaraciones de voluntad de empresario y trabajador que deben coincidir al celebrar el contrato de trabajo. De este modo y dado que es insustituible el acuerdo

⁸⁶³ RIVERO LAMAS, Tipificación y estructura del contrato de trabajo, TEMIS 28/1970, p. 13.

de voluntades, éste sólo será posible si las partes, inicialmente, cuentan con capacidad para contratar⁸⁶⁴.

Al respecto de las personas con minusvalía, en la normativa laboral no se encuentra ninguna prescripción específica al respecto, aplicándose con respecto al contrato de trabajo las normas generales sobre la contratación privada⁸⁶⁵ (7 ET). La capacidad para contratar en el orden laboral, la prestación del consentimiento y sus vicios, su exteriorización y concordancia entre la voluntad querida y la declarada se rigen, como consecuencia, por el Código Civil. Esta norma establece una técnica de carácter negativo, estableciendo quiénes no pueden dar válidamente su consentimiento. O, dicho de otro modo, quién carece de capacidad para consentir. La capacidad, así entendida, es la aptitud para realizar actos jurídicos con eficacia en el mundo del Derecho⁸⁶⁶.

Los artículos del Código Civil que deben traerse aquí a colación son el 199, que establece la imposibilidad de ser declarado incapaz sino por es sentencia judicial en virtud de las causas establecidas de la Ley. El artículo 200, que determina como causa de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma. Y el artículo 210, donde viene a concretar el contenido de la sentencia que declare la incapacitación, que deberá determinar la extensión y los límites de ésta.

Como corolario, debe por tanto tenerse en cuenta, de un lado, que la incapacitación podrá declararse con la concurrencia de cualquier enfermedad o deficiencia física o psíquica, siempre que reúna estas dos circunstancias: persistencia e imposibilidad de gobernarse la persona por sí misma⁸⁶⁷. De otro, que la declaración sólo podrá realizarla el juez, y será la sentencia la que determine la extensión material de tal incapacitación, que podrá o no afectar a su contratación como trabajador⁸⁶⁸. Si en la sentencia se decide la tutela o curatela, o la prórroga o rehabilitación de la patria potestad (artículos 201 y 171 CC) del incapacitado, habrá de determinar también si para celebrar contratos de trabajo es necesaria la asistencia o autorización del representante (artículos 171, 267, 289 CC). En todo

⁸⁶⁴ PALOMEQUE LÓPEZ/ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, C.E.R.A. 1995, pp. 661 y 662.

⁸⁶⁵ MARTÍN VALVERDE y OTROS, *Derecho del Trabajo*, 4ª Ed., Tecnos 1995, p. 464.

⁸⁶⁶ BLASCO PELLICER, A., *La individualización de las Relaciones Laborales*, CES, 1995, p. 53.

⁸⁶⁷ Díez PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil* 7ª ed., Tecnos 1989, p.270.

⁸⁶⁸ MARTÍN VALVERDE y OTROS, ob. cit., p. 465.

caso, el consentimiento del incapacitado es siempre necesario si puede prestarlo por su grado de incapacidad; sino puede, la incapacidad es absoluta y nulo el contrato que, pese a ella, se intentara celebrar⁸⁶⁹.

3. Los efectos de la incapacidad laboral sobre la prestación de trabajo

El ordenamiento jurídico atribuye a las deficiencias padecidas por el trabajador resultados diferentes sobre el contrato de trabajo. Se basa para ello, de un lado, en su intensidad, según se realice su valoración cualitativa y temporal. De otro, en el momento en que su manifestación se haya presentado, ya sea con carácter previo o posterior al establecimiento del vínculo laboral.

Pero, para que cualquiera de estas figuras jurídicas pueda activarse, necesita concurrir un elemento imprescindible: que impidan, en algún grado, que la prestación de trabajo se desarrolle con carácter de normalidad. Es decir, que afecten a su capacidad laboral y, por tanto, al rendimiento esperado del trabajador.

Las alteraciones temporales son objeto de un tratamiento claramente diferenciado. Su consecuencia principal, normalmente la suspensión del contrato por incapacidad temporal, no va a ser objeto del presente estudio. Ello, porque el ámbito subjetivo en él definido pretende el tratamiento de las situaciones que afectan, con un carácter de permanencia, a las personas cuya deficiencia provoca una discapacidad —en su acepción amplia—. La delimitación efectuada nos lleva a tratar los problemas surgidos a partir de que aquellas alteraciones se consoliden con presunción de inmutabilidad. O, dicho de otro modo, la pretensión consiste en profundizar en las consecuencias que se deriven una vez aquellas se concreten en una situación invalidante⁸⁷⁰.

El fiel y perfecto cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato de trabajo puede quebrarse como resultado de la presencia de causas diferentes, ya sean endógenas o exógenas a las partes, ya sea como consecuencia de una posición voluntaria o involuntaria de aquellas. Los factores externos, ajenos a la voluntad de las partes, sobrevienen normalmente de forma súbita, impidiendo su reacción

⁸⁶⁹ ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo* 13ª ed., U.C.M. 1993, p. 112.

⁸⁷⁰ ÁLVAREZ DE LA ROSA: «Incapacidad temporal y maternidad», T.S. 53/1995, pp. 7 y 8.

y generando un impedimento insalvable que haga imposible realizar lo prometido. Pero puede acontecer que los agentes sean internos, dependan o no de la voluntad de los sujetos implicados; en este marco se sitúa la imposibilidad física del cumplimiento de las funciones laborales⁸⁷¹.

La forma de repercusión y los diferentes grados de afección de la alteración de la salud padecida sobre la capacidad de trabajo será el punto de base de este análisis. Este será el elemento desde el que se atenderán los diferentes mecanismos jurídicos que puedan iniciarse —unos como garantes de la permanencia en el empleo, otros que operan en sentido contrario—. La sistemática elegida, que puede parecer atípica, intenta ir desglosando los efectos desde su propio origen, en función de la intensidad con que la alteración de la salud se manifieste, aun sobre la base consciente de sacrificar estructuras de estudio más tradicionales que parten precisamente de los efectos contractuales.

En consecuencia, se tratarán inicialmente los posibles resultados que una alteración de la salud de grado inferior podría tener sobre la relación de trabajo (I). Se incluyen aquí aquellas situaciones que por su intensidad no son objeto de calificación de grado alguno de incapacidad, pero que sin embargo afectan permanentemente al rendimiento de trabajo, y que tradicionalmente han activado determinadas figuras extintivas —causas objetivas del artículo 52 ET—.

Sin solución de continuidad, es necesario tratar las consecuencias que las normas laborales conectan a la calificación de incapacidad permanente del trabajador, ya sean alteraciones que provocan una consecuencia de grado medio —ipp— (II) que lleva aparejada una obligación de reincorporación—, ya aquellas de grado superior de las que puede derivar la operatividad de determinadas figuras suspensivas (48.2 ET) o extintivas (49.1 e) ET) (III).

Al mismo tiempo, se irán reflejando las posibles consecuencias que incapacidades existentes al inicio de la relación de trabajo pudieran tener en el juego de aquellas figuras.

⁸⁷¹ ORTIZ LALLANA, La extinción del contrato por imposibilidad física del cumplimiento, MTSS 1985, p. 23.

1. LAS ALTERACIONES DE LA SALUD DE GRADO INFERIOR

4. Las consecuencias productivas de la discapacidad no declarativa de incapacidad permanente

La permanencia en la salud del trabajador de algunas deficiencias inferiores en grado a los parámetros delimitadores de la incapacidad permanente no siempre es irrelevante a efectos de su capacidad laboral. Así, puede ocurrir que un trabajador que, *a priori*, no vea afectadas sus capacidades laborales en grado suficiente como para activar alguna de las fórmulas de protección que contiene el ordenamiento de la Seguridad Social, presente cierta disminución que repercuta negativamente sobre su prestación de trabajo. Nos encontramos aquí con una alteración que médicamente puede haber dejado de tener relevancia, al ser declarado el trabajador en alta médica sin declaración alguna de incapacidad, pero cuyas consecuencias se prolongan en el ámbito de la relación laboral.

En efecto, se parte de la base de que el desequilibrio físico-psíquico padecido por el trabajador se ha estabilizado, lo que desencadena el alta médica y, por tanto, el derecho de reincorporarse al trabajo (48.1 ET). Lo normal será pensar que la alteración no ha repercutido sobre su capacidad laboral, por lo que el cumplimiento de sus obligaciones contractuales no sufren modificación alguna.

Ahora bien: puede ocurrir, de un lado, que la aptitud laboral se vea afectada de manera indirecta, debido a que la propia imposibilidad sanitaria impida la reincorporación. De otro, que ésta no impida la reincorporación, pero que afecte directamente a la capacidad de trabajo, bien en un grado inferior al necesario para poder calificar una incapacidad —es decir, en menos de un treinta y tres por ciento del rendimiento normal de su profesión—, bien por la curiosa doctrina judicial ya descrita (*supra* C2) de no poder ser calificado sin derecho a prestaciones.

Esta merma psico-física puede provocar, sin duda, determinados efectos invalidantes, que en un primer momento pueden considerarse no calificables y que, como se adelantó, no activarían inicialmente mecanismos de protección del ordenamiento de la Seguridad Social.

El punto de partida aquí se sitúa en el momento en el que el reingreso del trabajador es definitivo. El trabajador afectado debe reincorporarse a su puesto de trabajo, poniéndose a disposición del empresario. Pues bien, de este reingreso se deducen dos consecuencias diferentes. La primera se acomoda en el plano obligacional, y

reside en la protección de la salud del trabajador (A). La segunda se ha situado, tradicionalmente, en el terreno de las facultades empresariales, y radica en la mentada disminución de la capacidad laboral del trabajador (B).

A. *LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DEL TRABAJADOR COMO OBLIGACIÓN PREVENTIVA*

5. La tutela derivada de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales

El estado del trabajador, una vez concluido el período suspensivo por incapacidad temporal, puede ser perfectamente normal, no necesitándose en este supuesto ninguna atención específica que vaya más allá de las comunes de seguridad en el trabajo. Pero esta secuencia puede verse perturbada. En efecto, podría suceder que, habiendo sanado el trabajador, en él concurren determinadas incompatibilidades ambientales con su puesto de trabajo. Significa esto que, en el momento actual, el trabajador se encuentra perfectamente, y por ello recibió su alta médica. Sin embargo, todo indica que las condiciones en las que se desarrolla su actividad laboral provocará una nueva recaída en su enfermedad o la manifestación de una distinta.

Esta materia no se encuentra en el plano de la disminución de la capacidad de trabajo, sino que tiene acogida en un estado inicial que se sitúa en la necesaria defensa preventiva de la salud del trabajador. Así, tanto si el ejercicio de la prestación a la que debe reincorporarse el trabajador ha sido con carácter previo médicamente desaconsejado, como si se constata posteriormente que los riesgos derivados del trabajo pueden fácticamente afectarle, el ordenamiento jurídico exige el establecimiento de determinadas medidas de protección. Esta actividad, necesaria aunque el desarrollo insalubre pueda no repercutir en el rendimiento productivo del prestador de servicios, lo que pretende es evitar perjuicios futuros en la salud, y de ahí su carácter preventivo.

6. El deber empresarial de proteger la seguridad y la salud de sus trabajadores

La protección de este bien jurídico ha sido una constante en el Ordenamiento español, aunque la consolidación de su régimen

normativo, producida mediante la entrada en vigor de la LPRL, no sólo ha fortalecido su tratamiento a través del rango formal necesario, sino que ha tenido una intensa trascendencia en su contenido sustantivo. Así ha sido destacado puntualmente con anterioridad, aunque conviene aquí, dada su repercusión sobre el contrato de trabajo, realizar un análisis más detallado.

6.1. *El carácter general de las obligaciones*

La defensa de la integridad física y de la salud de los ciudadanos que refleja la Constitución Española (artículos 15 y 43), acompañadas de la necesaria protección de un eficaz política de seguridad en el trabajo (artículo 40.2), tienen una específica manifestación en las normas laborales. Así, el derecho del trabajador a su integridad física y a una protección eficaz de su seguridad e higiene en el trabajo (4.2 d) y 19 ET) está, lógicamente, conectado con la recíproca obligación empresarial de hacer efectiva dichas exigencias⁸⁷², tal y como refleja la LPRL⁸⁷³ —con carácter general, en su artículo 14—. Esta norma, que tiene por objeto promover la seguridad y la salud de los trabajadores mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo (artículo 2), hace residir el objetivo de esta política en la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo, dirigiéndose a elevar el nivel de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores en el empleo (artículo 5).

No cabe duda que el marco de la protección normativa de la seguridad en el trabajo se ha visto aumentado por la nueva configuración legal. De esta manera, se adelanta su ámbito de actuación, y se extiende su incidencia más allá de la mera conducta de evitar los riesgos causantes de contingencias profesionales, lo que se refleja

⁸⁷² «... el derecho del trabajador a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene es la manifestación en sede contractual de la protección de la vida e integridad física del trabajador, que expresa tanto un derecho, como una obligación...», GONZÁLEZ LABRADA, «La Ley de Prevención de Riesgos Laborales y la obligación contractual de seguridad e higiene», A.L. n° 7/1996, p. 175.

⁸⁷³ Esta norma configura un nuevo marco jurídico que pone término a la heterogeneidad y dispersión normativas características del ordenamiento vigente en la materia, adecuándolo además a los compromisos internacionales y supranacionales adquiridos por España. En este sentido, por todos, PALOMEQUE LÓPEZ, «El nuevo marco jurídico de la prevención de riesgos laborales: la Ley 31/1995, de 8 de noviembre», A.L. n° 8/1996, p. 200.

incluso en el cambio de su propia terminología. Así, la protección derivada no sólo ha de tener eficacia demostrada o demostrable, sino que alcanza tanto a su seguridad frente a los accidentes, como a su salud⁸⁷⁴, ampliándose progresivamente para abarcar la mejora de las condiciones de trabajo en general⁸⁷⁵.

Este es el entorno en el que se sitúan los principios de la acción preventiva (artículo 15)⁸⁷⁶. En él, y sin restar la importancia que en el conjunto de la acción todos merecen, cabe destacar una vez más, con mayor fuerza si cabe por los efectos sobre el tema ahora en tratamiento, el de adaptación del trabajo a la persona. Este principio, que anteriormente encontraba limitada su aplicación al trabajo a cierto ritmo (36.5 E.T.), ha sido calificado como la nueva formulación de un principio protector y aplicativo del Derecho del Trabajo⁸⁷⁷, expresión esta que pone en evidencia la importancia que su repercusión tiene sobre el régimen de la relación laboral.

6.2. *La obligación de proteger específicamente las alteraciones de la salud*

Pues bien, aunque como es evidente estas medidas forman parte de las obligaciones generales de actuación, concretadas en reglas especiales que afectan con carácter global a todos los trabajadores, existe una concreta obligación que exige una especial protección a los trabajadores con las particularidades que aquí se analizan.

En efecto, el artículo 25 de la LPRL establece una obligación empresarial de protección, a través de la cual «*el empresario garantizará de manera específica*» la protección de aquellos trabajadores que «*por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo*», a la vista de cuyo contenido pueden realizarse dos consideraciones.

La primera se refiere al ámbito subjetivo de este precepto. Indudablemente, tanto aquellos trabajadores con minusvalía, como aque-

⁸⁷⁴ GARCÍA NINET: «En torno a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (II)», T.S. 62/1996, p. 5.

⁸⁷⁵ FERNÁNDEZ MARCOS: «La autonomía del derecho a la seguridad e higiene», A.L. 39/1995, p. 679.

⁸⁷⁶ Estos principios se integran en la obligación general de seguridad empresarial, NÚÑEZ GONZÁLEZ, *La evaluación de los riesgos derivados del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 14.

⁸⁷⁷ MONTOYA MELGAR, ob. cit. (1995), pp. 215 y 216.

llos otros que hayan sido reconocidos en algún grado de incapacidad permanente se encuentran en su marco de aplicación. Ahora bien: el entorno en el que actúa es superior, incluyendo a aquellos trabajadores que como consecuencia de su estado biológico no pueden permanecer o reincorporarse a su puesto de trabajo. La dicción literal del precepto es clara, diferenciando ambas situaciones y sustentando la necesidad en función de las características psico-físicas del trabajador de que se trata y de la finalidad de la tutela de su salud⁸⁷⁸. Los efectos de los agentes laborales (presentes o potenciales) sobre su capacidad de trabajo serán idénticos, y se manifiestan en la imposibilidad de permanecer en el puesto de trabajo de origen, por lo que el rigor de las garantías no se limita a que se haya calificado previamente una discapacidad jurídica.

La segunda hace referencia a la modificación operada por la LPRL sobre la actitud empresarial. Así, hasta su entrada en vigor, la obligación del empresario en estos supuestos no iba más allá de la que se derivaba para cualquier otro de sus empleados, salvo en los supuestos en los que la consecuencia era el padecimiento de una enfermedad profesional. De esta forma, la regulación anterior no generaba para el empresario exigencia alguna que le hiciera respetar en las tareas encomendadas al trabajador las recomendaciones médicas de no hacer. El estado actual ha modificado el régimen aplicable, de manera tal que de la nueva regulación —tal y como se observará, compleja, ambigua y llena de lagunas— emana una atención específica derivada del precepto arriba referenciado.

7. Los efectos del artículo 25 de la LPRL

La protección de la salud obtiene, mediante este precepto, un importante espaldarazo. Su pretensión es impedir que el trabajo provoque alteraciones en la salud del trabajador —o agrave las existentes—, cualquiera que sea la causa que pudiera originar esa inestabilidad. El supuesto contemplado, donde las características personales del trabajador y su estado biológico es ya conocido por el empresario, evidencia con mayor claridad la actuación empresarial.

Para ello, el artículo 25 de la LPRL establece una pobrísima regulación de la que cabe realizar, más que una labor interpretadora de su fórmula aplicativa, un ejercicio deductivo y analógico. Este

⁸⁷⁸ En el mismo sentido, GONZÁLEZ ORTEGA, *Gestión de la Prevención en las Empresas —Derechos, obligaciones y responsabilidades—* Vol. II, Cinco Días 1996, p. 35.

mandato determina que los trabajadores «no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que (por las circunstancias descritas) puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo».

Lo que parece evidente es que de esta norma se deduce una clarísima obligación empresarial. Más aún: una obligación empresarial que es al mismo tiempo un derecho irrenunciable para el trabajador, ante el cual no es posible una acción contraria del mismo. No puede olvidarse que lo protegido aquí es un bien jurídico bajo la máxima garantía constitucional (el derecho a la vida y a la integridad física), cuyos efectos se extienden más allá del ámbito privado, y cuya protección nace directamente del interés público del objeto tutelado. El resultado es meridiano: es necesaria la adopción por el empresario de las medidas adecuadas para que el resultado descrito no llegue a producirse, protección eficaz de la que es garante por imperativo del artículo 14 LPRL.

7.1. *Las conductas empresariales previas*

Una primera reflexión indica que la solución del artículo 25 de la LPRL puede no ser necesaria. A ello responde la posibilidad de que una correcta adecuación del trabajo a la persona (15 d) LPRL) evite que el trabajo provoque las consecuencias lesivas descritas. Esta obligación, combinada con la obligación general (14 LPRL), cuyos rasgos más característicos se acaban de definir, requiere al empresario la adopción de cuantas medidas sean necesarias para que el trabajo se desarrolle en las condiciones más adecuadas. Esta actividad lleva implícita su puesta en marcha teniendo en cuenta parámetros de normalidad, generalidad o razonabilidad que, a su vez, deben ser manejados en razón de las circunstancias del contexto, del sujeto al que se refieren y del tipo de actividad o tarea que debe desempeñarse⁸⁷⁹.

El propio carácter preventivo de la norma empuja la realización de esta tarea, evitándose distorsiones innecesarias en el ejercicio de la prestación laboral del trabajador, al tiempo que contribuye a garantizar el correcto desarrollo de su promoción y formación pro-

⁸⁷⁹ APARICIO TOVAR/GONZÁLEZ ORTEGA, «La Ley de prevención de Riesgos Laborales», R.L. 3/1996, p.26.

fesional en el trabajo (35.1 CE y 4.2 b) ET) que cualquier modificación de sus condiciones por razones de salud pudiera innecesariamente significar. Sólo cuando esta primera propuesta fuera materialmente imposible, o sus efectos favorables no se hubieran producido, procedería aplicar la fórmula del artículo 25 LPRL.

7.2. *La prohibición de emplear al trabajador en el puesto de trabajo peligroso*

Tan escueta e indeterminada exigencia plantea serios problemas sobre el régimen aplicable a esta figura. El planteamiento primario hace pensar que la protección de la salud del trabajador debe compatibilizarse con su actividad laboral. Lo contrario sería tanto como negar la necesaria sintonía con la que debe manifestarse esta norma con el resto de las que configuran la protección de las personas con discapacidad. Se trata de mantener el trabajo sin llegar al despido, dadas las previsibles dificultades que estos trabajadores tendrán para conservar su puesto de trabajo o, en su caso, encontrar un nuevo empleo de similares características⁸⁸⁰.

Esto lleva a proponer que la conducta empresarial —una vez demostrada la imposibilidad o ineficacia de adecuar el puesto de trabajo— debe encaminarse a la recolocación del trabajador en un puesto de trabajo acorde a sus problemas psicofísicos (1). El problemático supuesto precedente no se agota en sí mismo. En efecto, la limitación de las posibilidades organizativas de la empresa puede impedir la recolocación a un puesto de trabajo compatible, lo que exige buscar una solución inédita hasta el momento (2). Por último, quizás sea conveniente configurar una propuesta de solución de este endeble régimen jurídico (3).

7.2.1. *La necesaria opción de la movilidad del trabajador afectado*

La medida preventiva de prohibir la ocupación en un puesto de trabajo incompatible se acomoda con el cambio o traslado a otro puesto exento de riesgo⁸⁸¹. Se trata de una obligación ambigua e

⁸⁸⁰ SALA FRANCO: «La movilidad geográfica», en *Comentarios a las Leyes Laborales* Tomo I - Vol. 2º, Edersa, 1994, p. 305.

⁸⁸¹ SÁNCHEZ CUBEL. Todo sobre la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ed. Práxis, 1996, p. 93.

incompleta, por cuanto la referencia al «no empleo» exigirá una movilidad funcional y, en ocasiones, seguramente, hasta una movilidad geográfica que la Ley no prevé ni regula en cuanto a sus condiciones y límites⁸⁸². Su naturaleza se sitúa en el doble plano de los derechos y de las obligaciones que se concretan en el cambio de puesto del trabajador en beneficio del mismo⁸⁸³ provocado por su disminución fisiológica.

a) La determinación del régimen jurídico «no» aplicable

El tema está en definir cuál es el régimen jurídico aplicable a esta movilidad. Desde luego, la primera tentación consiste en aplicar el régimen común que para la movilidad funcional y geográfica se encuentra en los artículos 39 y 40 del ET⁸⁸⁴. Sin embargo, no puede olvidarse que esta regulación lo que pretende es, precisamente, confinar el poder de dirección empresarial, su *ius variandi*. El supuesto en el que nos encontramos es radicalmente distinto, configurándose como una movilidad por razones objetivas, también denominada movilidad por razones sociales⁸⁸⁵.

De este modo, el primer valor a tener en cuenta es que esta movilidad no tiene su origen en la voluntad del empresario, sino que viene impuesta por la propia Ley. Por tanto, la aplicación del régimen común de la movilidad no parece posible, al no haber extendido la LPRL sus efectos, pudiendo haberlo hecho como lo hizo en su artículo 26 para la protección de la maternidad.

b) La solución convencional

No queda otra opción que buscar cuál va a ser la normativa por la que se rija esta mutación que sufra la relación de trabajo. Desde luego, la posible existencia de un pacto convencional resolvería el problema, estándose a sus consecuencias⁸⁸⁶: el régimen de la movi-

⁸⁸² SALA FRANCO/ARNAU NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, p. 109.

⁸⁸³ En el mismo sentido, SALA FRANCO, ob. cit. (1994), p. 305.

⁸⁸⁴ SÁNCHEZ CUBEL, ob. cit., p. 93, si bien sólo con respecto a la movilidad funcional.

⁸⁸⁵ SALA FRANCO/LÓPEZ TARRUELLA: *La modificación de la prestación de trabajo*, Deusto 1991, p. 151.

⁸⁸⁶ STCT de 11 de junio de 1981 (Ar. 4010), que resuelve un conflicto de diferencias retributivas primando el régimen convencional sobre el reglamentario, sobre la base de aplicar las condiciones más beneficiosas.

lidad se atenderá, como es lógico, a estas estipulaciones. Al margen de que la técnica de uso para la confección de las cláusulas convencionales provoque habitualmente grandes dudas en su aplicación (*infra* 20.3.2)

c) Una primera aproximación a las viejas normas de enfermedades profesionales

Sin embargo, la ausencia de un régimen convencional sugiere una nueva búsqueda, esta vez en las normas jurídicas existentes para situaciones análogas. De este modo se llega a las normas reguladoras de las enfermedades profesionales —artículos 43, 45, 46 y 48 de la O.M. de 9 de mayo de 1962 (OMEP)— que regulan un sistema de protección para supuestos similares. Concretamente, establece esta norma que cuando la actividad produzca perjuicios fisiológicos en el trabajador —aun sin merma de su capacidad laboral—, este ocupe un nuevo puesto de trabajo. La vigencia de este régimen no parece discutirse, sobre la base de lo dispuesto por el artículo 133.2 de la LGSS⁸⁸⁷, tal como doctrina⁸⁸⁸ y jurisprudencia⁸⁸⁹ reconocen.

Inicialmente, cabría conjeturar sobre la proximidad de la situación descrita en este supuesto. La idea es valorar si es posible aplicar analógicamente estas normas, con independencia de la etiología del mal padecido. El supuesto planteado en el artículo 45.1 de la O.M. reseñada determina que *«en los casos en que como consecuencia de los reconocimientos médicos se descubra algún síntoma de enfermedad profesional que no constituya incapacidad temporal, pero cuya progresión sea posible evitar mediante el traslado del obrero a otro puesto de trabajo exento de riesgo, se llevará a cabo dicho traslado dentro de la misma empresa»*. La medida se dispone para proteger la salud del trabajador, *«a fin de que no avance el proceso de la enfermedad que padece pero que no necesita asistencia médica ni le impide trabajar»*⁸⁹⁰.

⁸⁸⁷ «Lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de las obligaciones establecidas, o que puedan establecerse en lo sucesivo, a cargo de este Régimen General o de los empresarios, cuando por causa de enfermedad profesional se acuerde respecto de un trabajador el traslado de puesto de trabajo, su baja en la empresa u otras medidas análogas».

⁸⁸⁸ ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, ob. cit., p. 182; ELASCO LAHOZ y otros, ob. cit., p. 207.

⁸⁸⁹ Por todas, STS (u.d.) de 22 de diciembre de 1994 (Ar. 10222), si bien de forma indirecta.

⁸⁹⁰ STCT de 4 octubre de 1983 (Ar. 8116).

El 2º apartado de este mismo precepto resuelve, al tiempo, otro elemento. Se sitúa en la temporalidad de la afección y establece que «*los médicos que descubran dicha situación*» determinarán «*si el cambio tiene carácter temporal o definitivo*», lo que engloba sin duda el supuesto tratado de la alteración no calificable. Sin perjuicio de entrar más adelante a valorar nuevos rasgos de similitud, cabe adicionar a la idea anterior que el propio supuesto de enfermedad profesional estaría incluido en el más amplio del propio artículo 25 de la LPRL.

Por lo que respecta al régimen jurídico de esta alternativa, lo primero que debe destacarse es que del apartado primero del precepto —«*dentro de la misma empresa*»— puede deducirse que cabe tanto una movilidad geográfica como una movilidad funcional. Esta última, por su parte, podrá ser ascendente o descendente, sin estar sujeta por tanto al límite de la categoría (ni del grupo) profesional del trabajador.

Se determina el necesario mantenimiento salarial (salvo retribuciones ligadas al puesto) si el aparejado al nuevo puesto es inferior, y omite las consecuencias del supuesto contrario. De ello parece entenderse que corresponderán las retribuciones del nuevo destino, lógicamente, si estas son superiores. La proximidad de ambos supuestos podría tener como resultado, a falta de una adecuada regulación normativa, la extensión de este régimen descrito —lógicamente, con el debido respeto a la dignidad profesional del trabajador⁸⁹¹—, idea en la que se insistirá, con carácter inmediato, al resolver la probable inviabilidad de estas medidas.

7.2.2. El imposible recurso a la movilidad

Puede ocurrir, sin embargo, que la recolocación sea inviable, bien por la ausencia de un puesto de trabajo compatible con la salud del trabajador, bien por razones técnicas o productivas. En este caso se impone, de igual modo, la búsqueda de un régimen jurídico ausente en el artículo 25 de la LPRL.

Una vez más parece imprescindible acudir a las soluciones propuestas por las normas sobre enfermedades profesionales, normas que han sido, no obstante, modificadas de un modo esencial por los órganos judiciales en algunos de sus aspectos. Específicamente, tal y como se observará, en el de la calificación de estas situaciones como

⁸⁹¹ STSJ Baleares de 15 de diciembre de 1994 (Ar. 5072). En sentido menos riguroso, SALA FRANCO/LÓPEZ TARRUELLA, ob. cit. p. 156.

incapacidades permanentes si se presume que la imposibilidad de retorno al puesto no tiene vuelta atrás.

a) La etiología laboral, primer punto de encuentro

El punto de partida de ambos casos se sitúa aquí en el mismo lugar: la afección de la alteración de la salud sobre la capacidad de trabajo es inexistente fuera de las condiciones normales de desarrollo de la actividad; pero estas condiciones impiden, en sí mismas, el posible ejercicio de la capacidad de trabajo, al incidir negativamente sobre la salud del trabajador. La valoración de esta teoría se observará, con mayor claridad, al analizar la nada pacífica evolución de los pronunciamientos judiciales que a ella han llegado.

b) Las soluciones de la OM de 1962

La reglamentación reseñada sobre enfermedades profesionales resolvía la imposibilidad de la recolocación. El artículo 48 de la O.M. de 1962 planteaba, a modo de solución, que ante la inexistencia de un puesto de trabajo adecuado «*el trabajador será dado de baja*», si bien con carácter previo a la misma articula un procedimiento que, en síntesis, propone su inscripción preferente en el INEM y el percibo de diferentes subsidios a cargo de la empresa —12 meses—, Tesorería General de la S.S. —6 meses— e INEM —6 meses prorrogables por igual período de tiempo— sucesivamente, por un importe equivalente a su salario íntegro.

c) La OM y las normas sobre incapacidad permanente

Tal y como se dijo, el régimen descrito sigue plenamente vigente. Ahora bien, la cosa es saber hasta qué punto es viable su aplicación en todos los aspectos contemplados, al entrar en juego su operatividad con la del artículo 137 de la LGSS, concretamente, con su apartado 4º que define la incapacidad permanente total. El punto en el que se acomoda la divergencia es conocer si la baja (extinción) de la OM es posible aplicarla sin más o si, por el contrario, se está aquí ante un supuesto de incapacidad permanente que, como efecto derivado sobre el contrato de trabajo, producirá la extinción.

El TCT primero, y algunos TSJ después, no han dudado en aplicar el régimen que el artículo 48 de la citada O.M. establece. Así, partiendo de la base de que el trabajador está dotado de capacidad suficiente para la profesión habitual, si no puede reincorporarse al puesto de trabajo se niega la posibilidad de considerar que esta situación pueda calificarse como de incapacidad permanente, lo que se traduce en la aplicación del artículo 48 reiterado⁸⁹².

Esta teoría, sin embargo, se limita a valorar la aptitud laboral del trabajador, sin poner ésta en relación con su posible desarrollo en el puesto de trabajo, y prescindiendo del origen del desequilibrio psicofísico. De este modo, se ofrece una interpretación reductiva de la concepción de la incapacidad. La incapacidad es analizada de manera absoluta, considerando que en ella sólo tienen cabida los casos en que la incidencia de la alteración sea real e inmediata, esto es, que afecte directamente en el momento de la actualización, prescindiendo de la incidencia indirecta, sobre todo cuando afecta a la tutela de la salud⁸⁹³.

En definitiva, parte de la premisa de entender que la actitud incapacitante sólo puede manifestarse sobre la prestación efectiva de trabajo, sin considerar que el mismo resultado aparece cuando el desequilibrio sanitario repercute sobre la imposibilidad de manifestar la prestación. La protección deja de situarse, de este modo, en un plano previo (que no es otro que el preventivo ya comentado) para situarse en un plano posterior (de carácter recuperador).

d) La superación de las dudas judiciales

Los avances a este planteamiento se han resuelto mediante la incorporación de las situaciones tratadas en el concepto de la incapacidad permanente total (137.4 LGSS), tal y como cabe desgranar del análisis de sus elementos (*vid. supra* C2).

