

El nuevo estatus de persona trabajadora con discapacidad sobrevenida en la negociación colectiva: balance crítico y propuestas de mejora

Antonio Álvarez Montero

*Catedrático de Escuela Universitaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Extracto

Junto a las normas que declaran el derecho de los discapacitados a no ser discriminados en el trabajo, encontramos otras normas que los expulsan de hecho del mercado de trabajo. Por ello, la negociación colectiva se convierte en el instrumento idóneo para asegurar que las personas discapacitadas, como grupo social vulnerable, tengan acceso al trabajo en condiciones de igualdad.

En este estudio hacemos una revisión de los contenidos en materia de discapacidad de prácticamente todos los convenios colectivos vigentes y publicados hasta marzo de 2020 en todos los ámbitos: acuerdos interconfederales, convenios colectivos sectoriales, provinciales y de empresa de ámbito estatal y de la comunidad autónoma de Andalucía.

En el análisis abarcamos todas las referencias que se hacen en esos textos normativos para atender a las personas con discapacidad desde los complementos económicos de diversa naturaleza hasta la reincorporación a la empresa en puesto de trabajo adecuado. Y todo ello con el objetivo de dar a conocer a los interlocutores sociales las mejores prácticas y, en el futuro, facilitar su implementación y, en su caso, mejora.

Palabras clave: discapacidad sobrevenida; negociación colectiva; empleo; no discriminación.

Fecha de entrada: 04-05-2020 / Fecha de revisión: 20-05-2020 / Fecha de aceptación: 20-05-2020

Cómo citar: Álvarez Montero, A. (2020). El nuevo estatus de persona trabajadora con discapacidad sobrevenida en la negociación colectiva: balance crítico y propuestas de mejora. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 448, 107-143.



The new status of working people with disabilities in collective bargaining: critical balance and proposals for improvement

Antonio Álvarez Montero

Abstract

Of the disabled not to be discriminated against in the workplace, we find other rules that effectively expel them from the labour market. Thus, collective bargaining becomes the ideal instrument to ensure that disabled people, as a vulnerable social group, have access to work under equal conditions.

In this paper we review the disability content of virtually all collective agreements in force and published up to March 2020 in all areas: inter-federal agreements, sectorial, provincial and company collective agreements at a State level and in the autonomous community of Andalusia.

In the analysis we cover all the references made in these regulatory texts to attend to people with disabilities, from economic complements of various kinds to the reincorporation into the company in a suitable job. And all this with the aim of making the social partners aware of the best practices and, in the future, facilitating their implementation and, where appropriate, improvement.

Keywords: people with disabilities; collective bargaining; employment; discrimination.

Citation: Álvarez Montero, A. (2020). The new status of working people with disabilities in collective bargaining: critical balance and proposals for improvement. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 448, 107-143.





Sumario

1. Introducción
 2. Tratamiento en acuerdos interprofesionales
 3. Contenidos específicos de la negociación colectiva sectorial y de empresa a nivel estatal y andaluz
 - 3.1. Planteamientos generales: las personas con discapacidad sobrevenida en perspectiva convencional de gestión de la diversidad
 - 3.2. Negociación colectiva y tratamiento de la «discapacidad sobrevenida»: un análisis desde la vertiente cuantitativa
 - 3.3. Contenidos de la negociación colectiva referidos a la «discapacidad sobrevenida»: análisis y valoración
 - 3.3.1. El lento, pero cierto, camino hacia la visibilidad en los convenios del colectivo de personas con discapacidad sobrevenida
 - 3.3.2. Igualdad de trato y no discriminación de las personas con discapacidad en la relación de trabajo
 - 3.3.3. Medidas de «acoplamiento» o de «readaptación profesional» del personal con discapacidad sobrevenida: la movilidad funcional
 - 3.3.4. Movilidad geográfica de la persona trabajadora con discapacidad sobrevenida: un supuesto convencional de permanencia
 - 3.3.5. Formación: una cuestión capital altamente ausente
 - 3.3.6. Garantías de seguridad económica para las personas trabajadoras con discapacidad sobrevenida: ¿indemnidad o devaluación retributiva?
 - 3.3.7. Cuota de reserva legal de contratación de personas con discapacidad
 - 3.3.8. Suspensión de la relación laboral con derecho de reserva de puesto
 - 3.3.9. Otras previsiones convencionales en materia de discapacidad sobrevenida: en especial, la gestión flexible del tiempo de trabajo
 4. Selección de las mejores prácticas relativas a la continuidad en el empleo de las personas discapacitadas
 5. Recomendaciones a los negociadores sobre discapacidad sobrevenida
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

En el contexto de lograr la efectividad del derecho constitucional a la no discriminación y a la igualdad real y efectiva de todos, incluidas las personas con discapacidad, el trabajo constituye un elemento trascendental de integración y de garantía de igualdad. El trabajo para todas las personas cumple y constituye el cauce más idóneo y efectivo para satisfacer ese derecho fundamental. La tragedia que vivimos hoy, a raíz de la pandemia de la COVID-19, no hace sino reafirmarlo, aunque la legislación de emergencia trate de afrontar la decretada inactividad con medidas de garantía de rentas para hacer frente a la ausencia de las derivadas de un trabajo decente. Sin embargo, la protección en igual dignidad debe seguir haciendo de la garantía del empleo su orientación principal (*ex arts. 35 y 40 respecto al art. 10 Constitución española –CE–*).

Frente a esta convicción de partida, encontramos a cada paso una realidad normativa contradictoria, en especial respecto de ciertos colectivos hoy valorados como especialmente «vulnerables», que requieren de la solidaridad para la igualdad efectiva y de otros derechos (por todos, Miñarro, 2018, pp. 12 y ss.). Lamentablemente, tanto en situaciones de extraordinaria anormalidad, como de normalidad, las personas y grupos especialmente vulnerables, esto es, sujetos a una especial protección, van creciendo. Consecuentemente, esta necesidad de proliferación de estatutos de garantías especiales tiende a chocar con una realidad más deficiente. Así sucedería incluso con el grupo más clásico, las personas con discapacidad e, igualmente, acaece con una categoría particular nueva surgida de aquella: las personas trabajadoras con discapacidad sobrevenida.

En este sentido, en la generalidad de los supuestos de incapacidad sobrevenida, el estado de necesidad de la persona trabajadora suele afrontarse con una solución de «salida» del empleo, sin perjuicio de la protección de Seguridad Social en un buen número de casos, ni siquiera en todos. Pero incluso en el caso de que la persona trabajadora quedase en una situación jurídica de incapacidad permanente y consiguiente derecho a prestación de la Seguridad Social, «persiste su derecho al trabajo» y el derecho a la reincorporación a la empresa y adaptación de su puesto de trabajo salvo que suponga una «carga excesiva para el empresario» (art. 40 RDleg. 1/2013). A ello debemos añadir que la pérdida de salario, y por tanto de medios de sustento, no es el único derecho a proteger. Aceptado por todos que el trabajo digno satisface otros derechos como el de igualdad y no discriminación que están en la base de un desarrollo integral de la persona (Monereo, 2015; Ruiz, 2018, p. 502). En cuanto a las normas internacionales, entre otras la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que reconoce «el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás» y obliga a los Estados a promover «el mantenimiento en el empleo y reincorporación al trabajo» (Ribes, 2017).

Ante este estado de la cuestión brevemente descrito y partiendo de la paradójica realidad sociolaboral y jurídica, incluido un marco de tutela de las incapacidades «inadecuado para garantizar el principio de igualdad y no discriminación», estamos convencidos de que se puede y merece la pena transformar. Es un deber de «justicia» y una exigencia del derecho a la no discriminación del personal discapacitado. Y ello ante la evidencia contrastada de que promover el empleo originario o la reintegración en el mismo de las personas con discapacidad sobrevenida es una exigencia de los derechos constitucionales a la igualdad y la no discriminación, así como del principio de promoción del desarrollo personal e integración social que de forma preferente se alcanza a través de la realización de un trabajo digno (Vargas, Zufiur y González, 2016, pp. 180-181).

Esta insuficiente respuesta en la legislación ordinaria obliga a buscar y, en su caso, promover la permanencia en el empleo de las personas trabajadoras con discapacidad sobrevenida en la acción de los interlocutores sociales a través de la negociación colectiva. A falta de una legislación específica, incluso con ella, la fuente convencional, un poder originario constitucional de regulación normativa *ex* artículo 37 de la CE, emerge como un medio idóneo para superar el efecto, no directamente perseguido de expulsión de los discapacitados del mercado de trabajo.

Pues bien, pese a considerar la negociación colectiva como el cauce adecuado para favorecer la permanencia del personal discapacitado en el empleo, ni los negociadores sociales ni la doctrina han mostrado gran interés sobre la materia. Son escasos, aunque interesantes, los estudios realizados hasta la fecha sobre el tema que sostienen que los interlocutores no tienen la materia entre sus prioridades (Ribes, 2017, p. 370). O afirman que se le da un tratamiento relajado y displicente para «trasladar al ámbito del convenio el problema de integración laboral de estas personas con discapacidad» (Almendros, 2018, p. 468). En otros estudios se llega a unas conclusiones muy críticas y pesimistas calificando el estado de la cuestión de «panorama desolador» (Ruiz, 2018, p. 520).

Preocupación que llega también a los sindicatos cuando en diversos e interesantes estudios constatan, de un lado, el avance en el tratamiento de las personas discapacitadas en activo. Pero también lo mucho que queda por hacer cuando reconocen que muchos convenios colectivos en los que participan no recogen derechos de este personal discapacitado, incluso cuando el nuevo puesto de trabajo conlleva menos salario, que podría ser compensado con la prestación que recibe (UGT, 2018, 2019). En este sentido, un reciente trabajo sobre discapacidad sobrevenida viene a concluir e instar a la superación de las débiles respuestas actuales a la situación de un «nuevo colectivo con especial vulnerabilidad sociolaboral» (García, 2020). Tanto las políticas públicas como la negociación colectiva mantienen una respuesta generalista y parcial referida a la discapacidad en su conjunto y en la práctica centrada en la incorporación al trabajo de los discapacitados originarios a través de cuotas de reserva o de incentivos a la contratación y a «facilitar» la salida en buenas condiciones económicas para la discapacidad sobrevenida.

Basándose en la idoneidad de la negociación colectiva en todos sus ámbitos para alcanzar la permanencia en el trabajo de las personas discapacitadas, nos proponemos indagar la realidad actual de los contenidos de los convenios y poner de manifiesto las cláusulas referidas a la discapacidad para conocimiento general y para difusión entre los negociadores y, en su caso, que permitan superar la contradicción antes señalada. En definitiva, contribuir e incentivar la permanencia en el empleo del colectivo con discapacidad sobrevenida cualquiera que fuere la causa que la origine: enfermedad o accidente de trabajo o común, o simple deterioro de las capacidades motivadas por la edad o la intensidad y dedicación al trabajo.

Concretamente nuestro trabajo ha consistido en el análisis de las soluciones actuales de los acuerdos interprofesionales y de la práctica totalidad de los convenios colectivos estatales, de empresa y de sector, así como los de la comunidad de Andalucía (regionales, provinciales y de empresa), vigentes en la actualidad y publicados hasta marzo de 2020. En todos ellos nos hemos detenido y constatado las «referencias» a la discapacidad, desde las menos indirectas y tangenciales, como puede ser el mero refuerzo de las prestaciones económicas sustitutivas del salario en caso de incapacidad, a las más directamente orientadas a facilitar la reincorporación de los trabajadores a su puesto de trabajo o a otro compatible con sus nuevas capacidades.

Todo ello para procurar al discapacitado una posición de igualdad plena y efectiva respecto del resto de personal que evite las desventajas derivadas de la discapacidad contribuyendo a hacer posible la «igualdad de hecho y plena participación en la vida laboral»¹ con la reincorporación de los trabajadores discapacitados a la empresa manteniendo una relación laboral común².

