

CURSO: CRITERIOS INTERPRETATIVOS EN MATERIA DE
MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD Y MEDIDAS DE APOYO

LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

“La relación laboral especial de las personas con discapacidad”

INDICE.

1.- Introducción.

1.- 1.- La persona con discapacidad es un ciudadano.

1.- 2.- Ideas básicas de la legislación laboral sobre personas con discapacidad.

2.- Aspectos generales de la relación especial de empleo protegido.

2.-1.- Normativa aplicable.

2.-2.- Distinción de figuras afines.

3.- Régimen general de los Centros Especiales de Empleo.

3.- 1.- Generalidades.

3.- 2.- Objetivos.

3.- 3.- Constitución del centro especial de empleo. Requisitos.

3.-4.- Subvenciones.

4.- Régimen jurídico de la relación laboral especial de empleo de las personas con discapacidad.

4.- 1.- Derecho subsidiario.

4.- 2.- Sujetos de la relación laboral.

4.- 3.- Elementos formales.

4.- 4.- Clases de contrato.

4.- 5.- Especialidades del contenido de la relación laboral.

4.- 5.- 1.- En relación con el puesto de trabajo.

4.- 5.- 2.- En relación con el periodo de prueba.

4.- 5.- 3.- En relación con el salario.

4.- 5.- 4.- En relación al tiempo de trabajo.

4.- 5.- 5.- En cuanto a las modificaciones de condiciones de trabajo.

4.- 5.- 6.- En relación a la extinción del contrato.

4.- 5.- 7.- Derechos colectivos.

5.- Sucinta referencia a los enclaves laborales.

5.- 1.- Generalidades.

5.- 2.- Objetivos.

5.- 3.- Régimen de relaciones entre la empresa colabora y el centro especial de empleo.

5.- 4.- Régimen del trabajador con discapacidad mientras trabaja en el enclave.

1.- Introducción.

1.- 1.- La persona con discapacidad es un ciudadano.

En la regulación legal de la contratación laboral de las personas con discapacidad hay una idea axial: la persona con discapacidad es un ciudadano.

Es decir, que tiene sus obligaciones con el Estado y los demás ciudadanos y viceversa: el Estado y los demás ciudadanos también tienen obligaciones con tal persona. En concreto, la Administración Pública le atribuye al ciudadano con discapacidad la titularidad y la capacidad de ejercicio de una serie de derechos.

Ahora bien, pese a tal atribución formal de tales derechos de ciudadanía, que efectivamente le corresponden como a toda persona, la cruda realidad nos hace ver una discriminación efectiva con respecto del resto de la ciudadanía a la hora de ejercitar tales derechos - o de gozarlos en la terminología comunitaria- y que precisamente tal discriminación se produce por la sola y única razón de discapacidad en muchos casos.

Pues bien, en el ámbito cultural en el que nos movemos, hoy en día se considera que es misión del Estado salvar las trabas, impedimentos u obstáculos que producen ese efecto discriminador. Es una nueva vuelta de tuerca al tornillo del “desiderátum” de la igualdad.

Dice el artículo 49 de la Constitución de 27 de diciembre de 1.978: “ *los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestará la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfruto de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.* ”

Entre ellos, el derecho y deber -función en la clásica terminología castaliana- de trabajar del artículo 35 punto 1 de la misma.

Recordar que el antedicho 49 se enmarca dentro de los principios rectores de la política social y económica que fija nuestra “Norma Normarum” y por tanto, si bien el artículo 49 de la Constitución no goza de la protección privilegiada prevista en el artículo 53 punto 2 de la Constitución para las libertades básicas y derechos fundamentales, si que su contenido debe informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, si bien tales principios sólo pueden ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (artículo 53 punto 3 del mismo Texto).

Suele ser lugar común en esta materia no sólo citar el artículo 49 de la Constitución de 27 de diciembre de 1.978, sino también sus artículos 1 punto 1, 9 punto 2, 10 y 14. De hecho, el derecho de la persona con discapacidad a no ser discriminada está asumido en nuestro derecho y Hernández Vitoria resalta su condición de derecho fundamental, integrante del llamado grupo nuclear de derechos de la Carta Magna.

En el ámbito de la Unión Europea, ya en el Consejo de Laeken, en diciembre de 2.001, se aprobó la decisión por la que se fijó el año 2.003 como el Año Europeo de las Personas con Discapacidad y precisamente el primero de los objetivos que, en relación con tal celebración se fijaron fue *“la sensibilización sobre el derecho de las personas con discapacidad a verse protegidas frente a la discriminación y a **disfrutar plena y equitativamente de sus derechos**”*.

Por eso no es de extrañar que en tal año se dictase en España la Ley 51/2.003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de personas con discapacidad (LIONDAU).

Ya se ha dicho que más recientemente, la Organización de Naciones Unidas aprobó en fecha 13 de diciembre de 2.006 la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el que se fija, entre otros muchos preceptos, en su artículo 10: **“Los países deben garantizar que las personas con discapacidad disfruten del derecho inherente a la vida en un pie de igualdad con otras personas”**.

Además, contiene una serie de postulados que conviene resaltar. Su artículo 27 señala que las personas con discapacidad tienen igualdad de derechos a trabajar y a ganarse la vida, que los países deben prohibir la discriminación en cuestiones relacionadas con el empleo, deben promover el empleo por cuenta propia, la capacidad empresarial y el inicio del negocio propio, emplear a personas con discapacidad en el sector público, promover su empleo en el sector privado y asegurar que se proporcione una comodidad razonable en el lugar de trabajo.

Esta Convención es una novedad legislativa en el ámbito internacional y esperemos que despliegue la enorme virtualidad teórica que representa su articulado en los próximos años.

En España, se ratificó por Instrumento el 30 de marzo de 2.007, por lo que debiera considerarse la aplicabilidad de tal tratado, recibida como norma de derecho interno, en base al artículo 10 apartado 2 y el artículo 96 apartado 1 de la Constitución, una vez que fue publicada la misma en el B.O.E. (en el de 21 de abril de 2008).

También se debe recordar que el año 2.007 fue el Año Europeo de Igualdad de Oportunidades para todos, según se aprobó en Decisión 771/2.006, del Parlamento y del Consejo de Unión Europea de 17 de mayo de 2.006. A ello no es ajeno el hecho de que en el curso de este mismo año se haya dictado la conocida Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta igualdad de oportunidades también incide en esta materia.

Vemos, pues, que nuestro plural legislador no se resigna como Honoré de Balzac cuando dijo aquello de: *“La igualdad tal vez sea un derecho, pero no hay poder humano que alcance jamás a convertirla en hecho.”*

1.- 2.- Ideas básicas de la legislación laboral sobre personas con discapacidad.

Cambiando de idea, López Peláez alude a que la condición de ciudadano de derecho supone tres dimensiones básicas: *“la dimensión civil (derechos unidos a la libertad individual: libertad de credo, de pensamiento, derecho a la propiedad, libertad de movimiento); la dimensión política (derecho a participar en el ejercicio del poder político); y la dimensión social (que abarca todo aquello que hace posible la vida como tal en una sociedad democrática de mercado: derecho a la seguridad, a un mínimo de bienestar económico, y derecho a disfrutar de un acceso libre a lo que consideramos dimensiones básicas de la vida social: educación, sanidad, servicios sociales)”*.

