

Los límites entre trabajo y actividad ocupacional de las personas con discapacidad: Una actualización en clave de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y del derecho al trabajo

XXVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Comunicación presentada a la ponencia “Los aspectos individuales de las actividades fronterizas” realizada por Dr. Pedro Gómez Caballero

David Gutiérrez Colominas¹

Índice

1.- El empleo y la integración laboral de las personas con discapacidad; 2.- La actividad ocupacional; 2.1.- Caracterización; 2.2.- La compatibilidad de los Centros Ocupacionales con el derecho al trabajo de las personas con discapacidad; 2.3.- Los Centros Ocupacionales y su encaje en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; 3.- Actividad ocupacional y trabajo: Una actualización en clave de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; 3.1.- La frontera entre actividad ocupacional y trabajo; 3.2.- Las zonas grises entre actividad ocupacional y trabajo; 4.- La problemática de los límites entre la actividad ocupacional y el trabajo desde una perspectiva europea comparada; 5.- Conclusiones

1.- El empleo y la integración laboral de las personas con discapacidad

El empleo de las personas con discapacidad ha sido una preocupación de importancia capital para el legislador español y europeo. La integración laboral de este colectivo surge como consecuencia lógica del mandato constitucional de pleno empleo, *ex* artículo 40.1 Constitución Española, al que debe prestarse una específica atención², al amparo del artículo 49 Constitución Española. A ello, debe añadirse la integración del principio de igualdad, materializado mediante la erradicación de distinciones que limitan el acceso y mantenimiento del empleo³, al amparo del artículo 14 C.E. en relación al artículo 9.2 C.E.

Ante este escenario de fondo, garantizar el derecho al trabajo de este colectivo se ha convertido en una prioridad, y para ello, el legislador parte de un planteamiento que acoge dos lógicas muy distintas: el derecho al trabajo y el derecho a la protección social. En efecto, la integración de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo, parte de un esquema que aboga por garantizar el derecho al trabajo de este colectivo a través de tres modalidades previstas *ex* artículo 37.2 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (En adelante, RDL 1/2013): empleo ordinario, empleo protegido y empleo autónomo⁴. Esta triple distinción clásica se ha acompañado de otras vías de encaje

¹ Personal Investigador en formación (Programa FPU 2013) de Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona.

² *Vid.* SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid, 1996, pág. 84.

³ En este sentido, *vid.* NUÑEZ GONZALEZ, C. *La integración laboral de las personas con discapacidad: Régimen jurídico*. Escuela Libre, Madrid, 2000, pág. 26 *in fine*, que señala como objetivo principal del legislador “[...] impedir la diferencia de trato, permitiendo que las personas con discapacidad no sufran limitaciones para ocupar aquellos puestos de trabajo para los cuales están preparados”

⁴ Para un examen sobre la evolución y configuración del empleo de las personas con discapacidad, véase CORDERO GORDILLO, V., *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*,

para facilitar la capacitación y el acceso al empleo de las personas con discapacidad, integradas éstas en una perspectiva asistencial como manifestación del derecho a la protección social.

El artículo 52 RDL 1/2013 contempla los centros ocupacionales como una institución formalmente ajena al empleo⁵, pero de un enorme calado para dicho ámbito como catalizador para facilitar el acceso al empleo de aquellas personas con discapacidad con especiales dificultades para prestar sus servicios en el mercado de trabajo ordinario o protegido⁶.

Aparentemente, la distinción entre ambos ámbitos parece clara, fundamentalmente porque obedecen a propósitos distintos. Sin embargo, la configuración de la actividad desarrollada en los centros ocupacionales presenta zonas grises en las que puede llegar a adquirirse la consideración de actividad laboral. La clave de bóveda de esta discusión parte de la capacidad laboral de la persona con discapacidad como criterio principal para posibilitar el desarrollo de actividades ocupacionales o laborales y de los mecanismos de control que regulan el mantenimiento en una u otra esfera.