2. Tratamiento en acuerdos interprofesionales

De acuerdo con las previsiones del artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores (ET), el establecimiento de criterios, pautas y materias prioritarias para orientar la negociación colectiva posterior se ha llevado a cabo a través de diversos acuerdos interprofesionales desde hace casi una década. En la actualidad se encuentra vigente el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. En principio, en él nada se prevé de forma específica acerca de las personas discapacitadas. Por lo tanto, en esta materia mantiene plena vigencia el contenido del III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, que queda prorrogado

¹ Vid. artículo 2 g) del Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (BOE de 3 de diciembre), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

² Artículo 37.2 a) del Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

en todo lo que no se oponga al propio IV. En este acuerdo se incluyen recomendaciones respecto de la acción convencional para la mejora de la integración social y laboral de las personas con discapacidad. Y así, en su punto 6.º, bajo el epígrafe «Igualdad de trato y oportunidades», se hace referencia al colectivo, previendo que a través de la negociación colectiva se favorezca y contribuya:

[...] la incorporación al empleo de personas con discapacidad, atendiendo a las características de los sectores y las empresas, las capacidades y aptitudes de los trabajadores y la posible adaptación de los puestos de trabajo.

De otro lado, establece la contratación efectiva de las personas con discapacidad y cumplir con la cuota de reserva del 2 % en empresas de más de 50 personas en plantilla³. Cláusula que no va más allá de las previsiones legales previstas para todo discapacitado. Si bien trata de favorecer este objetivo cuando propone la identificación de las actividades y los puestos que pueden tener menos dificultades para su cobertura por personas con discapacidad.

Igualmente, el acuerdo promueve la creación de un marco equitativo para el desarrollo de las condiciones laborales de las personas con discapacidad, haciendo cuantos ajustes razonables sean necesarios para una correcta adaptación del puesto en función de la discapacidad de que se trate, con objeto de que puedan desarrollar su trabajo sin condicionantes que mermen o dificulten el uso de sus conocimientos y capacidades.

En el mismo tenor propositivo y mera recomendación, insta a la promoción de las acciones de formación profesional con el objetivo de que participen en condiciones de igualdad con el resto de personal. Así como facilitar la transición de los trabajadores de los centros especiales de empleo al empleo ordinario. Y, en fin, garantizar que las empresas colaboradoras que tengan un enclave laboral adecúen sus instalaciones y los puestos de trabajo a las necesidades de los trabajadores del centro especial de empleo, en los términos señalados en la normativa de prevención de riesgos laborales.

La debilidad del acuerdo está en la naturaleza de las previsiones y que no se acompañan de medidas específicas y concretas para el efectivo traslado a las mesas negociadoras en las que se concreten los contenidos garantistas.

En definitiva, el acuerdo representa un importante avance, puesto que «recoge por primera vez de forma expresa y específica cuestiones relativas a las personas con discapacidad», pero tras analizar su clausulado no va más allá de lo que establecen las «previsiones normativas sobre el empleo ordinario de las personas con discapacidad», constituyendo las mismas meras «declaraciones de intenciones» (Barbancho, Romeo y Yepes-Baldó, 2019).

³ El acuerdo reproduce y no fija mayor porcentaje ni mejor redacción que la prevista en el artículo 42 del Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

Justamente, tal enfoque de política convencional en la cumbre para personas con discapacidad sobrevenida sí aparece explícito en el Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020 (AIC). Este se ocupa de esta cuestión sociolaboral con una mayor extensión y riqueza de contenidos⁴. El AIC da un tratamiento a la discapacidad en el marco del capítulo XI relativo a «igualdad».

Para ello hace un recorrido por los diferentes colectivos de personas trabajadoras que por diferentes razones son susceptibles de situarse en una posición de mayor debilidad en el acceso al empleo, promoción y condiciones de trabajo. El diseño y distribución del tratamiento lo lleva a cabo partiendo de cada colectivo concreto y fijando con detalle las «recomendaciones» a la negociación colectiva, de forma que incide en los aspectos que, a juicio de los negociadores, son más sobresalientes en los que puede verse comprometida la igualdad de tales personas.

Así, después de dedicar una amplia atención a la igualdad por razón de género, de fijar recomendaciones para garantizar el derecho a la igualdad de derechos del colectivo LGTBI (lesbianas, gays, bisexuales, personas transgénero e intersexuales) y de los colectivos con «diversidad de origen» (inmigrantes), se dedica un amplio espacio a la «discapacidad», en general, e incluyendo explícitamente también la «sobrevenida»⁵. Valoramos positivamente que el diseño del tratamiento en el AIC fije un esquema completo con varios objetivos de trascendental relevancia para promover la plena integración laboral de las personas discapacitadas. Así:

- De un lado, sitúa el objetivo último de toda acción para este colectivo en su inclusión en el empleo como una exigencia del derecho a la igualdad.
- De otro, destaca la necesaria reincorporación y recuperación de las personas con discapacidad sobrevenida, relegando otras medidas que pudiéramos llamar de «acción social» que indirectamente facilitan la salida del trabajo por invalidez.
- Y, por último, promueve medidas coadyuvantes como el compromiso de las partes firmantes a «posibilitar el acceso al empleo ordinario de calidad de las personas con discapacidad».

Para lograr todo ello –sin duda, pretensión ambiciosa– insta a los negociadores a incluir cláusulas convencionales que: declaren expresamente el objetivo de la contratación ordinaria de las personas discapacitadas; establezcan procesos de selección con criterios no

⁴ Vid. la Resolución TSF/2053/2018, de 4 de septiembre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020 (DOGC de 7 de septiembre).

⁵ El capítulo XI, «Igualdad», para el colectivo con discapacidad establece: «Discapacidad 1. Las partes signatarias del AIC declaramos nuestro compromiso a posibilitar el acceso al empleo ordinario de calidad de las personas con discapacidad».

discriminatorios; adapten los puestos de trabajo para permitir la accesibilidad; flexibilicen de manera personalizada el tiempo de trabajo; y que la vigilancia de la salud responda a las necesidades de la persona discapacitada.

El objetivo, pues, del AIC es amplio, en sus términos y contenidos. Con él se deja acreditada la especial sensibilidad que las partes firmantes han tenido respecto del colectivo de personas trabajadoras que sufren procesos que las llevan a una «discapacidad sobrevenida», reforzando las previsiones legales que reclaman el derecho al trabajo de tales personas.

3. Contenidos específicos de la negociación colectiva sectorial y de empresa a nivel estatal y andaluz

3.1. Planteamientos generales: las personas con discapacidad sobrevenida en perspectiva convencional de gestión de la diversidad

Con carácter previo al análisis de los contenidos convencionales referidos a los supuestos de discapacidad sobrevenida debemos indicar que las cláusulas en ellos contenidas hacen mención a la discapacidad en sentido genérico. En síntesis se pueden resumir tres grupos de contenidos:

- Los contenidos relativos a facilitar y compatibilizar el trabajo con la atención a familiares dependientes. Es el grupo de normas de diferente naturaleza más numeroso presente en los convenios.
- El segundo grupo de normas se refiere a la contratación y condiciones de trabajo de las personas discapacitadas «de origen». Un contenido diverso y amplio que va desde reproducir la obligación porcentual legal, promocionar su presencia y cláusulas de no discriminación hasta la atención a la prevención de riesgos laborales.
- Y un tercer grupo de cláusulas, no menos frecuentes, que vienen a abordar las respuestas a la discapacidad sobrevenida originada por accidente o enfermedad laboral o de naturaleza extraña al mismo.

Preferentemente orientamos nuestro estudio a este último grupo de normas, con la finalidad de poder evaluar hasta qué punto las situaciones ligadas a la discapacidad sobrevenida de las personas trabajadoras vienen a formar parte de las discusiones y eventuales acuerdos de las mesas negociadoras, así como identificar buenas prácticas negociales en el actual momento de la negociación colectiva.

En una segunda observación previa debemos aclarar que nuestro ámbito de estudio se ha ceñido a los convenios colectivos cuyo ámbito funcional es el sectorial y de empresa, el ámbito territorial es el estatal y autonómico andaluz –incluyendo el nivel provincial–, y que hayan sido publicados en los boletines oficiales de tales territorios en el periodo de 1 de enero de 2018 hasta marzo de 2020.

Una tercera observación: son pocos los convenios colectivos que separan el tratamiento, sea más o menos amplio, de la «discapacidad» respecto de la «discapacidad sobrevenida». En general, la negociación colectiva afronta o se ocupa de las personas trabajadoras discapacitadas de forma fragmentaria y, preferentemente, orientada a las personas discapacitadas que inician una relación laboral, incluyendo sin mencionar explícitamente a las personas con discapacidad sobrevenida.

Una cuarta, relativa a la necesidad de mejora del lenguaje. Tanto los convenios estatales como autonómicos tienden a utilizar una terminología no solo muy plural y difusa (Kahale, 2016, p. 537), sino a veces «estigmatizante», que convendrá erradicar definitivamente. Así, a veces «hablan» de «personas trabajadoras disminuidas»⁶ o bien de «personal con capacidad disminuida» o «trabajador de capacidad disminuida»⁷, incluso con mayor precisión de «capacidad disminuida sobrevenida»⁸. Entendemos que se debe evitar el lenguaje de este tipo, que pone énfasis más en el efecto de pérdida de capacidades (o habilidades) funcionales y laborales de las personas que lo sufren que en la condición de persona trabajadora en la que sigue intacta su capacidad laboral, aunque necesitada de gestión adaptada a su diversidad funcional. Lo recomendable es utilizar siempre la expresión «personas con discapacidad sobrevenida», y atender a los cambios de capacidad y competencias que derivan de tal estado evitando el término de «condición disminuida» (Fernández, 2006, p. 46).

Entendemos que el escaso relieve, en muchos casos silencio, que se da a la discapacidad sobrevenida en los convenios está motivado, en cierta medida, por la convicción, culturalmente integrada de los negociadores, de que la persona discapacitada sobrevenida ya tiene una respuesta de la Seguridad Social para sustituir las rentas salariales. Ello haría innecesario el abordaje de otras medidas de garantía y protección de su relación laboral, dirigidas de forma específica a este colectivo de personas trabajadoras.

Estas respuestas fragmentarias y débiles no cuentan con el suficiente calado regulador como para que puedan ser atractivas para las personas trabajadoras afectadas por la discapacidad y menos que estén eficazmente ordenadas para alcanzar el fin que se proponen. Por supuesto, no alcanzan en extensión y profundidad a fijar un procedimiento integral que

⁶ Artículo 29 del Convenio colectivo de la construcción y obra públicas de Córdoba de 17 de septiembre de 2019.

⁷ Vid. artículo 42 del Convenio colectivo de almadrabas y construcción de Cádiz.

⁸ Vid. artículo 29 del Convenio colectivo de Siemens Healthcare, SLU.

incluya una política general de reincorporación de trabajadores, de adaptación de puestos, de formación, de flexibilidad en las condiciones de trabajo, etc. Frecuentemente se limitan a favorecer la reincorporación con importantes condiciones de naturaleza: temporal, esto es, durante un tiempo limitado; funcional, pues frecuentemente se las adscribe a grupos y categorías inferiores, sin primar acciones formativas o de capacitación que permitan una mayor adecuación o adaptación; o competencial, que puedan realizar todas las funciones del puesto.

Teniendo presentes tales consideraciones, el análisis de las previsiones recogidas en los convenios colectivos en relación con la «discapacidad sobrevenida» de las personas trabajadoras y las medidas establecidas para amortiguar los efectos que tal situación representa para el mantenimiento de la relación jurídica laboral pueden abordarse desde una doble perspectiva: cuantitativa y cualitativa. Procedemos a su análisis.

3.2. Negociación colectiva y tratamiento de la «discapacidad sobrevenida»: un análisis desde la vertiente cuantitativa

El análisis de las previsiones recogidas en los convenios colectivos objeto de nuestro estudio pone de relieve la escasa incidencia que esta materia tiene en las mesas de negociación. Esta afirmación es extensible a la negociación colectiva en todos los ámbitos sectoriales y territoriales.

En cuanto a los convenios de ámbito territorial estatal y respecto a los convenios publicados en el BOE dentro del periodo 2018 y marzo de 2020, en algún aspecto relativo a la problemática ligada a la discapacidad sobrevenida, desde la vertiente puramente cuantitativa y sin entrar por ahora en la valoración acerca de la oportunidad, alcance o naturaleza de la protección, podemos describir el siguiente «mapa de situación»:

- Los convenios colectivos publicados en el BOE en este periodo temporal alcanzan un total de 546, de los cuales 398 corresponden a convenios colectivos de ámbito de empresa, grupo de empresas o vinculadas por razones organizativas o productivas, y 148 son convenios colectivos de sector o subsector de actividad.
- De los convenios de empresa, grupo de empresas o vinculadas por razones organizativas o productivas, del total indicado de 398, únicamente 20 convenios recogen alguna regulación que atañe al colectivo de personas trabajadoras con «discapacidad sobrevenida», lo cual representa un 5 % del total de convenios publicados en tal periodo temporal.
- En relación con los convenios colectivos sectoriales o subsectoriales con ámbito territorial estatal, se han publicado en este periodo 2018-marzo 2020 un total de 148, de los cuales 47 prevén algún aspecto que incide sobre los efectos de la declaración de una «discapacidad sobrevenida» de una persona trabajadora en su relación laboral, lo que representa solo el 31,76 % del total.