El lector perspicaz ya habrá adivinado que estamos en este último ámbito cuando tratamos del trabajo. Esos derechos sociales señala tal autor citando a Marshall, incluyen *“todo el espectro desde el derecho a la seguridad y a un mínimo de bienestar al de compartir plenamente la herencia social y vivir la vida de un ser civilizado conforme a los estándares predominantes en la sociedad”*.

Ya se ha expuesto cuál es la idea pilar en esta materia en las anteriores y también que es misión del Estado moderno modificar la actual situación para obtener aquel real y efectivo goce de los derechos de ciudadanía en condiciones de igualdad con el resto de ciudadanos.

En efecto, no puede asumir la actual situación en la materia y por ello, adopta políticas activas para evitar que se perpetúe ese estado de cosas, cambiando la legislación, imponiendo obligaciones a algunos o adoptando medidas de discriminación activa o favoreciendo a quien las adopte (en realidad, dos técnicas diversas de discriminación positiva).

En realidad, la legislación laboral que regula la contratación de personas con discapacidad descansa en tres ideas muy básicas:

- A.- La persona con discapacidad es un ciudadano como los demás.
- B.- Siendo la integración laboral el medio más potente de integración social de tales personas, se ha de fomentar su trabajo.
- C.- Siempre que se pueda, se ha de tratar de asimilar el trabajo de la persona con discapacidad a los mismos parámetros jurídicos que el trabajo del resto de los miembros de la sociedad.

Me interesa incidir ahora, en reiterar que el objetivo es la integración laboral de las personas con discapacidad en condición de igualdad real con el resto de los ciudadanos.

La mayoría de la normativa relativa a la actividad laboral por cuenta ajena de las personas con discapacidad en los últimos veinticinco años se ha referido, no a la relación laboral ordinaria, que es el objetivo legal, sino a la relación laboral de carácter especial sobre la que versa este trabajo.

Y sin embargo, en la “mens legislatoris” está el que la persona con discapacidad si puede, trabaje y que lo haga, además, en el marco de una relación laboral ordinaria, lógicamente si puede también. Lo vemos seguidamente.

El actual artículo 37 punto 1 de la aludida LISMI es muy claro: *“Será finalidad primordial de la política de empleo de trabajadores con discapacidad su integración, en condiciones que garanticen la aplicación del principio de igualdad de trato, en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto, su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo protegido que se menciona en el artículo 41.”*

Este precepto es aplicación de la Directiva CEE 2000/78, de 27 de noviembre de 2.000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Dicha Directiva fue traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico interno por la Ley 62/2.003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el año 2.004

La idea central en la que nos movemos al estudiar este principio la expresa muy bien el profesor Lorenzo García cuando dice: **el empleo ordinario ha de ser el paradigma y el empleo protegido la alternativa.**

Por tanto, interesa destacar una consecuencia colateral. Es espurio afirmar que el legislador ordinario propugna la correspondencia persona con discapacidad y protección, sino que prístinamente señala que la integración laboral de la persona con discapacidad ha de ser en condiciones de igualdad con respecto del resto de ciudadanos. Es una base de la filosofía de esta legislación de primera magnitud y que frecuentemente se olvida.

Y esta idea considero que es correcta, pues supone huir del proteccionismo o más genéricamente del paternalismo, para centrarnos en el mundo de los derechos, lo que es lo consecuente con las ideas base sobre la materia.

Ello no supone menoscabar en modo alguno la función que cumplen los centros especiales de empleo, ni mucho menos. La realidad nos demuestra que hay miles de ciudadanos que han accedido al trabajo a través de este instrumento y se ha de considerar que el trabajo así realizado es y será elemento de máxima importancia como medio para obtener la inclusión social de estas personas (De Lorenzo).

Y es que no sólo existe el riesgo de posibilitar que quien puede acceder al mercado laboral ordinario se quede en un centro especial de empleo, sino que esa posibilidad está claramente materializada en la realidad. Ello supone que en estos casos no se alcanza el real objetivo legal de la integración laboral.

Por otra parte, pese a esa vocación de igualdad en el trabajo de la persona con discapacidad que trabaja en relación laboral ordinaria, se ha de asumir que existen algunas normas específicas también para estos casos de trabajo en virtud de relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad.

Así, existen diversas especialidades en materia de contratación temporal (contrato de fomento de empleo recientemente reformado por la disposición adicional primera de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, el contrato de aprendizaje, el de formación, también modificado por esa Ley, etc.), del contenido de la relación laboral o incluso en el régimen prestacional en el ámbito de la Seguridad Social pública.

De todas estas especialidades, se ha de llamar la atención sobre la denominada obligación de “ajuste razonable”.

Su origen está en el artículo 5 de la Directiva CEE 2000/78. Dice al efecto: *“A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.”*

A ella también se refiere la ulterior Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 2 y 27 punto 1 letra i, por ejemplo).

Existe diversa normativa dispersa que establece tal obligación de ajuste razonable, al igual que hay algún precepto específico para el trabajo de la persona con discapacidad vinculada con contrato de trabajo ordinario.

Así, recordar la obligación de que el empresario considere la capacidad real de la persona al encomendarle el trabajo (artículo 20 punto 3 del Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1.995, de 24 de marzo).

Más directamente, del artículo 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1.995, de 8 de noviembre) se deduce que el empresario tiene la obligación de garantizar de manera específica la protección de la salud y seguridad de los trabajadores con discapacidad, sin que puedan ser destinados a puestos de trabajo en el que ellos, otros trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa puedan quedar expuestos a peligro.

2.- Aspectos generales de la relación especial de empleo protegido.

2.-1.- Normativa aplicable.

Muy acertadamente el profesor Molina Navarrete suele clasificar en cuatro grupos las técnicas de fomento del empleo de las personas con discapacidad que usan los poderes públicos: empleo incentivado o subsidiado (usando la técnica de la subvención o desgravación en impuestos o cotizaciones), empleo selectivo (medidas de adaptación laboral transitoria hasta que el ciudadano recupere la plena capacidad), el empleo reservado de las personas con discapacidad (la famosa técnica de cuotas de reserva al empleo de las personas con discapacidad en la mediana y gran empresa) y el empleo protegido (técnica de creación de una relación laboral distinta de la ordinaria y que tenga en cuenta las circunstancias de la persona con discapacidad).

Pues bien, los centros especiales de empleo surgen al utilizar esta última técnica.

Al efecto, se crea una relación laboral especial entre la persona con discapacidad y el centro especial de empleo, que es el único empleador que puede realizar este tipo de contratos que dan lugar a la relación laboral especial.