En primer lugar, la alteración tiene un carácter permanente, *«porque no cede con tratamientos, aunque no sea continua en sentido biológico, ya que desaparecen los síntomas al cesar la exposición al elemento causante»*⁸⁹⁴. El hecho de que desaparezca al cesar la exposición al

⁸⁹² SSTCT de 19 de octubre de 1982 (Ar. 5533) y 30 de noviembre de 1983 (Ar. 10218) y, más recientemente SSTSJ Cataluña de 22 de enero de 1992 (Ar. 313) y de 24 de marzo de 1993 (Ar. 1551).

⁸⁹³ TORTUERO PLAZA, ob. cit. (1994), p. 40.

⁸⁹⁴ STSJ Cantabria de 12 de julio de 1994 (Ar. 2985).

riesgo «no significa que no tenga carácter definitivo, sino sólo que éste viene condicionado al desempeño del trabajo en el que la enfermedad surgió y se reproduce y/o agrava, así pues, cabe que no sea continua, pero ha de afirmarse que es permanente en relación con la actividad profesional»⁸⁹⁵.

En segundo lugar, debe considerarse que «el criterio al que ha de someterse la valoración de un estado físico como invalidante es el de su trascendencia funcional en cuanto obstativo a desempeños profesionales»⁸⁹⁶. Ya que, como vimos —*supra* C2—, ese elemento es determinante a la hora de poder calificar el grado de incapacidad. Ya se expresó que una misma incapacidad produce distintos efectos en orden a su calificación como situación protegida si repercute sobre actividades diferentes. La alteración padecida que se está analizando es incompatible con el ejercicio de la profesión habitual, e «inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión» (137.4 LGSS), aun cuando pueda dedicarse a otra distinta.

La unión de ambos elementos, permanencia y conexión profesional, es la que lleva a la jurisprudencia a proponer que la solución al caso aplicable no puede ser la planteada por la OMEP, sino el reconocimiento del trabajador en la situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual⁸⁹⁷.

e) Soluciones para la convivencia de la OM 1962 y las reglas sobre incapacidad

La solución anterior exige un replanteamiento sobre la validez del artículo 48 del Reglamento descrito. De este modo, cabría plantear que su aplicación tendría sentido en la medida en que las dolencias pudieran preverse temporales, actuando como una fórmula para resolver la imposibilidad de recolocación cuando se presume que el desequilibrio va a sufrir modificaciones beneficiosas en el futuro⁸⁹⁸. Esto, siempre y cuando la alteración de la salud planteada no se integre en la incapacidad temporal, por las mismas razones preventivas expresadas para la permanente, a pesar de que a simple vista esto no sea posible por haberse producido el alta médica y no requerir asistencia sanitaria⁸⁹⁹.

⁸⁹⁵ STSJ Cantabria de 12 de noviembre de 1991 (Ar. 6012).

⁸⁹⁶ STSJ Cantabria de 12 de noviembre de 1991 (Ar. 6012).

⁸⁹⁷ SSTs (u.d.) de 27 de junio y 22 de diciembre de 1994 (Ar. 5490 y 10222).

⁸⁹⁸ STSJ Cantabria de 12 de noviembre de 1991 (Ar. 6012).

⁸⁹⁹ STCT de 1 de octubre de 1984 (Ar. 7324).

Debe volverse aquí sobre un aspecto ya planteado cuando se vio la posibilidad de declarar la incapacidad como decisión terapéutica —*supra* C2—. El sujeto, aquí, no es incapaz en sí mismo, sino que su incapacidad deviene porque el propio desarrollo de la prestación puede suponer un empeoramiento de su situación sanitaria⁹⁰⁰. No estaría de más que se planteara una solución alternativa, acorde con la expresada de entender esta situación como una incapacidad temporal, o una figura semejante, tal y como parece va a ocurrir con la protección de la maternidad⁹⁰¹.

Las dudas se plantean desde el momento en que exige del empresario que asuma temporalmente el salario sin prestación, una suerte de aplicación del artículo 30 ET. Una cosa es forzar al empresario a la recolocación y hacerle participe de la defensa pública de la salud, como generador de riesgos que es, obviamente, y otra bien distinta hacerle asumir una situación que él mismo no ha provocado. Intentar que para el trabajador la alteración biológica sea lo menos perjudicial posible, laboralmente hablando, no es incompatible con que las cargas que ello supone se asuman equilibradamente entre lo privado y lo público. La participación empresarial en la alteración de la salud (grado de cumplimiento de las medidas de seguridad), de un lado, y la imposibilidad técnica, productiva o la razonabilidad del coste desproporcionado de la misma en virtud de la magnitud económica de la empresa, de otro, son elementos que no pueden escaparse al valorar la exigibilidad de la medida. Cuando ésta se haga, al límite, inviable, no estaría de más que se habilitara normativamente su ingreso la solución pública arriba descrita, incapacidad temporal, para evitar conflictos innecesarios en su posible inadmisión por los órganos competentes de la Seguridad Social.

La secuencia se resume, por tanto, a través del siguiente procedimiento. Si se conoce la afección de la salud que puede provocar el reingreso, se procurará la movilidad del trabajador. La imposibilidad de esta recolocación, cuando tiene carácter definitivo, dará lugar a la declaración de la incapacidad permanente total del trabajador. Si se presume la transitoriedad de esta situación, cabe plantear la solución excepcional descrita en el artículo 48 de la O.M. de

⁹⁰⁰ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-2), p. 592.

⁹⁰¹ Hay una propuesta política de reformar el Capítulo IV de la LGSS e incorporar en su artículo 134 como situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible dicho cambio no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

1962 o permitir que pase a formar parte de las situaciones protegidas del sistema de Seguridad Social.

7.2.3. ¿Hacia una aplicación analógica de las normas reguladoras de las enfermedades profesionales?

Realmente, el análisis previo clarifica la similitud de los supuestos contemplados en las normas de enfermedades profesionales y en el artículo 25 LPRL en el que, de otro lado, también están incluidas. En puridad, la única diferencia entre unos y otros, sean enfermedades profesionales o no, será el agente causal de la dolencia.

La similitud planteada —no se precisa la identidad, porque la similitud conlleva ciertas disimilitudes que hacen precisar la analogía, mientras que en la identidad no hay lugar para la aplicación analógica, sino la de aquella norma cuya extensión se pretende⁹⁰²— justifica la conveniencia de la utilización de la técnica analógica⁹⁰³. Ante la falta de previsión normativa de las consecuencias del supuesto legal protegido, el vacío puede llegar a salvarse mediante la posible extensión reglamentaria. Esta encuentra su soporte en el fundamento o razón de la norma y de los presupuestos expresamente configurados⁹⁰⁴, lo que en el supuesto descrito ha podido observarse.

a) La favorabilidad general de la solución propuesta

El régimen descrito, de otro lado, facilita las cosas tanto del lado empresarial como para el trabajador. Para el primero, porque tras constatarse la imposibilidad de llevar a cabo una adecuada reubicación⁹⁰⁵ podría liberarse del trabajador a través de una extinción

⁹⁰² En ese sentido. DIEZ PICAZO/GULLÓN, ob. cit., p. 200.

⁹⁰³ DIEZ PICAZO/GULLÓN, ob. cit., p. 201: La analogía «exige un cierto juicio de valor sobre la conveniencia de tal aplicación o, dicho de otro modo, un juicio de valor sobre el hecho de que la solución que el caso debe recibir o es justo que reciba, es la misma estatuida en la norma análoga».

⁹⁰⁴ Sobre los elementos de la aplicación analógica, *vid.* RUIZ VADILLO, *Derecho Civil*, Ed. Ochoa, 1991, p. 108.

⁹⁰⁵ Aunque se puede llegar a plantear si su obligación, que forma parte del conjunto normativo de normas preventivas del trabajo, está sometida a idénticos límites, técnicos y no económicos que el resto de obligaciones. De resolverse afirmativamente esta cuestión, es claro que podría presentarse una solución distinta, contemplada por otra parte para supuestos muy próximos en las normas comunitarias (concretamente para la maternidad en la Directiva Marco), como es la dispensa del trabajo, que en

exenta de cargas indemnizatorias, salvo la que supone la eventual operatividad del artículo 30 ET. Para el segundo, porque quedarían protegidos sus derechos a la salud, los profesionales y, llegado el caso, los económicos (a través de la activación de los beneficios típicos de la Seguridad Social).

b) La incidencia sobre la ineptitud

Por último, cabe plantear que las soluciones descritas modifican la operatividad de la causa extintiva de la ineptitud en estos supuesto (52 a) ET). El recurso a ésta, sin que la empresa haya cumplido sus obligaciones de traslado de puesto de trabajo, sería tanto como vaciar de contenido ese derecho del trabajador (25 LPRL y 133.2 LGSS para enfermedades profesionales), lo que provocaría la improcedencia de la extinción⁹⁰⁶ y la activación de los procedimientos descritos más arriba —sobre la ineptitud, *vid. infra* 10—.

B. LOS EFECTOS DE LA DISCAPACIDAD LABORAL NO CALIFICABLE SOBRE LA PRESTACIÓN DE TRABAJO

8. El necesario reingreso del trabajador: la reincorporación defectuosa

Como ya se ha advertido, la finalización del tratamiento médico y el alta médica resultante, pueden tener como consecuencia un reingreso normalizado y pacífico del trabajador a su puesto de trabajo. Pero, del mismo modo, este reingreso puede resultar conflictivo al concurrir alguna de las dos circunstancias siguientes: la primera ha sido ya analizada y responde a los problemas médicos que sobre el trabajador pueden tener los agentes que afectan al puesto de trabajo; la segunda hace referencia a las secuelas que la alteración de la salud provoca en la capacidad de trabajo del trabajador.

En efecto, aquí el puesto de trabajo no es la causa o impedimento para el normal desarrollo de las obligaciones contractuales, sino que el problema aquí se encuentra en el propio trabajador: lejos de

la legislación española tiene acogida en el artículo 30 ET, solución esta cuya aplicación no está exenta de grandes dificultades, tanto teóricas, como materiales.

⁹⁰⁶ Sentencia del Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid de 20 de mayo de 1994 (A.L. 35 (1994), pp. 2383 y 2384).

recuperar su estado productivo previo al padecimiento de la enfermedad, ésta ha dejado secuelas en su estado psicofísico que se manifiestan a modo de disminución permanente de su capacidad productiva. El tema radica en conocer si debe el empresario asumir dicha disminución productiva o si, por el contrario, podrá acudir a alguna de las fórmulas del ordenamiento jurídico-laboral para extinguir la relación de trabajo.

La disminución de la capacidad de trabajo debe ser soportada por el empresario en determinadas ocasiones. Unas veces por determinación legal, como ocurre en los supuestos de la incapacidad permanente parcial (*infra* 11 ss). Otras, por el cumplimiento de pactos (o por la propia voluntad empresarial) tal y como acontece en las situaciones en que se manifiesta en el trabajador una incapacidad permanente total (*infra* 20.3).

Sin embargo, la tutela de las limitaciones de grado «inferior» de la capacidad laboral no se manifiesta con la misma claridad. Desde esta perspectiva, debe tenerse en cuenta que la disminución en el rendimiento se encuentra por debajo de los umbrales necesarios para ser considerada como incapacidad permanente, aunque también que aunque no calificable, la discapacidad de hecho existe.

El tratamiento dispensado a estas situaciones es variado, situándose su problemática en varios aspectos. De un lado, conocer cómo se realiza la valoración del rendimiento debido, así como si las normas laborales disponen de una fórmula especial de cálculo para estas situaciones (9). De otro, saber cuáles son las posibles consecuencias extintivas cuando se constata la disminución productiva sobre lo originalmente pactado (10).

9. La disminución en el rendimiento

Una primera aproximación hacia el cálculo de la prestación de trabajo y el nivel de exigencia debida lleva, necesariamente, a lo establecido en los artículos 5.a) y 20.2 del E.T. Estos preceptos, que contienen una configuración vaga e imprecisa, vienen a señalar que el trabajador debe cumplir su obligación de forma diligente, poniendo el cuidado necesario y suficiente para cumplir la prestación, cuidado que depende y está en función directa con la actividad a realizar y la profesionalidad y conocimientos del trabajo que tenga⁹⁰⁷.

⁹⁰⁷ QUESADA SEGURA Y OTROS, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, C.E.R.A., Madrid 1994, p.550.

La diligencia no aparece configurada como un elemento de carácter único y exclusivamente cualitativo. La diligencia es un instrumento que, acompañado de la buena fe, debe producir un resultado, un *quantum*, que se manifiesta en el rendimiento debido⁹⁰⁸. Pero en la consecución de este elemento cuantitativo aparece también una cualidad del trabajador que depende directamente de sus propias capacidades, y no tanto de la actitud o esmero que éste ponga en el cumplimiento de su trabajo: la aptitud.

Sin embargo, diligencia y aptitud no tienen por qué aparecer necesariamente unidas, hasta el punto que un trabajador apto puede ser negligente, así como uno inepto puede ser diligente⁹⁰⁹. El resultado de una u otra circunstancia puede llegar a ser el mismo: la obtención de un rendimiento no esperado. Pero los elementos utilizados en la medición de cada una de estas posibilidades no pueden ser idénticos, como tampoco lo son sus efectos jurídicos. La diligencia se mueve en el plano de la voluntad, la aptitud en el de la involuntariedad.

El ordenamiento resuelve estas situaciones en planos diferentes, y sus consecuencias son diametralmente opuestas. El análisis de esta dinámica tiene su base en el examen del rendimiento (9.1), debiendo ponerse éste en relación con sus causas y valorar su trascendencia contractual (9.2).

9.1. La medición del rendimiento debido

La determinación del rendimiento alcanzado ofrece como resultado el grado de cumplimiento de la obligación⁹¹⁰. El artículo 20.2 del E.T. no establece ningún criterio de cálculo, sino que remite a las reglas que contengan las disposiciones legales, los convenios colectivos, las órdenes empresariales y los usos y costumbres⁹¹¹.

⁹⁰⁸ «El rendimiento en el trabajo es la modalización cuantitativa del objeto de la obligación del trabajador», SAGARDY BENGOCHEA, «La disminución del rendimiento como causa de despido», *R.D.F.M.* 33/1970, pp. 415 y ss.

⁹⁰⁹ MONTOVA MELGAR: «Dirección y control de la actividad laboral», *Comentarios a las Leyes Laborales*, tomo V, Edersa, 1985, p. 109.

⁹¹⁰ PALOMEQUE LÓPEZ/ÁLVAREZ DE LA ROSA, *ob. cit.*, p. 735.

⁹¹¹ La fuerza normativa de los convenios colectivos prima sobre el uso profesional, por lo que cabe entender que el concepto consuetudinario de rendimiento normal pierde *ipso iure* su vigencia ante una norma que especifique lo que por él deba entenderse, SAGARDY BENGOCHEA, «A propósito de una sentencia sobre disminución de rendimiento», *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia* 3/1971, p. 63.

Esta ausencia de concreción legal ha ido completándose a través de medios normativos e interpretadores diversos. De ellos puede extraerse una doble opción a la hora de calcular el rendimiento debido. La primera se apoya en referencias de carácter cuantitativo, es decir, a cuál es el rendimiento que debe tenerse en cuenta para evaluar si lo ofrecido por el trabajador se ajusta a lo debido al empresario. Desde esta perspectiva, puede hablarse de rendimiento habitual —que es aquel que viene obteniéndose ordinaria y continuamente— o de rendimiento obligado —que es el que viene establecido como rendimiento en la norma aplicable⁹¹²—.

La segunda se refiere a parámetros de carácter cualitativo, es decir, al modo en el que se efectúa la medición. En este sentido, el rendimiento puede valorarse utilizando valores únicamente objetivos. Pero también es posible incorporar elementos de tinte subjetivo. Como se verá, este aspecto cualitativo de la evaluación del rendimiento es el que adquiere relevancia como medio de tutela de las personas con discapacidad.

Sobre el particular hay que comenzar diciendo que la remisión realizada por el ET ha sido valorada, en general, como la asunción por éste del criterio objetivo de medición⁹¹³. La asimilación estatutaria de estas reglas objetivas supuso un cambio de criterio con respecto a las fórmulas anteriores.

En efecto, el ET se separa tanto del artículo 1104 del C.C. —que remite la diligencia exigible a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar— como del hoy derogado artículo 60 de la L.C.T. —que sometía la diligencia a las facultades y peculiaridades del trabajador—⁹¹⁴. Este criterio, de carácter claramente subjetivo, considera que el trabajador ha de proporcionar todo el rendimiento que pueda conseguir con el esmero de su particular aptitud y destreza⁹¹⁵.

No obstante la separación descrita, no puede decirse que estos antecedentes subjetivos no se mantengan, aunque sea sólo con ca-

⁹¹² SALA FRANCO y OTROS, ob. cit. (1996-1), p. 388. Las fórmulas de cómputo son diversas, pudiendo realizarse atendiendo a los niveles de rendimiento pasado del propio trabajador, o a los niveles medios de rendimiento del resto de los trabajadores de la empresa que se encuentra en idénticas circunstancias, al respecto, entre otros, GÁRATE CASTRO, «La disminución continuada y voluntaria del rendimiento de trabajo normal o pactado», ACARL 1989; sobre cantidad y calidad del trabajo en el contrato individual de trabajo, BLASCO PELLICER, A., ob. cit., pp. 246 ss.

⁹¹³ MARTÍN VALVERDE y OTROS, *Derecho del Trabajo* 14ª ed., p. 561; MONTOYA MELGAR, ob. cit., (1982) p. 110; ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, ob. cit., p. 273.

⁹¹⁴ MONTOYA MELGAR, ob. cit. (1995), p. 318.

⁹¹⁵ GÁRATE CASTRO, *El rendimiento en la prestación de trabajo*, Civitas, 1984, p. 251.

rácter residual, en la propia norma estatutaria. En efecto, el artículo 20.3 del E.T. exige al empresario a tener en cuenta «la capacidad real de los trabajadores disminuidos». Esta obligación, que formalmente se sitúa en el plano de las facultades de control empresarial, traslada sus efectos materiales al campo de la determinación de la prestación debida.

La verificación por el empresario del cumplimiento por el trabajador no puede seguir, de este modo, el mismo criterio para el «trabajador disminuido» que para el resto de los trabajadores⁹¹⁶. De esta manera, la fórmula de cómputo no puede seguir aquí criterios objetivos, sino subjetivos⁹¹⁷, como consecuencia de la medida protectora incorporada al citado artículo 20.3.

Esta fórmula tuitiva también ha encontrado, ocasionalmente, apoyo convencional. En efecto, algunos convenios colectivos participan en el refuerzo de esta tutela, ya sea exigiendo la adecuación del trabajo a la capacidad residual del trabajador⁹¹⁸ —sobre el alcance subjetivo de estas cláusulas *vid. infra* 20.3.2—, ya incorporando elementos subjetivos de control empresarial⁹¹⁹.

⁹¹⁶ Los pronunciamientos judiciales, como se verá, no han seguido esta práctica interpretativa. De hecho, resulta prácticamente milagroso encontrar alguna Sentencia que emita una argumentación similar. En todo caso, no es imposible, aunque haya de remontarse bastante en el tiempo, como ocurre con la STS de 22 de octubre de 1966 (Ar. 4148).

⁹¹⁷ En este sentido, MONTVOYA MELGAR, *ob. cit.* (1995), p. 318.

⁹¹⁸ C.C. de Radio Zaragoza, S.A. (BOE de 16 de enero de 1996), artículo 12: «El personal que, por deficiencia física o psíquica, a juicio del servicio médico de la S.S., no se halle en situación de alcanzar el rendimiento normal correspondiente a su categoría, podrá ser destinado a puestos de trabajo adecuados a su capacidad disminuida mientras esta persista, conservando el derecho a los devengos que para la categoría de procedencia reconoce este Convenio.»; C.C. de Uniprex, S.A. (BOE de 26 de enero de 1996), artículo 18: «El trabajador a quien sobrevenga una deficiencia física, psíquica o sensorial, a juicio del Servicio Médico de la S.S., a consecuencia de la cual no se halle en situación de alcanzar el rendimiento normal correspondiente a su categoría, podrá ser destinado a puestos de trabajo adecuados a su capacidad disminuida, mientras éste persista.»; C.C. de Andia Lácteos, S.L. (BOE de 12 de abril de 1996), artículo 10: «A fin de mantener en el trabajo sin llegar al despido a aquel personal que por deficiencia de sus condiciones físicas o psíquicas, ya sean adquiridas o no en la empresa, o por otras circunstancias no se halle en situación de dar rendimiento normal a su categoría, la empresa deberá destinarle a trabajos adecuados a sus condiciones.»

⁹¹⁹ Estos elementos de control se incorporan utilizando fórmulas impositivas poco contundentes, aunque cabe diferenciar distintos grados. Así, el C.C. de Asesoramiento, Seguridad y Protección, S.A. (BOE de 7 de marzo de 1996), artículo 11: «Las partes firmantes de este Convenio colectivo manifiestan su voluntad de que cada puesto de trabajo sea ocupado por el trabajador más idóneo en razón de sus cualidades técnicas, profesionales y

9.2. *El rendimiento obtenido y sus causas: consecuencias jurídicas*

La inversión descrita se traduce planteando que el trabajador con capacidad disminuida no debe el mismo rendimiento. De esta manera, cuando la «disminución» en la capacidad del individuo reduce su rendimiento de trabajo, las consecuencias no pueden ser las mismas sobre su relación laboral que para el resto de los trabajadores. Indudablemente, se está aquí hablando de la aptitud, y por tanto del plano de la involuntariedad. El caso contrario no encuentra, lógicamente, la misma solución. En este último supuesto, las consecuencias serían sustancialmente diferentes.

La discapacidad cede ante la falta de diligencia, de manera tal que puede afirmarse que la empresa ve defraudadas sus esperanzas si voluntariamente el trabajador no alcanza lo que puede (54.2 e) del E.T.)⁹²⁰. El elemento comparativo suele ser, en este caso, el del rendimiento normal de trabajo, que algún convenio colectivo⁹²¹ define como «*aquel que corresponde a un trabajador o equipo de trabajo con perfecto conocimiento de su labor y diligencia en el desempeño del mismo*».

Si la discapacidad fue causada mediante una actitud voluntaria, se traslada al plano de la ruptura de la buena fe⁹²², por vulneración de los artículos 5.a) y 20.2 del E.T., lo que puede ser objeto de sanción disciplinaria (54.2 f) del E.T.).

Ahora bien: cuando se está ante el primer supuesto, es decir, ante una disminución involuntaria en el rendimiento causada por una imposibilidad psico-física, se obtiene la protección del artículo 20.3 del E.T. Si se trasladan sus efectos al plano de las consecuencias, el resultado no es otro que salvar su consideración como incumplimiento contractual.

No puede entenderse de otro modo, sino, el mantenimiento de esta previsión estatutaria, por otra parte presente en los antecedentes históricos de las normas laborales. El cambio de criterio en la

humanas, a cuyo fin deberán establecerse los adecuados cauces de promoción y selección.»; o, en idéntico sentido, pero utilizando una técnica más coactiva «... las partes firmantes se comprometen ...», el C.C. de Vigilancia Integrada, S.A. (BOE de 22 de febrero de 1996), artículo 11.

⁹²⁰ RAMÍREZ MARTÍNEZ, «Extinción por causas objetivas», *Comentarios a las Leyes Laborales* Tomo IX-Vol. 1º, Edersa, 1983, p. 235.

⁹²¹ C.C. de la Empresa Nacional Eléctrica de Córdoba, S.A. (BOE de 1 de marzo de 1996), artículo 11.

⁹²² RAMÍREZ MARTÍNEZ, ob. cit. (1983), p. 236: «La ineptitud causada dolosamente (el autolesionismo) o incluso con culpa grave puede integrar una transgresión de la buena fe contractual, ser una deslealtad hacia la empresa.»

medición —del subjetivo al objetivo— fue resguardado por el Legislador para el trabajador disminuido, y quedaría vacío de contenido si no se considerase en estos términos.

Pero es que, además, no puede valorarse esta norma sino de manera conjunta con el resto de las que protegen a los trabajadores —y personas— con discapacidad, así como de su finalidad, que por otra parte viene avalada desde la propia hermenéutica constitucional. En este sentido, parece lógico pensar que el ánimo del artículo 20.3 ET es claramente tuitivo, salvo que quiera entenderse que no es más que una mera declaración de intenciones.

Es cierto que podría plantearse, terminológicamente, que la protección otorgada se realiza para grados superiores de minusvalía o invalidez. Pero no debe olvidarse que son éstos grados, precisamente, aquellos que en el ET no sólo no son objeto de protección, sino que habilitan la expulsión de la relación laboral. La única que se ve protegida es la incapacidad permanente parcial, aunque no por acción del ET, sino por el juego de normas diferentes, como son la LISMI y la LGSS. El ET se limitó a utilizar la terminología constitucional, y habló por tanto de trabajadores disminuidos, lo que por sí mismo no rechaza ningún grado o intensidad de discapacidad.

Otra cosa será que las normas legales hayan querido atribuir a cada nivel invalidante una protección diferente. En realidad, las alteraciones de grado inferior —que en este momento se tratan— obtienen en el plano de la Seguridad Social mínimas (o nulas) prestaciones específicas. Quizás ello responda a la consideración de que su capacidad de trabajo es suficiente como para que su capacidad de ganancia no se vea afectada. Pero quizás también porque se es consciente de que esta fórmula no puede activar figuras laborales de carácter expulsivo. De hecho, parece difícil justificar que reducciones menores de la capacidad laboral queden desprotegidas contractualmente, mientras que discapacidades superiores obtengan una tutela superior. Y no sólo a nivel contractual, sino igualmente en el acceso a prestaciones de carácter económico, por cuanto lo normal será pensar que aquellas no accedan, siquiera, al nivel no contributivo de protección económica —*supra* C2—.

Y no son extrañas estas afirmaciones, además, a la protección que el Ordenamiento guarda a la esfera empresarial. El empresario colabora, por imperativo legal, en la ejecución de las medidas de protección pública, no sólo al respecto de los riesgos por él originados —A.T. y E.P.—, sino también en los instrumentos preventivos y recuperadores de situaciones en cuya generación podría no haber participado —LPRL—.

Desde esta perspectiva, no parece exagerado pensar que las normas le atribuyan cierta colaboración en la defensa del empleo de las personas que padecen ligeras limitaciones en su capacidad. Así, obligado a asumir discapacidades superiores en grado, parece coherente que asuma también aquellas que podrían provocar distorsiones en la empresa mucho menores, que son las que el artículo 20.3 del E.T. tutela.

Un argumento contrario podría plantear que la fórmula tradicionalmente elegida —que se verá inmediatamente—, la extinción por ineptitud, otorga cierta protección al trabajador (indemnización, posible prestación por desempleo). Pero la tendencia de las normas garantes de la persona con discapacidad es (salvo niveles muy elevados) conservar y fomentar el empleo. La solución rupturista es, desde esta perspectiva, un parche que esconde una confusión: la ignorancia tradicional del precepto aludido.

10. La ineptitud como solución tradicional de la disminución del rendimiento por imposibilidad psico-física

El artículo 52 a) del E.T. configura la ineptitud del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo⁹²³. No existe, sin embargo, un concepto legal de ineptitud, y resulta costoso reconducirla a una definición concreta⁹²⁴. Lo habitual es realizar su análisis desde un punto de vista negativo, entendiéndose como la ausencia, carencia, falta de adecuación de algo o alguien a un fin concreto⁹²⁵. Laboralmente, ineptitud ha venido entendiéndose como «*inhabilidad, falta de aptitud, preparación, suficiencia o idoneidad para desarrollar de manera útil y provechosa la prestación de trabajo*»⁹²⁶.

Esta es, y ha sido tradicionalmente, la fórmula elegida para resolver, desde el plano empresarial, la reincorporación defectuosa al trabajo de la persona con discapacidad. De nada han servido las

⁹²³ FITA ORTEGA, *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997, con amplias referencias judiciales.

⁹²⁴ QUESADA SEGURA, «Tendencias recientes de la jurisprudencia sobre ineptitud del trabajador como causa de despido», *T.L.* 16/1989, p. 46.

⁹²⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, «La ineptitud como causa de despido y su relación con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral», *R.P.S.* 127/1980, p. 203; en ese sentido se pronunciaban ya los autores en su regulación preestatutaria, CARRO IGELMO, *El despido justo*, Bosch, 1957, p. 187.

⁹²⁶ STS de 2 de mayo de 1990 (Ar. 3937).

posibilidades tutelares derivadas de las fórmulas subjetivas de cálculo del rendimiento existente antes y después del ET.

Desde este punto de vista, el carácter común de la ineptitud, configurada en el artículo 52 a) del E.T. y entendida en un sentido restrictivo⁹²⁷ o residual⁹²⁸, puede situarse en la carencia de las condiciones adecuadas para desempeñar un trabajo⁹²⁹. O, mejor aún, para cumplir adecuadamente con la obligación de trabajo dimanante del contrato del mismo nombre⁹³⁰.

Este punto es el que conecta con la problemática aquí tratada, al entenderse la ineptitud, en definitiva, como la imposibilidad física, psíquica o legal de prestar trabajo para el cual no se carece en cambio de aquella⁹³¹. El margen apreciativo, no obstante, encuentra una considerable amplitud, refiriéndose tanto a supuestos de absoluta carencia como a otros de insuficiencia en el cumplimiento⁹³². Ahora bien: la ineptitud se remite a una cualificación subjetiva del trabajador que debe ser comprobada, permanente y reiterada⁹³³. La prueba de la aptitud limitada se sitúa, por tanto, en el plano del rendimiento.

10.1. *Los elementos esenciales de la ineptitud*

La ineptitud, para ser considerada como tal, debe manifestar una disminución del rendimiento por debajo de lo exigible. Si no alcanza al rendimiento normal, pero llega al mínimo exigible no puede extinguirse el contrato por ineptitud⁹³⁴.

Igualmente, la disminución del rendimiento sólo puede darse con respecto al trabajo para el que fue contratado⁹³⁵, puesto que lo contrario contraviene el artículo 1256 del Código Civil⁹³⁶. La disminución del rendimiento debe calcularse sobre todas las funciones

⁹²⁷ PALOMEQUE LÓPEZ/ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit., p. 976.

⁹²⁸ QUESADA SEGURA, ob. cit. (1989), p. 48.

⁹²⁹ SAGARDOY BENGOCHEA, *El despido laboral y los expedientes de crisis*, Bilbao 1969, p. 87.

⁹³⁰ SAGARDOY BENGOCHEA, «Ineptitud, despido y desempleo», R.P.S. 87/1971, p. 10.

⁹³¹ RAMÍREZ MARTÍNEZ, ob. cit. (1983), p. 225.

⁹³² ORTIZ LALLANA, ob. cit. (1985), p. 270.

⁹³³ GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1980), p. 208.

⁹³⁴ RAMÍREZ MARTÍNEZ, ob. cit. (1983), p. 235.

⁹³⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, ob. cit. (1980), p. 205.

⁹³⁶ ALBIOL MONTESINOS y otros, *Nueva regulación de las relaciones de trabajo*, Valencia 1977, p. 67.

pactadas, no sobre algunas de ellas⁹³⁷, referidas a cada momento de la evolución del mismo⁹³⁸, y siempre que, si existió modificación, haya transcurrido tiempo suficiente como para que un determinado rendimiento sea exigible⁹³⁹. No obstante, la movilidad funcional enerva la ineptitud como causa extintiva «en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales» (39.3 in fine del E.T.)⁹⁴⁰.

Además, el trabajo defectuoso debe ser consecuencia de causas inimputables e involuntarias al trabajador. La ineptitud, para que pueda operar como tal, debe verse despojada de cualquier carácter culposo o doloso de la actitud del trabajador⁹⁴¹. Lo que la caracteriza es la ausencia de voluntariedad del trabajador en su origen y en sus consecuencias⁹⁴², considerándose la ausencia de voluntariedad como el factor común y definitorio de esta modalidad extintiva⁹⁴³. Así, ha sido definida como una impotencia subjetiva no culpable⁹⁴⁴, permanente o, al menos, presumiblemente definitiva, por cuanto que la ineptitud meramente circunstancial no será alegable a estos efectos⁹⁴⁵.