Gráfico 1. Convenios colectivos de ámbito de empresa, grupo de empresas o empresas vinculadas publicados en el BOE en el periodo 2018/2020

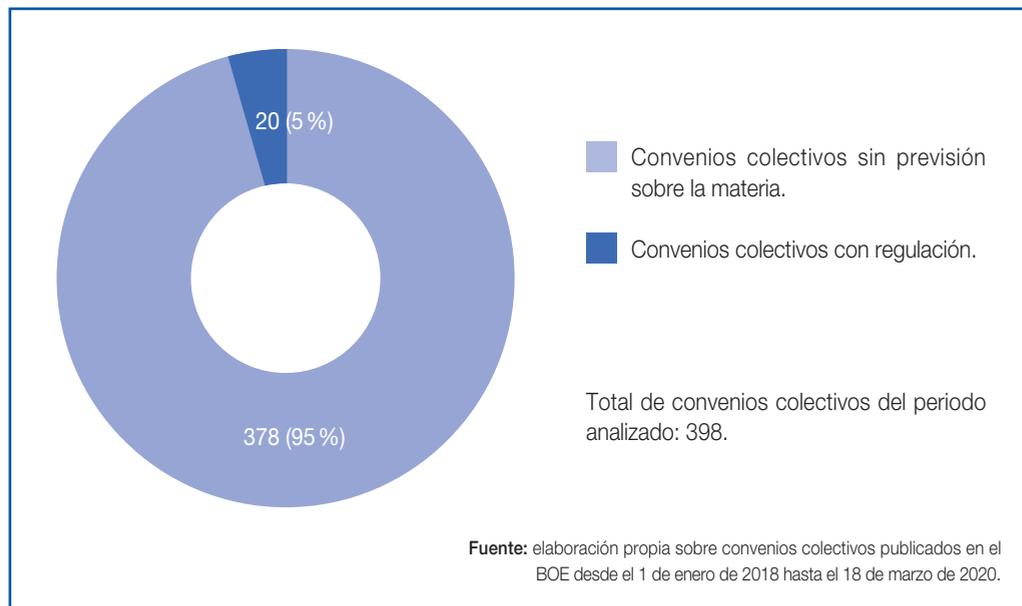
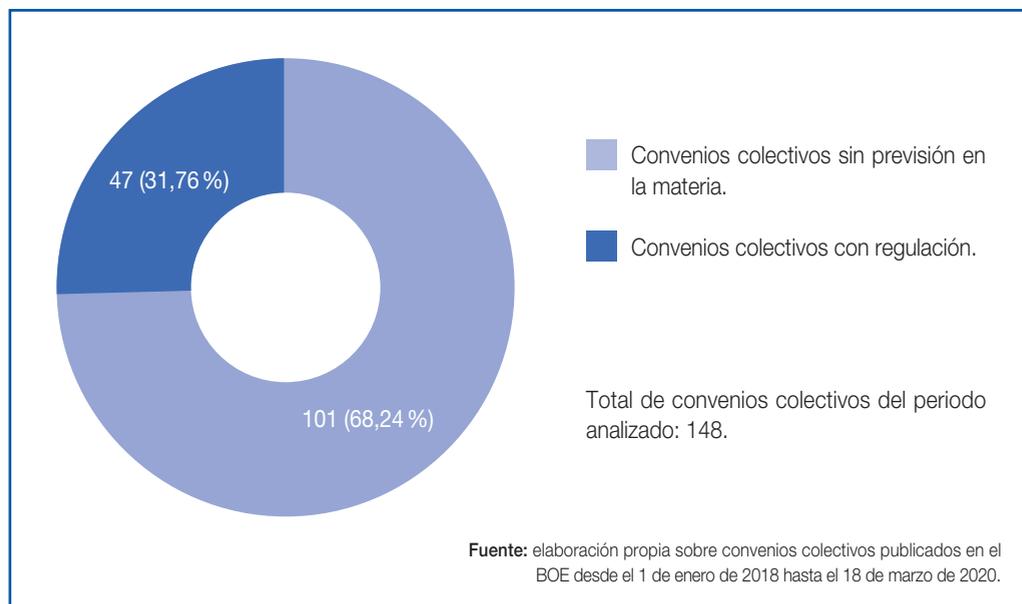


Gráfico 2. Convenios colectivos sectoriales publicados en el BOE en el periodo 2018/2020



En cuanto al nivel autonómico andaluz, el mapa negocial sobre cláusulas referidas a los supuestos de «discapacidad sobrevenida» presenta los siguientes parámetros:

Gráfico 3. Convenios colectivos de ámbito de empresa, grupos de empresas o de empresas vinculadas publicados en Andalucía en el periodo 2018/2020

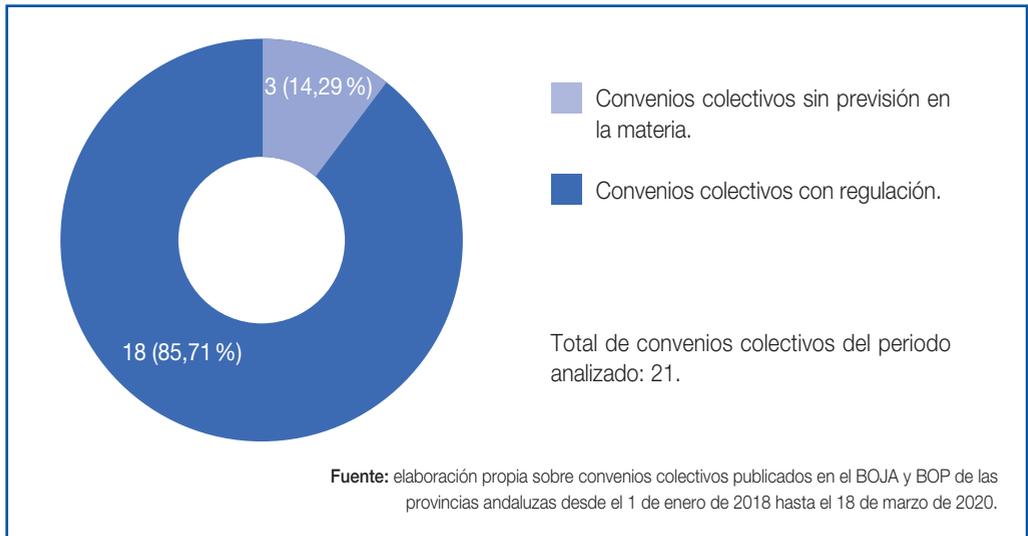
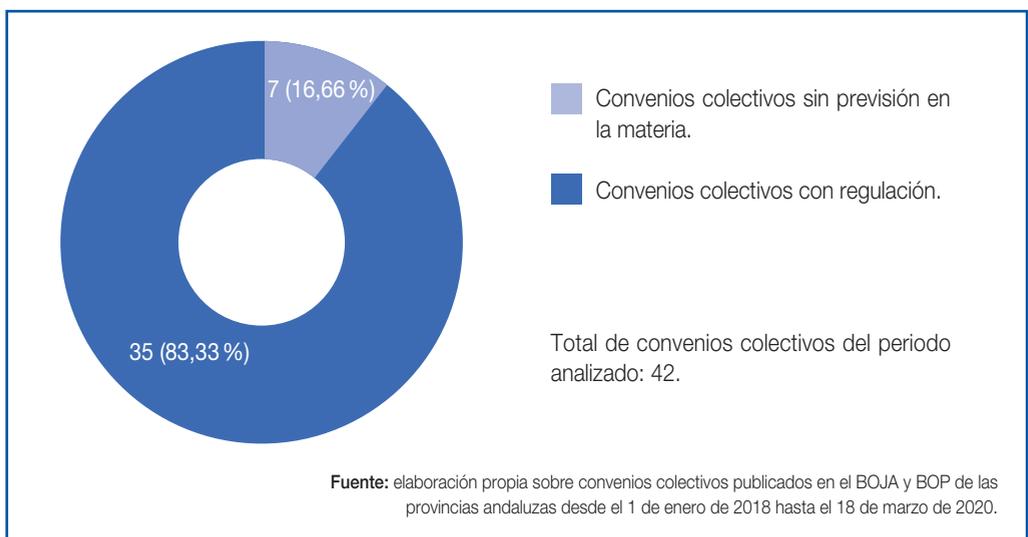


Gráfico 4. Convenios colectivos sectoriales publicados en Andalucía en el periodo 2018/2020



De estos datos, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- El porcentaje de convenios colectivos publicados en el BOE que recogen alguna previsión sobre esta materia es hasta 6 veces menor cuando se trata de convenios de ámbito de empresa (5 %) respecto de los convenios de sector de actividad (31,76 %), lo que nos permite afirmar que se trata de una cuestión que pasa casi desapercibida en la negociación empresarial. Además no se regulan mecanismos de desarrollo, complemento y ampliación del marco garantista que pueda preverse en sede supraempresarial.
- Por el contrario, en la negociación colectiva llevada a cabo en Andalucía, se aprecia una reseñable tendencia a la presencia de cláusulas que tratan en alguna medida la problemática ligada a la «discapacidad sobrevenida». Así, si hablamos de convenios colectivos sectoriales, el 83,33 % de ellos acometen algún tipo de regulación sobre esta materia; porcentaje muy parecido en convenios de empresa, grupos de empresas o empresas vinculadas (85,71 %). El contraste con la realidad negociada estatal es evidente, siendo casi 3 veces mayor en Andalucía en ámbito sectorial, y que se multiplica por 17 a nivel de empresa.
- Sobresale la negociación colectiva estatal sectorial con un porcentaje de convenios que contienen alguna materia relacionada con la «discapacidad sobrevenida» superior en un tercio al nivel empresarial. Dato relevante y positivo por cuanto la cobertura de personal y empresas es muy superior que si se hace empresa por empresa.
- Es importante poner de relieve (después se analizan específicamente) que cuando abordan las medidas se hace de manera asistemática, muy diluida en el texto del convenio y, en la mayoría de las ocasiones, sin responder de manera precisa a un encuadramiento específico que venga ligado a las situaciones de «discapacidad sobrevenida». Lo habitual es encontrar un abordaje parcial y puntual conforme se tratan cuestiones tales como la movilidad funcional, los complementos salariales, la formación, la prevención de riesgos laborales, etc., lo que dificulta la visibilidad de los destinatarios tanto de los discapacitados como de las representaciones de las personas trabajadoras –sindicales– y unitarias– que negocian en el ámbito de empresa.

3.3. Contenidos de la negociación colectiva referidos a la «discapacidad sobrevenida»: análisis y valoración

3.3.1. El lento, pero cierto, camino hacia la visibilidad en los convenios del colectivo de personas con discapacidad sobrevenida

Como hemos dicho con anterioridad, la negociación colectiva es un instrumento útil de gestión integradora y correctora, para afrontar los efectos expulsivos del trabajo que

el marco legislativo laboral fomenta indirectamente en los supuestos de discapacidad sobrevenida. A través de estos instrumentos normativos se articula un conjunto coherente y completo de medidas dirigidas a la protección efectiva del derecho social constitucional al trabajo de las personas afectadas temporal o permanentemente en su salud que pueden ver extinguida la relación laboral, puesto que en ciertas normas generales prima la defensa de la productividad empresarial por encima del derecho al trabajo en condiciones de igualdad. Por lo tanto, la negociación colectiva está en adecuadas condiciones para adaptar nuestro sistema jurídico a la evolución de la discapacidad y con un enfoque más equilibrado (Argüelles, 2017).

Pero también encontramos referentes legales significativos para la negociación colectiva. Así, conviene traer aquí las medidas que se pueden establecer como concreción del principio jurídico general de adaptación del trabajo a la persona, en línea con la previsión legal de tal principio preventivo ex artículo 15.1 d) de la Ley de prevención de riesgos laborales (LPRL). Aunque esta normativa tiene una concreción en el artículo 25 de la LPRL, lo es solo para personas especialmente sensibles a ciertos riesgos. Se acoge en ella un desarrollo integrador, pero limitados, subjetiva y funcionalmente, los riesgos laborales.