Es la relación laboral especial anunciada en el artículo 2 punto 1 letra g del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1.995, de 24 de marzo) y regulada en la actualidad por los artículos 37 y 41 de la Ley de Integración Social de las Personas Minusválidas (Ley 13/1.982, de 7 de abril), la famosa LISMI y en el ámbito reglamentario, se regula tal relación especial por el Real Decreto 1.368/1.985, de 17 de julio, sobre relación laboral especial de los minusválidos en Centros Especiales de Empleo (modificado por el Real Decreto 427/1.999, de 27 de marzo).

De conformidad con la disposición final sexta de la Ley 13/1.982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (la llamada LISMI), el Gobierno dictó el Real Decreto 1.368/1.985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los centros especiales de empleo y el Real Decreto 2.273/1.985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de tales Centros Especiales de Empleo.

Ésta es la normativa que los sigue regulando, modificada en parte en el año 1.999, como ya se ha dicho.

Ahora bien, la disposición adicional vigésimo cuarta de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, da al Gobierno un plazo de doce meses para reformar este reglamento, debiendo regular también los casos de sucesión o subrogación empresarial que afecten a los trabajadores con discapacidad.

Más adelante se explica que, de forma subsidiaria, se aplica el Estatuto de los Trabajadores (epígrafe 4.1).

Presupone la existencia de una relación laboral de las denominadas especiales que contiene un peculiar régimen jurídico laboral (periodos de prueba específicos, adaptación de puestos, ayudas de otros en el trabajo, adiestramientos especiales, etc.) y siempre ha de darse en el ámbito de un Centro Especial de Empleo, autorizado debidamente por la Administración. Este Centro Especial de Empleo (CEE) es el empresario o empleador.

2.-2.- Distinción de figuras afines.

Por otra parte, la relación laboral debe diferenciarse de otros contratos e institutos:

1.- En primer lugar, se ha de resaltar que esta relación laboral especial de que tratamos es distinta de la relación laboral ordinaria que pueden tener las personas con discapacidad, y es a su vez distinta de las normas que fijan algunas especialidades en materia de contratación ordinaria de personas con discapacidad a las que se ha aludido en el punto anterior.

2.- A caballo entre la relación laboral ordinaria y la especial protegida de empleo en CEE de las personas con discapacidad, también se ha de mencionar la nueva figura de los enclaves laborales, al que se refiere un reglamento del año 2.004, el Real Decreto 290/2.004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento de empleo de las personas con discapacidad.

Ésta es una figura transicional entre el empleo protegido y el ordinario, en cuanto que con ella se pretende favorecer, dentro del grupo de que tratamos, el paso de la relación laboral especial a la relación laboral ordinaria. La idea básica es que el trabajador con discapacidad sigue manteniendo la relación laboral especial, pero ya acude a trabajar no al centro especial de empleo, sino a una empresa colaboradora o principal con otros trabajadores con vínculo laboral ordinario y ello durante un periodo transitorio y como paso previo a la integración ordinaria en el mundo del trabajo, objetivo final de tal paso intermedio.

Existen bonificaciones fijadas para esta figura en el artículo 2 punto 2 del Real Decreto Ley 5/2.006, de 9 de junio, para la mejora del empleo y del crecimiento.

También allí se regulan las bonificaciones en la cuota empresarial de Seguridad Social por contratación ordinaria de personas con discapacidad y por contratación en virtud de relación laboral especial de tales individuos.

Más adelante se vuelve a tratar de los enclaves laborales (epígrafe 5).

3.- La relación laboral especial con un CEE presupone un mínimo grado de aptitud laboral (artículo 41 punto 2 de la LISMI).

Si no se llega a ese nivel, cabe desarrollar una actividad en lo que la Ley llama un Centro Ocupacional, cuyo objeto es la terapia ocupacional y el “ajuste” en su ámbito personal y social de la persona con discapacidad (artículo 53 de la LISMI). Su regulación reglamentaria se encuentra en el Real Decreto 2274/1985, de 4 de diciembre (BOE del 9 de diciembre de 1985).

4.- A su vez, también es distinta esta relación de la actividad que la persona con discapacidad pueda desarrollar en los talleres o aulas de aprendizaje profesional (artículo 4 del Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre).

3.- Régimen de los Centros Especiales de Empleo.

3.- 1.- Generalidades.

Ya se ha dicho que el ordenamiento prevé que es el único empleador que puede pactar un contrato laboral sometido al régimen especial que tratamos.

La normativa que rige con respecto de los mismos viene constituida por los artículos 42 y siguiente de la mal llamada LISMI y el aludido Real Decreto 2.273/1.985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de tales Centros Especiales de Empleo fundamentalmente.

Históricamente, han recibido otros nombres: talleres protegidos, centros de empleo para trabajadores minusválidos, centros de empleo protegidos, empresas protegidas, etc (Tuset Del Pino).

De los 3.800.000 ciudadanos españoles que son personas con discapacidad (el 8,5 por ciento de la población, según la Encuesta de Discapacidad, , Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia 2008 que hizo el INE), cuando menos treinta mil hombres y mujeres trabajan en los más de 1.200 centros especiales de empleo que existen en el Estado (Rubio Arribas).

3.- 2.- Objetivos.

Su objetivo principal es doble:

1.- Asegurar un empleo remunerado, así como la prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores con discapacidad.

2.- Ser un medio de integración del mayor número de personas con discapacidad al régimen de trabajo normal (artículo 42 punto 1 de la LISMI y 1 del Real Decreto 2273/1985 citado).

Empezando por este segundo objetivo legal, resaltar que incluso en la regulación de los centros donde se desarrolla la relación laboral especial se mantiene la finalidad de integrar a la persona con discapacidad en la relación laboral ordinaria o como dice Rentero Jover, se pretende que sea un “puente” para ello. Rodríguez Piñero afirma que la finalidad última de los CEE es servir de pasarelas de acceso al trabajo ordinario de las personas con discapacidad.

En cuanto al primer objetivo, vemos que, junto con el trabajo productivo también se habla del ajuste personal o social. Al efecto, se pueden crear servicios de rehabilitación, terapéuticos, de integración social, culturales y deportivos y con la finalidad de mayor rehabilitación personal o mejor adaptación de su relación social (artículo 42 punto 3 de la Ley 13/1982)

Vienen regulados tales servicios por el Real Decreto 469/2006, de 21 de abril (BOE de 22 de abril de 2006).

Ahora bien, lo que es característica principal del CEE es que se realice trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones del mercado, como también disponen esos dos preceptos, legal y reglamentario, últimamente citados.

Tal trabajo productivo se puede aplicar a lo que es propiamente la producción de bienes como a la prestación de servicios, participando en las operaciones de mercado, aunque no tienen porqué tener ánimo de lucro (artículo 5 punto b del Reglamento) e incluso pueden haber sido declarados de “utilidad pública e imprescindibilidad”, pudiendo recibir subvenciones de los poderes públicos (artículo 45 de la Ley y 11 del Real Decreto 2273).

Ello no excluye el que deban ser consideradas como auténticas empresas (Rentero Jover), pues han de realizar trabajo productivo y la estructura y organización ha de ser la de una empresa ordinaria (artículo 2 del citado Real Decreto 2273/1985).