Y es en este punto en el que nace el propósito de esta comunicación, que pretende abordar la configuración jurídica de la actividad ocupacional y las zonas fronterizas con la actividad laboral. Así pues, partiendo de la hipótesis de que la actividad ocupacional puede presentar similitudes con la prestación de servicios desarrollada en el marco de una relación laboral, se analizará si existen zonas grises en las que las personas con discapacidad quedan desprovistas de la protección o carácter tuitivo que ofrece el Derecho del Trabajo. Para ello, se examinará la caracterización de la actividad ocupacional, a fin de abordar seguidamente las fronteras y zonas grises entre aquella y la actividad laboral, todo ello sin perder de vista el encaje del marco normativo actual con la filosofía plasmada por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Por último, se ofrecerá una perspectiva europea comparada de la cuestión, observando qué soluciones han aplicado Estados como Países Bajos, Portugal, Dinamarca y Francia.

2.- La actividad ocupacional

2.1.- Caracterización

El derecho a la protección social de las personas con discapacidad incluye diversas clases de servicios⁷, y entre ellos se encuentra el desarrollo de actividades con un componente terapéutico en los denominados centros ocupacionales. Estos establecimientos se hallan previstos en el artículo 52 RDL 1/2013, y desarrollados reglamentariamente en el Real Decreto 2274/1985, de 4 de diciembre, por el que se regulan los Centros Ocupacionales para minusválidos (en adelante, RD 2274/1985) o la norma autonómica correspondiente si la Comunidad Autónoma donde se sitúe el establecimiento ha asumido la competencia exclusiva en materia de servicios sociales⁸.

Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012; VALDÉS DAL-RE, F. (Dir.), *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005 y ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, Editorial Ibídem, Madrid, 1999.

⁵ Esta medida se halla incorporada en el Capítulo VII del RDL 1/2013, cuyo título es: “Derecho a la protección social”.

⁶ Vid. Artículo 52.1 RDL 1/2013, que configura los Centros Ocupacionales como un entorno destinado a *asegurar los servicios de terapia ocupacional y de ajuste personal y social a las personas con discapacidad con el objeto de lograr su máximo desarrollo personal y, en los casos en los que fuera posible, facilitar su capacitación y preparación para el acceso al empleo.*

⁷ Vid. artículo 51 RDL 1/2013, que se encarga de definir hasta 8 servicios que atiendan con garantías de suficiencia y sostenibilidad las necesidades de las personas con discapacidad.

Esta figura surgió como consecuencia de una separación radical entre la actividad productiva y la actividad terapéutica, introducida por la actualmente derogada Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (en adelante, LISMI). Tal distinción obedece a la necesidad de hallar ámbitos de integración alternativos al ámbito de la prestación laboral, dirigiéndose a aquellas personas con discapacidad cuya capacidad de trabajo no alcanza un nivel suficiente para integrarse dentro del proceso productivo. De ahí, que su encaje jurídico se sitúe dentro de la categoría de “servicios sociales”, que focaliza su atención en el desarrollo individual de la persona.

La finalidad principal de los centros ocupacionales consiste en ofrecer servicios de terapia ocupacional y de ajuste personal y social, y en aquellos casos en los que sea posible, preparar a los usuarios para el acceso al empleo. La norma parte de la existencia de una discapacidad que impide el desarrollo de una prestación de servicios en régimen laboral⁹, y ofrece esta institución como un espacio en el que los usuarios se desarrollan personalmente en orden a lograr *la superación de los obstáculos que la minusvalía les supone*¹⁰.

Este planteamiento se lleva a cabo mediante la instrumentación de dos tipos de actividades: a) la actividad ocupacional; y, b) los servicios de ajuste personal y social. La primera de ellas consiste en el desarrollo de tareas no productivas, ejecutadas bajo la supervisión del personal técnico del Centro y encaminadas a la obtención de productos *que no sean, regularmente, objeto de operaciones de mercado*¹¹. En cambio, los servicios de ajuste personal y social se caracterizan por ser actividades de índole diversa que ostentan como finalidad la adaptación social de la persona en cuestión, *ex artículo 4 RD 2274/1985*.