No es el único. Podemos encontrar también, entre otros, la potenciación del uso de las nuevas tecnologías para este colectivo, readaptación de funciones, recolocación del personal afectado, excedencia, suspensión del contrato, etc.

En este sentido conviene reseñar que el artículo 40 del Real Decreto legislativo 1/2013, en relación con el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre (DOCE L 303, de 2 de diciembre), obliga a establecer medidas en sentido amplio realizando ajustes o adaptaciones razonables en los puestos y lugares de trabajo de protección de las personas con discapacidad en general. Incluibles, si cabe con mayor razón, las personas con discapacidad sobrevenida. Las limitaciones jurisprudenciales al alcance de esta obligación⁹ exigen su garantía equilibrada en sede negocial.

La acción convencional puede conducir a una devaluación de las condiciones de trabajo que inicialmente venía disfrutando la persona trabajadora antes de sufrir la discapacidad (Goerlich, 1996, p. 64). Pero vista desde una vertiente positiva, incluso en ese caso, puede ser una vía adecuada para evitar la expulsión del trabajo que se abre en las normas del ET y la Ley general de la Seguridad Social y que la negociación colectiva puede evitar. Desde ese potencial protagonismo de la negociación, los contenidos más limitados en la actualidad son cuantos siguen.

⁹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2018 (rec. 160/2016) prima el considerando 17 de la Directiva 2000/78, con lo que hace una interpretación muy laxa y generosa, a favor de la empresa, de lo que se entiende por carga excesiva en la adaptación.

3.3.2. Igualdad de trato y no discriminación de las personas con discapacidad en la relación de trabajo

Ya dijimos que el principal –no único– marco de referencia para el tratamiento de las personas con discapacidad sobrevenida debe ser el derecho a la igualdad de trato, así como a la no discriminación.

El artículo 2 del Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, concreta este marco normativo. Así, integra tanto el principio de igualdad de oportunidades (art. 14 en relación con el art. 9.2 CE) cuanto el de la no discriminación de las personas discapacitadas en la relación de trabajo. De forma explícita se formula en el artículo 35.1 del Real Decreto legislativo 1/2013: derecho al trabajo en condiciones de «igualdad de trato y no discriminación» directa o indirecta. Para alcanzar ese objetivo se declara, en primer lugar, la nulidad entre otros preceptos y decisiones de «los convenios colectivos» que den lugar a «situaciones de discriminación» en materia de empleo y condiciones de trabajo. Y, en sentido positivo, se establece que los empresarios «están obligados a adoptar medidas adecuadas» de acceso, de adaptación de puesto, de promoción y formación sin que tales acciones supongan «una carga excesiva» para la empresa (art. 40 RDleg. 1/2013). A partir de estas exigencias legales, buen número de convenios incluyen cláusulas de igualdad y no discriminación por razón de discapacidad, aunque el tratamiento que se hace no es en realidad promocional, en muchos casos con una redacción deficiente, parcial, asistemática y meramente declarativa. Las cláusulas por discapacidad se plantean de manera genérica y vinculándolas a todos los aspectos de la relación laboral: acceso al empleo, clasificación, promoción y formación profesional, contratación, desarrollo de la prestación laboral, retribuciones, etc., sin medidas garantistas.

De igual modo, se detecta que en buena parte de las situaciones reguladoras se vincula la prohibición de discriminación y se incardina la misma dentro de las previsiones sobre la igualdad entre mujeres y hombres (art. 101 Convenio colectivo general de trabajo de la industria del textil y de la confección). O se incluyen dentro de los protocolos sobre prevención y actuación contra el acoso sexual y por razón de sexo (art. 57 Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida). Incluso en el marco de un plan de igualdad exigido por la ley y para definir el acoso se incluye la «discapacidad física o mental» (disp. adic. única Convenio colectivo de Santa Bárbara Sistemas, SA). O, en fin, se hace una previsión genérica sobre el principio de igualdad de trato y prohibición de la discriminación en el que se incluyen las situaciones de discapacidad, y, a continuación, todo ello se vincula casi en exclusiva a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (art. 120 VI Convenio colectivo general de ferralla).

Igualmente, se encuentran previsiones en las que se establece la nulidad de las cláusulas calificadas de discriminatorias con reiteración de lo que establece el artículo 35.5 del Real Decreto legislativo 1/2013, que prevé la nulidad de los preceptos de los convenios en los «ámbitos del empleo, en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo» (art. 7 Convenio colectivo de la provincia de Almería de estudios técnicos y oficinas de arquitectura).

Y, en fin, los supuestos de discriminación y acoso por razón de discapacidad, al igual que para el resto de situaciones de acoso por diferentes motivaciones, se recogen en los regímenes de sanciones y faltas, calificándolos como faltas muy graves¹⁰.

3.3.3. Medidas de «acoplamiento» o de «readaptación profesional» del personal con discapacidad sobrevenida: la movilidad funcional

Una de las cláusulas típicas en esta materia se refiere a establecer medidas para la «readaptación profesional» o también denominado «acoplamiento» de las personas en nuevos puestos encomendándoles nuevas funciones acordes con su nueva capacidad real. Esta medida de reclasificación profesional se configura jurídicamente como un supuesto concreto de movilidad funcional, con diversas variantes en la forma de reconocimiento. Así, en algunos casos se configura como un derecho a que la empresa las «acople» a puestos compatibles con sus capacidades (el art. 15 Convenio colectivo de Acerinox Europa, SA, establece que la empresa «acoplará necesariamente al trabajador» que pasará a efectuar otro trabajo).

En cualquier caso, lo que sí se aprecia es una multiplicidad de variantes sobre la forma y modo de configurar este derecho y sus titulares. En tal sentido, se pueden destacar, entre otras, las siguientes:

- Personal que haya sido declarado en situación de incapacidad permanente parcial¹¹, al que se le reconoce:
 - La reincorporación al mismo puesto, si la discapacidad no afecta al rendimiento normal y, si ello no es posible, mantener el nivel retributivo que tenía.
 - Si se acredita disminución del rendimiento, la persona discapacitada deberá ocupar un puesto de trabajo adecuado a su capacidad y, si no existiere, el empresario podrá reducir el salario hasta el 25 % con el límite del salario del convenio.
 - Si la persona en situación de incapacidad permanente parcial recobrara con posterioridad su total capacidad para su profesión habitual, tendrá derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo originario, si viniese ocupando uno de categoría inferior, si hubieran transcurrido menos de 3 años en dicha situación.

¹⁰ Vid., entre otros, el artículo 107 s) del VI Convenio colectivo general de ferralla; artículo 82.15 del Convenio colectivo general de trabajo de la industria del textil y de la confección; y artículo 66 del Convenio colectivo de Claved, SA.

¹¹ Artículo 20 del Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida.

- A quienes se hubiese reconocido una incapacidad permanente total o absoluta y tras recibir prestaciones de recuperación profesional hubieran recobrado su plena capacidad laboral, tendrán preferencia para su reingreso cuando se produzca la primera vacante en su categoría o grupo profesional.
 - La persona que esté afectada de una incapacidad permanente parcial y como consecuencia de ello incapaz de realizar alguna de las tareas o funciones propias de su grupo y/o puesto profesional, pero conserva capacidad en grado suficiente para desempeñar correctamente los cometidos y funciones fundamentales del mismo, se priorizará para ocupar puestos de trabajo propios de dicho grupo y/o puesto profesional que se consideren por los servicios médicos de empresa¹².
- Personal cuya capacidad se haya reducido por edad u otras circunstancias, antes de la jubilación, al que se le reconoce el derecho a ser destinado a trabajos adecuados a sus condiciones¹³. Se le reconoce derecho de preferencia, para cuya efectividad la empresa ha de proveer las plazas de portería, conserjería, vigilancia, etc., si no puede seguir desempeñando su trabajo con el rendimiento normal, manteniendo el derecho al salario de su categoría originaria.
 - Supuestos en los que, como consecuencia de los reconocimientos médicos o de las situaciones de incapacidad temporal prolongada¹⁴, se ponga de manifiesto que la persona trabajadora no está en condiciones de desarrollar las funciones esenciales de su ocupación. Si su situación física es compatible con el desempeño de otro puesto de trabajo, la empresa le ofrecerá bien la adaptación del puesto, bien el traslado a otro puesto de trabajo que la empresa determine, percibiendo el salario correspondiente al puesto de trabajo efectivamente desarrollado¹⁵.
 - A las personas que sean declaradas en situación de incapacidad permanente total y les sea reconocida una prestación inferior a un porcentaje concreto de su base reguladora¹⁶ se les reconoce el derecho a que la empresa les ofrezca un puesto de trabajo acorde a sus nuevas condiciones. Derecho condicionado a que exista dicho puesto, que no concurran circunstancias organizativas que lo impidan,

¹² Artículo 125.2 del II Convenio colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU, y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU.

¹³ Artículo 20 del Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida; artículo 52 del Convenio colectivo del sector de la construcción y obras públicas de Cádiz.

¹⁴ Artículo 40 del Convenio colectivo de Puertos del Estado y autoridades portuarias.

¹⁵ Artículo 33 del Convenio colectivo de las industrias del aceite y sus derivados de la provincia de Córdoba; artículo 52 del Convenio colectivo del sector de la construcción y obras públicas de Cádiz; o el artículo 11 del Convenio colectivo provincial del comercio de automóvil, caravanas, motocicletas, bicicletas y accesorios de Sevilla.

¹⁶ Artículo 59 del Convenio colectivo de Puertos del Estado y autoridades portuarias.

así como que la persona goce de aptitudes para el desempeño de la nueva ocupación. En este caso, se garantiza que el nuevo contrato sea a jornada completa, pero, de no ser así, se formalizará un contrato con unas retribuciones que, a través de las condiciones de trabajo, jornada, etc., le permitan alcanzar el 100 % de la base de cotización que tuviera acreditada antes de la declaración de incapacidad, y si el salario fuera menor, se podrá suscribir un convenio especial de cotización con la Seguridad Social con cargo a la empresa hasta alcanzar el 100 % de la cotización.

- Si la persona con «capacidad disminuida» deja de estar en condiciones físicas o psíquicas para continuar realizando eficazmente la tarea que venía desempeñando, debido a accidente, enfermedad o cualquier otra causa, aunque no haya necesitado obtener la baja de la Seguridad Social¹⁷, se asignará una tarea adecuada a su capacidad previa declaración de esta situación y previos los dictámenes y asesoramientos oportunos del servicio médico. La persona tendrá la opción de realizar actividad distinta y adecuada siempre que «exista puesto disponible»¹⁸. En la mayoría de los supuestos con «el nivel salarial retributivo que tenía»¹⁹.
- Persona trabajadora a la que se le declare una invalidez por el órgano pertinente de la Seguridad Social que le impida realizar las funciones propias de su categoría profesional²⁰, la empresa estará obligada, si existen vacantes en otras categorías profesionales, cuyas funciones en su totalidad puedan ser desempeñadas por esta persona, y previa solicitud de esta dentro del plazo máximo de 1 año a partir de la fecha en la que hubo resolución firme de invalidez, a la adjudicación de la vacante que hubiera solicitado.
- Personal que por discapacidad en sus condiciones físicas, psíquicas, intelectuales o sensoriales, o por otras circunstancias no se halle en situación de dar rendimiento normalmente exigible en su categoría, y le haya sido denegada la invalidez permanente total para la profesión habitual, se le reconoce un muy diluido derecho –se expresa en términos de «procurarán»²¹– a que las empresas lo destinen a trabajos adecuados a sus condiciones. En algunos supuestos que se limitan a la «capacidad física» disminuida por cualquier causa «se procurará acoplar»

¹⁷ Artículo 30 del Convenio colectivo sectorial para la limpieza de edificios públicos y locales de la provincia de Jaén.

¹⁸ Artículo 29 del Convenio colectivo de Siemens Healthcare, SLU.

¹⁹ Artículo 30 del Convenio colectivo sectorial para la limpieza de edificios públicos y locales de la provincia de Jaén; artículo 39 del Convenio colectivo para el comercio de maquinaria industrial, agrícola, material eléctrico de Sevilla; artículo 15 del Convenio colectivo de Acerinox, SA.