3.- 3. –Constitución del centro especial de empleo. Requisitos.

El CEE puede ser creado tanto por los poderes públicos como por la iniciativa privada (artículo 45 punto 1 de la Ley y 5 punto a del Reglamento).

Las personas con discapacidad contratadas en principio estaba que previsto que fueran todas, si bien tras la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 1998 (disposición adicional 39) se fija que al menos de tal condición ha de ser el setenta por ciento de su personal, excluido el personal que se dedique a prestar los servicios de ajuste personal y social dentro del mismo (artículo 42 punto 3 de la Ley 13/1982).

Para empezar a funcionar como tal, el CEE debe obtener la calificación como tal, siendo inscrita en el Registro correspondiente, lo que supone un control de los poderes públicos sobre los siguientes extremos:

- 1.- Acreditación de la persona jurídica que pretende constituirlo.
- 2.- Justificación de las posibilidades de viabilidad y subsistencia del CEE mediante el oportuno estudio económico. Anualmente se ha de ir presentando una memoria si perciben algún tipo de subvención o ayuda de la Administración. Su contenido se fija en el artículo 13 del Real Decreto 22/73/1985, de 4 de diciembre.
- 3.- Respeto del aludido porcentaje de personal con discapacidad contratado en relación especial mediante solicitud a la oficina de empleo (artículo 4 del Real Decreto 1368/1985).

3.-4.- Subvenciones.

Siguiendo a Cabra de Luna, podemos decir que la ayuda pública a la financiación de los centros especiales de empleo es de tres clases:

- 1.- Por proyectos generadores de empleo estable.
2. Para el mantenimiento de puestos de trabajo. Subvención por mantener el puesto de trabajo,, subvención para adaptación de puestos de trabajo y subvenciones para equilibrar y subvención para sanear financieramente el centro.
- 3.- Bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social. El cien por ciento de las cuotas empresariales de Seguridad Social, de accidentes de trabajo, enfermedad profesional y cuotas de recaudación conjunta

Vienen regulados por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, modificada por el Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio y nuevamente por la reciente Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

4.- Régimen jurídico de la relación laboral especial de empleo de las personas con discapacidad.

4.- 1.- Derecho subsidiario.

La veterana Ley de Relaciones Laborales de 1976 (artículo 3,c) fue la que introdujo por primera vez esta relación laboral especial (Garrido Pérez) y lo cierto es que las remisiones al Estatuto de los Trabajadores son constantes.

De ahí que se afirme que, como en el resto de relaciones laborales especiales, el derecho subsidiario de primer grado sigue siendo el Estatuto de los Trabajadores. Es decir, que en lo no regulado expresamente en tal normativa, rige tal Ley.

Así mismo, Rentero Jover llega a la misma conclusión en base a la declaración que con carácter general se contiene en el artículo 9 del Real Decreto regulador de la misma (el 1368/1985, de 17 de julio) que afirma que los trabajadores sujetos a tal relación laboral tienen los mismos derechos y deberes básicos que los previstos en el Estatuto de los Trabajadores.

Por otra parte, interesa destacar que era objetivo confesado de la reforma producida en 1999 por el Real Decreto 427/1999, de 12 de marzo, acentuar ese acercamiento al Estatuto de los Trabajadores, pues en su Exposición de Motivos se puede leer: *“Teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde el comienzo de la vigencia del Real Decreto 1368/1985 y a la luz de su experiencia aplicativa, debe procederse, de conformidad con la habilitación conferida al Gobierno en la disposición adicional vigésimo sexta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, a introducir aquellas modificaciones que, suponiendo un mayor grado de acercamiento al régimen jurídico de la relación laboral común, posibiliten un mejor funcionamiento de los centros especiales de empleo en el cumplimiento de su doble finalidad productiva y de apoyo a la integración laboral de los minusválidos.”*

En tal sentido, sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha cinco de mayo de 2009, recurso 537/09, que alude en tal sentido a la Exposición de Motivos del Real Decreto regulador de la relación laboral especial de mérito.

4.- 2.- Sujetos de la relación laboral.

Viene regulado en el artículo 2 del Real Decreto 1368/1985.

Por el lado empresarial quien contrata es un CEE. Así se deduce expresamente de tal precepto y de los artículos 41 y 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril (LISMI).

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28 de septiembre de 2010, recurso 1913/10, que considera que el suscrito entre empresa que no es CEE y una persona con discapacidad no podía dar lugar a considerarse como relación laboral especial y si relación laboral ordinaria por esa circunstancia.

En cuanto a la sucesión empresarial, si cedente y cesionaria son centro especial de empleo, se admite habitualmente. En tal sentido, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha 16 de noviembre de 2009, recurso 906/2009.

Por otra parte, en el CEE no sólo trabajan personas con discapacidad a virtud de relación laboral especial (debe trabajar en esas condiciones un mínimo del setenta por ciento de la plantilla) pudiendo también trabajar personas con discapacidad a virtud de contrato ordinario o personas sin discapacidad reconocida. En estos casos, no se plantearía problema en caso de sucesión, operando la subrogación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

Sin embargo, cuando se trata de suceder en la posición de empleador en la relación especial de un CEE una empresa que no tiene tal condición, diversas resoluciones judiciales se haya considerado que no puede suceder una empresa que no lo es a una que sí lo es, aún y darse los requisitos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

Por ejemplo, sentencias de Tales criterios parece que son los que inspiran las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 16 de febrero de 2002, recurso 6588/2001, Cataluña de fecha 18 de julio de 2.000, recurso 6.290/2000 y del Tribunal de Castilla León, sede de Valladolid, de 21 de febrero de 1.995, recurso 2.565/1994 o mas recientemente, del País Vasco, de 17 de noviembre de 2009, recurso 3868/2009 u 11 de julio de 2006, recurso 1026/2006, Madrid, de 29 de enero de 2010 y 20 de noviembre de 2008, recursos 5849/2009 y 4093/2008

Se suele aludir a la falta de condición de CEE de la cesionaria o la falta de aptitud suficiente del trabajador con discapacidad.

Personalmente no comparto este criterio. .

En primer lugar, porque de la propia normativa que regula la relación laboral especial se deduce lo contrario. El artículo 9 del Real Decreto 1.368/1.985, que regula tal relación especial expresamente fija *“los trabajadores minusválidos tendrán los derechos y deberes básicos previstos en el Estatuto de los Trabajadores”*. Creo que el derecho a mantener el contrato, no obstante subrogación empresarial, es uno de los básicos previstos en el Estatuto de los Trabajadores (artículo 44).

En segundo lugar, en estos casos quien cambia no es ni el trabajador ni en principio tampoco el trabajo que realiza éste (la prestación), sino quien cambia es el empresario. Debiera considerarse el contenido del ya citado artículo 4 punto 2 letra c último inciso del Estatuto de los Trabajadores. Sino cambia el trabajador ni el trabajo, en principio tampoco su aptitud para seguir cubriendo aquel puesto de trabajo

Además, a la eventual alegación de que el trato desigual viene justificado por la especial capacidad del trabajador debiera responderse con el carácter imperativo de esta última norma.