El acceso a un centro ocupacional se somete a la existencia de varios requisitos, previstos todos ellos en el artículo 10 RD 2274/1985. En este sentido, se exige que la persona usuaria se halle en edad laboral y la existencia de una resolución motivada del Equipo Multiprofesional que determine dos aspectos capitales: la existencia de una discapacidad y la necesidad de integración en un centro ocupacional por imposibilidad de prestar servicios en el mercado ordinario o protegido de empleo, ya sea de forma temporal o permanente. En consecuencia, el perfil de persona con discapacidad que asistirá a centros ocupacionales será aquella cuya capacidad de trabajo se halle reducida, hasta tal punto que su integración en un entorno profesional no sea posible.

Como puede observarse, la inserción laboral aparece, pues, como un objetivo reservado únicamente para aquellas situaciones en las que existan posibilidades de adquirir las habilidades necesarias para integrarse en el mercado laboral. En tales casos, los centros ocupacionales actúan como un estadio previo habilitador a la relación laboral¹². Sin embargo, una lectura sistemática del RD 2274/1985 conduce a entender que el objetivo prioritario del legislador es la inserción laboral. Un examen del artículo 7 RD 2274/1985, relativo a la

⁸ Entre las Comunidades Autónomas que ostentan competencia exclusiva para regular esta cuestión encontramos, Cataluña, Galicia, Andalucía, Asturias, Cantabria, La Rioja, Valencia, Aragón, Castilla La Mancha, Navarra, Castilla y León, Ceuta y Melilla. Teniendo en cuenta que hay comunidades autónomas que o bien no han asumido la competencia exclusiva (País Vasco, Murcia, Canarias, Extremadura, Islas Baleares y Madrid.), o bien no han desarrollado reglamentariamente esta cuestión (Cantabria, La Rioja, Valencia, Aragón, Castilla La Mancha, Navarra, Castilla y León, Ceuta y Melilla), la norma que se tomará como marco reglamentario de referencia será el RD 2274/1985.

⁹ Vid. artículo 2.2 *in fine* RD 2274/1985.

¹⁰ Vid. artículo 2.1 RD 2274/1985.

¹¹ Vid. artículo 3 RD 2274/1985.

¹² Vid. ALONSO GARCIA, B., *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 332.

organización y funcionamiento de los centros ocupacionales, advierte una clara voluntad profesionalizadora, pues exige que los métodos y actividades del Centro Ocupacional se oriente a *favorecer la futura incorporación de los minusválidos al trabajo productivo*. A esta circunstancia debe sumársele la exigencia de que los usuarios se hallen en edad laborable, al amparo del artículo 10.a RD 2274/1985, que, a pesar de requerirse junto a una resolución motivada del Equipo Multiprofesional que constate la imposibilidad de prestación de servicios laboral, reafirma la vocación laboralizadora de esta institución.

2.2.- La compatibilidad de los Centros Ocupacionales con el derecho al trabajo de las personas con discapacidad

La naturaleza mixta de los Centros Ocupacionales pone de manifiesto la necesidad de analizar el encaje de estas instituciones con el derecho al trabajo y la promoción del empleo de las personas con discapacidad, consagrados en el artículo 35.1, 40.1 y 49 de la Constitución Española. Como ya se ha señalado, la admisión de personas con discapacidad a este tipo de centros se somete a la existencia de una discapacidad grave que impida la prestación de servicios en un entorno laboral o protegido de trabajo. En otras palabras, se considera que un cierto grado de discapacidad reduce la capacidad laboral de la persona hasta tal extremo que se limita su ejercicio del derecho al trabajo, y se deriva la integración sociolaboral a los centros ocupacionales.