La ineptitud debe ser sobrevenida o conocida con posterioridad al momento de colocación efectiva en la empresa. Si el empresario contrata a sabiendas de la ineptitud del trabajador resulta abusivo rescindir más tarde el contrato por esa misma causa⁹⁴⁶. El problema aquí lo constituye el período de prueba⁹⁴⁷, debido a su considera-

⁹³⁷ GONÍ SEIN, «La ineptitud del trabajador como causa de despido», *R.E.D.T.* 11/1992, p. 415. STSJ Cataluña de 16 de noviembre de 1998 (Ar. 4225).

⁹³⁸ TARABINI-CASTELLANI CASTRILLO, «Reglamentaciones de trabajo, despido y regulación de empleo en el RDL 17/1977 de Relaciones de Trabajo», *C.D.T.* 4/1978, p. 380.

⁹³⁹ ORTIZ LALLANA, ob. cit. (1985), pp. 269 y 270.

⁹⁴⁰ Sobre la aplicación de la ineptitud y el juego del artículo 39 ET, *vid.* VALVERDE ASENSIO, «La limitación del despido por ineptitud sobrevenida o falta de adaptación en los supuestos de movilidad funcional», *A.S.* V/1997, pp. 333 ss.

⁹⁴¹ ORTIZ LALLANA, ob. cit. (1985), p. 275. Sobre diligencia e ineptitud, *vid.* BARREIRO GONZÁLEZ, *Diligencia y negligencia en el cumplimiento*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1981, pp. 176 ss.

⁹⁴² ORTIZ LALLANA, ob. cit. (1985), p. 275.

⁹⁴³ QUESADA SEGURA, ob. cit. (1989), p. 49.

⁹⁴⁴ ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, ob. cit., p. 429.

⁹⁴⁵ Por todos, SALA FRANCO y otros, ob. cit. (1996-1), p. 694.

⁹⁴⁶ GONÍ SEIN, ob. cit., p. 440. Opiniones anteriores venían pronunciándose en este sentido, por todos ALONSO OLEA, *El despido*, INSTITUTO DE ESTUDIOS POLÍTICOS, Madrid 1958, pp. 133 que hace una salvedad: que haya existido simulación del trabajador con respecto a sus aptitudes.

⁹⁴⁷ CARRO IGELMO, ob. cit., p. 202, realiza una amplia estimación del período de prueba en sentido amplio, incluyendo las pruebas de ingreso, si bien considerando que estas no establecen más que una presunción de aptitud, destrúible mediante

ción como instrumento de verificación de la aptitud profesional mediante la experimentación de la relación de trabajo⁹⁴⁸. No obstante, la opinión generalizada que el transcurso del tiempo de prueba sin rescindir el contrato convalida la ineptitud inicial. Idea que responde al siguiente argumento: el empresario es el único responsable de su falta de diligencia *in contrahendo* si no realiza las experiencias que constituyen la prueba del despido⁹⁴⁹, no pudiendo presumirse que la ineptitud era originaria si no se demuestra⁹⁵⁰.

10.2. *Su aplicación a la disminución en el rendimiento de la persona discapacitada*

La conjunción de todos esos elementos es la que da lugar a la ineptitud. Este punto de vista es, por tanto, el utilizado para incluir las limitaciones «inferiores» de la capacidad laboral en esta causa extintiva.

En este sentido, la descripción de las características detalladas permite apreciar que, en efecto, la disminución de la aptitud laboral derivada de la alteración psico-física padecida cabe perfectamente en el concepto de ineptitud utilizado. Y, de este modo, en su consecuencia, que no es otra que la extinción contractual por disminución involuntaria en el rendimiento. Así, las anteriores premisas han sido admitidas judicialmente como válidas de una forma pacífica.

Sin embargo, en esta discusión no debería olvidarse la temática arriba analizada de la exenta aplicación del artículo 20.3 del E.T. Cier to es que la constatada disminución de la capacidad y, por tanto, del rendimiento de trabajo es incuestionable. Pero ocurre, en primer lugar, que la aplicación de criterios subjetivos de cálculo debe tener una

prueba en contrario, ya que pueden aparecer en su día causas de ineptitud inadvertidas, ya sea por su ocultación, ya por su carácter limitado.

⁹⁴⁸ MARTÍN VALVERDE, *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Montecorvo, 1976, p. 149.

⁹⁴⁹ CARRO IGELMO, ob. cit., p. 203; BARREIRO GONZÁLEZ, ob. cit., p. 199; GORI SEIN, ob. cit., p. 441; BALLESTER PASTOR, *El período de prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996. ALONSO OLEA, ob. cit. (1958), llegó a plantear que el transcurso del tiempo permitía incluso subsanar los errores de simulación previa del trabajador, al no haber constatado el empresario su adecuación o inadecuación al empleo para el que fue contratado por no efectuar, o efectuar mal las pruebas correspondientes. STSJ Comunidad Valenciana de 9 de julio de 1992 (Ar. 3946).

⁹⁵⁰ SÁNCHEZ TRIGUEROS, «La ineptitud psicofísica como causa extintiva del contrato de trabajo. Comentario a la STSJ Castilla y León de 7 de enero de 1998 (Ar. 33)», A.S. I/1998, p. 2483.

inmediata consecuencia: el rendimiento obtenido, aun cuando esté por debajo de lo esperado, no puede ser considerado un incumplimiento contractual. De este modo, la disminución no habilita al empresario para efectuar la extinción del contrato alegando ineptitud. Y, en segundo lugar, que dicha disminución está contemplada en las normas de protección laboral de las personas con discapacidad, situándose dentro del terreno de colaboración exigida al empresario, en el que constituye el escalón protector más bajo o «inferior».

Quizás, en todo este proceso, pueda traerse a colación la teoría de la fungibilidad de la prestación⁹⁵¹, en la que, tras poner de relieve que la obligación de trabajo es una obligación genérica, manifiesta como peculiaridad más importante que la especificación de los comportamientos debidos corresponde al acreedor y no al deudor, como es la regla general en las obligaciones civiles. Sin embargo, la fungibilidad de la prestación no debe limitarse al tradicional concepto de comportamiento que puede ser rendido por diversas personas, sino que también hay que hacerlo extensible a posibilidades de sustitución de los diversos comportamientos comprendidos en la obligación de trabajo de contenido genérico. Posiblemente, de ella pueda plantearse que el empresario, si no asume la prestación del trabajador incapacitado, deba proceder a su ocupación en un puesto adecuado⁹⁵², lo que de otro lado constituye una fórmula ya aconsejada por las normas internacionales⁹⁵³.

Esta apreciación, no obstante, no es ajena a lo ya dicho sobre razonabilidad del cumplimiento empresarial. Aun cuando los argumentos anteriores puedan pecar de maximalismo, ello no tiene por qué suponer que su aplicación no admita valores relativos. Ciertamente, puede consentirse que de la alegación de la ineptitud no se derive, automáticamente, un supuesto de despido discriminatorio apoyado en la minusvalía del trabajador⁹⁵⁴. Pero esto no puede significar que no se haga una análisis en el que se parta de la presunción, al menos, de que esta pueda existir. Ello supondría la obligación de justificar el consentimiento de la excepcionalidad de la

⁹⁵¹ Barasi, *Diritto del Lavoro*, Milán 1949, p. 150.

⁹⁵² BRIONES GONZÁLEZ, La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, M.T.S.S. 1995, p.113.

⁹⁵³ Artículo 30.d) de la Recomendación nº 99 sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, que establece entre las medidas para aumentar las posibilidades de empleo de los inválidos aquellas que estimulen a los empleadores a trasladar a los trabajadores cuya capacidad de trabajo haya cambiado por haber disminuido su capacidad física a empleos adecuados dentro de sus empresas.

⁹⁵⁴ STSJ Comunidad Valenciana de 11 de junio de 1996 (Ar. 2409).

conducta desfavorable, a la vista de las circunstancias concurrentes: tener en cuenta las verdaderas posibilidades de la empresa y del trabajador. Esta idea ya fue advertida en el análisis general que se efectuó en el Capítulo 1 y en el estudio específico de algunas instituciones como la reserva de empleo, por lo que no parece necesario retornar sobre ella, aunque su recuerdo pueda ser útil en estos momentos.

II. LAS ALTERACIONES DE LA SALUD DE GRADO MEDIO

11. La incapacidad permanente parcial

La declaración de una incapacidad permanente constata una serie de restricciones o limitaciones en la capacidad productiva del trabajador de mayor intensidad a las hasta ahora analizadas. Sus consecuencias contractuales son diversas, y dependerán directamente de la intensidad del grado de incapacidad que se contemple. En este sentido, a las de grado superior (ipt, ipa, gi) se vinculan efectos suspensivos (48.2 ET) o extintivos (49.1 e) E.T.).

No ocurre lo mismo con las de grado medio: la incapacidad permanente parcial ha sido ignorada por los preceptos anteriores. Ello, no obstante, no parece que cause problemas a la hora de valorar sus consecuencias contractuales. De este modo, la incapacidad permanente parcial actúa como causa concluyente de la suspensión del contrato por incapacidad temporal (45.1c) E.T.) lo que lleva aparejada la reincorporación al puesto de trabajo reservado (48.1 del E.T.).

Igualmente, su exclusión como causa extintiva del contrato de trabajo impide que sea utilizada con este fin. De lo anterior se infiere lo siguiente: este grado de incapacidad tiene, desde la perspectiva contractual, el mismo tratamiento que la recuperación de la capacidad, es decir, el restablecimiento del contrato de trabajo⁹⁵⁵. La

⁹⁵⁵ Literalmente, GOERLICH PESEF, ob. cit. (1996-1), p. 59; en el mismo sentido, entre otros, ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, ob. cit., p. 501; SALA FRANCO y otros, ob. cit. (1996-1), p. 670; SALA FRANCO, «Extinción del contrato de trabajo por muerte, invalidez y jubilación del trabajador: criterios jurisprudenciales», T.S. 12/1991, p. 15; VIDA SORIA, «La incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo. (Nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo)», T.S. 61/1996, p. 16; APILLUELO MARTÍN, «A modo sistemático: el nuevo régimen jurídico de la incapacidad temporal y de la maternidad», *La Incapacidad Temporal*, (AA.VV.), Tecnos

situación de incapacidad permanente parcial se identifica con la producida por el alta médica para casos de inexistencia de incapacidad⁹⁵⁶, teniendo el trabajador derecho a exigir su inmediata incorporación en su anterior puesto, o en un puesto adecuado a su capacidad residual⁹⁵⁷.

Aunque esta solución presenta algunas dificultades, puesto que la calificación de la incapacidad permanente parcial supone la constatación de una disminución en la capacidad laboral del trabajador no inferior al 33% de su rendimiento normal para la profesión habitual (137.3 LGSS). Se deduce, por tanto, que siendo la reincorporación obligatoria, será el empresario quien deba soportar esa limitación. El ordenamiento jurídico-laboral, no obstante, ha articulado un régimen que contribuye a armonizar esta carga empresarial con la tutela de estos trabajadores, regulando el derecho y las condiciones de su reingreso (1 RD 1451/1983), en desarrollo de las previsiones legales de la LGSS (158.1) y de la LISMI (40), entre las que se encuentra la «*readmisión por las empresas de sus propios trabajadores*».

Las consecuencias negativas de la reincorporación vienen dulcificadas, por tanto, por la operatividad del régimen reglamentario reseñado, si bien su dinámica aplicativa presenta algunos conflictos, de naturaleza diferente según la incapacidad perjudique —B— o no —A— el rendimiento normal del trabajador en su puesto de trabajo habitual. O se produzca, por mejoría de su estado, la plena recuperación de la capacidad del trabajador —C—.

A. LA REINCORPORACIÓN A LA EMPRESA EN LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL CUANDO NO PERJUDICA AL RENDIMIENTO NORMAL DE TRABAJO.

12. El rendimiento productivo y la capacidad laboral como elementos de valoración

El rendimiento normal de trabajo debe medirse sobre el puesto de trabajo, es decir, sobre las funciones pactadas. Sin embargo, la incapacidad permanente parcial, por definición, debe ser evaluada

1996, p. 169; ORTIZ LALLANA, ob. cit. (1985), p. 28. La jurisprudencia se pronuncia de igual modo: SSTs de 7 de junio y 20 de octubre de 1988 (Ar. 5241 y 8125).

⁹⁵⁶ STS de 7 de junio de 1988 (Ar. 5241).

⁹⁵⁷ STSJ Andalucía (Sevilla) de 3 de octubre de 1989 (Ar. 126).

sobre la profesión habitual del trabajador. Como se observa, el ámbito de valoración de la incapacidad es superior de aquél que servirá para calcular el rendimiento de la prestación de trabajo. Conclusión: no siempre que se manifiesta una incapacidad permanente parcial la prestación que el trabajador debe al empresario tiene, necesariamente, que verse afectada.

El artículo 1.1 I del RD 1451/1983 determina que cuando «*la incapacidad permanente parcial no afecte al rendimiento normal del trabajador en el puesto de trabajo que ocupaba antes de incapacitarse deberá el empresario reincorporarlo al mismo puesto o, en caso de imposibilidad, mantenerle el nivel retributivo correspondiente al mismo*».

12.1. *Una crítica a la solución propuesta para el reingreso*

Lo cierto es que este precepto sólo establece rígidamente un derecho absoluto de reincorporación a la empresa, pero no una reserva estricta del puesto de trabajo⁹⁵⁸. La posibilidad concedida al empresario (de reubicar al trabajador en puesto de trabajo diferente al habitual) presenta un régimen más flexible que el existente para la conclusión de la situación suspensiva de la que se procede.

En efecto, en el momento de la calificación de la incapacidad permanente el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal, pero en este caso el alta médica produce efectos diferentes que cuando no va seguida de declaración de incapacidad permanente alguna. Sin embargo, el trabajador tenía reservado su puesto de trabajo durante la situación suspensiva anterior (it) no resultando del nuevo estado (ipp) ninguna anormalidad que afecte a su rendimiento normal. Se trata, a todos los efectos, de una situación idéntica a la de alta con declaración de plena capacidad para el trabajo⁹⁵⁹, de lo que cabe deducir que idénticas deberían ser sus consecuencias.

12.2. *Las posibilidades de proceder a una recolocación en puesto diferente al reservado*

Desde esta perspectiva, la autorización para movilizar al trabajador no puede estimarse afortunada, aunque hay que entender que esta opción está sujeta normativamente a aquellos supuestos en los

⁹⁵⁸ VIDA SORIA, ob. cit. (1996), p. 16.

⁹⁵⁹ SALA FRANCO, ob. cit. (1991), pp. 15 y 16.

que exista una efectiva imposibilidad en la recolocación. Pero, una vez más, el RD 1451/1983 omite cuáles son las causas que permiten la impracticabilidad del reingreso en condiciones normales, ante lo cual puede aventurarse que dos son las razones que permiten el ajuste del trabajador a puesto de trabajo diferente al que ocupaba cuando comenzó la situación suspensiva.

Una, la ocupación de ese puesto por otro trabajador durante la incapacidad temporal del declarado posteriormente incapaz permanente parcial. Sin embargo, aun cuando el empresario decidiera cubrir esa vacante temporal, debe advertirse que la existencia de una reserva de plaza impediría que lo hiciera con trabajadores fijos. En apoyo de esta opinión, se advierte que las normas laborales resuelven al empresario la problemática, puesto que el régimen actual de los contratos de interinidad facilitan la operación de sustituir al trabajador titular. De este modo, algún fallo judicial definió de manera rígida e inflexible la reserva de puesto⁹⁶⁰.

La segunda, que el puesto de trabajo hubiera sido amortizado. Sin embargo, esta amortización, aprovechando la situación suspensiva, debería haberse realizado a través de expediente de regulación de empleo o, al menos, a través del procedimiento de extinción por causas objetivas (amortización individual de un puesto de trabajo) con extinción del contrato en ambos casos⁹⁶¹. Este último supuesto ha sido puesto en duda judicialmente, resolviéndose que las situaciones de reingreso a la empresa regulados por el RD 1451/1983 impedirían amortizar el puesto de trabajo, protegiendo así la reserva de puesto o la preferencia al reingreso⁹⁶².

12.3. *El resultado del reingreso en puesto de trabajo distinto*

En todo caso, sea cual fuere la causa, la no reincorporación del trabajador incapacitado a su puesto de trabajo puede tener dos consecuencias.

La primera deriva tanto de la negativa empresarial a retornarlo a su puesto de origen, como de la absoluta imposibilidad material de

⁹⁶⁰ La STCT de 10 de enero de 1989 (Ar. 522) entiende que el reingreso debe producirse «en la categoría y funciones que desempeñaba el actor antes de acceder a la situación de baja por accidente, con independencia de que la empresa hubiera contratado durante ese período a otros trabajadores, ya que el puesto lo tenía reservado el trabajador accidentado».

⁹⁶¹ SALA FRANCO, ob. cit., p. 16.

⁹⁶² STSJ Baleares de 15 de julio de 1994 —A.L. 90 (1995), p. 172—.

que esto ocurra. El empresario, aquí, asumiría como riesgo propio esta situación, asumiendo las cargas salariales sin prestación de servicios derivadas del artículo 30 del E.T.⁹⁶³, lo que habilitaría al trabajador para ejercitar las acciones oportunas que se deriven de la falta de ocupación efectiva. La negativa a la reincorporación, por tanto, debería considerarse despido⁹⁶⁴, si bien debería valorarse qué tipo de efectos (improcedencia, nulidad) se atribuyen al mismo, lo que requerirá dirimir el carácter discriminatorio o no del resultado.

La segunda está ubicada sobre el supuesto de que la posibilidad y la voluntad de recolocar existan. Tampoco en esta situación el régimen recolocador está definido en la norma, planteándose los mismos problemas que pudieron observarse anteriormente con respecto a la aplicación del artículo 25 LPRL —*supra* 7—.

B. LA DISMINUCIÓN EN EL RENDIMIENTO DE LA PERSONA EN INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL

13. Las opciones normativas

Cuando la incapacidad permanente parcial afecta al rendimiento normal de trabajo, el artículo 1.1 II del RD 1451/1983 pone a disposición del empresario dos alternativas. La primera le obliga a ocupar al trabajador en un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual. La segunda permite la disminución del salario cuando este puesto no existe, manteniéndose al trabajador en su lugar habitual de trabajo.

14. La posible colisión de estas medidas con la extinción del contrato por ineptitud

14.1. El uso de la protección privilegiada

El primer problema consiste en determinar si esta garantía de permanencia en el empleo que establece el RD 1451/1983 obstaculiza el funcionamiento de la extinción por causas objetivas *ex ar-*

⁹⁶³ STS de 9 de abril de 1990 (Ar. 3437).

⁹⁶⁴ Incluso cuando la negativa es tácita, o cuando expresamente se acuerda aplazar *sine die* la toma de la decisión reincorporadora, STSJ Cantabria de 23 de agosto de 1996 (A.L. 48/1996, pp. 3723-3724).

título 52.a) del E.T.⁹⁶⁵. Se observó que la ineptitud se utiliza como fórmula extintiva en los supuestos en los que se manifiesta una disminución involuntaria y permanente del rendimiento, lo que engloba la disminución aquí tratada, planteándose su posible uso a estos efectos. No obstante, el RD 1451/1983 se encarga de tutelar estas situaciones, garantía que impide el juego de aquella posibilidad extintiva cuando la disminución del rendimiento se deba a la incapacidad permanente parcial padecida por el trabajador.

En la situación relatada, el problema no se sitúa en la reincorporación obligatoria del incapacitado permanente parcial que ve afectado su rendimiento de trabajo, lo que no parece discutirse. El problema se sitúa en instancias posteriores. En este sentido, es frecuente escuchar voces que entienden que si el empresario puede demostrar que el trabajador es inepto —para el puesto de trabajo de que se trate—, podría ejercitar la posibilidad de despedir por causas objetivas, según lo dispuesto en el artículo 52.a) del E.T.⁹⁶⁶. Sin embargo, esta posición no tiene por qué ser admitida, porque nada obsta a que el Legislador excluya el juego de esta causa de despido objetivo en relación con los incapaces permanentes parciales, en aras al incremento de las posibilidades de empleo de estos trabajadores con capacidad disminuida⁹⁶⁷. La consecuencia será que esta protección enerva la posible extinción por ineptitud en estos supuestos⁹⁶⁸, completando la tutela ya tratada del artículo 20.3 del E.T. para discapacidades de grado inferior.

En el fondo, lo que se pretende no es otra cosa que evitar la expulsión del trabajo de los trabajadores con minusvalías sobreve-

⁹⁶⁵ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-1), p. 60.

⁹⁶⁶ VIDA SORIA, ob. cit. (1996), p. 16, planteando dudas inicialmente a este ejercicio, concluye diciendo que «el hecho de que al inválido parcial no le hayan de faltar las capacidades fundamentales de su profesión, no significa que por Ministerio de la Ley el empresario tenga que aceptar que el trabajador en cuestión es apto para su concreto puesto de trabajo». En el mismo sentido, SEMPERE NAVARRO/LUJÁN ALCARAZ, «La extinción del contrato de trabajo por invalidez permanente del trabajador y su discutible indemnización», *R.L.* 7/1994, pp. 28 y 29; ORTIZ LALLANA, ob. cit. (1985), pp. 25 y 29 —planteada la posibilidad como mera hipótesis—; SALA FRANCO y otros, ob. cit. (1996-1), p. 670; PALOMEQUE LÓPEZ/ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit., p. 976; MARTÍN VALVERDE y otros, ob. cit., pp. 749 y 750; BRIONES GONZÁLEZ, ob. cit., p. 110 —si bien después parece desacreditar dicha posibilidad—.

La doctrina judicial había venido manteniendo esta misma posición, así, por todas, STCT de 23 de noviembre de 1984 (Ar. 8900) o STS de 14 de abril de 1988 (Ar. 2960) y, como posibilidad, STS de 9 de abril de 1990 (Ar. 3437).

⁹⁶⁷ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-1), p. 60.

⁹⁶⁸ En el mismo sentido, GONZALO DIEGUEZ, *Lecciones de Derecho del Trabajo* 3ª ed., Civitas, 1991, p. 282.

nidas, lo que tendría lugar si estas medidas no existieran o fueran inútiles⁹⁶⁹, intentando equilibrar el tradicional privilegio de las políticas de fomento sobre las de mantenimiento en el empleo⁹⁷⁰. La disminución en el rendimiento resultante de alguna incapacidad permanente parcial no puede utilizarse, por tanto, para extinguir el contrato de trabajo⁹⁷¹.

14.2. *El inconveniente del rango normativo*

En otro orden de cosas, sobre el RD 1451/1983 recaen nuevas sospechas, que inciden ahora sobre su rango reglamentario. La duda que se plantea, de un lado, es si cuenta con cobertura adecuada para establecer una obligación que pertenece a un plano reservado a la ley. De otro, si pueden admitirse sus consecuencias: vaciar de contenido un precepto legal como es el artículo 52.a) del E.T.⁹⁷²

Estas dudas obtienen una inmediata respuesta. El Real Decreto 1451/1983 cuenta con el respaldo legal necesario⁹⁷³. Como se advirtió, esta norma desarrolla las medidas de reinserción contempladas en el artículo 40 de la LISMI, medidas que, por otra parte, han estado tradicionalmente previstas en la LGSS en particular (158 de la actual) y en el ordenamiento jurídico español en general.

15. **Las modificaciones contractuales derivadas de la obligación reglamentaria**

Dos son las consecuencias que derivan de la acreditación empresarial de «la disminución en el rendimiento» del trabajador (1.1 II RD 1451/1983). En primer lugar, la ocupación del «trabajador en un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual». En segundo lugar, cuando esto no sea posible, se habilita al empresario a «reducir proporcionalmente el salario», en los términos que posteriormente se observará.

⁹⁶⁹ LÓPEZ GANDÍA, ob. cit. (1981), p. 190, entiende que «instituciones como el despido objetivo han propiciado la simultánea expulsión en la producción de trabajadores con minusvalía».

⁹⁷⁰ GOMI SEIN, ob. cit., p. 452 y 453.

⁹⁷¹ STSJ Murcia de 23 de abril de 1992 (Ar. 1818). ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, ob. cit. (1995), p. 501.

⁹⁷² SALA FRANCO, ob. cit. (1991), p. 16.

⁹⁷³ STS de 7 de junio de 1988 —A.L. 1001 (1988), p. 2348—. En el mismo sentido, GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-1), p. 60.

Inicialmente, para que esta facultad pueda activarse, se exige que el empresario acredite la disminución en el rendimiento⁹⁷⁴. Una vez demostrado, el empresario podrá movilizar al trabajador o disminuir el salario, según corresponda, sin que para ello requiera el consentimiento del trabajador⁹⁷⁵ o someterse a exigencia material o procedimental alguna⁹⁷⁶. Justificándose la ausencia de estos requisitos, porque no se está ante una decisión técnica, organizativa o productiva de la empresa, sino que viene impuesta por la declaración de incapacidad permanente parcial, por razones sociales.

La decisión patronal, en todo caso, es lógicamente cuestionable en vía judicial⁹⁷⁷, si bien esta opción se ha visto en alguna ocasión restringida por los Tribunales, impidiendo al trabajador acudir a la vía extintiva del artículo 50 del E.T.⁹⁷⁸.

La obligación exige, en primer lugar, reubicar al trabajador en un puesto de trabajo apropiado a su capacidad residual, sin definir, una vez más, el régimen jurídico de esta movilidad. Se ha planteado que el único límite que de ella parece desprenderse será que el resultado responda a la finalidad buscada: que las nuevas funciones a desarrollar correspondan a la capacidad del trabajador afectado, sin que pueda excluirse una posible movilidad geográfica⁹⁷⁹.

Si los límites son tan extensos, lo que no siempre se ha admitido⁹⁸⁰, habrá que dilucidar cuáles son los efectos novatorios que la medida provoca. Por lo que respecta al régimen retributivo, una primera lectura parece indicar que la modificación de carácter funcional no va acompañada de otras modificaciones en el estatuto jurídico del trabajador incapaz permanente parcial⁹⁸¹. No obstante, es bastante probable que las estipulaciones contractuales se modifiquen, recibiendo idéntica adecuación que la operada sobre el trabajo prestado, de manera tal que la percepción corresponda a las nuevas funciones⁹⁸² (en este sentido suelen pronunciarse las cláu-

⁹⁷⁴ STCT de 10 de octubre y 28 de noviembre de 1988 (Ar. 6156 y 7263).

⁹⁷⁵ STCT de 24 de mayo de 1984 (Ar. 4582).

⁹⁷⁶ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-1), p. 60.

⁹⁷⁷ En este sentido se pronuncia la STSJ de Murcia de 23 de abril de 1992 (Ar. 1818).

⁹⁷⁸ STSJ de Murcia de 23 de abril de 1992 (Ar. 1818).

⁹⁷⁹ SALA FRANCO y OTROS, ob. cit. (1996-1), pp. 599-601.

⁹⁸⁰ La STCT de 10 de octubre de 1988 (Ar. 6156) los fijó en la categoría profesional del trabajador.

⁹⁸¹ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-1), p. 61.

⁹⁸² SALA FRANCO/LÓPEZ TARRUELLA, ob. cit., p. 157.

sulas de los convenios colectivos, *vid. infra* 20.3.2)⁹⁸³. Aunque con algunos límites, habiendo llegado a plantearse que «el cambio de puesto de trabajo lleva aparejada la pérdida no imputable a la empresa de los complementos no consolidables»⁹⁸⁴, de lo que se deduce el mantenimiento de las retribuciones que no tengan esta consideración.

La inexistencia de un puesto adecuado a las capacidades residuales de trabajo conlleva el necesario reintegro del trabajador a su puesto habitual. La disminución del rendimiento normal acreditada facultará al empresario a «reducir proporcionalmente el salario, sin que en ningún caso la disminución pueda ser superior al 25 por 100 ni que los ingresos sean inferiores al salario mínimo interprofesional cuando se realice a jornada completa». Bien entendido que la pérdida salarial no es única, sino graduable en función de las limitaciones productivas del trabajador.

C. LA RECUPERACIÓN DE LA PERSONA EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL.

16. El reingreso al puesto de trabajo original

La declaración de incapacidad permanente parcial puede revisarse, como cualquier otra, ante la mejora del estado de salud trabajador. Cuando esto sucede, la nueva declaración de aptitud opera sobre el contrato de trabajo en sentido contrario al modo en que lo hizo la de incapacidad permanente, reconociéndose al incapaz permanente parcial su derecho a reincorporarse al puesto de trabajo habitual (1.2 RD 1451/1983).

16.1. Características de la reincorporación

Este retorno tiene algunas particularidades. La primera, de carácter temporal, permite esta posibilidad «siempre y cuando la recuperación se produzca antes de tres años a contar desde el momento del cambio». La segunda, de carácter funcional, establece que podrá ejercerse «el derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo originario si el que viniese ocupando fuese de categoría inferior». La omisión del

⁹⁸³ De igual modo ha sido constatado por ALIA RAMOS/MONTANE MERINERO, ob. cit., p. 138.

⁹⁸⁴ STSJ de Murcia de 23 de abril de 1992 (Ar. 1818).

supuesto contrario hace pensar que si el trabajador hubiese sido ocupado en un puesto de categoría superior mantendrá su situación.

16.2. *Sus condiciones: referencia al régimen retributivo*

Al respecto de las condiciones de reingreso, la cuestión más patente viene marcada por las diferencias salariales que pudiesen existir entre una y otra situación. Pueden aquí plantearse dos supuestos. Uno, cuando se ha procedido a movilizar al trabajador (1.2 RD 1451/1983). En este caso, pueden existir diferencias salariales entre el puesto de procedencia y el originalmente ocupado, aunque todo indica que el reingreso en el puesto de origen conlleva la inmediata recuperación del salario a él aparejado. Dos, que no se hubiese procedido a movilizar al trabajador a un puesto adecuado a su capacidad residual, sino que la inexistencia del mismo provoque la disminución salarial en los términos permitidos por el segundo inciso del apartado 1º de aquel precepto reglamentario. Parece evidente que en este caso, aun cuando no se contemple en la norma, las consecuencias retributivas no pueden ser otras que la recuperación del salario íntegro que corresponda a ese puesto de trabajo.

16.3. *El plazo de la recolocación*

Con todo, el problema más importante consiste en conocer de cuánto tiempo dispone el empresario para proceder a recolocar al trabajador afectado al puesto de trabajo originario.

Se ha planteado la posibilidad de entender que este derecho no opera de manera absoluta ni automática, sino que lo hace a modo de preferencia para ocupar dicho puesto. Esto viene a condicionarlo a que ese puesto u otro similar quede vacante, en el mismo sentido que la norma se expresa para aquellos supuestos de reincorporación regulados para invalideces de grado superior⁹⁸⁵ —*infra* 21 ss—. Indudablemente, esta postura facilita que la transición no provoque efectos extraños en el funcionamiento empresarial, al margen de que permite evitar problemas de movilidad colateral que afecten a otros trabajadores.

⁹⁸⁵ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-1), p. 61.

Ahora bien: el tenor literal del precepto parece indicar todo lo contrario, es decir, su carácter automático⁹⁸⁶. Así, se estima que el trabajador «*tiene derecho*», en contraposición con la fórmula utilizada en otros supuestos de reingreso —por ejemplo, aquellos en los que la incapacidad permanente provoca una extinción contractual—, donde expresamente se reconoce una «*preferencia absoluta*» condicionada a la existencia de la primera vacante. El supuesto aquí tratado no puede entenderse sino como una auténtica reserva de puesto que se pondrá en marcha si se cumple la condición a que está sometida: la plena recuperación del incapaz permanente parcial.

Lógicamente, este desenlace puede ofrecer mayores dificultades en términos empresariales, pero bien es cierto que garantiza una recolocación que de otro modo podría dilatarse indefinidamente. De hecho, no es una figura ajena a otros instrumentos de tutela de la incapacidad permanente existentes en el ordenamiento, como puede ser la suspensión con reserva del puesto de trabajo que el artículo 48.2 del E.T. establece —para aquellas incapacidades permanentes de grado superior que puedan ser revisadas por mejoría, *vid. infra* 22—. Ciertamente, el supuesto no es exactamente idéntico, por cuanto que en este caso existe una presunción que avala la previsible mejoría, lo que pone en marcha mecanismos de cobertura del puesto de trabajo temporales en tanto en cuanto se resuelve definitivamente la situación de incapacidad. Pero también es cierto que en el derecho del trabajador afectado por la incapacidad permanente parcial existe un límite temporal, tres años, lo que facilita la cobertura del puesto del movilizado en un plazo similar al que deriva de la figura suspensiva utilizada en comparación.