Por otra parte, dentro del ámbito de la Ley 51/2.003, si se considerase aplicable al caso, dadas las circunstancias, debiera tenerse en cuenta su artículo 4: *“se entenderá que vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas”*.

La aludida medida de ajuste razonable no es nueva. A ella se refiere expresamente, ya en el concreto ámbito de la integración laboral de las personas con discapacidad, la Directiva del Consejo 2.000/78/CEE, de 27 de noviembre, de establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación que se menciona en la Exposición de Motivos de la Ley 51/2.003, cuyo artículo 7 también se refiere a qué se entiende por medida de ajuste razonable.

A lo anterior, debiéramos añadir el actual contenido de artículo 37 bis punto 2 de la LISMI, introducido por la Ley 62/2.003 para trasponer la directiva comunitaria 2.000/78/CEE, que fija una obligación empresarial de adaptación del puesto de trabajo, salvo coste excesivo, que se estudia en el siguiente capítulo.

En último extremo, pudiera considerarse que nos encontramos ante una medida de discriminación indirecta. La misma se define en el artículo 6 punto 2 de la Ley 51/2.003 de la siguiente forma: *“Se entenderá que existe discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios”*. En el mismo sentido, el artículo 37 punto 3 de la LISMI, que dice: *“Existirá discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral del empresario, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a las personas con discapacidad respecto de otras personas, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios, o salvo que el empresario venga obligado a adoptar medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta y de acuerdo con el [artículo 37 bis de la presente Ley](#), para eliminar las desventajas que supone esa disposición, cláusula, pacto o decisión*.

Por otra parte, como argumento añadido, no cabe obviar que no se puede considerar al CEE como un núcleo cerrado en el que prestan su actividad de forma indefinida y sin futuro alguno en el mercado ordinario concretas personas con discapacidad, pues una de sus finalidades es precisamente el servir de cauce al acceso a la relación laboral ordinaria.

El hecho de que la empresa cesionaria no sea un CEE tampoco creo que es un argumento de peso o principal frente a los anteriores preceptos, pues cabe transformar la relación laboral en ordinaria o en caso de ineptitud acreditada, acudir a las vías extintivas adecuadas (artículo 52 letra c del Estatuto de los Trabajadores), pero no dejar sin derechos reconocidos legalmente al trabajador.

En cuanto al caso contrario, paso de empresa ordinaria a CEE, las sentencias de la Sala de lo Social de Castilla-León, sede de Valladolid, de fecha 31 de diciembre de 2001, recurso 2241/01 o 4 de septiembre de 1996, recurso 1809/06 y de Murcia, de 5 de diciembre de 2000, recurso 1052/00 se decantan por la negativa atendiendo a la limitación legal de trabajadores con relación laboral ordinaria que puede mantener en su plantilla, lo que igualmente me parece discutible, no sólo dejar en entredicho la Directiva CEE 2001/23, de 13 de marzo- como señala Rentero Jover- como porque el derecho subsidiario el Estatuto de los Trabajadores y éste no tiene excepciones como la señalada en su artículo 44.

Añadir que el actual estado de las cosas en la llamada jurisprudencia menor, no parece convencer a la mayoría parlamentaria, pues la disposición adicional vigésimo cuarta de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, concede al Gobierno un plazo de doce meses para que regule las cuestiones relacionadas con los supuestos de sucesión o subrogación empresarial que afecten a los trabajadores con discapacidad o a los centros especiales de empleo.

Parece, pues, que la influencia de los “lobbys” de las personas con discapacidad ha tenido su resultado en este precepto. Esperamos con interés el cumplimiento de esa obligación gubernamental.

Por lo que hace al trabajador que puede pasar a esa relación laboral especial, ha de ser una persona con discapacidad reconocida legalmente y que tenga aptitud para la integración laboral y capacidad de trabajo suficiente (artículo 2 del citado Real Decreto 1368/1985 y 8 del Real Decreto 2273/1985).

En cuanto a la condición de persona con discapacidad, la vía y procedimiento es el previsto en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, recientemente modificado en cuanto a terminología por el Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre.

Aquella aptitud para la integración y capacidad para trabajar se ha de valorar por los Equipos Multiprofesionales de Valoración (los actuales Equipos de Valoración de Incapacidades del Instituto Nacional de la Seguridad Social a falta de su efectiva creación “ex novo”).

En cuanto a su capacidad para contratar, el artículo 3 del Real Decreto 1368/1985 se remite a los artículos 6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores, que son los preceptos que rigen en general también para los contratos de trabajo ordinarios.

Por otra parte, ya se ha dicho que es necesaria previa inscripción en la oficina de empleo público al efecto, recabando el CEE del mismo los candidatos al puesto de trabajo (artículo 4 del Real Decreto 1368/1985), siendo que tal servicio de empleo es el que se dirige a aquellos Equipos para que le proporcionen los candidatos, los cuales son comunicados al CEE.

Alguna autora, como Garrido Pérez, considera formalidades intrascendentes este sistema, mientras que, por ejemplo, Rentero Jover apunta al carácter más complicado que tal contratación tiene en relación con la ordinaria, lo que no deja de ser paradójico si consideramos que con respecto del colectivo del que tratamos ya se ha dicho que existe una obligación de los poderes públicos de fomentar su empleo.

Por otra parte, ya se ha dicho que una minoría del personal ordinario puede no ser sometido a la relación especial protegida en el CEE, aparte del personal dedicado al ajuste personal y social de las personas contratadas al amparo de la relación laboral especial.

4.- 3.- Elementos formales.

Según el artículo 5 del Real Decreto 1368/1985, debe formalizarse por escrito el contrato de trabajo especial, debiendo presentarse en un plazo de días desde su celebración en la Oficina de Empleo Público, que a su vez ha de remitir un ejemplar al Equipo Multidisciplinar.

El plazo fue fijado por el Real Decreto 427/1999, de 12 de marzo, que introdujo diversas reformas en el del año 1985.

La remisión del ejemplar al Equipo Multidisciplinar tiene por finalidad que pueda cumplir con sus cometidos y entre ellos, el de poder examinar debidamente si el puesto de trabajo de la persona con discapacidad trabajadora es adecuado a las aptitudes que posee, así como para poder realizar las correspondientes revisiones bianuales (artículo 6 puntos 1 y 2 del reglamento de 1985).

4.- 4.- Clases de contrato.

Al modo de la relación laboral ordinaria, en el ámbito de la relación laboral especial cabe la contratación indefinida y la temporal, que es la misma que está prevista en el Estatuto de los Trabajadores para la relación laboral ordinaria (artículo 7 punto 1 10 punto 1 del citado Reglamento).

En efecto, dentro de la contratación temporal, se pueden utilizar todas las modalidades previstas en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores (eventual, por obra o servicio, por interinidad, etc.) y también cabe realizar los de fomento de empleo, existiendo algunas especialidades en los contratos de formación y en los a domicilio.