²⁰ Artículo 28 e) del II Convenio colectivo de la comunidad autónoma de Andalucía para el sector de aparcamientos y garajes (2016-2020).

²¹ Artículo 56 del Convenio colectivo estatal para las industrias lácteas y sus derivados.

manteniendo sus retribuciones con limitación cuantitativa al 5 % del personal del centro de trabajo²².

En definitiva, como se puede apreciar, y a modo de conclusión, de un lado, son pocas las cláusulas de garantía convencional del derecho de la persona trabajadora discapacitada sobrevenida a un «acoplamiento» profesional sin condicionantes. En la mayor parte de los casos se hace depender su efectividad bien de la existencia de vacante adecuada; del plazo dado para su ejercicio; de que la discapacidad tenga el reconocimiento de los «organismos pertinentes de la Seguridad Social»; de que exista previa valoración por los servicios médicos de la empresa; o, en fin, de que tales personas perciban subsidios o pensión inferiores al salario mínimo interprofesional vigente –otorgándose preferencia en cuanto al acoplamiento²³–.

De otro lado, se insiste en que el cambio funcional y la consiguiente reclasificación profesional sean acordes a la capacidad real de la persona trabajadora. Esta condición reconduce la acción de la empresa a ofrecer el desempeño de funciones y tareas de puestos de «categoría inferior» correspondiente a grupos profesionales de personal subalterno –ordenanzas, portería, conserjería, vigilancia–. Y ello sin prever en todos los supuestos cláusulas de «garantía económico-salarial» del puesto de origen, o algún tipo de seguro que cubra los supuestos de salario inferior al que tuviese acreditado o, en fin, haciendo referencia a las ayudas previstas «para promover la colocación de las personas discapacitadas» o para «compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad» (arts. 39 y 40 RDleg. 1/2013).

Y, en fin, en la mayoría de los supuestos en los que se establece el deber de ser acoplados en otra actividad distinta, no se refuerza con medidas de formación *ad hoc*²⁴ o de adaptación del puesto de trabajo a las eventuales limitaciones funcionales.

Siguiendo con el análisis de la diversidad con la que se trata la reincorporación del personal discapacitado, son muy pocos los convenios que establecen la adaptación de puesto de trabajo con conservación del nivel salarial y profesional. Así:

- En algunos casos establecen una cláusula nominada de «adaptación del puesto de trabajo» cuando en realidad están regulando el paso a una «actividad distinta» que *de facto* es de menor nivel de exigencia y de salario, puesto que impone al empresario respetar el salario anterior a la discapacidad²⁵.

²² Artículo 31 del Convenio colectivo de Santa Bárbara Sistemas, SA.

²³ Artículo 6.3 del Convenio colectivo de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares.

²⁴ De manera genérica se hace referencia al fomento de medidas que faciliten en materia de formación la participación del personal con discapacidad (por ejemplo, art. 76 Convenio colectivo único de la Administración General del Estado).

²⁵ Artículo 56 del Convenio colectivo provincial de comercio de Córdoba de 27 de noviembre de 2018.

- Pocos convenios establecen una regulación orientada hacia una atractiva elección de la persona discapacitada por la continuidad de su vida activa. En algún supuesto, la regulación del derecho da tratamiento cuidadoso, respetuoso e incentivador de la recolocación, puesto que la rodea de garantías económicas («conservando el nivel salarial»), de prevención de riesgos (adaptación física de puesto, pero también psicológica, evitando la marginación del personal discapacitado si se separa del resto) y cuantitativa (sin computar en el 2 % del mínimo legal de reserva)²⁶.
- En este sentido, y en el contexto de reserva legal para la generalidad de los discapacitados, son escasos, pero significativos, los convenios que prevén la adopción de medidas adecuadas para la adaptación de puesto y accesibilidad en función de las necesidades de cada persona discapacitada.

Ciertamente, los sujetos negociadores son conscientes de la carga para el empresario. De ahí que ponderen y condicionen su desarrollo concreto a que no conlleven «una carga excesiva para el empresario». En consonancia con lo previsto tanto en la legislación comunitaria como en la nacional, las cláusulas convencionales tienden a concretarlas, a fin de conciliar efectividad de la medida con seguridad jurídica. Sin embargo, a menudo tales concreciones remiten de forma general y abstracta a los criterios ya previstos en el artículo 40 del Real Decreto legislativo 1/2013²⁷ las «medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad» (platillo de razonabilidad del coste del ajuste), así como los costes financieros y de otra índole que ocasionen a la empresa (en el platillo o fiel de la excesiva onerosidad). En todo caso, se establece la necesidad de hacer la ponderación por «tamaño y volumen de la empresa»²⁸.

Por último, entendemos especialmente reseñable la regulación sobre movilidad funcional que establecen diversos convenios colectivos para personal laboral del sector público. Sería el caso del artículo 42 del IV Convenio único para el personal laboral de la Administración General del Estado. Resulta especialmente reseñable por su: a) especial desarrollo,

²⁶ Artículo 27 del Convenio colectivo del sector de manipulado y envasado de frutas, hortalizas y flores de Almería, en el que se prevé:

Las empresas conservarán el nivel salarial y profesional de los discapacitados que pasen a tener consideración de tales después de un accidente de trabajo, enfermedad o accidente no laboral, sobrevenido después de su ingreso en la empresa. En estas circunstancias, las empresas vendrán obligadas a reconvertir su puesto de trabajo para adaptarlo a las nuevas condiciones físicas del trabajador, sin que ello suponga la marginación de tales trabajadores, mediante la separación de sus compañeros en talleres o departamentos especiales. Estos trabajadores no se incluirán en el porcentaje del 2 % aducido en el primer párrafo del presente artículo.

²⁷ El concepto de carga excesiva se define previamente en el artículo 2 m) del Real Decreto legislativo 1/2013 bajo el término de «ajustes razonables» para la generalidad de situaciones.

²⁸ *Vid.* artículo 20 del Convenio colectivo provincial de la industria de la alimentación de Almería de 20 de septiembre de 2019.

b) por la amplitud de supuestos que abren el campo de aplicación a las diversas variables de lo que se puede considerar como discapacidad sobrevenida y c) por establecer un procedimiento para la movilidad funcional con palpables medidas garantistas que evitan la arbitrariedad en la decisión.

Aunque sin utilizar el término «discapacidad sobrevenida», se prevé una diversidad de situaciones, todas ellas reconducibles a una discapacidad sobrevenida, como son: la declaración de incapacidad permanente total; por disminución de su capacidad para el desempeño de su puesto de trabajo, o por razones de salud con posibilidades de rehabilitación.

En todos los casos, la movilidad se podrá instar a solicitud de la persona trabajadora o por decisión de la Administración. Como es natural, dado que siempre se dará la concurrencia de una dimensión de salud laboral (principio de adaptación del trabajo a la persona, más si tiene condiciones especiales o particulares, como es un estado de discapacidad), está previsto que intervenga en el procedimiento el servicio de prevención de riesgos laborales. Asimismo, dentro de esta misma óptica, si bien más en los casos singulares de la movilidad por razones de salud, y las consiguientes vías o posibilidades de rehabilitación de la persona trabajadora, está prevista la intervención de los servicios médicos, además del informe del ministerio en el que preste sus servicios la persona que se encuentre en tales circunstancias.

En fin, para este tipo de traslados se prevé que el mismo tendrá una duración inicial de 6 meses y será provisional, teniendo la Administración la obligación de reservar el puesto de trabajo que tuviera el trabajador o trabajadora en caso de que lo hubiera obtenido con carácter definitivo. Terminado este periodo de 6 meses, deberá optar de forma expresa entre el regreso a su puesto de trabajo o la continuidad en el nuevo puesto. En este último caso decaerá la mencionada obligación de reserva. A partir de entonces la ocupación del nuevo puesto de trabajo tendrá carácter definitivo cuando la persona interesada ocupara con tal carácter su puesto de origen (art. 42.7).

Menos completo, pero significativo, es el artículo 23 del VI Convenio colectivo del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, que contempla una modalidad especial de movilidad funcional por «disminución de la capacidad»²⁹. En este mismo marco

²⁹ Artículo 23:

La movilidad por disminución de la capacidad del personal podrá llevarse a cabo a petición propia de la persona interesada o a instancia de la Administración, a otra categoría del mismo grupo profesional o inferior, siempre que se acredite la titulación exigida de acuerdo con el sistema de clasificación profesional, o a puesto de trabajo de la misma categoría profesional si las condiciones de trabajo del nuevo puesto favorecen su salud. Estas peticiones serán tramitadas y resueltas por la consejería competente en materia de función pública, previo informe emitido por tribunal médico y acuerdo de la Subcomisión de Salud Laboral, dando traslado a la Comisión del convenio, para su ratificación, de las peticiones. La movilidad podrá efectuarse dentro de la misma localidad o en

normativo se integran otras tipologías de movilidades funcionales que llama «por razones objetivas», que también pueden resultar de alguna utilidad a efectos de asegurar una mayor estabilidad en el empleo para personas con situaciones de enfermedad, o de discapacidad sobrevenida en sentido estricto, que pudieran verse perjudicadas por tales estados. De especial interés es la posibilidad de este tipo de novaciones de puesto de trabajo por razones de salud y posibilidades de rehabilitación de la persona trabajadora³⁰.

3.3.4. Movilidad geográfica de la persona trabajadora con discapacidad sobrevenida: un supuesto convencional de permanencia

Las diferentes circunstancias que vienen ligadas a supuestos de movilidad geográfica de personal con discapacidad sobrevenida es otra vertiente que no se aborda con asiduidad. En alguno de los escasos supuestos³¹ se prevé un derecho del discapacitado a no ser desplazado a otros centros de trabajo. Declarando la «prioridad de permanencia» en términos semejantes a los previstos en el artículo 68 b) del ET para los representantes del personal.

En otros se prevé por incapacidad para ocupar el puesto de trabajo, motivada por falta de rendimiento en cantidad o calidad, la posibilidad de que la empresa acuerde el traslado del trabajador, reconociéndose una serie de derechos y garantías para con la persona afectada, como son: que el traslado se realice a un puesto de trabajo acorde con sus facultades; que se le abonen los gastos que se le originen por tal motivo, incluyendo a la familia que con él conviva, así como los de transporte y enseres, que pueden considerarse

otra diferente, si ello favorece las condiciones de salud del trabajador o trabajadora, si bien dicho traslado estará condicionado a la existencia de vacante.

Cuando las circunstancias así lo requieran, será precisa la previa formación profesional pertinente para la adaptación al nuevo puesto de trabajo, que será facilitada por la Administración.

Incide también el Acuerdo de la Comisión negociadora del VII Convenio colectivo del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, de 2 de noviembre de 2016, por el que se modifica el Acuerdo de 14 de noviembre de 2014, por el que se introducen modificaciones en el sistema de clasificación profesional.

³⁰ Así, se prevé que:

La Consejería competente en materia de función pública podrá conceder traslado a puestos de trabajo de la misma categoría profesional, por razones de salud y posibilidades de rehabilitación del trabajador o trabajadora, del cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad a la conyugal, de hijos e hijas o de familiares de primer grado, siempre que estén a su cargo, previo informe emitido por el tribunal médico y acuerdo de la Subcomisión de Salud Laboral, dándole traslado a la Comisión del convenio en idénticos términos al apartado anterior. Dicho traslado estará condicionado a la existencia de vacante.

³¹ Artículo 32 del Convenio colectivo provincial de derivados del cemento de Granada; o artículo 25 del Convenio colectivo provincial de derivados del cemento de Málaga.

reiteración de los mínimos previstos en el artículo 40.1.3.º del ET y, por tanto, con margen de mejora en la negociación; la percepción de una «gratificación» equivalente a 60 o 30 días de retribución, si existen personas a cargo que convivan con la persona trabajadora; y, por último, se reconoce el derecho a que la empresa le facilite vivienda en el lugar a que se traslade, o a que le compense económicamente la diferencia entre el importe de la renta de dicha vivienda y el que viniera pagando en su residencia anterior (art. 35 Convenio colectivo de La Voz de Galicia).