El procedimiento de reincorporación determinado por el artículo 1.2 del RD 1451/1983 parece reforzar la idea de la automaticidad. El trabajador recuperado deberá comunicar a la empresa y a los representantes del personal su mejoría. Pero, cumplido este trámite, el precepto es taxativo a la hora de establecer cuál es el plazo de reincorporación. En este sentido, establece que deberá producirse «*en el plazo de un mes contado a partir de la declaración de aptitud por el organismo correspondiente*». La fórmula temporal prevista es manifiestamente rígida, lo que parece impedir su posible flexibilización hasta la existencia de una vacante adecuada a la nueva situación.

⁹⁸⁶ En este sentido, parece, GARCÍA MURCIA, ob. cit. (1995), p. 46.

III. LAS ALTERACIONES DE LA SALUD DE GRADO SUPERIOR

17. La incapacidad permanente total, la absoluta y la gran invalidez

La incapacidad permanente afecta a la capacidad para ejecutar una determinada prestación de trabajo, que puede verse destruida por esa falta de idoneidad para trabajar. Como se ha visto, la incapacidad del trabajador puede restringir considerablemente (ipt) o imposibilitar (ipa) la actividad laboral. Cuando la incapacidad llega a estos límites, el ordenamiento jurídico-laboral ha interpretado que la magnitud de la disminución productiva es suficiente como para permitir la extinción del contrato de trabajo por esta causa (49.1 e) ET).

El diseño normativo de estos grados incapacitantes como imposibilidad de la prestación y su determinación como causa extintiva, no es ajeno a un intenso debate doctrinal y jurisprudencial. De un lado, debido a las vicisitudes anexas al régimen resolutorio —A—. De otro, a los problemas que surgen a raíz de la mejoría del trabajador que, también en este punto, tiene capacidad de reconstrucción de la relación contractual extinguida por la incapacidad permanente —B—.

A. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR INCAPACIDAD PERMANENTE DEL TRABAJADOR

18. La propuesta extintiva

El artículo 49.1 e) del E.T. permite la extinción del contrato de trabajo por «*gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador*». La declaración de la situación de incapacidad permanente en el trabajador pone en funcionamiento la fórmula extintiva, presentando diversas circunstancias que deben tenerse en cuenta. De este modo, es importante el momento en que se califica la incapacidad permanente sobre la posible extinción contractual (19), así como valorar cómo incide la voluntad empresarial sobre la causa resolutoria y los efectos que puedan derivarse sobre el contrato de trabajo (20).

19. La incapacidad permanente originaria o sobrevenida como causa de extinción

La imposibilidad de prestar el trabajo adquiere relevancia extintiva, en esta sede, con la calificación de la incapacidad permanente del trabajador. Ahora bien: el momento de la declaración de incapacidad no es inocuo en sus proyecciones sobre el contrato de trabajo, puesto que la incapacidad permanente que permite la extinción del contrato ha de sobrevenir al momento de contratar⁹⁸⁷, siendo la imposibilidad sobrevenida la determinante del incumplimiento que genera la extinción contractual⁹⁸⁸. Esta posición indica que la incapacidad permanente conocida y aceptada por el empresario al momento de contratar no juega como causa extintiva⁹⁸⁹. Desde este punto de vista, la existencia originaria de una incapacidad permanente no podría ser alegada como causa de extinción basada en el artículo 49.1 e) del E.T..

No obstante, ha llegado a afirmarse que la capacidad para trabajar es un requisito subjetivo, pero también se convierte en un presupuesto objetivo que condiciona la posibilidad de la prestación, por lo que una imposibilidad inicial engendra una ineficacia del negocio de constitución de la relación obligatoria. Como consecuencia, la falta *ab initio* de la capacidad del trabajador, convierte en inexistente el posible vínculo contractual⁹⁹⁰.

Pero esta idea prescinde de la obligación del empresario de realizar los medios de prueba necesarios para comprobar la aptitud de sus trabajadores, asegurándose de que el trabajador contratado cumple aquello que se estipuló, ya que lo contrario sería tanto como presumir una ineptitud genérica del trabajador para toda actividad. Por tanto, el empresario puede (y debe) llevar a cabo los medios de prueba necesarios para comprobar la correcta o adecuada aptitud de sus nuevos trabajadores, para lo que dispone de los instrumentos normativos necesarios. Lo contrario sería tanto como pedir al trabajador que confiese su disminución con carácter previo al inicio de una relación laboral, algo que puede, desde un punto de vista fáctico, limitar sustancialmente sus expectativas de trabajo, además de que puede convertirse en una vía encubier-

⁹⁸⁷ SALA FRANCO y otros, ob. cit. (1996-1), p. 672.

⁹⁸⁸ ORTIZ LALLANA, «Extinción del contrato de trabajo en los supuestos de incapacidad física o jurídica», *Comentarios a las Leyes Laborales*, Edersa, 1989, p.48.

⁹⁸⁹ STCT de 15 de noviembre de 1983 (Ar. 9655).

⁹⁹⁰ ORTIZ LALLANA, ob. cit. (1989), p. 49.

ta de discriminación y, al límite, en una fórmula de automarginación.

Al mismo resultado podría llegarse cuando la declaración de incapacidad permanente es posterior al inicio de la relación laboral, pero se debe a la acreditación de una situación previa que en nada afecta al trabajo actualmente realizado. Este supuesto, que fue analizado desde otro punto de vista —C2—, tampoco puede tener consecuencias contractuales, por cuanto que no se demuestra su incompatibilidad con el trabajo. La declaración formal de la incapacidad permanente no sirve aquí como causa resolutoria, por cuanto que las secuelas invalidantes en nada afectan al trabajo que viene desarrollándose con el nuevo empleador.

20. La declaración de incapacidad permanente y sus efectos contractuales

La resolución que declara la incapacidad permanente —en alguno de los grados descritos—, una vez firme, es la que puede provocar la extinción contractual: la declaración de incapacidad permanente se convierte así en presupuesto necesario para que pueda operar la extinción⁹⁹¹. Se requiere, por tanto, una constatación del estado invalidante del trabajador⁹⁹² que, no obstante, no produce en todos los casos efectos unívocos sobre el contrato de trabajo.

En efecto, en esta secuencia repercuten diversas circunstancias de las que se infieren efectos jurídicos diversos. Al respecto, interesa ahora destacar si la declaración invalidante tiene inmediata virtualidad, o si es imprescindible la concurrencia de la voluntad empresarial (20.1). Igualmente, es importante conocer qué ocurre con los efectos que de esta dinámica se derivan, ya sea en orden a la permanencia en la empresa por exclusiva voluntad del empresario (20.2), ya por el juego de pactos individuales o colectivos (20.3). En último extremo, deberán valorarse cuáles son las consecuencias cuando se consolida el mecanismo extintivo del contrato de trabajo (20.4).

⁹⁹¹ Por todas, STS de 11 de mayo de 1994 —A.L. 1191 (1994), p. 2191—. En el mismo sentido, MARTÍN VALVERDE y OTROS, ob. cit., p. 750; FERNÁNDEZ MARCOS, *Derecho Individual del Trabajo*, U.N.E.D. 1995, p. 301; QUESADA SEGURA y OTROS, ob. cit., p. 670 y SALA FRANCO y OTROS, ob. cit. (1996-1), p. 672

⁹⁹² PALOMEQUE LÓPEZ/ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit., p. 947.

20.1. *Automaticidad y voluntariedad extintivas*

Una vez declarada la incapacidad permanente deberá valorarse cómo opera la resolución contractual. La dificultad será resolver si la extinción se sitúa en el plano de las facultades empresariales o, por el contrario, la resolución firme (administrativa o judicial) declarativa de la incapacidad permanente tiene efectos por sí misma.

20.1.1. Una primera aproximación: la automaticidad extintiva

Una primera interpretación aboga por la automaticidad extintiva de la declaración invalidante⁹⁹³. La separación de la incapacidad permanente como causa extintiva del tradicional recurso a la ineptitud —a diferencia de las normas prestatutarias— la convierten en una causa resolutoria autónoma que no requiere de la participación empresarial. De este modo, dado que el artículo 49.1 e) del E.T. interviene sobre la imposibilidad sobrevenida del trabajador en su prestación laboral, por causas ajenas a su voluntad y a la del empresario, la extinción opera automáticamente sin necesidad de formalidad alguna⁹⁹⁴.

20.1.2. La necesaria participación empresarial

Sin embargo, esta opinión ha sido ampliamente contestada por la doctrina científica y judicial, crítica que se basa en las diferencias existentes entre los distintos grados de incapacidad permanente para decidir sobre la pretendida automaticidad. De este modo, la fórmula de funcionamiento va a depender de la capacidad residual de trabajo resultante de la alteración en la salud.

El supuesto más claro se sitúa en torno a la incapacidad permanente total, que permite al trabajador el desarrollo de una profesión diferente a aquella para la que fue inhabilitado⁹⁹⁵. Esta posibilidad implica la necesaria manifestación de la voluntad empresarial, con ánimo de resolver si opta por la extinción o por la continuidad en puesto diferente, en orden a que el trabajador conozca inequívoca-

⁹⁹³ FERNÁNDEZ MARCOS, ob. cit. (1995-1), p. 301.

⁹⁹⁴ Así lo afirman las SSTs de 5 de junio de 1985 (Ar. 3351), de 20 de octubre y 29 de noviembre de 1986 (Ar. 5852 y 5193) y de 20 de octubre de 1988 (Ar. 8125), entre otras.

⁹⁹⁵ STS de 18 de diciembre de 1989 (Ar. 9039).

mente su decisión. La consideración del artículo 49.1 e) del E.T. pasa así del plano de la automaticidad al plano de la habilitación legal, de modo tal que no se exige la extinción, sino que se faculta al empresario para ella⁹⁹⁶. Ello conlleva la posibilidad de la subsistencia del contrato de trabajo⁹⁹⁷, si bien restringiendo esta posibilidad al grado de incapacidad permanente ya citado⁹⁹⁸. Aunque esta restricción ha sido objeto de censura, al no incluir a la incapacidad permanente absoluta, debido a que en ella se manifiesta alguna capacidad residual de trabajo⁹⁹⁹.

La exclusión en esta idea de la gran invalidez requiere de un análisis separado. En efecto, la reforma operada por la LISMI en la LGSS ha alejado sus previsiones del régimen estatutario presente. Como pudo observarse (*supra* C2), la gran invalidez no está ya ligada, necesariamente, a la incapacidad permanente absoluta, sino a cualquier grado de incapacidad permanente. La asistencia de una persona para realizar determinadas funciones vitales no tiene por qué ir unida a una incondicionada inhabilitación para trabajar. La solución del artículo 49.1 e) del ET provoca que lo que no es más que una protección adicional, compensatoria de una limitación vital, termine por alejar del mercado laboral a quien todavía puede tener aptitud para el trabajo. Todo ello, salvo que las previsiones reglamentarias del nuevo artículo 137 LGSS vuelvan a modificar su régimen jurídico, en el sentido descrito de volverlo a unir a la incapacidad absoluta.

20.1.3. La participación empresarial restringida a la incapacidad permanente total

Esta polémica se ha ido decantando por la necesaria manifestación empresarial, pero sólo en los supuestos de incapacidad perma-

⁹⁹⁶ STS de 18 de diciembre de 1989 (Ar. 9039).

⁹⁹⁷ SEMPERE NAVARRO/LUJÁN ALCARAZ, ob. cit.: p. 31.

⁹⁹⁸ STS de 12 de julio de 1988 —L.L. 4/1988, p. 391—: «La incapacidad permanente total no opera con efectos extintivos automáticos, se hace necesario que el empresario decida tal extinción, pues nada le impide acoplarse al trabajador en puesto de trabajo de distinta categoría que fuera compatible con su invalidez.» La STSJ Cataluña de 7 de diciembre de 1993 —A.L. 796 (1994), p. 1444— resuelve, en el mismo sentido, un supuesto en el que la trabajadora es declarada incapaz permanente total tras la desaparición de su empresa. La desaparición del titular de la facultad extintiva y de la lógica posibilidad de reacople derivan en la extinción de la obligación de readmitir y de la indemnización sustitutoria, pero no la de los salarios de tramitación, declarando al FOGASA responsable de su abono.

⁹⁹⁹ ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, ob. cit., p. 501 y 502.

nente total, seguramente provocado porque de su propia configuración conceptual se derivan expectativas diferentes de la meramente extintiva. En efecto, la declaración de este grado incapacitante sólo supone la imposibilidad de que el trabajador continúe prestando sus servicios en su puesto de trabajo¹⁰⁰⁰, pero no excluye su compatibilidad con otro puesto en la empresa. Ello quiere decir, en definitiva, que el concurso de la voluntad empresarial es imprescindible para que se produzca la real extinción del contrato de trabajo *ex* artículo 49.1 e) ET¹⁰⁰¹.

Esta idea ha llevado a considerar a la incapacidad permanente sobrevenida como condición resolutoria implícita¹⁰⁰², que requiere la denuncia empresarial para que produzca su efecto extintivo. Este acto, por su parte, adoptará la forma de una negativa a la continuación en la percepción de la prestación de trabajo¹⁰⁰³. Al respecto existen dudas sobre si requiere manifestación expresa¹⁰⁰⁴ o puede deducirse del comportamiento de las partes, aunque seguramente esto último será lo normal¹⁰⁰⁵. Pero, en todo caso, parece que la notificación que comuniquen el final de la relación laboral carecerá de efectos constitutivos (extintivos), teniéndolos meramente declarativos¹⁰⁰⁶.

20.2. *La voluntad empresarial de reacomodar al trabajador. Consecuencias contractuales*

Con todo, la opción extintiva no tiene por qué consumarse. De este modo, es posible para el empresario reintegrar al trabajador en la empresa, no haciendo uso de la facultad extintiva del artículo 49.1 e) del E.T., posibilidad que se encuentra, en exclusiva, en la órbita del empresario¹⁰⁰⁷. Lógicamente, esta afirmación sólo es válida en determinadas ocasiones. Es verdad que la empresa no está obligada, en principio, a mantener el vínculo laboral ni a facilitar al

¹⁰⁰⁰ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-1), p. 63.

¹⁰⁰¹ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-1), p. 63.

¹⁰⁰² MONTOYA MELGAR, ob. cit. (1995), p. 446; ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, ob. cit., p. 500; QUESADA SEGURA y otros, ob. cit., p. 671.

¹⁰⁰³ ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, ob. cit., p. 502; en el mismo sentido QUESADA SEGURA, ob. cit., p. 671.

¹⁰⁰⁴ ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, ob. cit., p. 501 y MARTÍN VALVERDE y otros, ob. cit., p. 750 entienden que esta es necesaria en el caso de la incapacidad permanente total.

¹⁰⁰⁵ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-1), p. 63, con apoyo jurisprudencial.

¹⁰⁰⁶ MONTOYA MELGAR, ob. cit. (1995), p. 450.

¹⁰⁰⁷ STS de 18 de diciembre de 1989 (Ar. 9039).

trabajador un puesto de trabajo distinto. Pero debe tenerse en cuenta que la voluntariedad de esta decisión puede quebrar cuando existan normas específicas que impongan el reacople¹⁰⁰⁸, en cuyo caso éste se convierte en obligatorio.

Dejando este segundo supuesto para más adelante, conviene ahora conocer cuáles son las particularidades del reacople voluntario. En este sentido, parece lógico pensar que éste conllevará, normalmente, una extensa mutación de las estipulaciones contractuales. En efecto, dado que la imposibilidad de prestar el trabajo en las condiciones originales implica la búsqueda de un puesto de trabajo acorde a las nuevas capacidades del trabajador, lo normal será reajustar el contrato de trabajo a las condiciones del nuevo destino.

20.2.1. Los límites al arrepentimiento del acuerdo de recolocación

En principio, la modificación resultante no parece estar sujeta a límite alguno, salvo el de la aceptación del trabajador, que no podrá en caso afirmativo atacar *a posteriori* esta reconfiguración contractual por la vía del artículo 3.5 del E.T.¹⁰⁰⁹. Y, en sentido contrario, ofrecida la modificación por el empresario y efectuada la recolocación, no parece que éste pueda alegar posteriormente la causa extintiva del 49.1 e) del E.T.¹⁰¹⁰.

No obstante, se plantea la posibilidad de su reconsideración por la vía de la ineptitud (52 a) E.T.), siempre y cuando no hubiese existido un pacto de prueba¹⁰¹¹. Quizás aquí habría de retomar lo ya afirmado con respecto a la ineptitud y a la responsabilidad empresarial *in contrahendo*. De hecho, se ha llegado a plantear, al límite, que si la empresa optó por el reajuste de funciones no podrá contradecir sus propios actos, y en base a ello extinguir posteriormente tal relación¹⁰¹².

Y, posiblemente, esta opinión deba defenderse también en otra circunstancia: cuando, declarada la incapacidad permanente y decidido el reacople por la empresa, ésta pretende, posteriormente, alegar el artículo 49.1 e) del ET para desprenderse del trabajador. Es

¹⁰⁰⁸ STS de 18 de diciembre de 1989 —A.L. 333 (1990), p. 647—; en el mismo sentido GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-1), pp. 63 y 64.

¹⁰⁰⁹ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-1), p. 64.

¹⁰¹⁰ FERNÁNDEZ MARCOS, ob. cit. (1995-1), p. 302.

¹⁰¹¹ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-1), p. 64.

¹⁰¹² STS de 30 de septiembre de 1988 (Ar. 7155).

claro que tal posibilidad no puede aceptarse, negándose al empresario la pensión de extinguir el contrato aduciendo aquella incapacidad¹⁰¹³.

20.2.2. Los aspectos formales de la modificación contractual

Otro tema será conocer si la transformación descrita puede efectuarse a través de una novación contractual o si, por el contrario, precisa de la estipulación de un nuevo contrato sucesivo a la extinción del existente.

Esta última solución, la extintiva seguida de un nuevo contrato, parece ser la adecuada si se admite que el incumplimiento resultante de la incapacidad permanente provoca la ruptura del vínculo contractual, debiendo en consecuencia celebrar un nuevo contrato cuyo objeto es distinto¹⁰¹⁴. Esta alternativa se sustenta, del mismo modo, ante el planteamiento de que la asignación de nuevas funciones hará necesaria una revisión salarial, compatible con la pensión, que exigen formalizar el pacto por medio de una nueva relación contractual¹⁰¹⁵.

Cierto es que ésta será la posición adecuada si se entiende que la declaración de incapacidad permanente tiene, *per se*, efectos extintivos automáticos. Pero la necesaria concurrencia de la voluntad empresarial en esta causa extintiva lleva, sin embargo, a la solución contraria. Si el empresario está dispuesto a continuar con la relación de trabajo, no es necesario extinguir el contrato para, sin solución de continuidad, celebrar uno nuevo. La readmisión, por tanto, no tiene por qué sustentarse, necesariamente, en la formalización de un nuevo contrato (con previsible pérdida de la antigüedad), sino que puede perfectamente servirse de la novación del anterior. La opción contraria ha sido en ocasiones considerada absurda¹⁰¹⁶ y el nuevo contrato fraudulento¹⁰¹⁷, situando el límite novatorio en aquello que tenga carácter de indisponible para las partes¹⁰¹⁸.

¹⁰¹³ No lo cree así ORTIZ LALLANA, *ob. cit.*, p. 69.

¹⁰¹⁴ RIVERO LAMAS, *La extinción del contrato de trabajo*, Barcelona 1963, pp. 153 y 154.

¹⁰¹⁵ DOMÍNGUEZ MOLINER, *Derecho Laboral y de la Seguridad Social*, C.E.R.A. 1993, p. 142.

¹⁰¹⁶ ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *ob. cit.*, p. 501.

¹⁰¹⁷ TORTUERO PLAZA, «Titulares del derecho a las prestaciones por desempleo: los declarados inválidos», *R.P.S.* 138/1983, p. 17.

¹⁰¹⁸ Un amplio análisis de los límites novatorios puede observarse en la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 20 de Madrid de 30 de mayo de 1995 —A.L. 1665 (1995), p. 3243—.

Aunque, la verdad, salvo que alguna norma convencional obligue el reacople y determine sus condiciones, nada impide la utilización de cualquiera de las dos fórmulas, mediante las cuales trabajador y empresario pueden decidir cuáles son los derechos que se mantienen en cada ocasión. El problema no es de índole formal. El problema es que, salvo acuerdo individual o colectivo, el ordenamiento jurídico no obliga al empresario a adoptar medida alguna en aras a la recolocación, por lo que normalmente la oferta va a situarse en el exclusivo ámbito de su voluntad. En buena lógica, si admite voluntariamente el reacople, tal y como se plantea el acceso a las medidas de fomento del empleo, lo normal será que termine optando por extinguir el contrato y formalizar uno nuevo. Ello se debe a la habitual negación del acceso a los incentivos existentes para la contratación cuando no se suscribe un nuevo contrato de trabajo (*supra* C3), lo que ya ha sido criticado en el presente trabajo. La única posibilidad que sigue abierta es la de solicitar las ayudas para la adaptación del puesto de trabajo o dotación de medios de dotación personal (12 RD 1451/1983) que, como se vio, no parecen lo suficientemente cautivadoras como para incitar a la solución novatoria.

20.2.3. El reacople transitorio y sus dificultades

Cuestión distinta se plantea cuando el empresario, en tanto en cuanto se resuelve la declaración de incapacidad permanente, procede a emplear al trabajador en un puesto de trabajo distinto al que venía ocupando. Habría que resolver aquí si esta especie de novación transitoria supone una decisión irrevocable, debiendo la empresa asumir la nueva condición sin que pueda optar por la extinción una vez declarada la incapacidad permanente. Desenlace negado por los órganos judiciales, utilizando fundamentos diversos.

Unas veces planteando que esa conducta se efectuó «*en cumplimiento del deber de darle ocupación efectiva, en base al artículo 4.2 a) del Estatuto de los Trabajadores, en prevención de los efectos del artículo 30 de la misma norma, (...) porque desde el primer momento en que se dictó una sentencia declarándole incapacitado, suspendió la relación laboral en espera de la sentencia definitiva, decisión correcta. Cuando fue declarado en incapacidad permanente total, la empresa resolvió el contrato, lo que no puede considerarse despido, sino válida extinción contractual*»¹⁰¹⁹. En otras pala-

¹⁰¹⁹ STSJ País Vasco de 11 de octubre de 1994 (Ar. 4066).

bras, *falta el animus novandi por parte de la empresa, puesto de manifiesto cuando cesa al trabajador una vez producida la declaración de incapacidad permanente*¹⁰²⁰.

Otras veces se valora la medida argumentando que negar la validez de esa conducta empresarial podría llegar a atentar contra «*el principio de buena fe, cardinal en toda relación jurídica y de eficacia más acusada si cabe en el orden laboral*»¹⁰²¹.

20.3. *La existencia de un pacto individual o colectivo de reacople*

Como se ha advertido, la empresa no puede proceder a la extinción si «*el orden normativo así lo dispusiese*»¹⁰²², estando en este caso «*obligada a mantener el vínculo laboral con el actor en puesto de trabajo distinto*»¹⁰²³.

20.3.1. El acuerdo entre empresario y trabajador individual

El contrato de trabajo puede incorporar, perfectamente, una cláusula en el sentido descrito, acordando que el empresario estará obligado a recolocar al trabajador en un puesto acorde a su capacidad residual, según las condiciones pactadas.

Cumplida esta obligación, el trabajador es libre para aceptar o no el nuevo puesto, exonerando su negativa de responsabilidad al empresario.

Puede ocurrir, sin embargo, que sea el empresario quien se niegue a cumplir la estipulación contractual. Este rechazo puede manifestarse a través de dos conductas. De un lado, si hace caso omiso de la obligación y se niega a readmitir al trabajador, lo que se ha calificado como un despido¹⁰²⁴. De otro, si la reincorporación se produce de manera defectuosa, en cuyo caso tendría el trabajador la posibilidad de solicitar la extinción del contrato de trabajo en base a lo establecido en el artículo 50.1 c) del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁰²⁰ STSJ País Vasco de 30 de noviembre de 1989 —A.L. 240 (1990), p. 457— y SSTSJ Madrid de 16 y 25 de marzo de 1993 (Ar. 1418) y CISS 284 (1993).

¹⁰²¹ STS de 5 de junio de 1985 —Ar. 3351—.

¹⁰²² SSTs de 3 de noviembre de 1988 —A.L. 288 (1989), p. 522— y 18 de diciembre de 1989 —L.L. 1/1990, 868—.

¹⁰²³ STCT de diciembre de 1987 (L.L., 1/1988, 457).

¹⁰²⁴ STS de 3 de noviembre de 1988 (Ar. 8513).

20.3.2. La exigencia convencional de reacomodar al trabajador con una incapacidad permanente

Por su parte, el examen de la normativa convencional muestra una amplia variedad de fórmulas reguladoras de esta posibilidad. Su punto de unión, como es lógico, se sitúa en la regulación de vías de mantenimiento en el empleo del trabajador con capacidad disminuida. En todo caso, debe advertirse que, en una primera visión, se observa en estas cláusulas un exiguo grado de coactividad. Junto a ello, se aprecia una ambigüedad terminológica que, en ocasiones, impide aplicar las medidas contempladas a los supuestos de extinción por incapacidad permanente. Así, y dejando de lado las soluciones con un mero carácter indemnizatorio¹⁰²⁵ cabe efectuar una sistematización de las cuestiones observadas en la regulación convencional.

a) La vinculatoriedad de las cláusulas de reacomodo

Las fórmulas encontradas en los convenios colectivos manifiestan diversos grados en su carácter impositivo. Unas configuran una especie de fórmula imperativa absoluta, exigiendo a la empresa, en todo caso, la recolocación del trabajador¹⁰²⁶. Como es fácil de prever, son las menos frecuentes. Un segundo grupo muestra normas coactivas condicionadas a la existencia de puesto adecuado¹⁰²⁷, lo

¹⁰²⁵ Por todos, el C.C. de la Federación Farmacéutica, Sociedad Cooperativa (BOE de 6 de abril de 1995), artículo 40; o el C.C. del Banco de Crédito Local, S.A. (BOE de 22 de febrero de 1995); o el C.C. de W.W. Marpetrol, S.A. (BOE de 23 de septiembre de 1994).

¹⁰²⁶ C.C. de Seat, S.A. (BOE de 10 de marzo de 1995), artículo 150: «La empresa se compromete a facilitar un puesto de trabajo adecuado a los trabajadores declarados inválidos parciales o totales para su profesión habitual por los órganos técnicos correspondientes, siempre que el trabajador se someta a las actividades de reconversión profesional que se consideren necesarias». C.C. de Trans World Airlines (BOE de 23 de abril de 1996), artículo 18: La empresa acoplará al personal cuya capacidad haya disminuido...». C.C. de la empresa Adams, S.A. (BOE de 5 de julio de 1994), artículo 8:» ... se le asignará un puesto de trabajo adecuado con sus facultades...». C.C. de Andia Lácteos, S.L., artículo 10: «A fin de mantener en el trabajo sin llegar al despido de aquel personal que por deficiencia de sus condiciones físicas o psíquicas, ya sean adquiridas o no en la empresa, no se halle en situación de dar rendimiento normal a su categoría, la empresa deberá destinarle a trabajos adecuados».

¹⁰²⁷ C.C. de la empresa Gas Natural de Castilla y León, S.A. (BOE de 14 de noviembre de 1994), artículo 17:» La empresa intentará, siempre que sus condiciones organizativas y plantillas se lo permitan ...». C.C. del Diario El País, S.A. (BOE de 5 de julio de 1994), artículo 22: «... se procurará asignar a este trabajador una tarea adecuada a su capacidad ...». C.C. de la Empresa Nacional Eléctrica de Córdoba, S.A. (BOE de 1 de

que configura una preferencia, más que un verdadero derecho a la recolocación. La tercera fórmula se limita a recordar a la empresa su facultad de no extinguir la relación laboral y de ofrecer al trabajador su reubicación¹⁰²⁸, o le faculta a elegir entre mantener al trabajador en puesto adecuado o abonarle una indemnización¹⁰²⁹.

La interpretación judicial, no obstante, ha vacilado a la hora de aplicar coactivamente estas cláusulas, con independencia del carácter de la fórmula pactada. De este modo, algunos pronunciamientos judiciales entienden que expresiones como «las empresas acoplrán» o «acoplrán necesariamente» vulneran los artículos 33.3 y 38 de la Constitución. El reacople no puede, aplicando tal idea, «imponer a ultranza al empresario la readmisión del inválido total con abstracción de la concreta realidad de la empresa». La conclusión: el convenio colectivo sólo podrá referirse a un puesto existente, sin exigir la generación de un puesto *ad hoc*, no estando la empresa obligada a incrementar la plantilla ni a prescindir de los que legítimamente están trabajando para ella. En definitiva, la cláusula no garantiza al trabajador un «derecho subjetivo absoluto» al reacople, sino una «expectativa de derecho», otorgándole una «preferencia antes que a un extraño», ya que no puede obviarse la situación de la empresa en cada momento, por lo que su cumplimiento se «subordina a la existencia de una vacante en la empresa para la cual sea apto el trabajador»¹⁰³⁰.

Se condiciona, por esta vía, el cumplimiento del pacto a las posibilidades presentes de la empresa. El problema fundamental reside en que no parece que a la empresa se le imponga, ni siquiera, disponer de todos los medios (técnicos, económicos u organizativos) a su alcance para convertir la expectativa en una realidad. No parece criticable, ya se ha dicho, que los esfuerzos deban llegar a tal punto que pongan en peligro el funcionamiento de la empresa o de otros puestos de trabajo. Pero, tampoco, que la empresa no tenga

marzo de 1996), artículo 51: «... serán acoplados a las vacantes disponibles que se produzcan adecuadas a sus condiciones ...».

¹⁰²⁸ C.C. de Telefónica (BOE de 20 de agosto de 1994), artículos 152 y 153: Podrá efectuarse el acoplamiento de un empleado a otro puesto de trabajo compatible con su capacidad residual... La empresa tratará de buscar mecanismos que faciliten el acoplamiento de estas personas en el menor plazo posible.

¹⁰²⁹ C.C. de la empresa Sistemas Gec Alsthom Transporte, S.A. (BOE de 29 de noviembre de 1994), artículo 47. A veces, condicionado a que el trabajador afectado tenga determinada antigüedad en la empresa, como ocurre en el C.C. de la Federación Farmacéutica, Sdad. Coop., artículo 40, que fija la cuantía en una mensualidad.

¹⁰³⁰ SSTSJ Andalucía (Sevilla) de 20 de noviembre de 1989 —A.L. 276 (1990), p. 530— y TSJ Andalucía (Granada) de 6 de junio de 1995 —A.L. 1868 (1995), p. 3666—.

exigencia alguna derivada de un acuerdo al que ella misma (directa o delegadamente) se comprometió.

La consideración de las circunstancias personales o profesionales del trabajador en los pactos de reempleo también han sido objeto de interpretación judicial, con suerte diversa. Se considera perfectamente válido un pacto entre empresa y sindicatos que impida el reingreso a aquellos trabajadores que no tengan una edad determinada¹⁰³¹. Por contra, el derecho al reingreso en puesto adecuado que se limite a una sola categoría profesional ha sido considerado discriminatorio y, por tanto, extensible a todos los trabajadores de la empresa¹⁰³².

En otro orden de cosas, se ha entendido que la oferta de plaza apropiada a la capacidad residual de la trabajadora, en cumplimiento de los acuerdos colectivos, no puede ser por ésta rechazada sin la pérdida de su derecho. De este modo, se entiende que no se puede pretender la espera, por siempre, de un puesto que convenga a la afectada por causas diferentes a las meramente profesionales, por cuanto que el derecho se extingue sin posibilidad de revivir en cada ocasión que exista una vacante adecuada¹⁰³³.

El caso es que, sea cual sea la fórmula elegida en los convenios y la interpretación que judicialmente se haga de ellos, parece claro que la finalidad de esas normas no es otorgar una facultad discrecional a la empresa, puesto que para ello no necesita cláusula de reempleo. Más bien al contrario, lo que se establece es una obligación, pero también una habilitación, de modo tal que se les facilite la movilidad incluso cuando pudiera haber inconvenientes legales (preferencias de otros trabajadores) que impedirían el cambio del trabajador de capacidad disminuida¹⁰³⁴.

b) Problemas de interpretación surgidos en torno a la dimensión subjetiva de las cláusulas de recolocación

La aplicación de este tipo de acuerdos a la extinción por incapacidad permanente total resulta clara cuando a esta figura, como tal,

¹⁰³¹ STSJ Cataluña de 21 de octubre de 1992 —A.L. 992 (1993), p. 1940—: El trabajador no puede ser aquí reemplazado por ser menor de 55 años, en virtud de un pacto entre empresa y sindicatos que dejaba sin efecto un Laudo del Departament de Treball que preveía lo contrario.