En tal sentido, cabe considerar que la existencia de fraude de ley en casos de contratación temporal al amparo del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, tratándose de contratos sometidos a la relación especial de que tratamos ha sido alegada ya en algunos procesos judiciales. Por citar algunas:

A.- La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 28 de septiembre de 2010, recurso 1913/2010 resuelve considerando inexistente el fraude en relación a un contrato por obra o servicio determinado.

B.- La de la Sala de lo Social de Aragón de fecha 3 de abril de 2003, recurso 203/2003 consideró existente fraude al suscribirse un contrato cuando la realidad era que los dos demandantes venían realizando las mismas labores durante años antes del contrato, considerándose por ello la relación laboral existente desde el inicio de las mismas y de condición laboral ordinaria y no especial, aún y ser la empleadora un CEE.

C.- La de la Sala de lo Social de Madrid, de fecha 8 de noviembre de 2000, recurso 3909/2000, considera indefinida una relación laboral especial en un caso en que suscribió un contrato temporal por obra o servicio determinado y las labores desarrolladas por la persona con discapacidad eran diversas de la obra o servicio de referencia.

Por otra parte, en cuanto al contrato temporal de fomento de empleo, que cobró importancia al calor de la Ley 42/1994, de acompañamiento a la Ley de Presupuestos del año 1995, se ha mantenido vigente para este colectivo. Expresamente las sentencias de Tribunal Supremo de fecha 14 de julio y 15 de junio de 2006, recursos 4301/2005 y 2495/2005 admiten su vigencia y validez como modalidad que permite la contratación especial de que tratamos, lo que había sido objeto de pronunciamientos contradictorios entre diversas Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia. Considera el Tribunal Supremo que la reforma laboral del año 1997 determinó la desaparición de este contrato temporal de nuestro ordenamiento jurídico, salvo el caso de que el trabajador contratado sea persona con discapacidad.

Ulteriormente a tal sentencia, surgió el Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, cuya disposición adicional primera regula expresamente el contrato temporal de fomento de empleo de la persona con discapacidad desempleada.

En el ámbito de la relación laboral ordinaria, este contrato ha dado lugar a algunos precedentes judiciales, como las sentencias de la Sala de lo Social del País Vasco de fecha 6 de octubre de 2009, recurso 1785/2009 o de Santander, de 30 de julio de 2008, recurso 631/2008.

Con Jover Rentero, considero que las mismas razones que permitieron al Tribunal Supremo entonces validar la existencia en la relación especial de un contrato de fomento de empleo temporal, cabe considerarlas para mantener que también cabe en la actualidad tal contratación en la relación laboral especial.

Cobra nuevo auge esta modalidad contractual con la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, cuyo artículo 3 modifica la [disposición adicional primera de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad](#). Por lo que hace al caso, sigue permitiendo utilizar esta modalidad contractual con trabajadores con discapacidad, también claro, está, en la relación laboral especial que tratamos.

En cuanto al contrato a domicilio, en la redacción original del reglamento se prohibía tal tipo de contrato (Camps Ruiz), si bien la reforma del año 1999 (el ya citado Real Decreto 427/1999) incluye el mismo en su artículo 7 punto 3 y en relación al régimen general de tal contrato, previsto en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores, lo que parece bien lógico a la vista de la difusión de los medios informáticos y la propia expansión subjetiva del trabajo a domicilio en los últimos años.

Fija las siguientes especialidades propias en la relación especial:

1.- No se puede realizar con personas con discapacidad psíquica.

Rentero Jover supone que viene determinado por la dificultad que comporta el control y atención sobre la forma en que puedan realizar el trabajo.

2.- Pervive el examen previo de adecuación del trabajo en el domicilio y las aptitudes del sujeto a realizar por el Equipo Multidisciplinar, pretendiéndose que el trabajo contribuya a su adaptación personal y social, así como – nuevamente- la integración en el empleo ordinario.

Existe una obligación de revisión anual de la situación por tal Equipo.

3.- En el contrato se tienen que hacer constar las adaptaciones técnicas que el CEE pone a su disposición, así como los servicios de ajuste personal y social que el empleador pone al efecto.

Por lo que hace al contrato de formación, viene regulado en el artículo 7 punto 2 del Real Decreto 1368/1985 y se remite al artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores, bien que señala las siguientes especialidades:

1.- El plazo ordinario de duración de dos años puede ser ampliado, previo informe favorable del Equipo Multidisciplinar, si en tal plazo, dadas las circunstancias concurrentes no se ha alcanzado el nivel mínimo de conocimientos requeridos para la realización adecuada de las funciones del puesto de trabajo. Tal prórroga permite llegar a los cuatro años con este contrato como límite máximo.

2.- El tiempo dedicado a la formación puede llegar hasta los dos tercios de la jornada, previéndose que no la haya si se trata de persona con discapacidad psíquica y el trabajador no pueda alcanzar tal formación. Rentero Jover considera contradictorio que se acuda a este tipo de contrato cuando se exige formación para realizar el puesto.

3.- El CEE puede acudir régimen de cotizaciones de Seguridad Social general para este contrato o el especial para la relación protegida, según le resulte más beneficioso.

4.- 5.- Especialidades del contenido de la relación laboral.

4.- 5.- 1.- En relación con el puesto de trabajo.

Como toda persona con discapacidad, el trabajador con relación laboral especial tiene derecho a que se tenga en cuenta su capacidad real a la hora de cumplir con sus obligaciones y deberes laborales (artículo 20 punto 3 del Estatuto de los Trabajadores).

Tampoco deben ser empleados en puestos de trabajo en los que se ponga en peligro al propio trabajador o a los demás trabajadores o cualquier persona relacionada con la empresa ni cabe exigirles la prestación “cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo” (artículo 25 punto 2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley 31/1995, de 8 de noviembre),

imponiéndose en tal Ley la obligación empresarial de garantizar específicamente la protección de estos trabajadores (artículo 25 punto 1 de la misma Ley).

4.- 5.- 2.- En relación con el periodo de prueba.

Viene regulado en el artículo 10 punto 2 del Real Decreto 1368/1985 que dice: *"Con el fin de facilitar la adaptación profesional del trabajador minusválido para el desempeño de las tareas que constituyen el contenido de su puesto de trabajo o, en su caso, completar la formación necesaria para el mismo, podrá establecerse en el contrato un período de adaptación al trabajo que, a su vez, tendrá el carácter de período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos, no pudiendo exceder en ningún caso de seis meses.*

La necesidad de que el trabajador minusválido pase por un período de adaptación al trabajo y las condiciones de éste serán determinadas por el equipo multiprofesional."

Se considera que en la relación laboral cabe pactar el ordinario periodo de prueba previsto en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores y que éste mayor periodo de adaptación sólo puede fijarse cuando sea necesario, sin que al efecto baste con la exclusiva voluntad empresarial y sin intervención objetiva del Equipo Evaluador. En tal sentido, las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 2.001 y 24 de enero de 2.001, correspondientes a los recursos de casación para la unificación de doctrina 1.01/01 y 1.815/01.