También es destacable la limitación, en términos de prohibición de adoptar tal medida, que se establece en relación con los traslados, respecto de las personas trabajadoras mayores de 58 años, que, si bien no deben considerarse como discapacitadas, sí que de algún modo hay una probabilidad mayor –a su juicio– de que puedan sufrir en algún momento una situación que las lleve a situarse en tal estado, salvándose la misma con las excepciones de que concorra mutuo acuerdo entre las partes, se adopte tal medida en orden a un expediente de regulación de empleo, o se trate de trabajadores de los niveles 15, 16 y 17 (por ejemplo, art. 11 a) Convenio colectivo de la industria azucarera). Y, de otro lado, de la misma forma se prohíben los desplazamientos para las personas trabajadoras «que tengan reconocida, por resolución firme del Instituto Nacional de la Seguridad Social, algún tipo de incapacidad permanente» (por ejemplo, art. 10.2.6.º Convenio colectivo nacional de la industria azucarera).

3.3.5. Formación: una cuestión capital altamente ausente

No hay duda alguna de la centralidad que, también para este colectivo, tiene una formación profesional adecuada, de modo que aprenda, en su caso, a desarrollar el mayor número posible de competencias y habilidades atendiendo a su nueva situación. El resultado será beneficioso para la persona trabajadora (con discapacidad sobrevenida) y para la empresa. Sorprende, por ello, que brillen por su ausencia las cláusulas de los convenios que incidan, de algún modo, sobre los aspectos ligados a la formación del personal discapacitado de forma sobrevenida. No obstante, encontramos una previsión sobre esta materia que viene conectada a los supuestos de movilidad por disminución de la capacidad del trabajador para el desempeño de su puesto de trabajo, estableciendo que será precisa la previa formación profesional, que será facilitada por la empleadora –en este caso, la Administración (tanto estatal como autonómica andaluza)–, para adaptar a la persona a las características del nuevo puesto de trabajo³². O, en la misma línea, se prevé que la adaptación del puesto de trabajo debe permitir entre otras cuestiones «acceder a la formación» para garantizar la plena igualdad en el trabajo³³.

³² Artículo 42.3.2.º del IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado y artículo 23 del VI Convenio colectivo del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía.

³³ Artículo 20 del Convenio colectivo provincial de trabajo de la industria de la alimentación de Almería.

Otra de las previsiones sobre materia formativa es la que establece, para las personas trabajadoras que tengan limitada su presencia en el centro por razones de discapacidad y de salud (también para situaciones típicas de conciliación), el derecho a que no se las exima del carácter obligatorio de las acciones formativas, si se trata de su realización fuera de su jornada habitual. A tal fin se prevén ciertos límites temporales (un máximo de 16 horas en el año 2019 y 32 horas a partir del año 2020, sobre la jornada máxima prevista en el convenio colectivo)³⁴. Por último, nos encontramos la previsión que posibilita la adopción de medidas de acción positiva en materia formativa del personal discapacitado, lo cual se justifica en el objetivo de garantizar el principio de igualdad de trato y oportunidades en la incorporación a la formación del personal que cuenta con mayores dificultades de acceso a la misma³⁵.

3.3.6. Garantías de seguridad económica para las personas trabajadoras con discapacidad sobrevenida: ¿indemnidad o devaluación retributiva?

Los convenios colectivos analizados abordan con frecuencia y de diversas formas diferentes aspectos ligados a las retribuciones y complementos salariales que, de manera sintética, se pueden agrupar en los siguientes grupos de materias:

- Cláusulas convencionales que establecen unas cantidades que, si bien no lo dicen expresamente, están concebidas para «premiar» o incentivar el abandono del personal discapacitado, y que en determinados casos se otorgan también por el acceso a la jubilación. Así, en unos, se prevé la obligación de concertar un seguro para el supuesto de invalidez³⁶ y, en otros, se prevé el establecimiento de un «premio» consistente en una cantidad a tanto alzado en función del salario mensual de trabajador³⁷.
- La concertación de una póliza de seguro que cubra los riesgos de invalidez y de muerte es muy común en el contenido de los convenios colectivos. Prácticamente en todos los que la regulan observamos un contenido mimético, con variaciones

³⁴ Artículo 89 d) del Convenio colectivo general de la industria química.

³⁵ Artículo 81 del Convenio colectivo del transporte de mercancías por carretera de Almería, que prevé que «las acciones de formación podrán incluir acciones positivas respecto al acceso a la formación de trabajadores pertenecientes a determinados colectivos», entre otros, los trabajadores discapacitados.

³⁶ Artículo 60 del VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua (2018-2022); artículo 29 del Convenio colectivo de Orange Espagne, SAU; artículo 70 del Convenio colectivo estatal del sector de la prensa diaria.

³⁷ Artículo 66.8 del Convenio colectivo de las universidades andaluzas que establece que al producirse la jubilación o declararse la situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez tendrá derecho a un premio por importe mínimo de 3 mensualidades más 1 mensualidad por cada 5 años o fracción que exceda de los 15 años de referencia.

puntuales en cuanto a las cuantías –para moderar la cantidad en función del origen profesional o no y de la gravedad del resultado lesivo–, la naturaleza de las causas y la gravedad de las mismas³⁸. E incluso advirtiendo de que si no se concreta la póliza de seguro será la empresa la responsable directa del pago³⁹. En algunos casos además de suscribir una póliza de seguro para los resultados más graves de invalidez o fallecimiento, se prevé que la persona afectada o sus familiares recibirán una cantidad a cargo de la empresa fijada en el propio texto convencional, siendo buen ejemplo de ello la previsión en la que se concreta que la cuantía a entregar será el «importe de 8 mensualidades de su último salario más el mes completo en que se produce el siniestro»⁴⁰.

- Póliza de seguro complementaria de accidentes con importes graduados en función del resultado lesivo y de la naturaleza del evento que produzca la invalidez o muerte⁴¹ con distribución muy detallada de cantidades en función del resultado lesivo⁴². A veces limitado al accidente de todo tipo que tenga lugar «durante la jornada de trabajo» o 2 horas antes o después, al que se añade un subsidio por defunción de menor cuantía (308,1 €)⁴³.
- Igualmente es muy frecuente la fijación de la obligación de las empresas de completar la prestación por incapacidad temporal hasta el 100 % del salario por accidente laboral o en situaciones de hospitalización por accidente o enfermedad laboral o común⁴⁴. De un lado, es habitual que se incremente su cuantía progresivamente en

³⁸ Artículo 34 del Convenio colectivo provincial de Almería de dependencia mercantil; artículo 47 del Convenio colectivo provincial de trabajo de hostelería y turismo 2017-2020; artículo 48 del Convenio colectivo de la provincia de Almería de industrias de la alimentación; artículo 42 del Convenio colectivo del transporte de mercancías por carretera de la provincia de Córdoba; artículo 25 del Convenio colectivo de la provincia de Córdoba del transporte de viajeros por carretera; artículo 33 del Convenio colectivo de Siemens Healthcare, SLU.

³⁹ Artículo 28 del Convenio colectivo del metal de la provincia de Córdoba; artículo 50 del Convenio colectivo de la construcción y obras públicas de Córdoba.

⁴⁰ *Vid.* artículo 17 del Convenio colectivo del sector de aguas para riego de la provincia de Granada.

⁴¹ Artículo 53 del Convenio colectivo para el sector de la hostelería de la provincia de Córdoba; artículo 30 del Convenio colectivo provincial de comercio de Córdoba; artículo 18 del Convenio colectivo de empresas distribuidoras de energía eléctrica de la provincia de Córdoba; artículo 33 del Convenio colectivo de las industrias vinícolas, licoreras y alcoholeras de la provincia de Córdoba; artículo 38 del Convenio colectivo de las industrias del aceite y sus derivados de la provincia de Córdoba.

⁴² Artículo 13 del Convenio colectivo provincial del sector de la madera y el mueble de Córdoba; artículo 38 del Convenio colectivo del sector de autotaxi de la comunidad autónoma de Andalucía; artículos 24 y 35 del Convenio colectivo de acuicultura; artículo 26 del Convenio colectivo de consorcios de unidades territoriales de empleo; artículo 23 del Convenio colectivo de gestión de servicios de autotaxis.

⁴³ Artículos 54 y 55 del Convenio para el sector de la hostelería de la provincia de Córdoba.

⁴⁴ Artículo 33 del Convenio colectivo de empresas de autotaxis de Andalucía; artículo 22 del Convenio colectivo de empresas dedicadas a la gestión del servicio del taxi de Andalucía; artículo 53 del II Convenio colectivo para el sector del estacionamiento.

función de la duración de la incapacidad hasta alcanzar el 100 % del salario percibido con anterioridad⁴⁵.

En otros⁴⁶, se aplica el complemento pasados unos días de baja hasta los 12 meses, salvo en la incapacidad temporal por accidente de trabajo que se aplica desde el primer día. En algunos, en los primeros días de baja el complemento no llega al 100 % de los «emolumentos fijos», salvo por accidente laboral o enfermedad profesional que alcanza hasta el 100 % desde el primer día⁴⁷. De otro lado, en buena parte de los casos se tiene como salario de referencia el salario base más complementos de antigüedad y parte proporcional de pagas extraordinarias⁴⁸, siendo escasos los supuestos de convenios que llegan hasta el 100 % del salario completo del mes anterior. O se tiene en cuenta solo el «salario base convenio, más antigüedad y pagas extraordinarias»⁴⁹. En algunos supuestos, con peculiaridades en su literalidad, se coincide en prever si la incapacidad temporal proviene o tiene su origen en el trabajo o tiene naturaleza común, salvo que conlleve hospitalización en cuyo caso tiene el mismo tratamiento que si fuere con origen en el trabajo⁵⁰.

En algunos convenios colectivos se prevé el requisito de alcanzar una concreta antigüedad del personal afectado y que la función que le corresponda «fuera desempeñada por los compañeros del mismo»⁵¹. O bien se aplica el complemento solo durante un tiempo limitado⁵². Son escasos los supuestos en los que se establecen previsiones en las que se determinan toda una serie de requisitos, condiciones y

⁴⁵ Aunque se han constatado ciertas disfuncionalidades por posibles prácticas extintivas y consecuente «discriminación por razón de enfermedad» (Velasco, 2016).

⁴⁶ Artículo 28 del Convenio colectivo del sector de la alimentación de Almería.

⁴⁷ Artículo 21 del Convenio colectivo de la provincia de Córdoba del transporte de viajeros por carretera.

⁴⁸ Artículo 20 del Convenio colectivo de las empresas distribuidoras de energía eléctrica de la provincia de Córdoba; artículo 19 del Convenio colectivo de las industrias vinícolas, licoreras y alcoholeras de la provincia de Córdoba; artículo 12 del Convenio colectivo del sector de la madera y el mueble de Córdoba; artículo 19 del Convenio colectivo del metal de Córdoba; artículo 35 del Convenio colectivo de la industria almadrabera de Cádiz. Bajo el título de indemnización por incapacidad temporal, el artículo 38 del Convenio colectivo del sector provincial de la construcción y obras públicas de Cádiz; artículo 20 del Convenio colectivo del sector de viticultura para la provincia de Cádiz; artículo 30 del Convenio colectivo de establecimientos sanitarios de la provincia de Granada; artículo 33 del Convenio colectivo del sector del comercio de la provincia de Granada.

⁴⁹ Artículo 40 del Convenio colectivo de la limpieza de edificios y locales de la provincia de Córdoba.

⁵⁰ Artículo 30 del Convenio colectivo provincial de establecimientos sanitarios y clínicas privadas de Granada. En el mismo sentido, el artículo 19 del Convenio colectivo del metal de la provincia de Córdoba; artículo 20 del Convenio colectivo del transporte de mercancías por carretera, agencias de transporte de la provincia de Granada; artículo 18 del Convenio colectivo provincial del comercio de automóvil, caravanas, motocicletas, bicicletas y accesorios de Sevilla.

⁵¹ Convenio colectivo para el sector de la hostelería de la provincia de Córdoba.

⁵² Limitado a 3 meses como en el artículo 46 del Convenio colectivo provincial del campo de Córdoba.

porcentajes del complemento por incapacidad temporal, fijándose los porcentajes y duración de los mismos en función del tipo de contrato, el tiempo de trabajo y la naturaleza laboral o no de la lesión causante⁵³. En determinados casos, sobre el complemento por incapacidad temporal se prevé que no se abonará por la empresa «a partir del tercer proceso de incapacidad temporal» en 1 año natural⁵⁴.