¹⁰³² STS de 10 de mayo de 1994 —A.L. 1245 (1994), p. 2299— y STSJ Castilla y León (Burgos) de 8 de noviembre de 1994 —A.L. 545 (1995), p. 1055—.

¹⁰³³ STSJ Extremadura de 25 de febrero de 1995 —A.L. 1154 (1995), p. 2267—.

¹⁰³⁴ RAMÍREZ MARTÍNEZ, ob. cit. (1983), p. 251.

se refiere la regulación convencional. Así, aquellos preceptos que contemplan la declaración —de este tipo de incapacidad permanente— como causa que activa el mecanismo extintivo o protector, no presenta mayores inconvenientes a la hora de identificar su operatividad¹⁰³⁵.

La incertidumbre aparece cuando se utiliza una expresión genérica, como capacidad disminuida o similar, debiendo entrar a dilucidar a qué situación es aplicable. A veces, el propio convenio describe el contenido de la expresión aludida: «*Se entenderá por trabajador con capacidad disminuida aquel que deja de estar en condiciones físicas o psíquicas para continuar realizando eficazmente la tarea que venía desempeñando en función de su categoría, sea ello debido a accidente, enfermedad o cualquier otra causa, aunque no haya necesitado obtener la baja de la Seguridad Social*»¹⁰³⁶. Lo cierto es que parece difícil entender que una expresión de esta amplitud y flexibilidad no incluya las incapacidades permanentes totales (quizás se salvan, por incompatibilidad, las absolutas).

Así, tanto entre las «deficiencias físicas, psíquicas o sensoriales»¹⁰³⁷, como entre las «disminuciones por enfermedad u otras causas»¹⁰³⁸, deberá contenerse, en buena lógica, aquella incapacidad. Ello, so pena de excluir situaciones que necesitan mayor protección que las que se tutelarían en caso contrario, hablando como se habla de medidas de mantenimiento del empleo para sujetos con difícil acceso o reincorporación. De este modo, la incapacidad per-

¹⁰³⁵ Judicialmente se aplica sin problemas este tipo de acuerdos —al margen de la valoración que sobre su alcance se realice, como ya se ha observado—. Así puede verse, por ejemplo, en la STSJ Extremadura de 25 de febrero de 1995 —A.L. 1154 (1995), p. 2267—. Algunas de estas cláusulas convencionales se encuentran en el C.C. de Alianza Ras Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 21 de abril de 1995), artículo 21: «*En caso de que un empleado pasara a situación de invalidez total la empresa intentará...*»; C.C. de Telefónica, cit., artículo 152»... *cuando se halle afectado por una pérdida total o parcial, previsiblemente definitiva e irreversible, de su capacidad física o psíquica para seguir realizando las tareas o funciones propias de su grupo laboral, declarada por el organismo competente de la Seguridad Social*; C.C. de la Empresa Nacional Eléctrica de Córdoba, S.A., cit., artículo 51: «*Los trabajadores que a partir de la entrada en vigor del Convenio sean declarados por los órganos oficiales en situación de invalidez permanente —total o parcial— para la profesión habitual, serán acoplados a las vacantes disponibles que se produzcan adecuadas a sus condiciones.*»

¹⁰³⁶ C.C. del Diario El País, S.A., cit., artículo 22. En el mismo sentido, C.C. de AENA (BOE de 15 de junio de 1994), artículo 22.1.

¹⁰³⁷ C.C. de Radio Zaragoza, S.A. (BOE de 16 de enero de 1996), artículo 12 y C.C. de Uniprex, S.A. (BOE de 26 de enero de 1996), artículo 18.

¹⁰³⁸ C.C. del Personal Laboral de la Secretaría General del Portavoz del Gobierno del Ministerio de la Presidencia (BOE de 23 de enero de 1996), artículo 19.

manente total tendría cabida en las cláusulas descritas, tal y como ha sido en ocasiones reconocido judicialmente¹⁰³⁹.

Sin embargo, Juzgados y Tribunales no siempre han acogido la teoría anterior, negando que la incapacidad permanente total quede englobada en la expresión «capacidad disminuida», lo que implica la posible acción extintiva del artículo 49.1 e) del E.T.¹⁰⁴⁰ En este sentido, el acuerdo de recolocación sólo será aplicable a aquellas situaciones «menos definitivas»¹⁰⁴¹ que, aún sin ser constitutivas de alguna de las incapacidades previstas en la LGSS, implique una merma en la aptitud del trabajador que aminore sus «posibilidades de desempeño del puesto de trabajo que ocupe, facilitando así el desarrollo organizativo de la empresa y el máximo aprovechamiento de las facultades personales del trabajador»¹⁰⁴².

En definitiva, de nuevo se traslada la medida del plano de la tutela del trabajador al plano de la protección de la productividad y, por tanto, de los intereses empresariales. El argumento de la innecesariedad del pacto para adoptar la medida recolocadora debe traerse de nuevo aquí. En efecto, si lo que el empresario quisiera es, voluntariamente, salvar la productividad sin proceder al despido, no necesitaba acuerdo colectivo alguno. El acuerdo lo que hace es enervar su opción extintiva, no reiterar una facultad que siempre está en su órbita de actuación.

Ahora bien: qué ocurre si la disminución de la capacidad del trabajador se manifiesta con carácter previo a la declaración de incapacidad permanente. En este sentido, existiendo alta médica y obligación de reincorporar al trabajador mientras se sustancia el expediente invalidante, la empresa deberá proceder a la recolocación. No nos encontramos aquí ante un supuesto como el ya analizado —*supra* 20.2—, en el que la empresa reacopla por propia voluntad. Debe recordarse que se está ante una obligación empresarial derivada de la cláusula convencional.

Pues bien, cabe plantear que la recolocación previa enerva la extinción por incapacidad permanente, «*renovando el contrato de tra-*

¹⁰³⁹ SSTSJ Cataluña de 20 de abril de 1993 —Ar. 1867— y Andalucía (Granada) de 6 de junio de 1995 —A.L. 1868 (1995), p. 3666—.

¹⁰⁴⁰ STSJ Andalucía (Sevilla) de 14 de abril de 1994 —Ar. 1533—.

¹⁰⁴¹ «Como limitaciones funcionales propias de la edad o de inadaptación a nuevas tareas o maquinarias». STCT de 1 de diciembre de 1987 —Ar. 184 (1988)—.

¹⁰⁴² STSJ Madrid de 3 de diciembre de 1990 —A.L. 217 (1991), p. 431—. En el mismo sentido, STSJ Comunidad Valenciana de 6 de noviembre de 1992 —Ar. 5860—.

bajo por variación de sus condiciones principales». La empresa no podrá posteriormente, basándose en la resolución invalidante, declarar extinguida la relación contractual, puesto que «el vínculo laboral, ya novado en el momento de adoptar tal decisión, ninguna relación guarda con el primitivo contrato», que vendrá obligada a mantener¹⁰⁴³.

c) Fórmulas de reingreso y efectos

La redacción de la mayoría de las cláusulas de reacople da como resultado que la novación contractual será la fórmula a aplicar. No obstante, algunos convenios contemplan la fórmula extintiva seguida de una nueva contratación¹⁰⁴⁴.

Interesa primero reflejar si es obligado para el trabajador aceptar la nueva colocación. En este sentido, la jurisprudencia parece condicionarlo a que sea éste quien lo solicite. De este modo, entiende que «aunque la empresa a tenor del convenio colectivo se comprometa a facilitar un puesto de trabajo a los declarados inválidos totales con determinados condicionamientos, ello no supone que éstos siempre y en todo caso hayan de solicitarlo»¹⁰⁴⁵. Reconoce así la necesidad de que sea el trabajador quien solicite la reclasificación, pudiendo entenderse —a sensu contrario— que si fuese la empresa quien la ofrece podría aquél aceptarla o no. Esta posibilidad está contemplada, expresamente, en algunos pactos colectivos de recolocación.

Donde sí se observa la necesidad del acuerdo conjunto (trabajador/empresario) es a la hora de establecer las condiciones novatorias, acudiéndose en ocasiones a un laudo arbitral en caso de desavenencia¹⁰⁴⁶.

No obstante, esta libertad individual de modificación contractual se ve sometida, en ocasiones, a condiciones pactadas convencionalmente. Así, lo normal será el mantenimiento de la antigüedad en la empresa¹⁰⁴⁷, o que se incluyan acuerdos sobre la fórmula retributiva aplicable. En este último sentido, puede disponerse la continuidad de «los devengos correspondientes a la categoría de procedencia»¹⁰⁴⁸,

¹⁰⁴³ STCT de 2 de diciembre de 1987 —L.L., 1988-1, p. 457—.

¹⁰⁴⁴ C.C. de Sandoz Pharma, S.A.E. (BOE de 8 de noviembre de 1994), artículo 8.

¹⁰⁴⁵ STS de 4 de octubre de 1988 —Ar. 7521—.

¹⁰⁴⁶ C.C. de Paradores de Turismo de España, S.A. (BOE de 22 de febrero de 1996), artículo 15.

¹⁰⁴⁷ Suele ser una condición implícita al acuerdo.

¹⁰⁴⁸ C.C. de Radio Zaragoza, S.A., cit., artículo 12.

o que el cambio se realice «sin merma salarial»¹⁰⁴⁹. Lo normal será que el trabajador movilizado perciba las retribuciones que correspondan a las nuevas funciones¹⁰⁵⁰, perdiendo los complementos unidos al puesto anterior¹⁰⁵¹.

Las reglas retributivas se manifiestan, en ocasiones, en un sentido restrictivo. Así, se plantea la posibilidad de deducir de las nuevas percepciones «el importe de la pensión oficial de la Seguridad Social por dicha contingencia», si bien se permite al trabajador «solicitar la reducción de jornada correspondiente»¹⁰⁵². La legalidad de esta fórmula ha sido avalada judicialmente¹⁰⁵³, sobre la base de que la reincorporación no viene amparada por el ordenamiento jurídico general, sino por la eficacia vinculante de las normas convencionales colectivas. Estas pueden disponer, en pleno uso de sus facultades, tanto el mantenimiento en el empleo como su condicionamiento a la disminución descrita. Ello justifica que este acuerdo no sea contrario ni a las normas sobre compatibilidad (art. 138 LGSS) o carácter personal e irreductible de las prestaciones (art. 22.1 LGSS), ni se considere discriminatorio en base al artículo 4.c) del E.T.

20.4. *Los efectos de la opción extintiva*

No obstante, puede ocurrir que el empresario no tenga voluntad de reacoplar y que no exista pacto o cláusula en este sentido. Se consolidaría, de este modo, la opción extintiva prevista en el artículo 49 del ET, de la que interesa ver ahora sus consecuencias.

20.4.1. Una primera cuestión: los efectos indemnizatorios de la extinción por incapacidad permanente

Inicialmente, el artículo 49.1 e) del ET no reconoce a la extinción por incapacidad permanente efecto indemnizatorio alguno. Ello

¹⁰⁴⁹ C.C. del Personal Laboral de la Secretaría General del Patronato del Gobierno del Ministerio de la Presidencia, cit., artículo 19.

¹⁰⁵⁰ C.C. del Centro Europeo de Reparto Farmacéutico de Cataluña, S.A. (BOE de 1 de marzo de 1996), artículo 17. En caso de silencio, esta suele ser la interpretación adoptada judicialmente, STSJ Madrid de 10 de febrero de 1993 —Ar. 916—.

¹⁰⁵¹ STSJ Andalucía (Sevilla) de 10 de enero de 1995 —Ar. 210— y Cataluña de 22 de febrero de 1995 —Ar. 730—.

¹⁰⁵² C.C. de la Empresa nacional Eléctrica de Córdoba, S.A., cit., artículo 51.

¹⁰⁵³ STSJ Madrid de 4 de octubre de 1991 —A.L. 269 (1992), p. 552—, con citas de sentencias del TCT en el mismo sentido.

significa que, salvo pacto individual o colectivo en este sentido, no tendrá derecho el trabajador a indemnización alguna si su contrato de trabajo se extingue por esta causa.

a) La admisibilidad del derecho legal a la indemnización

Ello no obstante, ha sido planteada con frecuencia la posibilidad de reconocer este derecho en base a la aplicación del artículo 81.2 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944. El valor reglamentario de este precepto fue reconocido por el TC¹⁰⁵⁴, a raíz del contenido de la disposición final 4º del ET de 1980, en vigor en el momento en que se produjo dicho fallo. Así, reconoció el Tribunal que, «no estando regulada la indemnización por el Estatuto, prosigue en vigor, si bien degradado de rango, el artículo 81 párrafo 2 de la Ley de Contrato de Trabajo, que dispone que si el trabajador fuera despedido por motivos justificados, pero independientes de su voluntad, podrá exigir los salarios correspondientes al plazo de preaviso normal establecidos por las Reglamentaciones de trabajo y, en su defecto, por la costumbre». Esta indemnización se tradujo en la práctica, según una constante y muy antigua jurisprudencia, en una mensualidad del salario.

No puede negarse que la extinción reconocida en el artículo 49.1 e) del ET reúne los requisitos mencionados, y de este modo lo ha reconocido la jurisprudencia¹⁰⁵⁵. Sin embargo, esto ha sido objeto de algunas críticas. En efecto, debe tenerse en cuenta que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional nace a raíz de un supuesto con base en el entonces artículo 49.7 de la norma estatutaria —muerte, jubilación o incapacidad del empresario—. La conclusión propuesta fue asumida por el Legislador, y así consta en el artículo 49.1 g) del Estatuto hoy en vigor. Pero esta solución no se extendió legalmente a la extinción por incapacidad permanente aquí tratada.

Con estos antecedentes, algunas voces¹⁰⁵⁶ no encuentran una total identidad entre el supuesto planteado en el artículo 49.1 e) —incapacidad permanente— y el que regula el artículo 81.2 de la LCT. Por ello, entienden que sólo de modo impropio puede subsu-

¹⁰⁵⁴ STC 37/1986, de 20 de marzo.

¹⁰⁵⁵ SST de 12 de julio de 1983 —Ar. 3773— y 29 de septiembre de 1986 —Ar. 5193—.

¹⁰⁵⁶ SEMPERE NAVARRO/LUJÁN ALCARAZ, ob. cit., pp. 12 y 13.

mirse el supuesto, a fin de abstraer de él únicamente la consecuencia indemnizatoria omitida por el ET.

En cualquier caso, puede constatarse cómo los órganos judiciales han venido reconociendo con frecuencia el derecho al percibo de esta indemnización¹⁰⁵⁷. Sin embargo, las recientes reformas del Estatuto han cambiado este criterio. En efecto, la Ley 11/1994 derogó la disposición final 4ª de la Ley 8/1980 del ET. En base a ello, se reconoce judicialmente que la indemnización reclamada se sustenta en un precepto expulsado del ordenamiento jurídico laboral¹⁰⁵⁸, lo que convierte en inviable su concesión¹⁰⁵⁹.

Ello, no obstante, esta opinión es válida siempre y cuando se aplique a las extinciones posteriores a la Ley 11/1994. Esta idea se justifica en la disposición transitoria 7ª del ET que determina que toda extinción de la relación laboral —tanto en sus aspectos sustantivos como procesales—, producida con anterioridad al 12 de junio de 1994 —fecha de entrada en vigor de la Ley 11/1994—, se regirá por las normas vigentes en la fecha en que aquélla hubiera tenido lugar.

b) La existencia de un pacto indemnizatorio

Cuestión distinta será que el contrato de trabajo o los convenios colectivos compensen la extinción con determinadas cantidades, lo que suele ser habitual. Lógicamente, la relación laboral debe mantenerse viva para que los efectos indemnizatorios pactados puedan alegarse¹⁰⁶⁰. De igual modo, si empresa y trabajador resolvieron el contrato de trabajo a través de fórmulas incentivadas, la empresa no podrá reclamar dichas cantidades si posteriormente se declara la incapacidad permanente de aquél¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁷ Por todas, STSJ Asturias de 7 de mayo de 1993 —R.L. 14 (1993), p. 33— y STSJ Cataluña de 20 de julio de 1994 (Ar. 3068).

¹⁰⁵⁸ STSJ de Asturias de 23 de septiembre de 1994 (Ar. 3403).

¹⁰⁵⁹ STSJ de Asturias de 28 de abril de 1995 —A.L. 1389 (1995), p. 2716—.

¹⁰⁶⁰ STS de 13 de julio de 1995 —A.L. 1913 (1995), p. 3754—, que resuelve que el trabajador no tiene derecho a la indemnización que corresponde a la extinción por invalidez permanente derivada de contingencias profesionales si previamente la relación laboral se resolvió por sobrevenir una invalidez permanente derivada de causas comunes.

¹⁰⁶¹ STSJ Madrid de 2 de febrero de 1994 —A.L. 875 (1994), p. 1593—, que sustancia una reclamación por la cual la empresa reclama cantidades abonadas por concepto de jubilación anticipada ante la posterior declaración de invalidez del trabajador.

20.4.2. Otras consecuencias extintivas

La extinción del contrato tiene, asimismo, consecuencias de otro orden. De un lado, salvo que exista un pacto en contra, se pierde el derecho a toda retribución que nazca de la relación laboral, lo que lógicamente deriva de la finalización del vínculo de trabajo¹⁰⁶². De otro, la resolución contractual por incapacidad permanente incide en la relación de trabajo del interino que sustituyó al trabajador por aquella afectado, extinguiéndose al mismo tiempo su contrato de interinidad¹⁰⁶³, lógicamente, salvo que el empresario opte por su continuidad¹⁰⁶⁴.

B. LA MEJORA DE LA SITUACIÓN INCAPACITANTE

21. La reincorporación a la empresa

Uno de los elementos de la incapacidad es la permanencia de la situación patológica causante —*supra* C2—. Como se ha observado, esta circunstancia temporal adquiere un carácter relativo, por cuanto que la propia evolución de la persona afectada puede provocar cambios en su situación, ante lo cual el ordenamiento jurídico regula la necesidad de revisión de la incapacidad padecida.

La revisión de la incapacidad —*supra* C2— se establece en el artículo 143 de la LGSS, pudiendo llevarse a cabo por agravación o por mejoría del estado incapacitante, porque el pensionista esté ejerciendo un trabajo, o por error de diagnóstico. El resultado puede indicar la invariabilidad del grado incapacitante. Pero también su modificación, pudiendo obtenerse de la nueva valoración tanto un grado inferior de incapacidad permanente —incluida la no existen-

¹⁰⁶² Como ocurre, por ejemplo, con el disfrute de una vivienda, STSJ Murcia de 16 de febrero de 1993 —A.L. 1150 (1993), p. 2250—. No así mientras se sustancia el expediente invalidante, estando suspendido el contrato de trabajo, STSJ Madrid de 25 de octubre de 1994 —A.L. 231 (1995), p. 451—.

¹⁰⁶³ SSTSJ Extremadura de 31 de julio de 1990 —A.L. 77 (1991), p. 148— y TSJ Andalucía (Málaga) de 20 de diciembre de 1994 —A.L. 783 (1995), p. 1544—. En sentido contrario terminaron por pronunciarse las STS u.d. de 27 de enero, 14 de febrero y 25 de mayo de 1994 (Ar. 384, 1043 y 4297). Las expectativas de fijeza del trabajador sustituto han desaparecido, sin embargo, tras la última regulación del contrato de interinidad, GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-1), p. 62.

¹⁰⁶⁴ STSJ Andalucía (Málaga) de 20 de febrero de 1992 —A.L. 1019 (1992), p. 2205—.

cia de incapacidad alguna—, como una incapacidad permanente de mayor gravedad —incluida la gran invalidez—, según proceda al tiempo de la revisión¹⁰⁶⁵.

La consecuencia de esta variación es doble. De un lado, puede dar lugar a un cambio en la protección de que es objeto por parte del sistema de Seguridad Social. De otro, tiene relevancia en cuanto que puede dar lugar a modificaciones en la situación laboral del trabajador afectado. Este segundo aspecto, las consecuencias que la revisión tiene sobre el contrato de trabajo, es el que se va a tratar seguidamente, habiéndose ya analizado —*supra* 16—, por razones sistemáticas, el régimen jurídico operante en los supuestos de recuperación de la plena capacidad de trabajo tras el padecimiento de una incapacidad permanente parcial.

Las situaciones de agravamiento o mejoría, desde o hacia la incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez requieren, por su configuración como causas extintivas de la relación laboral, una atención independiente. El agravamiento de la incapacidad tendrá como consecuencias jurídico-laborales las propias del tipo de incapacidad permanente que derive de la revisión. Tal y como observamos, la extinción o recolocación contractual —según los supuestos— en la incapacidad permanente total y la extinción en la absoluta y gran invalidez.

Pues bien, para los supuestos de mejoría de la incapacidad las normas laborales articulan dos tipos de medidas, que pueden afectar directamente a la finalización de la relación laboral reglada por el artículo 49.1 e) del ET. La primera, que establece el artículo 48.2 del ET, prolonga los efectos de suspensión contractual que se derivan de la incapacidad temporal. La segunda, regulada por los artículos 2 y 3 del RD 1451/1983, posibilita al trabajador la reincorporación —a la empresa en la que cesó— si recupera su capacidad de trabajo.

22. La vía suspensiva: el artículo 48.2 del Estatuto de los Trabajadores

Este precepto configura una novedosa fórmula de suspensión contractual por incapacidad permanente. Esta figura, que extiende en casos de mejoría inminente del estado invalidante los efectos de

¹⁰⁶⁵ GARCÍA NINET: «La revisión de la invalidez en el Régimen General y en el Régimen Especial de la Seguridad Social de la Minería del Carbón», J.S.S. Vol. IV, 4/1980, pp. 335 y 336.

la incapacidad temporal sobre el contrato de trabajo, ha venido a sustituir, de algún modo, a la invalidez provisional. Como se verá, los efectos que proyecta adquieren un carácter más tuitivo, si cabe, para el trabajador incapacitado, pero su dinámica no está exenta de polémica, tal y como se observará inmediatamente.

22.1. *La configuración normativa de la nueva figura suspensiva*

El artículo 48.2 del Estatuto de los Trabajadores establece que «en el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente».

La posible extinción del contrato de trabajo por esta causa, en base al artículo 49.1 e) del E.T. no podrá practicarse, de este modo, hasta que éste nuevo período suspensivo no concluya¹⁰⁶⁶. Así se reconoce en este mismo precepto, cuando afirma que lo en él regulado se entenderá «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2» que, de este modo, suaviza o relativiza el criterio rígido que presidía la norma extintiva¹⁰⁶⁷, configurando un supuesto de auténtica suspensión por tiempo determinado¹⁰⁶⁸. Obviamente, es lógico pensar que la mejoría prevista tendrá como resultado una recuperación total o una incapacidad permanente parcial, que son las únicas opciones que *a priori* habilitarán para reincorporarse al puesto de trabajo de origen.

El artículo 7º del RD 1300/95 desarrolla el artículo 48.2 transcrito. Condiciona el funcionamiento de «la subsistencia de la relación laboral, con reserva de puesto de trabajo, que se regula en el apartado 2 del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores» a aquellos supuestos en los que «en la correspondiente resolución inicial de reconocimiento de incapacidad, a

¹⁰⁶⁶ En este sentido, MARTÍN VALVERDE Y OTROS, ob. cit., p. 749. MONTOYA MELGAR, ob. cit. (1995), p. 449 y ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, ob. cit., p. 501.

¹⁰⁶⁷ VIDA SORIA, ob. cit. (1996), p. 17.

¹⁰⁶⁸ MONTOYA MELGAR, ob. cit. (1995), p. 450 y PALOMEQUE LÓPEZ/ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit., p. 948.

tenor de lo previsto en el párrafo primero del apartado 2 del artículo 143 de la Ley General de la Seguridad Social, se haga constar un plazo para poder instar la revisión por previsible mejoría del estado invalidante del interesado, igual o inferior a dos años». Y continúa ordenando el «traslado al empresario afectado de la resolución dictada al efecto por la correspondiente Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social».

22.2. *Los problemas derivados de su régimen jurídico*

La suspensión contractual descrita, a pesar de la previsible transparencia de su configuración normativa, presenta dudas aplicativas que merecen cierta consideración.

22.2.1. Las dudas planteadas sobre los efectos restrictivos provocados por su desarrollo reglamentario

El artículo 7 del RD 1300/95 condiciona el funcionamiento de la suspensión contractual a que, en la declaración inicial de incapacidad, se haga constar que la previsible mejoría se manifestará en un plazo igual o inferior a dos años. De este modo, no será posible el funcionamiento de la figura extintiva si los órganos calificadoros no se manifiestan, de modo expreso, en el sentido descrito.

El tema es saber hasta qué punto este precepto reglamentario restringe la amplitud de la disposición legal. Así, se ha planteado que del tenor literal del texto estatutario nace automáticamente la prórroga de la situación suspensiva, sin que sea necesaria la constancia de aquella previsión en la resolución invalidante¹⁰⁶⁹. En buena lógica, si de la norma reglamentaria se extrae este efecto «restrictivo», cabría entender que se ha producido una invasión del terreno legal, cuyas consecuencias serían la disminución de las posibilidades suspensivas para estos supuestos.

Sin embargo, no parece que esto sea lo aquí acontecido. El artículo 48.2 del E.T. condiciona la operatividad de la suspensión a aquellos casos en los que los órganos calificadoros prevean la posible mejoría. De este modo, el reglamento ha procedido a desarrollar, sin más, el precepto legal.

La manifestación expresa del órgano calificador, así como su obligatoria comunicación al empresario, parecen requisitos necesari-

¹⁰⁶⁹ En este sentido se ha pronunciado VIDA SORIA, ob. cit. (1996), p. 17.

rios para que la extensión suspensiva operada dote a éste del conocimiento suficiente en aras al posible retorno del trabajador, contemplada la necesidad de reserva de su puesto de trabajo¹⁰⁷⁰. Indudablemente, si esta previsión no constara, la mejoría del trabajador estaría sometida a los efectos jurídicos que para los supuestos de reingreso por recuperación tras la extinción por incapacidad permanente contempla el RD 1451/1983. Lo que merece solicitar la diligencia de los órganos administrativos competentes, en aras a permitir, llegado el caso, la aplicación de la solución del 48.2 ET, menos dramática, al otorgar un derecho inmediato a la reincorporación a su puesto de trabajo como consecuencia de la extensión suspensiva, evitando temporalmente la solución extintiva.

22.2.2. El inicio de la situación suspensiva

Activada la suspensión, debe valorarse, habrá que ver cuál es su relación con la existencia de un pacto individual o colectivo para recolocar al trabajador, así como será preciso concretar el momento en el que el plazo suspensivo comienza a computar.

a) La coincidencia con los pactos de recolocación

Inicialmente, cabe afirmar que las cláusulas de reacople funcionan autónomamente, no pudiendo entenderse que la posible suspensión legal paralice su eficacia.

Sin embargo, esta postura no excluye su compatibilidad temporal con la operatividad de la figura suspensiva¹⁰⁷¹. En efecto, el artículo 48.2 del E.T. otorga un derecho de reserva al trabajador sobre su puesto de trabajo, derecho que conservará sobre la base de ese fundamento legal, con independencia de que para evitar que se produzca una suspensión —con las dificultades que ello conlleva— la empresa lo haya movilizadado y/o haya procedido a adecuar sus funciones laborales y a modificar sus condiciones contractuales. Por tanto, el trabajador que padezca la incapacidad guardará la opción de reintegrarse a su puesto de origen, y/o a sus funciones y estipu-

¹⁰⁷⁰ GARCÍA NINEY, ob. cit. (1996-1), p. 107.

¹⁰⁷¹ ESTEBAN LEGARRETA, «Incidencia de la reforma de la incapacidad temporal en la suspensión del contrato de trabajo», *La incapacidad temporal*, AA.VV., Tecnos 1996, p. 248.

laciones pactadas inicialmente; o a retornar sometiéndose a las condiciones de la incapacidad parcial si este es el caso.

- b) El comienzo del plazo de dos años: de nuevo sobre la impugnación de la declaración invalidante

El artículo 48.2 del E.T. ordena que el plazo máximo de dos años comenzará «a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente».

Con esta redacción, no parece haber dudas de que la resolución administrativa será la que marque el inicio de la suspensión contemplada. Ahora bien: la premisa anterior se asienta sobre la base de la avenencia al acuerdo adoptado por el órgano administrativo correspondiente, sin resolver los problemas derivados de su impugnación judicial.

Sin ánimo de volver exhaustivamente sobre un tema ya tratado —*supra* C2—, parece primario valorar cuál es el momento de la declaración de incapacidad permanente al que el precepto hace referencia. En puridad, nada advierte sobre el carácter de firmeza de la resolución, sin embargo, conviene recordar que la doctrina judicial entiende que una declaración de incapacidad permanente no se ha producido en tanto en cuanto no sea firme su declaración. El inicio de esta nueva situación suspensiva —o prórroga de la anterior, como se prefiera—, no puede por tanto producirse si no se ha sustanciado definitivamente el procedimiento —administrativa o judicialmente— que puede activarla.

Se ha argumentado, en contra, que la ejecutividad de la incapacidad permanente carecerá de todo sentido si lo que se pretende con ella se obtiene en el caso de que la comisión calificadora establezca la suspensión del contrato de trabajo. Sólo podría mantenerse aquella solución, por tanto, si la incapacidad permanente no se acompaña de la correspondiente previsión reparadora¹⁰⁷². Aunque esta idea sugiere algunas dudas. En primer lugar, porque traslada la solución al plano de las consecuencias, que podrán, o no, ser las descritas. En segundo lugar, porque el mantenimiento de la situación suspensiva que podría obtenerse con la impugnación se superpondrá, de este modo, a los nuevos efectos que el artículo 48.2 del E.T. establece. Así, puede plantearse que la pretensión de ambas soluciones pueda situarse teleológicamente en el mismo plano, pero de ello no puede

¹⁰⁷² ESTEBAN LEGARRETA, ob. cit., p. 250.

inferirse que su situación temporal sea coincidente, por cuanto que su etiología no es exactamente la misma. La primera consiste en una desavenencia, cuya resolución está pendiente, y que puede descifrarse de múltiples formas: desde la declaración de plena capacidad hasta la de incapacidad permanente extintiva sin expectativas de mejora. La segunda consiste en una evidencia: el grado invalidante puede activar una causa extintiva, que se ve paralizada por la previsible recuperación del trabajador.

22.2.3. La duración de la situación suspensiva. Los efectos de su conclusión

La revisión de la situación de incapacidad que decreta la plena recuperación o la calificación de un grado de incapacidad permanente que habilite su retorno al trabajo pondrán término a la situación suspensiva. Esto conlleva la necesaria obligación del trabajador de reincorporarse al trabajo y del empresario de readmitirlo.

a) La determinación del plazo de reincorporación

Este detalle tampoco ha sido resuelto por la norma. Ante esta laguna, se ha argumentado que la similitud de los supuestos haría posible la aplicación de las OO.MM. de 1950 y 1952¹⁰⁷³. Sin embargo, no puede olvidarse que no son situaciones análogas, por cuanto que la aquí tratada se sustenta en un contrato en vigor, mientras que las resueltas en las OO.MM. parten de la base de una previa extinción contractual. Además, y a pesar de que judicialmente se siga acudiendo a sus disposiciones, estas normas son ya «historia» en el ordenamiento jurídico —sobre las mismas se vuelve más adelante, *infra* 23.1—. Así las cosas, quizás sea más conveniente acudir a los plazos que el RD 1451/1983 determina para supuestos de recuperación: un mes.

b) La posible extemporaneidad de la revisión

Un problema distinto surge cuando, instado el expediente de revisión antes de concluir el plazo de dos años, éste se resuelve transcurrido este plazo. Sin duda, una estricta interpretación del

¹⁰⁷³ ESTEBAN LEGARRETA, ob. cit., p. 251.

precepto haría pensar que la suspensión no puede verse prorrogada por la dilación de la Administración, en perjuicio de las previsiones empresariales. La inseguridad jurídica creada ha sido ya puesta en evidencia por la doctrina¹⁰⁷⁴.

A priori, podría proponerse que el transcurso del plazo legalmente previsto reabre la opción extintiva del empresario, facultándole para dar por concluida la relación laboral. Esto convertiría la posible recuperación del trabajador en un supuesto distinto, cuya regulación no se vería sometida al régimen regulado en el precepto en análisis, sino a la configuración que para el reingreso del trabajador tras la extinción del contrato de trabajo establece el RD 1451/1983.