También en la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia se ha impuesto esa compatibilidad del periodo de prueba y el de adaptación, si bien este sujeto a la ponderación necesaria del Equipo Multidisciplinar. Cabe citar las sentencias del País Vasco de cinco de mayo de 2009, recurso 537/2009, Castilla- La Mancha (sentencia de 2 de octubre de 2002, recurso 594/2002), de la Comunidad Valenciana (sentencias de 6 de febrero de 2002 y 8 de junio de 2.000, recursos 3104/2001 y 597/2000) o Cataluña (sentencias de 19 de marzo de 2001 y 24 de febrero de 2000, recursos 8990/2000 y 7608/1999).

La citada sentencia de la Sala de lo Social del País Vasco de fecha cinco de mayo de 2009, recurso 537/09, explica cómo son dos finalidades distintas las que inspiran el general periodo de prueba y este particular periodo de adaptación.

Por tanto, en el caso de que, sin la intervención de aquel Equipo, se fija un periodo mayor al del Estatuto de los Trabajadores, superado el plazo de este último, el despido empresarial amparado en este precepto y el contrato pactado debe ser considerado como constitutivo de despido improcedente (Rentero Jover).

4.-. 5.- 3.- En relación con el salario.

En el artículo 12 del Real Decreto 1368/1985 se contienen algunas especialidades también en materia retributiva.

Con respecto de los incentivos para estimular el trabajo, se prohíbe fijar aquéllos que puedan suponer, a juicio de los equipos multiprofesionales, un riesgo para la salud del trabajador o su integridad física o moral.

Por tanto, para que opere la restricción, ha de fijarse por el citado Equipo Multiprofesional.

Expresamente se fija que las gratificaciones extraordinarias son dos al año y su importe mínimo ha de ser el de treinta días de salario.

Pero aparte de esas dos pequeñas especificidades, hay otra de mayor relevancia: el llamado contrato a bajo rendimiento.

De un lado, el CEE es una empresa que compite con otras del sector en el mercado. De otro, tiene empleados sometidos a la relación especial de que tratamos que, precisamente por su discapacidad, puede que no lleguen a los baremos de productividad al que llegan el resto de las personas y de ahí surge la idea del contrato “a bajo rendimiento”, subespecie dentro de la especie y previsto como medio para cohesionar estas dos realidades.

Se han de dar una serie de condiciones para que se pueda acudir al mismo. En concreto, que por sus propias circunstancias personales, el trabajador con discapacidad en la jornada ordinaria haga un rendimiento inferior al veinticinco por ciento del normal, lo cuál debe ser constatado por el Equipo Multiprofesional.

El efecto es que cabe reducir en este caso su salario en un porcentaje no superior al indicado.

4.- 5.- 4.- En relación al tiempo de trabajo.

El artículo 13 del Real Decreto 1368/1985 remite expresamente al Estatuto de los Trabajadores en lo que hace a jornada de trabajo, descansos, fiestas, vacaciones y permisos, pero fija dos especialidades:

1.- Prohibición de realización de horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios.

La doctrina considera ineficaz el pacto en contra de esta expresa prohibición (Ramos Quintana).

2.- Se introducen dos nuevos casos de permiso retribuido, aparte de los del artículo 37 punto 3 del Estatuto de los Trabajadores, previo aviso al CEE y posterior justificación y siempre y cuando no se superen los diez días al trimestre. Los motivos han de ser o asistencia a tratamiento de rehabilitación médico-funcional o participación en acciones de orientación, formación y readaptación profesionales.

Según la doctrina cabe que se fije al principio de la relación especial o se pase a la misma en su curso, o viceversa, que, constatado que se aumenta la producción y ya no se da la circunstancia, se pase a un contrato normal protegido. En todos estos casos de cambio, debiera intervenir el Equipo Multiprofesional.

Se considera que si el porcentaje de pérdida de rendimiento es mayor al indicado, probablemente ello es manifestación de lo contraindicado del puesto de trabajo que se cubre y por ello, se entiende que no resulta de recibo el contrato cuando tal merma es mayor.

4.- 5.- 5.- En cuanto a las modificaciones de condiciones de trabajo.

En cuanto a movilidad funcional y geográfica, así como en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo, existe una expresa remisión a los artículos 39, 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores (artículos 14 y 15 del Real Decreto 1368/1985).

Si bien con una especialidad bien importante: que cada vez que se adopte una medida de éstas se requiere el informe del Equipo Multiprofesional.

Como quiera que lo que ha de primar son los intereses psicofísicos del trabajador, se entiende que tal informe ha de ser positivo para que la medida sea válida y que caso de que no haya informe o éste sea desfavorable a la medida, no es legal la misma (Garrido Pérez y Rentero Jover)

En el ámbito de la movilidad funcional, la norma reglamentaria expresamente alude a los casos de cambio de puesto de trabajo. Por tanto, a todos los casos se refiere la necesidad de informe.

4.- 5.- 6.- En relación a la extinción del contrato.

El artículo 16 del Real Decreto remite al Estatuto de los Trabajadores en este punto, a salvo lo que es el caso del despido por causas objetivas del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores (por causas económicas, técnicas, organizativas o económicas), que contiene una propia regulación.

Se regulan diversas causas de extinción objetiva:

A.- Por ineptitud del trabajador.

Debe ser constatada por el Equipo Multiprofesional.

Debe ser conocida o sobrevenida con posterioridad a la colocación efectiva en la empresa. No cabe alegar la previa al periodo de adaptación o al de prueba.

Garrido Pérez considera que ello puede derivar solamente de una agravación o mayor merma de aptitud laboral del trabajador, pues ya se valora su aptitud antes de aplicarse al puesto de trabajo.

B.- Por falta de adaptación del trabajador con discapacidad a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo

Siempre y cuando dichos cambios sea razonables y hayan transcurrido tres meses desde la modificación.

También debe ser constatada por el Equipo Multiprofesional.

Al hilo de esta causa se regula un caso de suspensión específico, pues a pesar de que el artículo 17 del reglamento remite al artículo 45 y siguientes en cuanto a suspensión, tratándose de estas modificaciones se prevé una suspensión especial.

En efecto, el contrato quedará en suspenso por el tiempo necesario y hasta el máximo de tres meses, cuando la empresa ofrezca un curso de reconversión o de perfeccionamiento profesional a cargo del Organismo oficial o propio competente, que le capacite para la adaptación requerida. Durante el curso se abonará al trabajador el equivalente al salario medio que viniera percibiendo.

C.- Por necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo.

Debe darse alguna de las causas previstas en el artículo 51 punto 1 del Estatuto de los Trabajadores y en número inferior al establecido en el mismo.

Nuevamente se impone la constatación por el Equipo Multiprofesional.

Se hace una definición similar al Estatuto de los Trabajadores de las cuatro clases de causas (económica, productiva, organizativa y técnica) y al igual que en el Estatuto de los Trabajadores, se prevé la preferencia para quedarse en la empresa de los representantes de los trabajadores.