En los convenios colectivos provinciales andaluces de la construcción se establece un «complemento por discapacidad» con devengo mensual variable en función del grado de discapacidad que en todo caso no puede superar el 33 %. Sorprende el importe exiguo para que sea considerado un incentivo efectivo a entrar o permanecer en el trabajo. A nuestro juicio, tales previsiones obedecen a la lógica de la «acción social» de la empresa en un intento de compensar los mayores gastos que pudiera tener este personal⁵⁵.

- Igualmente, se reconocen complementos salariales vinculados directa o indirectamente a dicha discapacidad. Entre los primeros, y con relativa frecuencia, algunos convenios colectivos reconocen un complemento salarial por discapacidad que expresamente consideran como un complemento de carácter personal del trabajador⁵⁶. Entre los segundos, hay complementos salariales que tienen por objeto compensar a la persona discapacitada en el marco de programas de desarrollo de políticas sociales⁵⁷.

En este marco de la acción social, en determinados convenios se establece una ayuda al personal discapacitado que parece dejar entrever que quieren compensar el menor poder adquisitivo al ocupar puestos de trabajo inferiores, aunque ello con un importe exiguo: 75 euros al mes de gratificación⁵⁸.

⁵³ Artículo 37 del Convenio colectivo de las industrias del aceite y sus derivados de la provincia de Córdoba.

⁵⁴ Convenio colectivo provincial de maquinaria industrial agrícola de Sevilla.

⁵⁵ Artículo 39 del Convenio colectivo provincial de trabajo del sector construcción y obras públicas de Almería. En redacción semejante, el artículo 42 del Convenio colectivo de la construcción y obras públicas de Córdoba.

⁵⁶ Artículo 47 del Convenio colectivo provincial de la industria de la construcción y obras públicas de Granada, en el que se reconoce la percepción como complemento personal; las cantidades se detallan en función del grado de discapacidad que tenga reconocido. En los mismos términos, el artículo 35 del Convenio colectivo provincial de la industria de la construcción, obras públicas y oficios auxiliares de Málaga; y el artículo 39 del Convenio colectivo provincial de construcción y obras públicas de Almería.

⁵⁷ El artículo 53 del Convenio colectivo provincial del comercio del metal y la electricidad de Jaén establece que las partes firmantes se comprometen a «programar actividades de información, formación y asesoramiento a las empresas y trabajadores incluidos en su ámbito funcional, sectorial y territorial para que puedan desarrollar esas políticas sociales». En los mismos términos se pronuncia el artículo 27 del Convenio colectivo provincial para derivados del cemento de Jaén; el artículo 48 del Convenio colectivo provincial de la hostelería de Jaén; y el artículo 19 del Convenio colectivo provincial de las industrias de la madera y corcho de Jaén.

⁵⁸ Artículo 21 del Convenio colectivo de la industria almadrabera de Cádiz.

3.3.7. Cuota de reserva legal de contratación de personas con discapacidad

Es frecuente encontrar en buena parte de los convenios colectivos analizados que cuando abordan la discapacidad hagan mención inmediata a la cuota de reserva legal de empleo del 2 % prevista legalmente. Cláusula dirigida en su redacción a los discapacitados externos a la empresa, pero que, como en otras menciones, ha de entenderse incluida la «discapacidad sobrevenida». Hecha esta afirmación, debemos matizarla en el sentido de que se recoge con más frecuencia en los convenios sectoriales, constatando su menor presencia en los convenios de empresa, que se limitan al compromiso de cumplir la cuota de reserva⁵⁹.

Para las empresas con plantilla inferior a 50 trabajadores, los convenios no recogen medidas de fomento del empleo de personas discapacitadas, limitándose sin más a remarcar la integración laboral de las personas con discapacidad. Es más infrecuente encontrar convenios que establezcan el modo de cómputo del número de personas de plantilla para aplicar el porcentaje.

En la práctica totalidad de los analizados, los negociadores se limitan a hacer una remisión genérica al 2 %, concretando que se calcula sobre la «totalidad de la plantilla»⁶⁰ cualquiera que sea el tipo de contrato, incluyendo los contratos de puesta a disposición por empresas de trabajo temporal⁶¹, con remisión expresa al Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre⁶². En determinados casos, en el 2 % de exigencia legal se incluye la recolocación de trabajadores con discapacidad sobrevenida, aunque dando preferencia a estos últimos⁶³.

⁵⁹ Así, en el artículo 41 del Convenio colectivo marco de UGT 2019/2020, se remite al cupo de reserva legal, aunque en términos de que se «garantizará su cumplimiento».

⁶⁰ Artículo 18 del Convenio colectivo para el sector de la hostelería de la provincia de Córdoba. O el VII Convenio colectivo del Diario ABC, SL, que en su artículo 22 dice que «la empresa observará la legislación vigente en materia de contratación de minusválidos». El artículo 33 del Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria establece que «las empresas del sector cumplirán el mandato legal».

⁶¹ Artículo 23 del Convenio colectivo del transporte de viajeros por carretera para Almería y su provincia; artículo 15 del Convenio colectivo para el sector del comercio del metal y la electricidad de la provincia de Jaén.

⁶² Artículo 39 del Convenio colectivo provincial de trabajo de comercio textil de Almería; artículo 24 del Convenio colectivo provincial de trabajo del sector construcción y obras públicas de Almería; artículo 23 del Convenio colectivo provincial del transporte de viajeros por carretera de Almería; artículo 15 del Convenio colectivo de Acerinox Europa, SA.

⁶³ Artículo 34 del Convenio colectivo para el sector de suministros industriales de Huelva.

Por el contrario, son pocos, pero significativos⁶⁴, los supuestos en los que el porcentaje de reserva se incrementa, de modo que los negociadores optan por ampliar el mínimo legal exigido en el artículo 42 del Real Decreto legislativo 1/2013.

3.3.8. Suspensión de la relación laboral con derecho de reserva de puesto

No hemos encontrado supuestos de reserva de puesto de trabajo más allá del mero traslado de la previsión legal recogida en el artículo 48.2 del ET⁶⁵. No obstante, sí que hay algún caso en el que se amplía el plazo de suspensión con reserva más allá de los 2 años hasta que finalice el expediente de revisión por mejoría de la incapacidad reconocida⁶⁶.

Incluso, hay cláusulas muy restrictivas cuando se prevé que en «el supuesto de incapacidad temporal, cesará el derecho de reserva si el trabajador es declarado en situación de invalidez permanente total o absoluta o gran invalidez, de acuerdo con las leyes vigentes sobre Seguridad Social»⁶⁷.

3.3.9. Otras previsiones convencionales en materia de discapacidad sobrevenida: en especial, la gestión flexible del tiempo de trabajo

Por último, a modo de «cajón de sastre», hay que destacar aquí otra serie de materias que se abordan en los convenios colectivos analizados que, si bien no vienen a constituir una línea consolidada de tratamiento convencional de la discapacidad sobrevenida, sí son manifestaciones reseñables que pueden completar el marco garantista de este colectivo para garantizar la permanencia en el trabajo.

En tal sentido, podemos citar previsiones en materia de régimen horario, que puedan situar a estas personas en situación desfavorable. Así, la empresa deberá tener en cuenta la capacidad real de este colectivo cuando se implante la flexibilidad horaria⁶⁸. En relación

⁶⁴ *Vid.*, en este sentido, el artículo 24 del XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad; artículo 26 del Convenio colectivo provincial de comercio de Córdoba; artículo 45 del Convenio colectivo de transporte de mercancías por carretera, agencias de transporte de la provincia de Granada, en los que se establece un porcentaje del 3 % de personas con discapacidad; artículo 53 del Convenio colectivo de la industria del calzado, en el que se prevé que dicho porcentaje llega al 5 % de la plantilla.

⁶⁵ Artículo 38 del VIII Convenio colectivo nacional de colegios mayores universitarios privados.

⁶⁶ Artículo 93 del Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

⁶⁷ Artículo 53.6.2.º del Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro. En términos similares, el artículo 64.1 del Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad.

⁶⁸ Artículo 23.4 del Convenio colectivo de la empresa Orange Espagne, SAU.

con las medidas de flexibilidad pactadas en el convenio no serán de aplicación a trabajadores que tengan limitada su presencia en el centro de trabajo por razones de seguridad y salud o discapacidad⁶⁹, reconociéndoles además un derecho de prioridad en la elección de turno a las personas con una discapacidad reconocida oficialmente⁷⁰.

En materia de prevención de riesgos laborales, en la práctica totalidad de los convenios que abordan la discapacidad en clave de seguridad y salud laboral, se aprecia una evidente tendencia a reiterar el texto del artículo 25 de la LPRL, sin aportar otras concreciones y garantías que las contenidas en el precepto legal⁷¹. Solo en un supuesto hemos encontrado que se prevé la atribución a la Comisión paritaria de la competencia para determinar un catálogo de puestos y su adaptación para personas con discapacidad⁷².

Por último, en un caso se establece el derecho a hacer uso de una plaza de aparcamiento al personal que, por razones de enfermedad o incapacidad, ratificadas por el servicio médico, tenga dificultades de movilidad. Derecho que se hará efectivo siempre que haya disponibilidad de plazas de aparcamiento⁷³.

4. Selección de las mejores prácticas relativas a la continuidad en el empleo de las personas discapacitadas

A lo largo de las páginas precedentes hemos recorrido, con cierto detalle, las cláusulas convencionales más relevantes, a efectos de mejorar la seguridad, económica y en el empleo, de las personas con discapacidad sobrevenida. En ellas hemos expuesto los convenios más significativos, con sus contenidos y textos más referenciales. De ellos se puede extraer, a nuestro juicio, una imagen bastante precisa de qué se está haciendo en la materia por la negociación colectiva, tanto andaluza como estatal, facilitando un buen material de referencia para las diversas unidades de negociación que traten de caminar por esa senda. En este epígrafe vamos a seleccionar un puñado de cláusulas que nos han parecido especialmente relevantes y que, por su adecuación y sencillez al tiempo, quizás puedan servir de especial ariete para penetrar de manera más generalizada o normalizada en el conjunto de las unidades de negociación de la comunidad autónoma de Andalucía y, más ampliamente, de nuestro país. Aunque todas ellas han salido ya en el análisis precedente efectuado,

⁶⁹ Artículo 43.3 del Convenio colectivo general de industrias químicas.

⁷⁰ Artículo 47.9 del Convenio colectivo general de industrias químicas.

⁷¹ Artículo 67.8 del Convenio colectivo estatal de perfumerías y afines; artículo 47 del Convenio colectivo sectorial de ámbito estatal de las administraciones de loterías.

⁷² Vid. artículo 31.2 d) del VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes.

⁷³ Artículo 38.5 del Convenio colectivo de Nokia Spain, SA.

ahora las reseñamos, con sus textos completos, a fin de facilitar su recuerdo y su traslación, si así se considera adecuado en las diversas unidades y sin perjuicio de la conveniencia o posibilidad de adecuación a cada ámbito específico –empresa y sector–.

Al respecto, en esta particular selecta reseña, nos parece muy acertado el ya citado artículo 27 del Convenio colectivo del sector de manipulado y envasado de frutas, hortalizas y flores de Almería, donde se prevé que:

Las empresas conservarán el nivel salarial y profesional [clara garantía de seguridad económica] de los discapacitados [aquí debería producirse un cambio a fin de garantizar un lenguaje inclusivo, sustituyendo el término por «personas trabajadoras con discapacidad sobrevenida»; haciendo extensivo este cambio terminológico en cualquier referencia a «trabajadores», «compañeros», etc.] que pasen a tener consideración de tales después de un accidente de trabajo, enfermedad o accidente no laboral, sobrevenido después de su ingreso en la empresa. En estas circunstancias, las empresas vendrán obligadas a reconvertir su puesto de trabajo para adaptarlo a las nuevas condiciones físicas [garantía de seguridad en el empleo y adaptación a la diversa capacidad sobrevenida] del trabajador, sin que ello suponga la marginación de tales trabajadores, mediante la separación del resto del personal en talleres o departamentos especiales. Estos trabajadores no se incluirán en el porcentaje del 2 % aducido en el primer párrafo del presente artículo.

En esta misma línea, ahora incorporando, si bien algo genéricamente, una regla relativa a facilitar la formación profesional de las personas con discapacidad, también cabría destacar el igualmente referido artículo 20 del Convenio provincial del sector de alimentación de Almería. Conforme al tenor de su párrafo segundo, una vez que ha establecido en el párrafo primero una regla recordatoria de la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad (práctica nada recomendable si no se va a establecer un porcentaje superior al legal, por más que pueda valorarse su efecto simbólico, a efectos de recordatorio de que existe esa obligación, muy incumplida):

[...] el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad, estando los empresarios obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación.

Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa.

En la misma dirección de poner igualmente el acento en las acciones formativas para las personas con discapacidad sobrevenida, clave para una adaptación más razonable y equilibrada, desde el lado de la persona trabajadora, no solo de la empresa, destaca el artículo 81 del Convenio colectivo del transporte de mercancías por carretera de Almería:

Las acciones de formación [se pone el acento, por lo tanto, en la capacitación de las personas con discapacidad, con lo que supone de inversión en mejora del catálogo de «capacidades» de la persona trabajadora y, por lo tanto, de aumento de «capital humano», en compensación de la pérdida de «capacidad» funcional y laboral] podrán [aquí debería utilizarse la fórmula imperativa, para hacerla más creíble y operativa: «deberán»] incluir acciones positivas respecto al acceso a la formación de trabajadores [el lenguaje inclusivo por razón de sexo debe también expandirse, dado el uso inadecuado], pertenecientes a determinados colectivos.

Entre ellos se incluye a las personas trabajadoras discapacitadas, pero debería hacerse más expreso y específico.

Finalmente, de especial interés resulta recordar el régimen de movilidad en el puesto de trabajo previsto por el artículo 42 del IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado –algo más completo y preciso a tales fines que el art. 23 IV Convenio colectivo del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, también referido–, para canalizar los justos derechos de las personas con discapacidad en general y sobrevenida de forma particular.

5. Recomendaciones a los negociadores sobre discapacidad sobrevenida

Como exigencia de los principios de igualdad y no discriminación es necesario visualizar y poner de manifiesto la necesidad de que la negociación colectiva preste más y mejor atención a la discapacidad sobrevenida. A tal fin debe establecer criterios de permanencia en el empleo (privado y público) para los que les sobreviene tal estado, no solo reservas para el acceso de las personas con discapacidad adquirida u originaria. Se trata de adaptar los puestos de trabajo, cualificar (formar o «recapacitar», en la medida de lo posible, claro) a la persona trabajadora en función de su diversa o «nueva capacidad» y garantizar que, al menos en la mayor parte de los casos, no suponga una merma de sus condiciones laborales. Es evidente que siempre serán preferibles medidas de flexibilidad interna (novación de condiciones, aun a la baja) que la extinción. Pero no debería identificarse, sin más, adaptación razonable de puestos para evitar la extinción, que en más de un caso podría implicar incluso la nulidad de la decisión, con reducción salarial, coherente con una categoría o grupo profesional reasignado, sino que habrá de estarse a cada caso concreto (personalización del trato). Es por ello de trascendental importancia que en la negociación colectiva se incluyan

cláusulas en todos los ámbitos de negociación que mantengan –o devuelvan en el menor tiempo posible– a la persona con discapacidad «al circuito del empleo».

Con este objetivo y después del estudio de los convenios colectivos estatales y andaluces se constata, como ya lo hicieran otros estudios generales sobre discapacidad (no solo la sobrevenida) y negociación colectiva, que son muchos los que regulan algún aspecto relacionado con la discapacidad. Ahora bien, desde una perspectiva cualitativa, las menciones a la discapacidad reflejan una significativa orfandad por parte de las personas negociadoras. Así, o bien se ocupan sobre todo de reproducir los preceptos legales, sin que esta opción tenga gran eficacia práctica, ni tan siquiera de índole simbólico, como suele defenderse, o bien, a veces, incluso limitan, cuando no se dificulta su protección, al establecer requisitos o condiciones no previstas en la ley. A veces hay cierta «desidia» o «dejadez», como revelarían que se sigan manteniendo, si bien cada vez menos, hay que constatarlo, las cláusulas que agotan su sentido en puras remisiones a los textos de las normas legales.

En definitiva, a fin de corregir el desfase existente entre lo que aspira a proteger la norma jurídica (la igualdad efectiva de trato de las personas con discapacidad) y lo que, en la práctica, termina más bien protegiendo (la expulsión de la empresa de toda persona trabajadora que, a raíz de sobrevenirle una situación de alteración de su estado de salud y capacidades con previsible larga duración, se convierte en un riesgo para las razones de defensa de la productividad), la negociación colectiva debiera, de forma más normalizada y generalizada:

- Cuidar el lenguaje inclusivo y no estigmatizador en este ámbito, evitando los términos obsoletos y que rayan en la degradación personal. En todo momento debe hablarse de «personas con discapacidad» y de gestión de la «diversidad de capacidades» de las personas trabajadoras.
- El establecimiento convencional del deber de negociar colectivamente de buena fe un compromiso, por parte de cada empresa, en el marco de su responsabilidad social, de intervenir de forma decidida y en la búsqueda de la real y efectiva implantación de acciones encaminadas a reincorporar a las personas trabajadoras con discapacidad sobrevenida. En este sentido, el empresario deberá remover los obstáculos para ampliar el número de puestos idóneos, accesibles y sin riesgos.
- Para poner de relieve la necesidad de visualizar la atención a la discapacidad sobrevenida, la negociación colectiva debe priorizar la adaptación de los puestos, cualificar a la persona trabajadora en función de su «nueva capacidad» (primando la acción que le queda, no lo que pierde) y garantizar que solo como *ultima ratio*, si no es posible indemnizar, la adaptación suponga devaluación de sus condiciones laborales, como hoy sucede en la mayoría de los casos.
- Incluir en todos los acuerdos interprofesionales para la negociación colectiva, nacionales y autonómicos, que se puedan negociar en el futuro, un apartado expreso

con el mandato a los negociadores para que fijen en la negociación contenidos de empleo y condiciones de trabajo de las personas con discapacidad sobrevenida. Así se visibilizará más la situación de estas personas (unificando terminología dispar y obsoleta que encontramos) para un real reingreso de personas en situación de discapacidad sobrevenida.

- Se deben excluir las estipulaciones de simple remisión a la normativa o la reproducción de los textos legales con mayor o menor literalidad referidos a la discapacidad. Sobre todo, esta acción se ha de realizar en referencia a la obligación de establecer un porcentaje de reserva de empleo para las personas trabajadoras discapacitadas. Solo se debería contemplar las «mejoras» en número o en calidad de las medidas a implementar en las empresas, sin ser adecuada la pura remisión legal.
- En conexión con lo anterior, se deberían excluir de esos porcentajes el tratamiento y recuperación para el empleo de las personas con discapacidad sobrevenida. Con ello se consigue dar un tratamiento específico a estos trabajadores, sin límite cuantitativo alguno.
- Deberá fijar cláusulas de preferencia de este colectivo para organizar y realizar la actividad de teletrabajo, siempre que la evitación del desplazamiento y las mejores condiciones de lugar de trabajo faciliten y resulten más atractivas para estas personas. Con amparo en el artículo 34.8 del ET que promueve el recurso al teletrabajo para organizar jornadas más flexibles que faciliten la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, sin reducción de tiempo ni salario, la reincorporación al trabajo de las personas con discapacidad sobrevenida puede ser uno de los supuestos, puesto que obligan al empresario a hacer adaptaciones y ajustes que bien pudieran consistir en facilitarles el teletrabajo.
- Justamente, también sería recomendable el establecimiento de cláusulas específicas de conciliación de la vida familiar y laboral, para las personas con discapacidad sobrevenida, a fin de atender las necesidades concretas de estas personas y colectivos respecto del resto, incluso discapacidad congénita.
- Establecer e incentivar la adopción de medidas de formación, a fin de que faciliten no ya solo la incorporación al trabajo de las personas con discapacidad –originaria–, sino la continuidad de las sobrevenidas.
- Reconocer y garantizar un derecho subjetivo incondicionado de la persona discapacitada a ocupar –y conservar– un empleo compatible con su estado, previo el ejercicio de las obligaciones de adaptación (art. 15 LPRL; art. 40 RDleg. 1/2013).
- Prever cláusulas que faciliten y den preferencia a la movilidad funcional y geográfica del colectivo, buscando y creando puestos con tareas adecuadas a su capacidad, sin que ello suponga pérdida de retribuciones, previa petición de este/a, expresa y escrita, en este sentido.

- No incluir, o limitar a la mínima expresión, las cláusulas que restringen las condiciones de trabajo de estas personas y colectivos, salvo que deriven de la obligación objetiva de salud y seguridad en el trabajo, o constituyan una carga excesiva. De ahí la necesidad de poner el acento en las adaptaciones y ajustes razonables de forma individualizada, atendiendo a las características concretas del puesto, del entorno y de la persona. En este sentido, sería oportuno que se identificasen las actividades y puestos más acordes a los perfiles profesionales de las personas con discapacidad sobrevenida.
- Incluir a este colectivo como destinatario de medidas de acción social, a fin de suplementar las percepciones salariales que pudieran percibir.
- Mantener el derecho preferente de acceso a todos los puestos de trabajo compatibles con su estado sin limitación temporal alguna.
- Por último, debe ya darse prioridad a cláusulas que incluyan la perspectiva de género en el tratamiento de las personas con discapacidad sobrevenida, diseñando medidas de acción positiva concretas, que corrijan la doble condición de discriminación (acceso y permanencia) en el mercado laboral.

Referencias bibliográficas

- Almendros González, M. A. (2018). Cláusulas de empleo para personas con discapacidad en la negociación colectiva. En C. Sáez Lara (Coord.), *La negociación colectiva tras las reformas legales: especial referencia a Andalucía* (pp. 441-473). Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- Argüelles Blanco, A. R. (2017). Herramientas jurídicas para la igualdad de oportunidades laborales de las personas con discapacidad. En J. Moreno Gené y L. A. Fernández Villazón (Dirs.), *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social* (pp. 119-180). Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters.
- Barbancho, F., Romeo, M. y Yepes-Baldó, M. (2019). IV AENC e integración de las personas con discapacidad: ¿nuevo impulso para la negociación colectiva? *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, 42, 197-220.
- Fernández Iglesias, J. (2006). *Guía de estilo sobre discapacidad para profesionales de los medios de comunicación*. Madrid: Real Patronato sobre Discapacidad.
- García Jiménez, M. (2020). [Discapacidad sobrevenida y exclusión sociolaboral: una correlación precisada de urgentes vías de corrección](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446, 31-55.

- Goerlich Peset, J. M.^a (1996). La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo. *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, 61, 53-68.
- Kahale Carrillo, D. T. (2016). La discapacidad en los convenios colectivos. En C. Sánchez Trigueros (Dir.), *La discapacidad en los convenios colectivos* (pp. 525-566). Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
- Miñarro Yanini, M. (2018). *La dimensión social del derecho de asilo: el estatuto de garantías de integración socio-laboral de los «refugiados»*. Albacete: Bomarzo.
- Monereo Pérez, J. L. (2015). La protección integral de los riesgos profesionales a veinte años de vigencia de la Ley de prevención de riesgos laborales: prevención «versus» reparación. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 3, 11-32.
- Ribes Moreno, M. I. (2017). ¿Cabe utilizar la negociación colectiva para integrar laboralmente a las personas con discapacidad? Una propuesta a la luz de la experiencia francesa. *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, 35, 357-388.
- Ruiz Santamaría, J. L. (2018). Medidas adoptadas en la negociación colectiva para el mantenimiento del empleo del trabajador con discapacidad sobrevenida. En C. Sáez Lara (Coord.), *La negociación colectiva tras las reformas legales: especial referencia a Andalucía* (pp. 501-524). Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- UGT. (2018). Discapacidad sobrevenida. Análisis y necesidades. Recuperado de <http://ugt-andalucia.com/c/document_library/get_file?uuid=237c0c11-0c31-482a-96d6-5b7bc80e6022&groupId=10157>.
- UGT. (2019). Los convenios deben proteger de forma especial a quienes adquieren una discapacidad sobrevenida. Recuperado de <<http://www.ugt.es/los-convenios-deben-proteger-de-forma-especial-quienes-adquieren-una-discapacidad-sobrevenida>>.
- Vargas, M., Zufiaur, J. M. y González, A. (2016). Discapacidad, empleo y negociación colectiva en España. Estudios y propuestas. *Revista Derecho Social y Empresa*, 4, 180-193.
- VelascoPortero, M.^aT. (2016). La discriminación por enfermedad o incapacidad temporal en los convenios colectivos. En C. Sánchez Trigueros (Dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Estudios de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (pp. 567-587). Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0