No obstante, podría llegar a entenderse que el artículo 7 del RD 1300/95 resuelve esta situación. En efecto, determina que para poder mantener la reserva del puesto es preciso que *«se haga constar un plazo para poder instar la revisión por previsible mejoría del estado invalidante»*. Ciertamente, permitir que el inicio de la revisión se produzca, al límite, en el plazo de dos años, debe necesariamente corresponderse con la extensión suspensiva mientras se tramita el expediente. En buena lógica, el Legislador es consciente de que el momento en que se insta el expediente y el momento de su resolución no son coincidentes. Más bien al contrario, la dilación administrativa es conocida, por lo que sería absurdo que su intención fuera diferente a la expresada y, si lo era, fue expresada en sentido diferente. Así, establece un «rígido» plazo de dos años que dará lugar a no pocos conflictos y que, salvo que judicialmente se dulcifique sobre la interpretación de lo pretendido, puede llegar a limitar la extensión suspensiva al plazo previsto.

23. La solución futura a la extinción por incapacidad permanente

La plena operatividad de la solución extintiva plasmada en el artículo 49.1 e) del E.T. no tiene por qué significar, en el futuro, que no pueda actualizarse una mejoría del grado invalidante que permita recuperar al trabajador su capacidad laboral. La mejora de las situaciones de incapacidad conlleva, simultáneamente, la pérdida de las prestaciones económicas que llevan aparejadas. Esta operación actúa como vía para aliviar las cargas que pesan sobre el sistema de

¹⁰⁷⁴ ESTEBAN LEGARRETA, ob. cit., p. 252.

Seguridad Social¹⁰⁷⁵, pero, a la vez, provoca una desprotección en el trabajador, que intenta resolverse restableciendo su capacidad de ganancia por medio del trabajo.

Este es el sentido de las medidas que contienen los artículos 2 y 3 del RD 1451/1983. Lo que se busca es, en definitiva, el retroceso de las consecuencias expulsivas provocadas por la calificación de una incapacidad de grado superior, una vez ésta ha sido revisada y declarada la aptitud del trabajador.

23.1. *Los supuestos de readmisión contemplados por el RD 1451/1983*

El ordenamiento jurídico-laboral español ha contemplado, tradicionalmente, medidas de carácter similar. En este sentido, normas como las OO.MM. de 31 de mayo de 1950 y de 20 de mayo de 1952 y el RD 2531/70 han incluido entre sus previsiones el reingreso en la empresa del trabajador recuperado, como puntualmente se irá apuntando cuando sea preciso.

El momento actual tiene su sede en el artículo 2º del RD 1451/1983, que tutela a aquellos trabajadores que *«hubiesen cesado en la empresa por habérseles reconocido una incapacidad permanente total o absoluta»*. A estos efectos distingue dos posibles situaciones. La primera se manifiesta cuando el trabajador ha recobrado plenamente su capacidad laboral. La segunda, cuando en él se ha producido una mejoría, pero esta no es completa, permaneciendo afectados por una incapacidad permanente parcial.

De esta manera, la norma establece que, cuando el trabajador mejora en su estado de salud, dispone de una preferencia absoluta para ser readmitido en la última empresa en la que trabajó. Este reingreso es diferente en cada uno de los supuestos expresados. En efecto, en el caso de una recuperación plena, se realizará en la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo profesional en la última empresa en que trabajaron. Cuando el trabajador siga afectado por una incapacidad permanente total, lo hará en la primera vacante adecuada a su capacidad laboral que exista, igualmente, en la última empresa en que trabajaron.

¹⁰⁷⁵ ALBIOL MONTESINOS/BLAT GIMENO, «La invalidez permanente total extingue el contrato de trabajo. Efectos laborales de la posterior recuperación. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 10 de septiembre de 1986)», *A.L.* 5/1986, p. 247.

Estas situaciones de readmisión han mostrado una gran problemática en su dinámica aplicativa¹⁰⁷⁶. Como consecuencia de la exégesis de la norma descrita pueden plantearse variadas cuestiones tanto en el terreno de su acomodación fáctica como en el de sus posibles efectos. En cualquier caso, cabe adelantar que los principales conflictos se han manifestado fundamentalmente en la doctrina judicial.

Aunque, con carácter previo a acometer el examen de los puntos señalados, merece la pena sumergirse brevemente en el detalle de dos circunstancias que se extraen de la redacción normativa utilizada. La primera hace referencia a la omisión que sobre la gran invalidez realiza el Real Decreto. La impresión más sencilla reside en plantear que la exclusión es un simple olvido, y no darle mayor relevancia. No obstante, podría considerarse como un reconocimiento tácito a la idea ya planteada de que la gran invalidez no es un grado invalidante, sino una situación aparejada a uno de ellos, por lo que por sí misma no tiene por qué repercutir sobre el contrato de trabajo. La segunda se encuentra en la conexión que hace la norma entre la readmisión y la última empresa en que trabajaron. Lo cierto es que no parece muy acertada la redacción. Si bien el caso de la incapacidad absoluta puede ofrecer una menor problemática, no ocurre lo mismo con la total. En este supuesto, el trabajador no se ve impedido de realizar cualquier actividad productiva, lo que de hecho puede suponer que, tras verse obligado a abandonar la empresa que lo cesó, se haya integrado con posterioridad en una o varias diferentes. Esto puede significar, en la práctica, que una vez alcanzada la mejoría la última empresa para la que ha trabajado, o trabaja, no sea la misma que aquella que utilizó la declaración de incapacidad para extinguir el contrato. Ante esta probabilidad, quizás sea más acertado pensar que el derecho de readmisión jugará, en exclusiva, para la empresa en la que sobrevino la incapacidad permanente y utilizó esta causa para resolver la relación de trabajo.

23.2. *Las reservas judiciales a la readmisión del «inválido recuperado»*

El derecho a la readmisión que deriva de los preceptos descritos no se ha visto reconocido, pacíficamente, en los diferentes pronun-

¹⁰⁷⁶ Esto no es nuevo. Una situación similar acontecía con el RD 2531/1970, hasta el punto de que en ocasiones el establecimiento de esta medida ha sido considerada una preferencia más teórica que realmente aplicable, LÓPEZ GANDÍA, ob. cit. (1981), p. 194.

ciamientos judiciales. La manifestación de esta discordia se ha traducido en argumentos de índole diversa, estructurados en orden a las razones de carácter coyuntural o estructural que los sustentan¹⁰⁷⁷. Los primeros alegan el principio de irretroactividad normativa. Los segundos se sustancian en dos planos distintos: unos sobre la estimación de la irreversibilidad de la extinción contractual «consolidada»; otros sobre la base de que la aplicación del RD 1451/1983 a los trabajadores afectados por una incapacidad permanente constituiría una extrapolación de su ámbito subjetivo.

23.2.1. La pretendida irretroactividad del RD 1451/1983

Los Tribunales han utilizado, en ocasiones, razones temporales para restringir la aplicación de la fórmula recolocadora: su juego dependerá del momento en el cual fue declarada la incapacidad permanente y extinguido el contrato de trabajo. De este modo, no será posible aplicar la solución desarrollada por los artículos 2 y 3 del RD 1451/1983 cuando la revisión sea posterior a su entrada en vigor, pero pretenda operar sobre situaciones extintivas que hayan tenido lugar con carácter previo a ese momento. Lo contrario vulneraría el principio general de irretroactividad que se establece en el artículo 3.2 del Código Civil y al principio de irretroactividad de normas no favorables o restrictivas de derechos individuales consagrado en el artículo 9.3 de la CE¹⁰⁷⁸.

La doctrina¹⁰⁷⁹ ha desmontado la posible vulneración de estos principios. En primer lugar, porque en las previsiones del artículo 9.3 de la Constitución no puede incluirse la libertad de empresa. Lo contrario sería negar adecuación constitucional al propio E.T. (artículo 17.2), a la LISMI (artículo 40.2) y a la propia LGSS (artículo 158). Y, de igual modo, porque el ordenamiento jurídico no puede congelarse en un momento histórico determinado. Muy al contrario, debe responder a lo que ocurra en cada momento. Y así lo hace, estableciendo relaciones *pro futuro* que difícilmente puede evitarse que incidan sobre relaciones jurídicas preexistentes, que constituyen el basamento de las relaciones venideras.

¹⁰⁷⁷ En este sentido han sido ordenados por GOERLICH PESEF, ob. cit. (1996-1), p. 66.

¹⁰⁷⁸ En este sentido, entre otras, STCT 17 de mayo de 1988 (Ar. 3672) y STSJ Cataluña de 29 de septiembre de 1990 (Ar. 4297).

¹⁰⁷⁹ ALBIOL MONTESINOS, «El derecho de reincorporación a la empresa del inválido recuperado», R.L. 12/1987, p. 30 y 31.

Otras veces, la solución judicial reside en aplicar las normas vigentes en el momento en que se produjo la extinción. Ello se acredita bajo la alegación de la disposición transitoria primera del E.T. de 1980¹⁰⁸⁰ —disposición transitoria séptima del E.T. actual—. Así, un trabajador cuyo contrato fue extinguido por incapacidad permanente —por circunstancias objetivas—, bajo la cobertura de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 o del Real Decreto Ley de Relaciones Laborales de 1977, y que ha sido declarado apto tras la entrada en vigor del RD 1451/1983, tendrá su derecho a la reincorporación tutelado bajo las normas que estaban en vigor en el momento de producirse la extinción (OOMM del 50 y del 52 y RD 2531/70)¹⁰⁸¹.

Argumentos que tampoco pueden admitirse. Una mera alusión histórica recuerda que este tipo de medidas cuentan con una amplia tradición en el ordenamiento jurídico español, que, por otra parte, han sido aplicadas sin grandes problemas. De este modo, se ha declarado que la medida restrictiva de los derechos individuales —en el supuesto que lo fuera— no se proyectaría hacia el pasado; o mejor, no sería preciso tal proyección puesto que en él existirían otras normas que permitirían llegar a la misma conclusión¹⁰⁸².

Además, la disposición transitoria reseñada, si bien se remite a la legislación anterior, lo es sólo a los efectos de la extinción de los contratos de trabajo producida con anterioridad a su entrada en vigor. Lo que no obsta para que, si extinguido en aquel momento legislativo el contrato de trabajo por causa de incapacidad permanente, la posterior recuperación de inválido producida tras la entrada en vigor del E.T. no genere para el trabajador los derechos que puedan resultar de la legislación vigente en ese momento. Una cosa es la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente y, otra diferente, que la legislación prevea determinados derechos cuya aplicación queda condicionada a una revisión de la incapacidad con declaración de aptitud para el trabajo en el momento en que esa declaración se produce¹⁰⁸³.

A pesar de todo, la doctrina judicial ha llegado más lejos en aras a argüir razones que conviertan en ineficaz esta fórmula de fomento del empleo. Así, algún pronunciamiento¹⁰⁸⁴ se ha cobijado en la

¹⁰⁸⁰ Toda extinción de la relación laboral producida con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley, se regirá en sus aspectos sustantivo y procesal por las normas vigentes en la fecha en que aquella hubiera tenido lugar.

¹⁰⁸¹ STCT de 27 de noviembre de 1986 (Ar. 12612).

¹⁰⁸² En este sentido se pronuncia GOERLICH PRSET, ob. cit. (1996-1), p. 66.

¹⁰⁸³ ALBIOL MONTESINOS, ob. cit. (1987), p. 27.

¹⁰⁸⁴ STSJ de Asturias de 21 de diciembre de 1993 —A.L. 393 (1994), p. 710—.

disposición derogatoria del propio RD 1451/1983¹⁰⁸⁵, de modo tal que ya no basta para aplicar esta norma que la declaración de incapacidad permanente y la revisión sean posteriores a su entrada en vigor, sino que se requiere que el propio contrato se celebrara después de esta fecha.

Ante esta teoría, además de lo ya planteado, debe comentarse el propio contenido material de las normas derogadas: resulta que la sección segunda del Capítulo III del Real Decreto 1445/82 no hace referencia a medida recolocadora alguna, sino que establece reglas para la contratación incentivada de personas con minusvalía. Además de que el RD 1451/1983 (artículos 7 a 14) sustituye y deroga (con el objeto de evitar posibles concurrencias) aquéllas medidas de fomento del empleo. Salva por este camino el régimen jurídico aplicable a los contratos firmados bajo la cobertura de la norma anterior, medida lógica por cuanto que la percepción de ayudas suele ir unida al cumplimiento de determinadas obligaciones. Por tanto, cabrá plantear que a esas —y sólo a esas— medidas puede hacerse referencia y no a actos jurídicos de diferente naturaleza. No puede olvidarse que el RD 1451/1983 es una norma nodriza, que contiene múltiples medidas de fomento del empleo para trabajadores con minusvalía, de idéntica etiología, pero de diversa índole.

En definitiva, no puede admitirse la pretendida irretroactividad normativa ante el restablecimiento de la capacidad laboral del trabajador que genera su derecho a la readmisión —hoy establecido en el RD 1451/1983—. Este derecho, aplicable a todos los incapacitados permanentes que tras la revisión fueron declarados aptos para el trabajo, surgirá para ellos con independencia de la fecha en que les fue declarada la incapacidad permanente¹⁰⁸⁶.

23.2.2. El tratamiento supuestamente irreversible de la extinción

La razón esgrimida con anterioridad no ha sido la única utilizada para conseguir la inaplicación de las preferencias. Los Tribunales,

¹⁰⁸⁵ «1. Queda derogado lo dispuesto en la sección segunda del capítulo III del Real Decreto 1445/82, de 25 de junio. 2. No obstante la derogación expresa del número anterior, las normas a las que sustituye el presente Real Decreto seguirán siendo de aplicación a los contratos que se hubiesen celebrado al amparo de las mismas.»

¹⁰⁸⁶ ALBIOL MONTESINOS, ob. cit. (1987), p. 29.

dado los categóricos términos en que está redactado el artículo 49.1 e) del E.T.¹⁰⁸⁷ (49.5 ET de 1980), llegan a la conclusión de que, una vez extinguido en firme el contrato, es imposible hacerle recuperar su eficacia.

Sin embargo, al afirmar la pretendida irreversibilidad de la extinción *ex artículo 49.1 e)* del E.T. se incurre en petición de principio, ya que se utiliza como argumento la conclusión a la que se quiere llegar¹⁰⁸⁸. Los categóricos términos de este precepto nada afirman sobre la imposibilidad de revertir la extinción. Y, además, si aquella teoría se analiza sobre la totalidad del ordenamiento jurídico, encuentra, aún, un fundamento menor.

La cobertura legal del Real Decreto ha sido tratada suficientemente, por lo que tampoco parece razonable que en el supuesto aquí comentado se argumente para contrariar la readmisión¹⁰⁸⁹. Ciertamente, el ET de 1980 configuró una nueva causa extintiva, de cuya reversibilidad podría dudarse (por el posible juego de las normas anteriores) hasta el RD 1451/1983. Pero esta norma muta aquella situación, configurando una nueva fórmula que, por otra parte, recupera una larga tradición jurídica española. De este modo, cierto es que —salvo el supuesto ya tratado de mejoría previa a los dos años— el artículo 48 del E.T. no configura la incapacidad permanente como causa suspensiva con reserva del puesto de trabajo, pero no puede admitirse que este argumento se utilice para negar validez a las preferencias de reingreso¹⁰⁹⁰. Podrá discutirse la naturaleza de la readmisión (*infra* 23.5), pero no su validez.

Las normas que han diseñado la reconstrucción del contrato —por recuperación del trabajador incapacitado— en modo alguno han condicionado su juego al mantenimiento de causa suspensiva alguna. Más bien al contrario, ya que el presupuesto de aplicación es, precisamente, que el contrato se hubiese extinguido¹⁰⁹¹. Ni tampoco a que el trabajador hubiera accionado contra la extinción, por

¹⁰⁸⁷ RODRÍGUEZ DEVESA/RODRÍGUEZ HERGUETA, *Las Leyes de Trabajo y su Jurisprudencia*, Ed. Rodríguez Devesa, S.L. 1992, p. 1158, con amplia cita judicial.

¹⁰⁸⁸ GOERLICH PESET, *ob. cit.* (1996-1), p. 66.

¹⁰⁸⁹ Para SALA FRANCO, *ob. cit.* (1991), p. 18, «no cabe duda de la vigencia de unos preceptos reglamentarios, de desarrollo de un precepto legal estableciendo unas medidas de preferencia en el empleo de los minusválidos recuperados, que cumplen por ello con la exigencia de una ley para regular las preferencias para ser contratados libremente que establece el art. 17.2 del E.T.»

¹⁰⁹⁰ SSTCT de 10 de septiembre de 1986 (Ar. 7549) y de 26 de febrero de 1987 (Ar. 4338), entre otras.

¹⁰⁹¹ STS de 20 de octubre de 1988 (Ar. 8125).

mucho que algún pronunciamiento judicial¹⁰⁹² se empeñe, tal y como han puesto de manifiesto voces autorizadas¹⁰⁹³.

Lo cierto es que la doctrina científica ha otorgado, mayoritariamente, validez a las previsiones del RD 1451/1983. Y en este sentido ha sido reconocido, aunque ocasionalmente, por la Jurisprudencia, al entenderse que es *«de todo punto adecuado y justo que al revisarse la incapacidad y quedar (el trabajador) plenamente apto para el trabajo, habiendo perdido la pensión, jueguen las normas relativas a la reincorporación»*¹⁰⁹⁴. Se reconoce, entre el E.T., la LISMI y su reglamento *«una perfecta armonía y concordancia. Y no se diga que estas prevenciones de la Ley y el Real Decreto se refieren sólo a los contratos extinguidos por causa de la incapacidad permanente antes de la entrada en vigor de la Ley, pues aparte de que en ningún momento así se establece en su normativa, ello llevaría al absurdo de privar a todos los demás trabajadores de las medidas tendentes a su recuperación y rehabilitación funcional que es uno de los objetivos primordiales de la Ley, y sabido es que ha de rechazarse toda interpretación que conduzca al absurdo»*¹⁰⁹⁵.

Esta teoría ha sido también apoyada, aunque sea marginalmente, en suplicación, que ha llegado a extender los beneficios del RD 1451/1983 a trabajadores con relación laboral estatutaria. El disfrute, por todos los trabajadores, del derecho a la readmisión legalmente reconocido, debe aplicarse también a aquellos acogidos a normas estatutarias de la Seguridad Social, puesto que en modo contrario *«supondría una discriminación y una vulneración del principio de igualdad jurídica declarado expresamente en el artículo 14 de la CE»*¹⁰⁹⁶.

23.2.3. El ámbito subjetivo del artículo 2º del RD 1451/1983

Algunos pronunciamientos judiciales¹⁰⁹⁷, delimitan el ámbito subjetivo del RD 1451/1983 *«a los disminuidos a los que la LISMI se refiere»*, al ser aquella una norma de desarrollo de esta. La verdad es que a esta afirmación nada puede objetarse, si bien es cierto que la conclusión a la que judicialmente se llega es totalmente contraria a la que se debiera arribar.

¹⁰⁹² SSTCT de 16 de diciembre de 1986 (Ar. 245 (1987) y 24 de marzo de 1987 (Ar. 6360).

¹⁰⁹³ ALBIOL MONTESINOS, ob. cit. (1987), p. 27.

¹⁰⁹⁴ STS de 4 de octubre de 1988 (Ar. 7521).

¹⁰⁹⁵ STS de 30 de marzo de 1988 (Ar. 2413).

¹⁰⁹⁶ STCT de 28 de mayo de 1987 —L.L. 3 (1987), p. 441—.

¹⁰⁹⁷ STCT de 24 de marzo de 1987 (Ar. 6354).

La LISMI considera como minusválido «a toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales» (artículo 7). Este concepto, indudablemente, incluye tanto a aquellas personas que obtuvieron el reconocimiento de esa situación en los procedimientos externos o internos al nivel contributivo de la Seguridad Social —al respecto *supra* C2—. Algo que apoyan los artículos 40.2 de la LISMI y 158 de la LGSS, refiriéndose, precisamente, al establecimiento de las condiciones de readmisión por las empresas de sus propios trabajadores, que es justo lo que viene a desarrollar el artículo 2 del RD 1451/1983.

23.3. La dinámica de la readmisión

Las soluciones anteriores sirven para salvar las trabas judiciales a la operatividad del derecho en análisis, pero no resuelven el modo en el que éste se lleva a efecto.

23.3.1. El presupuesto aplicativo del RD 1451/1983

La primera pregunta a contestar hace referencia al origen de la resolución del contrato de trabajo. Lo que aquí necesita conocerse es sobre qué causa extintiva puede operar la renovación de la relación laboral o, expresado de otro modo, si sólo se tiene derecho a la readmisión cuando la extinción contractual se haya basado en la causa extintiva del artículo 49.1 e) del E.T. —o ineptitud si se produjo antes del ET de 1980—.

Una primera lectura del artículo 2º del RD 1451/1983 podría hacer pensar que, efectivamente, su juego dependerá de que la extinción se haya producido, en exclusiva, sobre la base del artículo 49.1 e) ET. Ocurre, sin embargo, que entender con tanta rigidez esta opción podría dar lugar a esconder, formalmente, el verdadero motivo material de la misma. Quiere decirse con ello que, para eludir en el futuro las disposiciones sobre preferencia en la readmisión de «inválidos recuperados», se formalizase la extinción en base a alguna otra causa del artículo 49¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁸ ALBIOL MONTESINOS, ob. cit. (1987), p. 31.

Esto ha sido ocasionalmente resuelto por algún pronunciamiento judicial¹⁰⁹⁹, al reconocer la indiferencia de la causa alegada (mutuo disenso en este caso) cuando la extinción tuvo su origen, realmente, en la declaración invalidante. Lo importante será, desde este punto de vista, no la causa formal o base jurídica alegada para la extinción, sino la causa material o supuesto de hecho que provocó la decisión de dar por finalizada la relación laboral. El tema estriba en que, si se quisiese amparar la extinción del contrato en causa distinta, podría incurrirse en fraude de ley, a efectos de no impedir la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado eludir¹¹⁰⁰.

23.3.2. Las circunstancias procedimentales de la readmisión: el artículo 3 del RD 1451/1983

a) La iniciación del procedimiento

Una vez declarada la mejoría, el trabajador debe ponerlo en conocimiento de la empresa y de los representantes del personal. De este modo, la comunicación se convierte en un requisito imprescindible para que se active el funcionamiento de la figura. Lógicamente, esto sitúa en el terreno del trabajador su posible operatividad, que tendrá para él carácter voluntario. Nada se menciona al respecto de la forma de la notificación, por lo que se presume que cualquiera será válida, si bien parece lógico pensar que la empresa podrá exigir el certificado en el que conste la recuperación.

El plazo establecido es de un mes a partir de la declaración de aptitud del organismo correspondiente. Parece obligada la remisión a la teoría tantas veces citada sobre la firmeza de la resolución declarativa, por lo que no conviene volver sobre ella.

b) La obligación empresarial

Una vez recibida por la empresa la comunicación, *«deberá poner en conocimiento de los trabajadores que se encuentran en tal situación las vacantes que existan de igual o inferior categoría, quedando liberada de su obligación desde el momento en que el trabajador rechace un puesto de trabajo de igual categoría a la que ostentaba en la Empresa o de categoría*

¹⁰⁹⁹ STCT de 9 de diciembre de 1986 (Ar. 13306).

¹¹⁰⁰ ALBROL MONTESINOS, ob. cit. (1987), p. 32.

inferior si no hubiese obtenido la plena recuperación para su profesión habitual, que no implique cambio de residencia».

Al respecto cabe decir, en primer lugar, y por lo que respecta a la movilidad funcional, que parece que las referencias normativas deberán ajustarse al nuevo régimen que se deriva del artículo 39 ET, ampliándose por tanto las opciones de ofrecimiento empresarial.

En cuanto a las limitaciones geográficas, parece que si la empresa tiene diversos centros de trabajo nada impide que pueda proponer al trabajador su ocupación en cualquiera de ellos, siempre y cuando no implique cambio de residencia. Este régimen no tiene por qué perjudicar la posibilidad de un acuerdo entre empresario y trabajador, en el sentido de ocupar un puesto en localidad diferente —pudiendo incluso pactarse su derecho a regresar—, aunque su carácter voluntario excluirá, salvo que se estipule otra cosa, los beneficios contemplados en el artículo 40 ET. Lógicamente, si no se llega a un acuerdo el trabajador mantiene su preferencia para la siguiente vacante¹¹⁰¹.

23.4. *El alcance de la readmisión*

Aceptada la oferta por el trabajador, aparece de nuevo la incógnita de la vía formal que deba utilizarse, ahora para efectuar la readmisión: el tema es si el derecho al reingreso origina un nuevo contrato o si, por el contrario, debe entenderse que lo que procede es la continuidad del anterior¹¹⁰².

La primera teoría ha sido defendida argumentando que, extinguido el contrato en el momento de la declaración de la incapacidad, resulta muy difícil sostener que su posterior revisión convierta el supuesto en una suspensión contractual. Ello supondría pretender que el vínculo jurídico entre las partes permanece vivo, cuando por prescripción legal ha muerto¹¹⁰³; el resultado no es otro que la necesidad de suscribir un nuevo contrato de trabajo¹¹⁰⁴.

¹¹⁰¹ GARCÍA MURCIA, ob. cit. (1986), p. 46.

¹¹⁰² SAGARDOY BENGOCHEA, ob. cit. (1983), p. 480.

¹¹⁰³ ORTIZ LALLANA, ob. cit. (1985), pp. 393 y 394.

Así ha sido mantenido por MONTAYA MELGAR, también, ante los supuestos de readmisión contemplados por las OO.MM. de 1095 y 1952 y por el RD 2531/1970, planteando que se estaba ante un supuesto de readmisión de un trabajador previamente separado de la empresa a través de una auténtica extinción contractual, y no mediante una suspensión del contrato —*Derecho del Trabajo* 3ª ed., Tecnos, 1979, p. 399.

¹¹⁰⁴ En este sentido se pronuncian SALA FRANCO, ob. cit. (1991), p. 18; ESTEBAN LEGARRETA, ob. cit., pp. 240 y 241 —si bien su adhesión se intuye del tratamiento que

Las críticas a esta teoría llegan de la mano de un argumento ya utilizado: su fundamento no es otro que la ya comentada irreversibilidad del acto extintivo, argumentación con la que se vuelve a incurrir en petición de principio¹¹⁰⁵. El Ordenamiento ha querido sujetar la eficacia de las declaraciones de voluntad en aplicación del artículo 49.1 e) del E.T. a una verdadera *conditio iuris* de carácter resolutorio. La extinción será válida en tanto en cuanto no se produzca la mejoría, en cuyo caso el negocio jurídico se restablece en los términos del RD 1451/1983¹¹⁰⁶. En consecuencia, la extinción se convierte en suspensión¹¹⁰⁷, aunque el reingreso se condiciona a la existencia de vacante¹¹⁰⁸. Los efectos de esta reconstrucción contractual pueden buscarse en una figura semejante: la excedencia voluntaria¹¹⁰⁹. Así, parece claro que los períodos de pendencia no se computarán a efectos de antigüedad, aunque si todos los efectos anteriores a la declaración de incapacidad permanente¹¹¹⁰.

En otro orden de cosas, debe tenerse en cuenta que el resultado de la readmisión no se agota en los propios del contrato de trabajo. En efecto, el artículo 2.3. del RD 1451/1983 otorga a las empresas el derecho a reducir el «50 por 100 de la cuota patronal de la Seguridad Social correspondiente a las contingencias comunes durante un período de dos años».

23.5. *El incumplimiento empresarial*

Las acciones de las que el trabajador dispondrá, cuando exista negativa del empresario a la readmisión, coincidirán, en sintonía con la teoría expresada arriba, con aquellas de las que dispone el trabajador en excedencia voluntaria.

otorga a la extinción, aunque no se pronuncia sobre el alcance de la readmisión—; MONTAYA MELGAR, ob. cit. (1995), p. 450; MARTÍN VALVERDE Y OTROS, ob. cit., pp. 750 y 751.

¹¹⁰⁵ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-1), p. 67.

¹¹⁰⁶ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-1), p. 67.

¹¹⁰⁷ «*Sui generis*» para alguna sentencia, como la STS de 24 de enero de 1984 (Ar. 90).

¹¹⁰⁸ ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, ob. cit., p. 502. Esta opinión suspensiva ha sido tradicionalmente mantenida por ALONSO OLEA, tanto para los supuestos de readmisión regulados por las OO.MM. de 1950 y 1952 como, con posterioridad, para el establecido por el RD 2531/1970, porque estima que otra solución es odiosa e incongruente —*Derecho del Trabajo*, Universidad Complutense, 3ª ed. 1974, p. 207 y 6ª ed. 1980, p. 275—.

¹¹⁰⁹ En este sentido se pronuncia VIDA SORIA, ob. cit. (1996), p. 18.

¹¹¹⁰ GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-1), p. 67.

Si el trabajador se recupera y la extinción se transforma en una suspensión contractual, la resistencia empresarial a obedecer las previsiones legales convierten la suspensión en una nueva extinción del contrato¹¹¹¹. El inválido recuperado dispone de dos opciones: ejercitar la acción de despido, o la acción ordinaria (declarativa de reconocimiento del derecho al reingreso)¹¹¹².

La inequívoca voluntad empresarial —incluso tácita— de no readmitir, requiere el necesario ejercicio de la acción de despido¹¹¹³. No obstante, puede ocurrir que no quede claro si la conducta empresarial es un verdadero rechazo, o si lo que realmente ocurre es que no existen vacantes en ese instante. En este caso, al empresario se le puede exigir una respuesta explícita e inequívoca, sin que pueda pedírsele al trabajador, que está además fuera de la empresa, un proceso de investigación difícil y complicado sobre la realidad y situación de plantillas¹¹¹⁴.

El plazo de 20 días para interponer la acción de despido comenzará en el momento en que se tenga conocimiento inequívoco de la negación empresarial. El cómputo del plazo de un año para la acción declarativa de derechos se iniciará en el momento en que el trabajador conozca la existencia de la vacante, ante la carencia de la expresión de la declaración de voluntad o manifestación de la empresa.

Las premisas anteriores, que son las se sostienen en este trabajo, parten de la base de la reconstrucción del contrato de trabajo anterior. No obstante, se ha llegado a plantear la negativa empresarial desde el supuesto contrario, es decir, desde el punto de vista de la necesaria suscripción de un contrato *ex novo*. En este sentido, dos son los argumentos utilizados, que se analizarán seguidamente desde una posición crítica.

En primer lugar, cuando se plantea que el reingreso del trabajador no puede considerarse continuación de la relación anterior, sino inicio de una nueva, ha venido a entenderse, al mismo tiempo, que la negativa injustificada del empresario al reingreso conculca el derecho a la ocupación efectiva. Ello significa, en la práctica, que la causa de extinción del contrato que debe ser alegada es la que

¹¹¹¹ STCT de 26 de enero de 1988 (Ar. 938).

¹¹¹² SSTs de 14 de junio y 4 de octubre de 1988 (Ar. 5259 y 7521). En el mismo sentido GOERLICH PESET, ob. cit. (1996-1), p. 67.

¹¹¹³ En este sentido SALA FRANCO y otros, ob. cit. (1996-1), pp. 590 y 591, al respecto de la excedencia voluntaria, con amplia cita de pronunciamientos judiciales.

¹¹¹⁴ STS (u.d.) de 21 de febrero de 1992 (Ar. 1046).

establece el artículo 50.1.c) del E.T.¹¹¹⁵. Esta posición no puede admitirse: sería tanto como aceptar que una extinción puede operar sobre otra extinción o, expresado de otro modo, que el trabajador podría resolver un contrato de trabajo que se considera inexistente lo que, en términos teóricos al menos, parece complejo.

En segundo lugar, algunos pronunciamientos judiciales niegan, una vez más sobre la conocida base de la irreversibilidad de la extinción, que la negativa empresarial a readmitir pueda considerarse despido. Inicialmente, esta solución parece adecuada si la premisa de partida es la imposibilidad de reconstruir —por una u otra vía— el contrato de trabajo, ya que no existe un contrato de trabajo vigente¹¹¹⁶. Lo que ocurre es que dichas sentencias llegan más allá. De este modo, deciden no sólo sobre la calificación o no como despido de la no readmisión, sino también sobre la situación global del inválido recuperado, al que de otro lado se le niega cualquier otro tipo de acción frente a su antiguo empresario, incluso la de reconocimiento de derechos¹¹¹⁷.