Esto último, como en la relación de trabajo ordinaria, está previsto medio complementario para garantizar su indemnidad por el ejercicio de funciones sindicales, lo que evoca al artículo 28 punto 1 de la Constitución.

D.- Por faltas de asistencia.

Es indiferente que estén justificadas, basta con que se den aún y con intermitencia y no de forma continuada.

Debe alcanzar el veinticinco por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o el treinta por ciento en cuatro meses discontinuos, dentro del periodo de doce meses, siempre que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo supere el cinco por ciento en los mismos periodos de tiempo.

Supone, pues, una elevación del porcentaje de inasistencias fijados para la relación ordinaria (veinte y veinticinco por ciento respectivamente).

No se computan como ausencias los mismos casos que el Estatuto de los Trabajadores, aunque no se citan los allí previstos de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, introducidos en el Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

El carácter subsidiario del Estatuto de los Trabajadores impone que también se considere que estas circunstancias no computen a estos efectos.

4.- 5.- 7.- Derechos colectivos.

El artículo 20 del reglamento regulador contiene una remisión en bloque al Estatuto de los Trabajadores en lo que se refiere a los derechos de representación colectiva y reunión de los trabajadores con discapacidad.

El siguiente artículo contiene una remisión también al Estatuto de los Trabajadores, con la única salvedad de que expresamente señala que, tratándose de convenio colectivo de ámbito superior al de empresa, estarán legitimadas para la negociación las asociaciones que pudieran contar con idéntico grado de representación en el sector correspondiente al exigido en el ámbito laboral común por el artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores.

5.- Sucinta referencia a los enclaves laborales.

5.- 1.- Generalidades.

Como una forma intermedia entre la relación laboral protegida en CEE y la ordinaria del trabajador con discapacidad aparece la idea del enclave laboral, regulado en la actualidad por el Real Decreto 290/2.004, de 20 de febrero.

Es una medida más de fomento de empleo de las personas con discapacidad, de carácter transicional, como ya se ha dicho.

Parte de que los trabajadores con relación protegida y que trabajan en un CEE pasan a hacerlo en una empresa ordinaria, desplazándose a la misma, para cumplir con una contrata entre ambas en relación a un servicio u obra que guarda relación directa con el CEE (artículo 1 de su reglamento).

A la empresa ordinaria se le llama empresa colaboradora.

Se considera que es una cesión de trabajadores, cuidándose la Exposición de Motivos de señalar el amparo legal que tiene la misma, aunque seguramente sería más adecuado a la correcta técnica legislativa que se hubiese procedido a la reforma del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores incluyendo tal figura de cesión legal de trabajadores y no acudir a la vía reglamentaria y allí señalar el sustento legal del supuesto, que ciertamente no está excepcionado en aquel artículo 43 (Rentero Jover). Abundando en lo anterior, la reciente reforma laboral (Ley 35/2010, de 17 de septiembre) reforma muchos preceptos del Estatuto de los Trabajadores, pero no el indicado artículo 43.

5.- 2.- Objetivos.

Hasta cinco finalidades distintas se señalan en su punto segundo. Tales como el más fácil acceso del trabajador con discapacidad al empleo ordinario, ampliar la actuación de los CEE o mejorar el conocimiento de las empresas sobre las posibilidades de trabajo de las personas con discapacidad o ser un medio alternativo del cumplimiento del cupo de reserva en empresas de medio o gran tamaño, previsto en el 38 punto 1 de la Ley 13/1983 (LISMI) y el Real Decreto 364/2.005, de 8 de abril, que regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad, así como la reserva del cinco por ciento fijada en la Ley 53/2.003, de diez de diciembre, sobre empleo público de los discapacitados (artículo único).

5.- 3.- Régimen de relaciones entre la empresa colabora y el centro especial de empleo.

Puede ser colaboradora cualquier empresa y el CEE debe tener una antigüedad de seis meses de registro como tal e idéntico plazo de actividad continuada, sin que pueda dedicarse en exclusiva a firmar estas contrataciones, sino que ha de tener y mantener propia actividad en el CEE (artículo 3).

Entre ambas empresas se suscribe un contrato, por escrito, que debe tener un contenido mínimo previsto en el artículo 5 del reglamento y debe durar un mínimo de tres meses y un máximo de tres años. Luego se prevé un sistema de acceso a la contratación laboral ordinaria de una minoría de los trabajadores con discapacidad que trabajan en el enclave (artículo 5 punto 2, si se pretende continuar con el enclave).

En todo caso, no puede durar aquel contrato más de seis años, sin que a su fin se extinga la relación laboral especial con el CEE, salvo -claro está- los que hayan sido contratados por la empresa colaboradora o hayan suscrito un contrato temporal por obra o servicio determinado y vinculado a la duración de esta contrata (artículo 8 punto 4 del reglamento).

Sin embargo, la reciente disposición transitoria undécima de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, fija una prórroga cuando se supere tal plazo máximo, que es de carácter excepcional y hasta el día 31 de diciembre de 2012. En tal norma se prevé que el Gobierno pueda modificar su duración en el futuro, siguiendo los postulados que imponga la “Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con discapacidad.”

Así mismo se fijan diversas medidas de incentivación de la contratación por la empresa colaboradora del personal en principio remitido al enclave laboral (artículos 11 y siguientes).

Expresamente se prevé que la empresa colaboradora responde, como contratista principal, en los términos del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores en el ámbito laboral y en los del artículo 104 punto 1 y 127 punto 3 de la Ley General de la Seguridad Social (artículo 8)

En materia de prevención de riesgos laborales, se prevé la obligación de colaboración de ambas empresas y en los términos previstos en los artículos 24 y 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1996, de 8 de noviembre) y en los términos del reglamento desarrollador de aquel artículo 24 (Real Decreto 171/2004, de 30 de enero), sin que se pueda constituir el enclave laboral para realizar las actividades y trabajos que se señalan en el anexo I del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

5.- 4.- Régimen del trabajador con discapacidad mientras trabaja en el enclave.

El enclave deberá estar formado al menos por cinco trabajadores si la plantilla de empresa colaboradora es de 50 o más trabajadores, o al menos por tres trabajadores si dicha plantilla fuera inferior.

Estos trabajadores, pese a estar materialmente fuera del CEE, mantienen la relación laboral protegida con el mismo, que por ello mismo deberá tener encargados responsables en los equipos de producción de la empresa colaboradora, declarándose expresamente que mantiene la facultad disciplinaria.

A diferencia de lo que ocurre con las empresas de trabajo temporal, en estos casos no se contiene ninguna reserva de equiparación salarial entre los trabajadores de la empresa colaboradora y los del enclave, lo que suscita ciertos reparos en parte de la doctrina (Rentero Jover), pues no tiene porqué siempre suponerse que la distinta situación de la persona con discapacidad determine menor productividad o rendimiento que los demás trabajadores fuera del enclave. En todo caso, es en esa distinta aptitud lo que explica esa falta de mención a equiparación salarial.