La lógica que este fallo tiene con respecto a la hipótesis de partida no significa que su conclusión deba ser admitida. Y es que, sin entrar a valorar las críticas ya efectuadas a la teoría de la irreversibilidad extintiva, lo cierto es que es innegable que, cumplidos los presupuestos que dan derecho al reingreso, la pretensión del trabajador debería ser —al menos— la de obtener una declaración judicial de su derecho al reingreso, condenándose a la empresa a estar y pasar por esa declaración¹¹¹⁸. Lo contrario sería tanto como negar no sólo la posibilidad de reconvertir la extinción en una suspensión, sino también la de poder aspirar a ser readmitido sobre la base formal de un nuevo contrato que, por otra parte, es lo que dichos fallos judiciales pretenden.

¹¹¹⁵ MARTÍN VALVERDE y OTROS, ob. cit., p. 751, con apoyo en la STS de 8 de noviembre de 1993.

¹¹¹⁶ Entre otras, STCT de 2 de diciembre de 1986 (Ar. 12915), de 26 de febrero de 1987 (Ar. 4338) y de 17 de mayo de 1988 (Ar. 3672). SALA FRANCO, ob. cit. (1991), p. 18, admite este planteamiento.

¹¹¹⁷ ALBIOL MONTESINOS/BLAT GIMENO, ob. cit., p. 248.

¹¹¹⁸ ALBIOL MONTESINOS/BLAT GIMENO, ob. cit., p. 249.

CONCLUSIONES.

La visión de los instrumentos de integración laboral revisados hasta el momento muestra un panorama singularmente pintoresco. Pintoresco, porque la doble panorámica desde la que ha ido observándose muestra resultados de múltiples contrastes. De un lado, ha podido constatarse cómo, en términos generales, existe una adecuación bastante fiel a los sistemas existentes a nivel internacional y supranacional. Ello significa una extensa gama de mecanismos integradores, lo que jurídicamente supone un paisaje con una buena, aunque mejorable, configuración. De otro lado, sin embargo, ha podido ir comprobándose cómo el Derecho no ha conseguido transformar plenamente la realidad. La integración de las personas con discapacidad, de este modo, está lejos de alcanzar cotas semejantes a las del resto de la población, aun cuando es evidente que los avances conseguidos en las últimas décadas han mejorado sustancialmente su posición social.

Existe, además, una conciencia colectiva contradictoria. A estas alturas, nadie parece negar el derecho de las personas con discapacidad a una integración plena, pacífica y con todas las garantías comunes al resto de ciudadanos. El apoyo público a las medidas que buscan dicho objetivo obtiene así una mayoritaria legitimidad social. No obstante, las cosas distan de ser idénticas cuando es necesaria la colaboración individual. De este modo, y concretamente en el mundo del trabajo, ni desde el lado empresarial, ni desde el de los propios trabajadores han obtenido estas políticas públicas el apoyo que necesitan.

En efecto, ya se ha afirmado que desde el plano empresarial no se ha procedido a incorporar masivamente a las personas con discapacidad, seguramente por el viejo temor de que el coste de esta colocación es mayor que los niveles de productividad alcanzables. Pero también es cierto que desde el lado de los trabajadores tam-

co se ha favorecido la integración de este colectivo. Una prueba evidente viene marcada por el escasísimo reflejo que tiene esta problemática en la negociación colectiva. Las cláusulas colectivas, de este modo, son infrecuentes cuando se habla de acceso al empleo. Pero también, lo que es más preocupante si cabe, cuando de su mantenimiento ha de ocuparse en el caso de la discapacidad sobrevenida. Todo ello, sumado a lo difícil que resulta a los trabajadores sin discapacidad asumir ser excluidos del campo de aplicación de las medidas de fomento del empleo y las críticas que muchas veces ello comporta.

Indudablemente, vencer estos temores puede ser cuestión de tiempo. De tiempo, y de una activa participación de las personas con discapacidad. Pero también de un ajuste de la intervención pública a las necesidades de cada momento. Es por ello que no debe perderse de vista la necesidad de valorar, críticamente, la tarea realizada hasta ahora en este terreno, indispensable para intentar acercar al máximo la «realidad material», el ser, a la «realidad ideal», el deber ser.

(1) En este sentido, quizás haya de comenzarse por el alcance de la tutela pretendida desde la Constitución. Tal y como se ha afirmado, el objetivo antidiscriminatorio no es otro que conseguir una plena integración de todos los ciudadanos en sociedad. Para conseguirlo deben ponerse en marcha mecanismos que favorezcan a los desfavorecidos, con la intención de igualar su presencia y participación en los instrumentos colectivos. No pueden por ello ponerse trabas a su alcance en tanto en cuanto no se arribe a dicha pretensión. Si este es el mandato constitucional, los poderes públicos deben articular las medidas necesarias para llegar a esa meta (la plena integración), so pena de frustrar la tutela que emana de la propia Constitución.

La protección constitucional no se manifiesta, por tanto, a modo de habilitación a los poderes públicos. Es un mandato. Ciertamente permite al Legislador decidir de qué modo llevar a cabo la misión aquí encomendada. Pero ello no es una carta blanca, una especie de comodín que permita articular las medidas necesarias cómo y cuándo convenga. Otorgar diferentes posibilidades al Legislador es una elección lógica, porque son muchos los intereses en juego y variadas las necesidades a atender. Conjugarse unas y otras es tarea que requiere un margen flexible de maniobra. Sin embargo, esto no significa dilación temporal indeterminada. Ni, tampoco, que toda la tutela quede en manos del Poder Legislativo. El mandato general a los poderes públicos y la definición clara del objetivo permite, en

ausencia de una tarea normativa eficaz, la utilización de otros instrumentos. Permite, por ejemplo, que los Tribunales tutelen efectivamente unos derechos de los que el artículo 49 de la Constitución no es más que un recuerdo específico, pero que se ven avalados por el conjunto de los derechos generales que derivan del resto de los preceptos constitucionales y, muy concretamente, de aquellos que derivan de los artículos 9.2 y 14. Y no sólo permite, sino que exige a la Administración el control de los mecanismos protectores de los que la propia sociedad se ha dotado.

(2) Ahora bien: para conseguir que los instrumentos públicos de intervención tengan éxito es necesario definir correctamente el colectivo al que estos se dirigen. Y no parece que a ello contribuya eficazmente la duplicidad subjetiva existente en el Derecho español. Constatada la alteración psicofísica (deficiencia) y su repercusión funcional (discapacidad), lo importante es saber cuánto y de qué modo provoca esta situación una desventaja social al individuo (minusvalía). Otra cosa será qué medios deban interponerse para salvar las dificultades o qué prestaciones corresponden a cada una (contributivas o no). Una discapacidad puede ser más o menos perjudicial según las circunstancias individuales de la persona y sociales de su entorno, pero no en virtud de que haya contribuido más o menos al sistema de la Seguridad Social.

No parece razonable que dos personas cuyas discapacidades sean idénticas pueden obtener calificaciones diferentes según su vida contributiva. Quizás sea más sensato llegar a un único procedimiento de calificación, en el que tengan cabida todas las posibles situaciones de discapacidad. Una vez constatada, el paso siguiente sería concretar sus repercusiones, las desventajas que la misma induce, en función de las circunstancias de cada sujeto. Y, llegado este punto, definir qué medios son necesarios para impedir sus repercusiones negativas o, si esto no es posible, para reponer la normalidad.

(3) Desde esta perspectiva, es cierto que la valoración de los instrumentos que potencian la integración laboral de las personas con discapacidad presenta, en términos teóricos, un balance positivo. Aunque la baja ocupación del colectivo parece presentar, en la práctica, un resultado diferente. Las recientes actualizaciones de su régimen jurídico, junto con la necesaria labor de concienciación social, contribuirán sin duda a revertir esta situación. Pero este proceso no es más que el inicio de una normativa que se ha ido quedando desfasada con respecto a las necesidades contemporáneas.

(4) En primer lugar, por lo que respecta a los incentivos económicos de fomento del empleo, la reciente puesta al día de las

cantidades que se otorgan por contrato de trabajo realizado es positiva, pero insuficiente. Opinión idéntica a la que puede ofrecerse de las ayudas reservadas a las adaptaciones de puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal.

(5) En segundo lugar, la práctica aplicativa de medidas como la reserva de empleo ha demostrado lo lejos que queda su eficacia de sus posibilidades potenciales. Indudablemente, a ello ha contribuido la ausencia de una eficaz labor administrativa de control en la exigencia de su cumplimiento. Su nueva regulación viene a suponer un avance importante, tanto por el número de empresas que van a verse obligadas, como por la flexibilidad que supone en orden a su aplicación. Es de esperar que suponga también un nuevo impulso que anime a la Administración a exigir su cumplimiento.

(6) Los problemas, una vez iniciada la relación laboral, adquieren un cariz diferente, estableciendo el Ordenamiento dos líneas claramente definidas de tratamiento de las repercusiones de la discapacidad en el trabajo.

Unas veces, manteniendo al trabajador en el empleo cuando su alteración psicofísica repercute parcialmente en su rendimiento productivo. Así, siempre y cuando la alteración no dé lugar a una incapacidad permanente de grado superior a la parcial, la posibilidad extintiva se ve enervada por fórmulas de mantenimiento en el empleo que vinculan obligatoriamente a la empresa a la que el trabajador está contractualmente unido. Ello significa que el empleador asume como propias las distorsiones que estas situaciones puedan provocar en sus expectativas contractuales iniciales.

Otras, posibilitando la finalización del vínculo contractual cuando se estima que las disfunciones contractuales alcanzan un grado suficientemente elevado. En los términos conceptuales existentes, esto significa que la posibilidad extintiva está abierta desde el momento en que al trabajador le haya sido declarada una incapacidad permanente total o absoluta, echándose en falta medidas de preferencia que impidan la expulsión allá donde sea posible.

Sin embargo, en esta secuencia se observa una ruptura, que se encuentra precisamente allá donde la repercusión laboral de la discapacidad adquiere un menor nivel. Es decir, en aquellos supuestos en los que la disminución en el rendimiento no alcanza, siquiera, un tercio de la capacidad productiva. El Ordenamiento jurídico-laboral ha querido, a través del artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, proteger estas situaciones. Lógico, partiendo de la base de que también lo hace con repercusiones de mayor intensidad como la incapacidad permanente parcial. No obstante, la permisibi-

lidad judicial ha provocado la ineficacia de dicho precepto, validando para estos supuestos la posibilidad de extinguir el contrato por ineptitud *ex* artículo 52 del ET. El planteamiento, llegado a este punto, no va más allá de solicitar el cumplimiento de las previsiones legales, invalidando por tanto la incorrecta utilización de esta opción extintiva.

(7) No obstante, aquellas medidas de mantenimiento/exclusión en el empleo se regulan de un modo lineal, sin tener en cuenta las peculiaridades de los sujetos implicados. En efecto, su operatividad actúa con independencia a la valoración de las circunstancias del propio trabajador y de la empresa, lo que impide equilibrar la relación de la discapacidad con el trabajo. En este sentido, a la hora de consentir la puesta en marcha de una figura que mantenga o excluya del empleo al trabajador, quizás sería aconsejable incorporar nuevos aspectos. De un lado, tomando en cuenta la capacidad residual de trabajo de la persona, cerciorándose de sus posibilidades reales para asumir su tarea u otras diferentes. De otro, valorando si la empresa posee la capacidad suficiente para asumir las modificaciones contractuales, ya sea desde el punto de vista económico, ya desde el productivo, ya desde su vinculación a entes empresariales mayores.

La entrada de estos elementos permite moldear el nivel que se exige a las empresas en la parcela que las normas jurídicas le atribuyen en la defensa de los trabajadores con discapacidad. La aplicación del artículo 20.3 ET se hace, de este modo, más sencilla. Impedir la ineptitud, exigiendo al empresario que asuma las posibles disfuncionalidades productivas no parece tan traumático si, primero, se constatan las posibilidades de ambas partes para asumir las nuevas circunstancias. Y, segundo, si a ello se acompañan los medios precisos que nivelen los desequilibrios productivos o económicos que ello pudiera causar.

Y lo mismo ocurre con las posibilidades extintivas. La recolocación en la empresa del trabajador declarado como incapacitado permanente total o absoluto es posible si así se ha pactado o la empresa voluntariamente lo decide. Igual debería serlo, legalmente, si se prueba la habilidad laboral del trabajador para asumir nuevas tareas y la capacidad de la empresa o grupo para recolocarlo, haciendo fracasar en estos casos la opción extintiva. Como es lógico, se hace necesario aquí una reforma del Estatuto de los Trabajadores que permite, ahora, poner fin de manera automática al contrato de trabajo en esos casos.

(8) No obstante, esta modificación del régimen extintivo del artículo 49 del ET no debería venir sola. Debería ir acompañada de

una sustancial modificación del régimen de prestaciones económicas aparejadas a la incapacidad permanente. Lo que se propone es graduar las pensiones en cantidad y duración en virtud de las necesidades reales de cada beneficiario. Ello permite, de un lado, que dichos recursos económicos puedan destinarse a compensar proporcionalmente a la empresa que se ha visto forzada a la recolocación de su trabajador. De otro, aligerar los costes del sistema de Seguridad Social, al seguir manteniendo como activa o semiactiva a aquellas personas que de otro modo terminan por convertirse en sujetos pasivos.

(9) Por último, una referencia al trabajo especial. El Derecho español ha articulado un sistema de trabajo especial constreñido a los Centros Especiales de Empleo. Sin embargo, puede ser útil la utilización de otras fórmulas más abiertas, como los enclaves de trabajo, el trabajo con apoyo u otros, que se desarrollan en empresas ordinarias. Ello puede facilitar la incorporación al trabajo ordinario, que es, al fin y al cabo, el objetivo de todo el sistema.

BIBLIOGRAFÍA

AGUDO RIAZA

«Formación para el empleo de las personas con discapacidad», en *La situación del empleo de las personas con discapacidad en España. Propuestas para su reactivación*, AA.VV., Escuela Libre Editorial, Madrid 1998.

ALARCÓN CARACUEL y GONZÁLEZ ORTEGA

(1991) *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, 1991.

(1998) *Los principios de organización de las pensiones públicas*, Ponencia al IX Congreso de la AEDTSS, Sevilla 1998 (ejemplar fotocopiado).

ALBIOL MONTESINOS

(1987) «El derecho de reincorporación a la empresa del inválido recuperado», *R.L.* 12/1987.

(1997) «El RDL 8/1997 y el Acuerdo Interconfederal sobre Estabilidad en el Empleo», en *La Reforma Laboral de 1997*, AA.VV., Tirant lo Blanch, Valencia 1997.

ALBIOL MONTESINOS, ALFONSO MELLADO, BLASCO PELLICER, y GOERLICH PESET (1996) *Derecho Procesal Laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996.

ALBIOL MONTESINOS y BLAT GIMENO

«La invalidez permanente total extingue el contrato de trabajo. Efectos laborales de la posterior recuperación. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 10 de septiembre de 1986)», *A.L.* 5/1986.

ALBIOL MONTESINOS y otros

Nueva regulación de las relaciones de trabajo, Valencia 1977.

ALFONSO MELLADO

«Comentarios a la STC 173/1994: La protección frente a las discriminaciones en el empleo», *P.J.* 35/1994.

ALÍA RAMOS y MONTANÉ MERINERO

Clasificación profesional y movilidad en el trabajo, CISS 1995.

ALMANSA PASTOR

Derecho de la Seguridad Social, Tecnos, 1991.

ALONSO GARCÍA

(1983) «El principio de igualdad en el artículo 14 de la Constitución», R.A.P. 100/1983.

(1987) «Discriminación de los trabajadores no fijos de plantilla. Confirmación de la doctrina de los Tribunales de instancia sin que sea susceptible de recurso de amparo una interpretación amplia del artículo 14 de la Constitución», R.E.D.T. 29/1987.

(1991) «La invalidez permanente absoluta y el artículo 138.2 de la Ley General de la Seguridad Social», R.E.D.T. 46/1991.

(1997) *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, Civitas, 1997.

(1998) «La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo», T.S. 91/1998.

ALONSO OLEA

(1958) *El despido*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1958.

(1959) *Instituciones de Seguridad Social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1959.

(1960) «Hecho y derecho en la calificación de incapacidades», R.T. 3/1960.

(1963) *Sobre los principios cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social*, ARIEL, Barcelona 1963.

(1974) *Derecho del Trabajo* 3ª ed., Universidad Complutense, 1974.

(1987) «Sobre la acción afirmativa en cuanto a las condiciones de trabajo de la mujer», R.E.D.T. 30/1987.

ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE

Derecho del Trabajo 13ª ed., U.C.M., 1993.

ALONSO OLEA y CÉSAR MIÑAMBRES

Derecho procesal del Trabajo 7ª ed., Civitas, 1994.

ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA

Instituciones de Seguridad Social 14ª ed., Civitas, 1995.

ÁLVAREZ DE LA ROSA

(1982) *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Civitas, 1982.

(1987 I-II) «La regulación especial del trabajo de los minusválidos (I y II)», R.L. 10-11/1987.

(1995) «Incapacidad temporal y maternidad», T.S. 53/1995

(1996) «Incapacidad temporal e invalidez permanente en el proceso laboral», T.S. 61/1996.

(1997) «La incapacidad permanente», en *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch 1997.

APARICIO TOVAR y GONZÁLEZ ORTEGA

«La Ley de prevención de Riesgos Laborales», *R.L.* 3/1996.

APILLUELO MARTÍN

«A modo sistemático: el nuevo régimen jurídico de la incapacidad temporal y de la maternidad», *La Incapacidad Temporal*, AA.VV., Tecnos, 1996.

ARAMENDI SÁNCHEZ

Problemas sustantivos y procesales adyacentes al enjuiciamiento de los despidos por causas económicas», *D.L.* 48 /1996.

AZNAR LÓPEZ

(1976) «La protección dinámica de la minusvalía en la Seguridad Social española», *R.T.* 53/1976.

(1982) «Introducción al empleo de personas con minusvalía. Tendencias internacionales», en *Acceso al empleo público de las personas con minusvalía*, Ministerio de Asuntos Sociales, Real Patronato de Prevención y Atención a las Personas con Minusvalía, Documento 13/92, Madrid 1992.

(1996) «El Defensor del Pueblo y los derechos de las personas con discapacidad», *B.R.P.* 35/1996.

AZNAR LÓPEZ, AZÚA BERRA y NIÑO SÁEZ

Integración Social de los Minusválidos -Comentarios a la Ley 13/1982, de 7 de abril-, MTSS, Madrid 1982.

BALLESTER HAYS

«El inválido dentro de la nueva Ley española de Seguridad Social», *R.I.S.S.* 6/1964.

BALLESTER PASTOR

(1994) *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia 1994.

(1996) *El período de prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996.

BALLESTEROS

Postmodernidad: decadencia o resistencia, Tecnos, 1989.

BALLESTRERO

«La Ley italiana sobre acciones positivas. Una primera lectura», *R.L.* 3-4/1993.

BANDERA GALLEGO

«El procedimiento administrativo de declaración de invalidez en el Real Decreto 1300/1995 de 21 de julio», *R.L.* 21/1995.

BARASI

Diritto del Lavoro, Milán 1949.

BARBERA

«Discriminazione indirette e azione positive: Riflessioni comparate del caso nordamericano», *RJLPS* 12/1984.

BARREIRO GONZÁLEZ

Diligencia y negligencia en el cumplimiento, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1981.

BAYLOS GRAU, CRUZ VILLALÓN y FERNÁNDEZ LÓPEZ

Instituciones de Derecho Procesal Laboral, Trotta, 1995.

BENITO RUIZ

«El acceso al empleo de personas con minusvalía en régimen funcional», en *Acceso al empleo público de las personas con minusvalía*, MAS, Madrid 1992.

BLASCO LAHOZ

(1991) «La nueva pensión de invalidez, en su modalidad no contributiva», *Revista de Treball* 15/1991.

(1992) «La «protección asistencial», un concepto inexistente en el ordenamiento jurídico español», *A.L.* 36/1992.

(1997) *La Reforma de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997.

BLASCO LAHOZ, LÓPEZ GANDÍA y MOMPALER CARRASCO

Curso de Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia 1998.

BLASCO PELLICER

La individualización de las Relaciones Laborales, C.E.S.1995.

BLASCO SEGURA

El despido nulo en el Derecho del Trabajo español. Referencia a la STC de 23 de noviembre de 1981», *III Coloquio de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Jaca 1982.

BORRAJO DACRUZ

(1956) «Derecho al empleo y Seguridad Social del trabajador incapacitado por accidente de trabajo», *R.I.S.S.*1/1956.

(1962) *Estudios jurídicos de Previsión social*, Aguilar, Madrid 1962.

(1964) «La integración de las situaciones de invalidez en la Ley de Bases de la Seguridad Social y su aplicación en el Derecho comparado», *R.P.S.* enero-marzo/1964.

(1969) «La capacidad para contratar la prestación de servicios», *R.D.N.* II/1969.

BORDENAVE y VÁSQUEZ FLORES

«Recurso de casación para unificación de doctrina y recurso de amparo. Discriminación por razón de embarazo», *R.E.D.T.* 76/1996.

BRIONES GONZÁLEZ

La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, M.T.S.S. 1995.

CABAÑAS GARCÍA

«La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales de orden social», *D.L.* 42/1994.

CABRA DE LUNA

(1998-1) «La promoción del empleo de las personas con discapacidad: una perspectiva de Derecho Comparado», en *La situación del empleo de las personas con discapacidad en España. Propuestas para su reactivación*, AA.VV., Escuela Libre Editorial, Madrid 1998.

(1998-2) *Un giro en la política de empleo de discapacitados: el Plan CERMI, estado de situación y perspectivas*, Conferencia pronunciada en el Seminario «Discapacidad y Mercado Laboral», UIMP-Valencia, 23-27 de noviembre de 1998 (ejemplar fotocopiado).

CALATAYUD SARTHOU y CORTÉS VIZCAINO

Lecciones de salud laboral, Tirant lo Blanch, Valencia 1993.

CAMPS RUIZ

(1987) «Relaciones laborales de carácter especial», en *Comentarios a las leyes laborales (el ET)*, Tomo II-vol 1º, Edersa, 1987.

(1994) «La responsabilidad empresarial en los grupos de sociedades», *T.S.* 48/1994.

(1997) «Los incentivos en materia de Seguridad Social para el fomento del empleo de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo», en *La Reforma Laboral de 1997*, AA.VV., Tirant lo Blanch, Valencia 1997.

CARRO IGELMO

El despido justo, Bosch, 1957.

CASADO PÉREZ

(1991) *Panorámica de la discapacidad*, Intress, 1991.

(1993) «El Programa de Acción Mundial para las personas con discapacidad y la Ley de Integración Social de los Minusválidos», en *La integración social de los minusválidos*, AA.VV., Escuela Libre Editorial, Madrid 1993.

CASAS BAAMONDE

«Igualdad en la aplicación de ley desigual y discriminación de la mujer», *R.E.D.T.* 54/1992.

CASAS BAAMONDE y PALOMEQUE LÓPEZ

«La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento del empleo», en *La reforma del mercado de trabajo*, AA.VV., La Ley, 1994.

C.E.R.M.I.

«Informe sobre el plan para la reactivación del empleo de las personas con discapacidad del 13 de mayo de 1994», R.T.S.S. octubre-diciembre/1994.

C.E.S.

(1995) *Informe sobre la situación del empleo de las personas con discapacidad y propuesta para su reactivación*, CBS, Madrid 1995.

(1996) «Dictamen 8/1996 sobre el Anteproyecto de Ley de Consolidación y de Racionalización del sistema de la Seguridad Social», C.E.S. 1996.

CHARROALDE y TORRES

«La intermediación laboral de discapacitados», en *La situación del empleo de las personas con discapacidad en España. Propuestas para su reactivación*, AA.VV., Escuela Libre Editorial, Madrid 1998

COLINA ROBLEDO, RAMÍREZ MARTÍNEZ y SALA FRANCO

Derecho social comunitario, Tirant lo Blanch, Valencia 1995.

CROS-COURTIAL

«Les obligations patronales à l'égard des handicapés après la loi du 10 juillet 1987», D.S. 7-8/1988.

CRUZ VILLALÓN

«El nuevo régimen jurídico de la colocación de trabajadores», T.L. 32/1994.

D.A.S.A.

«La solicitud de ayudas públicas a la contratación laboral y el sometimiento del contrato de trabajo a condición», R.L. 14/1987.

DE LA PEÑA GARRIDO

«Un avance en la integración social de las personas con minusvalía: los centros ocupacionales pueden participar en el mercado», L.L. 1993-4.

DE LA PUEBLA PINILLA

«Igualdad y discriminación en el ejercicio del poder disciplinario», R.L. vol. II/1994.

DE LA VILLA GIL

(1994) «Las prestaciones rehabilitadoras en la Ley de Bases de la Seguridad Social. Régimen jurídico», R.P.S. 61/1994.

(1995) «La regulación del empleo de los minusválidos. Esquema para un estudio», T.S. 55/1995.

DE LA VILLA GIL y DESDENTADO BONETE

Manual de Seguridad Social, Aranzadi, 1979.

DE LA VILLA GIL y SAGARDOY BENGOCHEA

Derecho al trabajo de las personas con minusvalía, R.P.A.P.M. documento 10/1987.

DE LORENZO

(1994) *El cambio necesario en la política de formación y empleo para minusválidos*, Ponencia presentada en el Club Siglo XXI el 21 de marzo de 1994.

(1998) «El CERMI y el Plan de medidas urgentes para la promoción del empleo de las personas con discapacidad», en *La situación del empleo de las personas con discapacidad en España. Propuestas para su reactivación*, AA.VV., Escuela Libre Editorial, Madrid 1998.

DE OTTO

Derecho constitucional (sistema de fuentes), Ariel, Barcelona 1993.

DEL REY GUANTER

La dimensión de la empresa en la reforma de la legislación laboral de 1994, Tirant lo Blanch, Valencia 1995.

DESDENTADO BONETE

(1985) «La reforma del régimen de pensiones y su conexión con los niveles no contributivos de protección. Algunas reflexiones sobre el proyecto de Ley de Medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social», R.S.S. 25/1985.

(1997) «La protección de la incapacidad permanente en la Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social», RMTAS 4/1997.

DESDENTADO BONETE y TEJERINA ALONSO

«El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción», T.S. 44-45/1994.

DEVEALI

«El concepto de invalidez en el campo de la previsión social», D.T. 1963.

DÍEZ-PICAZO

«La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español», R.G.D. 199/1975.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN

Sistema de Derecho Civil 7ª ed., Tecnos, 1989.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ

«Las subvenciones al empleo: una aproximación teórica a sus efectos económicos», R.T. 87/1987.

DOMÍNGUEZ MOLINER

Derecho Laboral y de la Seguridad Social, C.E.R.A., 1993.

DOYLE

«Employments rights, equal opportunities and disabled persons: the ingredients of reform», en *Industrial Law Journal* vol. 22-2/1993.

DUEÑAS HERRERO

(1996-1) «La contingencia de Incapacidad (Laboral) Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social», *R.L.* 4/1996.

(1996-2) «La contingencia de incapacidad (laboral) temporal», en *La incapacidad temporal*, AA.VV., Tecnos, 1996.

EMBRID IRUJO

«Los grupos de sociedades en el Derecho Español del Trabajo», *T.S.* 48/1994.

ESCUDERO RODRÍGUEZ

(1991-1) «Una norma de envergadura: La Ley de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social», *R.L.* 4/1991.

(1991-2) «El desarrollo reglamentario de la Ley de Prestaciones no Contributivas», *L.L.* 1991.

ESCUDERO RODRÍGUEZ y PALOMO BALDA

«Novedades de la Ley 42/1994: en especial, en materia de contratos de fomento del empleo y a tiempo parcial, incapacidad temporal, maternidad e invalidez permanente», *R.L.* 6/1995.

ESTEBAN LEGARRETA

(1996) «Incidencia de la reforma de la incapacidad temporal en la suspensión del contrato de trabajo», *La incapacidad temporal*, AA.VV., Tecnos, 1996.

(1998) «La relación laboral especial de los minusválidos», *T.S.* 91/1998.

EUGENIO BLANCO

«Identificación terminológica y características del sujeto protegido en la Ley de Bases de Seguridad Social», *R.I.S.S.* 2/1964.

FARGAS FERNÁNDEZ

«Acotaciones a la técnica legislativa empleada en la Ley 26/1990», en *X Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo*, AA.VV., Trotta, 1992.

FAURA VENTOSA y GARCÍA DE CÁRDENAS

«El papel de la economía social en la reactivación del empleo de las personas con discapacidad», en *La situación del empleo de las personas con*

discapacidad en España. Propuestas para su reactivación, AA.VV., Escuela Libre Editorial, Madrid 1998.

FERNÁNDEZ LÓPEZ

«La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional», en *Constitución y Derecho del Trabajo*, Marcial Pons, 1992.

FERNÁNDEZ MARCOS

(1995-1) *Derecho Individual del Trabajo*, U.N.E.D. 1995

(1995-2) «La autonomía del derecho a la seguridad e higiene», *A.L.* 39/1995.

FERNÁNDEZ PRATS

«La nueva regulación de la incapacidad temporal y su duración», en *La incapacidad temporal*, AA.VV., Tecnos, 1996.

FITA ORTEGA

(1997-1) *La pequeña y mediana empresa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997.

(1997-2) *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch., Valencia 1997.

GAETA

«Teletrabajo y Derecho: la experiencia italiana», *D.L.* 49/1996.

GALLANA MORENO

«Despido selectivo y discriminación (comentario a la STC 21/1992, de 14 de febrero)», *R.E.D.T.* 61/1993.

GÁLVEZ MONTÉS

Comentarios a la Constitución, 2ª Ed. Ampliada, Civitas, 1985.

GÁRATE CASTRO

(1984) *El rendimiento en la prestación de trabajo*, Civitas, 1984.

(1989) «La disminución continuada y voluntaria del rendimiento de trabajo normal o pactado», *ACARL* 1989.

(1997) «Algunas coordenadas de la proyectada reforma de la protección por jubilación e invalidez permanente», *T.S.* 78/1997.

GARCÍA DÍEZ

«Nuevo concepto de empleo protegido en la UE», *Minusval* 106/1997.

GARCÍA ETCHEGOYHEN

«La discapacidad en el año 2000», *B.R.P.* 33/1996.

GARCÍA FERNÁNDEZ

«Autonomía individual y principio de igualdad en la colocación y ascenso en la empresa», *A.L.* 4/1996.

GARCÍA MARTÍN

- (1993) «El proceso de rehabilitación. Diagnóstico y valoración de las minusvalías», en *La integración social de los minusválidos*, Escuela Libre Editorial, Madrid 1993.
- (1996) «Derecho y equiparación de oportunidades», *Minusval* 102/1996.

GARCÍA MURCIA

- (1985) «Las preferencias de empleo en los convenios colectivos y el principio de no discriminación», en *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, MTSS 1985.
- (1986) «La integración laboral del minusválido: líneas básicas de nuestro ordenamiento», *T.L.* 7/1986.
- (1995) «Las modificaciones en el régimen jurídico de la invalidez permanente», *R.L.* I/1995.

GARCÍA NINET

- (1980) «La revisión de la invalidez en el Régimen General y en el Régimen Especial de la Seguridad Social de la Minería del Carbón», *J.S.S.* Vol. IV, 4/1980.
- (1991-1) «En torno a la gran invalidez. Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales del concepto, con especial referencia a la ceguera», *T.S.* 5/1991.
- (1991-2) «La invalidez anterior a la afiliación y/o alta: efectos», *T.S.* 10/1991.
- (1993) «La invalidez permanente total de los empleados de hogar y su período de carencia. (Consideraciones y propuestas al hilo de la Sentencia 268/1993, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, de 20 de septiembre de 1993)», *T.S.* 35/1993.
- (1995) «Notas sobre los períodos de observación y diagnóstico y obligaciones especiales en caso de enfermedad profesional», *T.S.* 53/1995.
- (1996-1) «La incapacidad temporal», en *La incapacidad temporal*, AA.VV., Tecnos, 1996.
- (1996-2) «En torno a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (II)», *T.S.* 62/1996.

GARCÍA ORTEGA

- (1992) «Prestaciones no contributivas de la Seguridad Social», en *X Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del trabajo*, AA.VV., Trotta, 1992.
- (1994) «Imputación de responsabilidades en materia de incapacidad laboral temporal», *T.S.* 44-45/1994.

GARCÍA PIQUERAS

- «Los contratos temporales», en *El empleo incentivado*, Comares, Granada 1993.

GARCÍA VISO

«La traducción española de los términos relacionados con la discapacidad en los textos de Naciones Unidas, B.R.P. 28/1994.

GAVALDÁ I CASAT

«Política autonómica en el empleo de las personas con discapacidad», en *La situación del empleo de las personas con discapacidad en España. Propuestas para su reactivación*, AA.VV., Escuela Libre Editorial, Madrid 1998.

GOERLICH PESET

(1994) «Los despidos colectivos», *Comentarios a las Leyes Laborales*, Edersa, 1994.

(1996-1) «La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo», *T.S.* 61/1996.

(1996-2) «La protección de la incapacidad: algunos puntos críticos de la doctrina jurisprudencial unificada», *A.L.* 31/1996.

(1999) «La reforma de la incapacidad permanente», en *La reforma de las pensiones de 1997*, AA.VV., Marcial Pons, 1999.

GÓMEZ GÓMEZ

«El empleo en el Plan de Acción», *Minusval* 106/1997.

GONZÁLEZ LABRADA

«La Ley de Prevención de Riesgos Laborales y la obligación contractual de seguridad e higiene», *A.L.* 7/1996.

GONZÁLEZ ORTEGA

(1980) «La ineptitud como causa de despido y su relación con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral», *R.P.S.* 127/1980.

(1986) «Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y calificación», *T.L.* 7/1986.

(1992) «Prestaciones no contributivas de la Seguridad Social», en *X Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo*, AA.VV., Trotta, 1992.

(1996) *Gestión de la Prevención en las Empresas (Derechos, obligaciones y responsabilidades)* Vol. II, Cinco Días, 1996.

GONZALO DIÉGUEZ

Lecciones de Derecho del Trabajo 3ª ed., Civitas, 1991.

GONZALO GONZÁLEZ

(1989) «Las pensiones no contributivas en Europa», *D.L.* 27-28/1989.

(1996-1) «El principio de igualdad y la excepción de la discriminación inversa», *R.L.* 12/1996.

(1996-2) «El debate actual para la reforma de las pensiones», *T.L.* 40/1996.

GOÑI SEIN

«La ineptitud del trabajador como causa de despido», *R.E.D.T.* 11/1992.

GORELLI HERNÁNDEZ

«Principales problemas interpretativos en torno a la revisión, por agravación o mejoría, de la invalidez permanente», *A.L.* 42/1995.

HURTADO GONZÁLEZ

(1992) «Prestaciones no contributivas de Seguridad Social y prestaciones de asistencia social», en *X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, AA.VV., Trotta, 1992.

(1995) «Seguridad Social versus protección social», *A.L.* 13/1995.

INTERNATIONAL CENTER FOR DISABLED

The ICD survey II employing disabled americans, I.C.D., Nueva York 1987.

JAVILIER

Droit du Travail, París 1992.

JIMÉNEZ LARA

«El impacto de las nuevas tecnologías en el empleo de las personas con discapacidad», en *La situación del empleo de las personas con discapacidad en España. Propuestas para su reactivación*, AA.VV., Escuela Libre Editorial, Madrid 1998.

JUÁNIZ MAYA

«La calificación y revisión de la invalidez permanente en el sistema español de Seguridad Social», *A.S.* II/1993.

LACAMBRA CALVET

«Sobre la legitimación del empresario en los procesos de Seguridad Social relativos a invalidez permanente», *R.E.D.T.* mayo-junio/1994.

LAWRENCE

«Self-concept formation and physical handicap: some educational implications for integration», en *Disability, Handicap and Society*, Vol. 6, nº 2, p. 140.

LEONÉS SALIDO

«¿Es compatible el cobro de la pensión de invalidez permanente con la realización de un trabajo?», *R.L.* I/1993.

LÓPEZ GANDÍA

(1980) «El régimen jurídico del empleo y los programas de fomento del empleo en España (Introducción al estudio de las relaciones entre política laboral y política de empleo)», *R.T.* 59-60/1980.

- (1981) «La protección de grupos específicos de trabajadores entre Seguridad Social y fomento del empleo», *R.S.S.* 12/1981.
- (1984) «La dimensión de la empresa y el derecho del trabajo (notas para un estudio)», *Estudios en homenaje al profesor Diego Sevilla Andrés. Historia, Política y Derecho* (Tomo I), Universidad de Valencia, 1984.
- (1998) «Las prestaciones de incapacidad permanente tras la Ley 24/1997 de Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social», (ejemplar fotocopiado, en prensa).

LÓPEZ MORA

La política de empleo, su sistema de fuentes y su proceso de aplicación, Ejercicio de oposición, inédito, Valencia 1994.

LÓPEZ TARRUELLA y VIQUEIRA PÉREZ

El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo. Civitas, 1991.

LOUSADA AROCHENA

«Medidas laborales de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre: comentarios de urgencia», *A.L.* 16-17/1995.

LYON-CAEN, PELISSIER y SUPLOT

Droit du Travail 17ª ed., París 1994.

LLEÓ CASANOVA

El derecho a la formación profesional. Facultades jurídicas para su satisfacción, Trabajo de investigación, inédito, Valencia 1994.

LLUIS Y NAVAS

«El concepto jurídico de invalidez laboral», *R.I.S.S.* 2/1976.

MADRIGAL

«Política social y servicios sociales en la Unión Europea», en *Administración social: servicios de bienestar social*, AA.VV. (dirigido por ALEMÁN BRACHO y GARCÉS FERRER), Siglo Veintiuno Editores, 1996.

MARAVALL GÓMEZ

«Política social y discapacidad», *Minusval* 102/1996.

MARÍN CORREA

«Congruencia «temporal» con la reclamación previa en materia de Seguridad Social. La calificación de invalidez», *A.L.* 26/1992.

MARTÍN DE HIJAS

(1995) «Notas a la STSJ Castilla-La Mancha de 28 de abril de 1995», *A.L.* 41/1995.

(1996) «Libertad empresarial y principio de igualdad en el ejercicio de las facultades disciplinarias en la empresa», *A.L.* 4/1996.

MARTÍN FLÓREZ

«Outsourcing y teletrabajo: Consideraciones jurídico-laborales sobre nuevos sistemas de organización del trabajo», *R.E.D.T.* mayo-junio/1995.

MARTÍN VALVERDE

(1976) *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Montecorvo, 1976.

(1980) «Pleno empleo, derecho del trabajo y deber de trabajar en la Constitución Española», en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEC, Madrid 1980.

(1985) «Estado social y no discriminación en las relaciones de trabajo», en *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, AA.VV., MTSS, 1985.

(1998) «Prólogo», *Derechos fundamentales y contrato de trabajo*, Comares, 1998.

MARTÍN VALVERDE y otros

Derecho del Trabajo, 4ª Ed., Tecnos, 1995.

MARTÍNEZ BARROSO

«Una reforma inacabada: la incapacidad permanente», *RTSS-EF* 184/1998.

MARTÍNEZ GIRÓN

(1984-1) «El precontrato de trabajo: límites normativos y práctica judicial», *A.L.* 42/1984.

(1984-2) «El precontrato de trabajo en la jurisprudencia», *R.E.D.T.* 1984.

(1992) «La determinación de la fecha del hecho causante de la invalidez absoluta por enfermedad común, cuestión de mera legalidad ordinaria», *R.E.D.T.* 52/1992.

MARTÍNEZ PÉREZ-MENDAÑA

«La no declaración de invalidez permanente cuando no se acrediten los demás requisitos para causar derecho a prestación económica», *R.T.S.S.* julio-septiembre/1992.

MARTÍNEZ ROMÁN

«Bienestar social de las personas con discapacidad», en *Bienestar social y necesidades especiales*, AA.VV., Tirant lo Blanch,, Valencia 1996.

MÉNDEZ MARTÍNEZ

«El papel de las Administraciones Públicas en el fomento del empleo de las personas con discapacidad», en *La situación del empleo de las personas con discapacidad en España. Propuestas para su reactivación*, AA.VV., Escuela Libre Editorial, Madrid 1998.

MENKEN

«The place of the handicapped person in society from the viewpoint of the new trends in vocational legislation», en *Report of the international expert meeting on legislation for equalization of opportunities for people with disabilities, 2-6 June 1986*, Rehabilitation International, Viena 1987.

MONEREO PÉREZ

La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales. Tirant lo Blanch, Valencia 1996.

MONTERO AROCA

Introducción al Proceso Laboral 3ª ed., J.M. Bosch, Editor, 1996.

MONTOYA MELGAR

(1979) *Derecho del Trabajo* 3ª ed., Tecnos, 1979.

(1985) «Dirección y control de la actividad laboral», *Comentarios a las leyes laborales*, Tomo V, Edersa, 1985.

(1995) *Derecho del Trabajo* 16ª ed., Tecnos, 1995.

MONTOYA MELGAR, GALIANA MORENO, SEMPERE NAVARRO y RÍOS SALMERÓN

Curso de procedimiento Laboral 4ª ed., Tecnos, 1995.

MONTOYA MELGAR y PIZÁ GRANADOS

Curso de seguridad y salud en el trabajo, McGraw-Hill 1996.

MUÑOZ MACHADO

(1983) «La crisis del estado del bienestar y la cuestión de la reversibilidad de los derechos sociales: el caso de los minusválidos», en *La integración social de los minusválidos*, AA.VV., Escuela Libre Editorial, Madrid 1993.

(1989) «Introducción», *Código de las minusvalías*, LA LEY 1989.

MUÑOZ MACHADO, GARCÍA DELGADO y GONZÁLEZ SEARA

Las estructuras del bienestar. Derecho, economía y sociedad en España, Civitas, 1997.

NAVARRO DOMENICHELLI

«La inserción normalizada en el trabajo de las personas con minusvalías», en *La integración social de los minusválidos*, AA.VV., Escuela Libre Editorial 1993.

NORES TORRES

«Contratos temporales y prohibición de la discriminación sexual (a propósito de la STC 173/1994, de 7 de junio)», *T.S.* 66/1996.

NÚÑEZ GONZÁLEZ

(1995) «La discriminación por razón de la minusvalía en el ordenamiento jurídico-laboral estadounidense», *RTSS* 18/1995.

- (1999) *La evaluación de los riesgos derivados del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
 (1999) «La nueva configuración de la reserva de empleo para personas con discapacidad», *A.L.* 11/1999.

OIT

- (1972) *Adaptación de empleos para inválidos*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra 1972.
 (1981) *Glosario de rehabilitación profesional y empleo de los incapacitados*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra 1981.
 (1982-1) *Informe VI (1) de la 68ª Reunión de la C.I.T.*, Ginebra 1982.
 (1982-2) *Informe IV (1)*, Ginebra 1982.
 (1983) *Informe IV de la C.I.T., LXL Reunión, 1983, sobre readaptación profesional*, OIT, Ginebra 1983.
 (1984-1) *Normas internacionales del trabajo sobre readaptación profesional. Directrices para su aplicación*, OIT, Ginebra 1984.
 (1984-2) *Centro de evaluación de aptitudes y preparación de inválidos para el trabajo*, OIT, Ginebra 1984.
 (1998-1) *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, OIT, Ginebra 1998.
 (1998-2) *Comunicado de la Conferencia de Washington*, Documento de la OIT/98/19.
 (1998-3) *Informe sobre la aplicación del Convenio 159 y la Recomendación 168 de la OIT, 86ª CIT*, Ginebra 1998.

O.N.U.

- (1987) *Incapacidad, situación, estrategias y políticas*, ONU, Nueva York 1987.
 (1989) *Informe sobre legislaciones nacionales para la equiparación de oportunidades de las personas con discapacidades: ejemplo de 22 países y regiones*, ONU, Nueva York 1989.

OLIET GIL

- «Declaración de los grados de invalidez y su revisión jurisdiccional», *A.L.* 22/1987.

OJEDA AVILÉS

- «El concepto legal de invalidez en el régimen general de la Seguridad Social», *R.P.S.* 109/1976.

ORTIZ LALLANA

- (1985) *La extinción del contrato por imposibilidad física del cumplimiento*, MTSS 1985.
 (1989) «Extinción del contrato de trabajo en los supuestos de incapacidad física o jurídica», *Comentarios a las Leyes Laborales*, Edersa, 1989.

PALOMEQUE LÓPEZ

- (1983) *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Civitas, 1983.
 (1985-1) «El derecho constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo»

- jo», en *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del trabajo*, AA.VV., MTSS, 1985.
- (1985-2) *La política de empleo en España (1977-1982). Un quinquenio de política centrista ante la crisis económica*, IELSS, Madrid 1985.
- (1992) «La tutela judicial de los derechos laborales fundamentales: una sinécdoque procesal», *T.S.* 16/1992.
- (1996) «El nuevo marco jurídico de la prevención de riesgos laborales: la Ley 31/1995, de 8 de noviembre», *A.L.* 8/1996.

PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA
Derecho del Trabajo, C.E.R.A., 1995.

PARADA

Derecho Administrativo (i). Parte General, Marcial Pons, Madrid 1990.

PÉREZ ALONSO

«Los problemas de la falta de cotización durante la situación de incapacidad laboral transitoria a efectos de poder acceder a la invalidez permanente: tratamiento en el Régimen General», *T.S.* 17/1992.

PÉREZ DEL RÍO

- (1988) «Principio de no discriminación y acción positiva. Comentario a la Parte III del Plan de Igualdad de Oportunidades para la Mujer 1988-1990», *D.L.* 25/1988.
- (1990) «El acoso sexual en el trabajo: su sanción en el orden social», *R.L.* II/1990.
- (1998) «El principio de no discriminación por razón de sexo», en *Derechos fundamentales y contrato de trabajo*, AA.VV., Comares, 1998.

PÉREZ PINEDA y GARCÍA BLÁZQUEZ

Fundamentos médico-legales de la incapacidad laboral permanente, Comares, Granada 1996.

PESO Y CALVO

«Acción protectora del nuevo régimen de Seguridad Social», *R.I.S.S.* 2/1964.

PICO LORENZO

«Minusválidos: Hacia el ejercicio pleno de los derechos reconocidos por las leyes», *R.G.D.* 580-581/1993.

PIÑEYROA DE LA FUENTE

«El trabajo del inválido permanente absoluto», *R.L.* 22/1993.

QUESADA SEGURA

«Tendencias recientes de la jurisprudencia sobre ineptitud del trabajador como causa de despido», *T.L.* 16/1989.

QUESADA SEGURA y otros

Lecciones de derecho del trabajo, C.E.R.A., Madrid 1994.

QUINTANILLA NAVARRO

Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo, Marcial Pons, Madrid 1996.

RAMÍREZ MARTÍNEZ

(1983) «Extinción por causas objetivas», *Comentarios a las Leyes Laborales* Tomo IX. 1º, Edersa, 1983.

(1994) «El proceso de colocación: intervencionismo público e iniciativa privada», en *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, 1994.

RIAÑO

«Primera Conferencia Nacional sobre Integración social del minusválido Aspectos jurídicos», *R.I.S.S.* 1/1975.

RIVERO LAMAS

(1963) *La extinción del contrato de trabajo*, Barcelona 1963.

(1970) Tipificación y estructura del contrato de trabajo, *TEMIS*, 28/1970.

(1988) «Técnicas modernas de garantía del empleo», *R.E.D.T.* 33/1988.

RODRÍGUEZ CASTEDO

«Política social y empleo de las personas con discapacidad en la Unión Europea», en *La situación del empleo de las personas con discapacidad en España. Propuestas para su reactivación*, AA.VV., Escuela Libre Editorial, Madrid 1998.

RODRÍGUEZ DURÁNTEZ

«Problemática actual sobre la Gran Invalidez», *A.L.* 30/1988.

RODRÍGUEZ GARCÍA

«La unificación de doctrina sobre la inadmisibilidad de declaraciones de invalidez permanente cuando no se reconoce derecho a la pensión», *D.L.* 37/1992.

RODRÍGUEZ DEVESA y RODRÍGUEZ HERGUETA

Las Leyes de Trabajo y su Jurisprudencia, Ed. Rodríguez Devesa, S.L., 1992.

RODRÍGUEZ JOUVENCEL

La incapacidad para el trabajo, Bosch, 1993.

RODRÍGUEZ PIÑERO

(1964) «El Estado y la Seguridad Social. (Notas a la base preliminar de la Ley de Bases de la Seguridad Social)», *R.P.S.* 61/1964.

- (1979) «El principio de igualdad y las relaciones laborales», *R.P.S.* 121/1979.
- (1983-1) «No discriminación en las relaciones laborales», en *Comentarios a las leyes laborales*, Tomo IV, Edersa, 1983.
- (1983-2) «Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo», en *Comentarios a las leyes laborales*, Tomo IV, Edersa, 1983.
- (1989) «La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y su control (I)», *R.L.* I/1989.
- (1991-1) «El principio de igualdad y el Derecho del Trabajo», en *El principio de igualdad en la Constitución Española*, Ministerio de Justicia, Madrid 1991.
- (1991-2) «Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora», *R.L.* 1/1991
- (1992) «Discriminación de la mujer y tutela antidiscriminatoria», *R.L.* I/1992.
- (1996-1) «Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualación en los resultados», *R.L.* 13/1996.
- (1996-2) «Justicia constitucional y fijación de doctrina legal», *R.L.* 20/1996.
- (1996-3) «Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo», *R.L.* 1-2/1996.
- (1999) «El empleo de las personas con minusvalía», *R.L.* 3/1999.

RODRÍGUEZ PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ

- (1985) «Discriminación, carga de la prueba y prueba de presunciones», *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, AA.VV. , MTSS, 1985.
- (1986) *Igualdad y discriminación*, Tecnos, 1986.

ROMAGNOLI

- «Del trabajo declinado en singular a los trabajos en plural», *R.L.* 1/1997.

ROMÁN VACA

- El procedimiento administrativo de calificación y revisión de la invalidez permanente*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996.

RUIZ VADILLO

- (1985) «Algunas breves consideraciones sobre los Derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidas en la Constitución y su esencial incidencia en el campo laboral», en *Jornadas sobre Derecho del Trabajo y Constitución*, MTSS 1985.
- (1991) *Derecho Civil*, Ochoa, 1991.

SAGARDOY BENGOCHEA

- (1969) *El despido laboral y los expedientes de crisis*, Bilbao 1969.
- (1970) «La disminución del rendimiento como causa de despido», *R.D.F.M.* 33/1970.

- (1971-1) «Ineptitud, despido y desempleo», *R.P.S.* 87/1971.
(1971-2) «A propósito de una sentencia sobre disminución de rendimiento», *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia* 3/1971.
(1982) «Protección al empleo de colectivos específicos», en *Comentarios a las leyes laborales*, Tomo IV, Edersa, 1982.

SAGASTIBERRI

Ergonomía: una nueva organización de la producción y de la empresa, Deusto, 1985.

SÁEZ LARA

Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas, C.E.S. 1994, p. 74.

SALA FRANCO

- (1980-1) «La libertad de contratación empresarial», en *Estudios de Derecho del trabajo -en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, 1980.
(1980-2) *La libertad empresarial de contratación*, MTSS, 1980.
(1990) *Ley de Procedimiento Laboral*, AA.VV., Deusto, 1990.
(1991) «Extinción del contrato de trabajo por muerte, invalidez y jubilación del trabajador: criterios jurisprudenciales», *T.S.* 12/1991.
(1994) «La movilidad geográfica», en *Comentarios a las Leyes Laborales Tomo 1 - Vol. 2º*, Edersa, 1994.

SALA FRANCO y ARNAU NAVARRO

Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Tirant lo Blanch, Valencia 1996.

SALA FRANCO y LÓPEZ TARRUELLA

La modificación de la prestación de trabajo, Deusto, 1991.

SALA FRANCO y otros

- (1996-1) *Derecho del Trabajo* 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 1996.
(1996-2) *Guía práctica de la contratación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996.

SÁNCHEZ CUBEL

Todo sobre la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Práxis, 1996.

SÁNCHEZ TRIGUEROS

- (1992) «La Ley 22/1992 (RCL 1992, 1739): las reformas en materia de fomento del empleo», *A.S.* III/1992.
(1998) «La ineptitud psicofísica como causa extintiva del contrato de trabajo. Comentario a la STSJ Castilla y León (Burgos) de 7 de enero de 1998», *A.S.* I/1998.

SEMPERE NAVARRO

(1993) «Estudio sistemático de la jurisprudencia recaída en unificación de doctrina», *A.S.* 44/1993.

(1998) «El trabajo de los minusválidos: problemas de su regulación», *T.S.* 91/1998.

SEMPERE NAVARRO y LUJÁN ALCARAZ

«La extinción del contrato de trabajo por invalidez permanente del trabajador y su discutible indemnización», *R.L.* 7/1994.

SEMPERE NAVARRO y MENÉNDEZ JEANNOT

«Invalidez permanente total «cualificada»: fecha de su declaración e incremento complementario de la pensión», *A.L.* 1/1988.

SIMONNEAU

«Mesures favorisant l'accès des personnes handicapées à une activité professionnelle», en *L.S.* 10220/1988.

SOTO NIETO

«El gran inválido. Aspectos jurídico-legales en la valoración de los daños y perjuicios sufridos», *L.L.* 4003/XVII.

SUAY RINCON

El principio de igualdad en la justicia constitucional, Madrid 1985.

TARABINI-CASTELLANI

«Reglamentaciones de trabajo, despido y regulación de empleo en el RDL 17/1977 de Relaciones de Trabajo», *C.D.T.* 4/1978.

TORRES DEL MORAL y VILLARRUBIA GONZÁLEZ

«La constitucionalización de los derechos del minusválido», *R.F.D.U.C.* 2/1979, monográfico, *Los derechos humanos y la Constitución de 1978*.

TORTUERO PLAZA

(1983) «Titulares del derecho a las prestaciones por desempleo: los declarados inválidos», *R.P.S.* 138/1983.

(1994) «La incapacidad laboral temporal: contingencias y situaciones protegidas», *T.S.* 44-45/1994.

TRUETA

«Presentación», *La Integración Social de los Minusválidos*, AA.VV., Escuela Libre Editorial, Madrid 1993.

VALDÉS DAL-RE

(1976) «Tratos preliminares y condiciones del contrato de trabajo», *R.P.S.* 111/1976.

- (1983) Servicios públicos de empleo y contratación, en *Comentarios a las leyes laborales*, Tomo IV, Edersa, 1983.
(1990) *Ley de Procedimiento Laboral*, AA.VV., Deusto, 1990.

VÁLTICOS

Derecho internacional del trabajo, Tecnos, 1977.

VALVERDE ASENSIO

«La limitación del despido por ineptitud sobrevenida o falta de adaptación en los supuestos de movilidad funcional», A.S. V/1997.

VERDEGUER ARACIL y GARCÉS FERRER

«Los servicios sociales especializados», en *Sistema político y administrativo de los servicios sociales*, AA.VV., Tirant lo Blanch, Valencia 1996.

VIDA SORIA

- (1983) «Artículo 49. Protección de los disminuidos físicos», *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1878*, AA.VV. (Dir. ALZAGA VILLAAMIL), Tomo IV, Edersa, 1983.
(1994) «La incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo», T.S. 44-45/1994.
(1996) «La incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo. (Nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo)», T.S. 61/1996.

VILLEVAL

«L'insertion professionnelle des personnes handicapées», *Sociologie du Travail* 1/1984.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

A.L.	<i>Actualidad Laboral</i>
Ar.	<i>Aranzadi</i>
A.S.	<i>Aranzadi Social</i>
B.R.P.	<i>Boletín del Real Patronato de Prevención y Atención a Personas con Minusvalía.</i>
C.D.T.	<i>Cuadernos de Derecho del Trabajo</i>
C.E.	Constitución Española
C.I.T.	Conferencia Internacional del Trabajo
D.L.	<i>Documentación Laboral</i>
E.T.	Estatuto de los Trabajadores. Texto Refundido aprobado por el R.D.L. 1/1995, de 24 de marzo.
L.G.S.S.	Ley General de Seguridad Social. Texto Refundido aprobado por el R.D.L. 1/1994, de 20 de junio.
L.L.	<i>La Ley</i>
LISMI	Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.
L.P.L.	Ley de Procedimiento Laboral. Texto Refundido aprobado por el R.D.L. 2/1995, de 7 de abril.
O.I.T.	Organización Internacional del Trabajo
O.M.S.	Organización Mundial de la Salud
O.N.U.	Organización de Naciones Unidas
P.J.	<i>Poder Judicial</i>
R.E.D.T.	<i>Revista Española de Derecho del Trabajo</i>
R.G.D.	<i>Revista General del Derecho</i>
R.I.S.S.	<i>Revista Internacional de Seguridad Social</i>
R.L.	<i>Relaciones Laborales</i>
R.M.T.A.S.	<i>Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales</i>
R.P.S.	<i>Revista de Política Social</i>
R.T.	<i>Revista de Trabajo</i>
RTSS-EF	<i>Revista de Trabajo y Seguridad Social – Estudios Financieros</i>

STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
T.L.	<i>Temas Laborales</i>
T.S.	<i>Tribuna Social</i>

ÍNDICE GENERAL

Págs.

LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO COLECTIVO	7
CAPÍTULO I. LAS BASES NORMATIVAS DE LOS SISTEMAS DE INTEGRACIÓN LABORAL	17
I. LOS SISTEMAS DE INTEGRACIÓN EN LAS NORMAS INTERNACIONALES Y SUPRANACIONALES	17
1. Los Derechos Humanos como punto de partida ...	17
2. Los ámbitos de actuación de los programas de integración laboral	24
II. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN EL DERECHO SOCIAL ESPAÑOL PRECONSTITUCIONAL	29
3. Una primera aproximación	29
4. Un salto cualitativo en las políticas de inserción..	32
III. LA TUTELA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978	36
5. El porqué de una referencia constitucional	36
A. <i>EL MANDATO ESPECÍFICO A LOS PODERES PÚBLICOS: EL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LISMI</i>	<i>38</i>
6. La necesidad de un instrumento específico de tutela	38
B. <i>EL DERECHO A LA IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN: ARTÍCULOS 9.2 Y 14 DE LA CONSTITUCIÓN</i>	<i>42</i>
7. La igualdad como concepto múltiple	42
8. El alcance actual del principio de no discriminación y sus consecuencias	44

	<i>Págs.</i>
9. La atención normativa de las personas con discapacidad: entre la discriminación y las medidas de acción positiva	53
10. Las medidas de acción positiva: un complemento necesario	68
11. El alcance constitucional de las medidas de acción positiva	73
CAPÍTULO 2. LA DECLARACIÓN DE LA DISCAPACIDAD	81
1. Cuestiones iniciales	81
2. Términos y conceptos en el ordenamiento jurídico español. Notas aclaratorias	83
I. LA DISCAPACIDAD COMO SITUACIÓN PROTEGIBLE. DESCRIPCIÓN DE SUS ELEMENTOS CONFIGURADORES	91
3. La discapacidad como alteración sanitaria y las repercusiones de su declaración jurídica	91
4. Los elementos configuradores de la discapacidad jurídica: sistemática elegida y conceptos normativos de referencia	93
5. La alteración de la salud como elemento primario de evaluación	96
6. Vector cronológico de la discapacidad: el carácter congénito o sobrevenido	119
7. La intensidad de la discapacidad sobre el entorno: aspectos cualitativos y cuantitativos	127
II. ASPECTOS PROCEDIMENTALES DE LA DECLARACIÓN DE LA DISCAPACIDAD JURÍDICA	170
8. El procedimiento calificador de la incapacidad permanente	170
9. El procedimiento administrativo de calificación de la minusvalía	185
CAPÍTULO 3. LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA	195
1. La promoción del ingreso al trabajo. Cuadro general de los instrumentos existentes en el Derecho español	195

	<i>Págs.</i>
I. LOS ESTÍMULOS ECONÓMICOS PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO	200
2. Exposición general. Los ámbitos de actuación	200
A. <i>LOS INCENTIVOS ECONÓMICOS PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO SUBORDINADO ORDINARIO</i>	202
3. Tipología de los beneficios	202
4. Características cualitativas y cuantitativas de los beneficios	203
5. Elementos formales y tramitación de las ayudas de fomento al empleo: cuestiones generales y pariculares del tema	210
B. <i>LA PROMOCIÓN PÚBLICA DEL TRABAJO PROTEGIDO</i>	222
6. Los Centros Especiales de Empleo. Características generales	222
7. La relación laboral especial de los trabajadores con discapacidad en los Centros Especiales de Empleo.	225
8. Tipos de ayudas, cuantías y límites	235
C. <i>LOS INCENTIVOS ECONÓMICOS PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO AUTÓNOMO</i>	238
9. Una breve referencia a la importancia del autoempleo como fórmula de integración	238
10. Las ayudas para el fomento del empleo por cuenta propia	239
II. LAS MEDIDAS COACTIVAS DE INCORPORACIÓN AL MERCADO DE TRABAJO	240
11. El sentido de la colaboración obligatoria y su posicionamiento normativo	240
A. <i>LA RESERVA DE EMPLEO PARA TRABAJADORES CON MINUSVALÍA EN LA EMPRESA ORDINARIA</i>	241
12. La «actualizada» regulación de la reserva de empleo en las empresas	241
13. La empresa como sujeto obligado y los problemas «espaciales» de su delimitación	243
14. Elementos cuantitativos de la reserva: el cómputo de los trabajadores	245

	<u>Págs.</u>
15. La secuencia temporal de aplicación de la medida	254
16. Propuestas alternativas a la reserva de empleo ...	257
B. <i>LA APLICACIÓN DE LA RESERVA DE EMPLEO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA</i>	263
17. La imprecisión normativa de la cuota en la Administración Pública	263
18. La reserva de empleo público y los principios de igualdad, mérito y capacidad	266
19. La adaptación y la compatibilidad en el empleo.	267
III. LAS MEDIDAS INSTRUMENTALES DE TUTELA	270
20. El juego de los instrumentos procesales en la defensa del empleo	270
CAPÍTULO 4. LOS EFECTOS DE LA DISCAPACIDAD SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO	285
1. Consecuencias formales y materiales.	285
2. La manifestación de la voluntad de la persona con discapacidad psíquica en el contrato de trabajo	286
3. Los efectos de la incapacidad laboral sobre la prestación de trabajo	288
I. LAS ALTERACIONES DE LA SALUD DE GRADO INFERIOR.	290
4. Las consecuencias productivas de la discapacidad no declarativa de incapacidad permanente	290
A. <i>LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DEL TRABAJADOR COMO OBLIGACIÓN PREVENTIVA</i>	291
5. La tutela derivada de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales	291
6. El deber empresarial de proteger la seguridad y la salud de sus trabajadores	291
7. Los efectos del artículo 25 de la LPRL	294
B. <i>LOS EFECTOS DE LA DISCAPACIDAD LABORAL NO CALIFICABLE SOBRE LA PRESTACIÓN DE TRABAJO</i>	305
8. El necesario reingreso del trabajador: la reincorporación defectuosa	305

	<i>Págs.</i>
9. La disminución en el rendimiento	306
10. La ineptitud como solución tradicional de la disminución del rendimiento por imposibilidad psico-física	312
II. LAS ALTERACIONES DE LA SALUD DE GRADO MEDIO	317
11. La incapacidad permanente parcial	317
A. <i>LA REINCORPORACIÓN A LA EMPRESA EN LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL CUANDO NO PERJUDICA AL RENDIMIENTO NORMAL DE TRABAJO</i>	318
12. El rendimiento productivo y la capacidad laboral como elementos de valoración	318
B. <i>LA DISMINUCIÓN EN EL RENDIMIENTO DE LA PERSONA EN INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL</i>	321
13. Las opciones normativas	321
14. La posible colisión de estas medidas con la extinción del contrato por ineptitud	321
15. Las modificaciones contractuales derivadas de la obligación reglamentaria	323
C. <i>LA RECUPERACIÓN DE LA PERSONA EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL</i>	325
16. El reingreso al puesto de trabajo original	325
III. LAS ALTERACIONES DE LA SALUD DE GRADO SUPERIOR	328
17. La incapacidad permanente total, la absoluta y la gran invalidez	328
A. <i>LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR INCAPACIDAD PERMANENTE DEL TRABAJADOR</i>	328
18. La propuesta extintiva	328
19. La incapacidad permanente originaria o sobrevenida como causa de extinción	329
20. La declaración de incapacidad permanente y sus efectos contractuales	330

	<i>Págs.</i>
B. <i>LA MEJORA DE LA SITUACIÓN INCAPACITANTE</i>	347
21. La reincorporación a la empresa	347
22. La vía suspensiva: el artículo 48.2 del Estatuto de los Trabajadores	348
23. La solución futura a la extinción por incapacidad permanente	354
CONCLUSIONES	369
BIBLIOGRAFÍA	375
ÍNDICE DE ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS	397
ÍNDICE GENERAL	399



Colección
TESIS Y PRAXIS

Fundación ONCE