La migración de personas con discapacidad grave del mercado ordinario o especial de trabajo a Centros Ocupacionales no es *per se* una actuación que limite el derecho al trabajo de este colectivo. El legislador estableció acertadamente la necesidad de un informe del Equipo Multiprofesional que constate la conveniencia de integración en un Centro Ocupacional, lo cual significa la realización de un análisis *ad hoc* en cada situación que se ajusta a la doctrina constitucional fijada en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 22/1981, de 2 de julio¹³. Esta circunstancia reconoce las distintas formas y efectos que puede generar la existencia de discapacidad y garantiza un examen individualizado. A ello debe sumársele la naturaleza mixta de estas instituciones que, como ya se ha señalado anteriormente, integra la dimensión asistencial y profesionalizadora. Este elemento adquiere una importancia capital en el examen de la afectación al derecho al trabajo de las personas que se integran en Centros Ocupacionales, ya que reduce el impacto que supone la exclusión del mercado ordinario y especial de trabajo.

Sin embargo, el conflicto respecto al derecho al trabajo se plantea cuando las personas que se integran en los Centros Ocupacionales no se incorporan posteriormente al mercado ordinario o protegido de trabajo. Este resultado se halla previsto en la propia definición de esta institución *ex* artículo 52.1 RDL 1/2013, que prevé la capacitación y preparación para el acceso al empleo *sólo en aquellos casos en los que sea posible*. La norma pone de manifiesto, pues, una realidad que debe tenerse en consideración: la reducida ratio de incorporación de los usuarios de Centros Ocupacionales al mercado de trabajo. Si a ello le añadimos que el marco jurídico de los Centros Ocupacionales no regula el tiempo de permanencia de los usuarios en estas instituciones, nos encontramos ante un escenario que presenta visos limitativos del derecho al trabajo de las personas con discapacidad.

La finalidad de estas instituciones, prevista normativamente como un espacio de desarrollo personal e inserción laboral, se desdibuja, puesto que la propia regulación desplaza la inserción y limita la naturaleza de estas instituciones a desempeñar un papel únicamente asistencial. A este problema de eficacia normativa debe sumársele la pobreza de su desarrollo

¹³ En efecto, la traslación de la potestad de decidir a los Equipos Multiprofesionales se adecúa a la doctrina del Tribunal Constitucional, que señala en el fundamento jurídico quinto de la STC 22/1981 “[...]la incapacitación generalizada para trabajar basada en una presunción de ineptitud iuris et iure carecería de base constitucional [...]” Para un análisis en profundidad sobre el alcance de la STC 22/1981, véase SASTRE IBARRECHE, R., El derecho al trabajo, *op. cit.*, pág. 130-137.

reglamentario, que omite la regulación de cuestiones tan trascendentales como el periodo de permanencia en estas instituciones, la concreción de las actividades ocupacionales a desarrollar o las medidas de las que disponen los Centros Ocupacionales para fomentar la empleabilidad de los usuarios. En este punto, el Equipo Multiprofesional aparece como un órgano dotado de una absoluta libertad, hecho éste que puede propiciar, en situaciones límite, el enriquecimiento injusto de Centros Ocupacionales a costa de la infraprotección de sus usuarios. Consecuentemente, los efectos negativos son especialmente perjudiciales para lograr la integración laboral de este colectivo, ya que se perpetúa la permanencia de las personas con discapacidad en este tipo de centros, y pone de manifiesto la necesidad de reconfigurar estas instituciones.

2.3.- Los Centros Ocupacionales y su encaje en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Otro de los debates no abordados por la doctrina ha sido cómo encajan la filosofía de tratamiento de la discapacidad impregnada a los Centros Ocupacionales y el paradigma social reivindicado en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad¹⁴ (En adelante, la Convención).

Como punto de partida, conviene recordar que el modelo social rechaza de plano un enfoque centrado en la rehabilitación de las personas con discapacidad, y aboga por trasladar a la sociedad la responsabilidad de ofrecer soluciones accesibles universales. Así, este modelo reivindica una igualdad real y efectiva de toda la población en el ejercicio de sus derechos, y caracteriza la discapacidad como un concepto dinámico *resultante de la interacción entre las personas y las barreras debidas a la actitud y al entorno*¹⁵. La manifestación normativa por excelencia de este paradigma es la Convención¹⁶, que introduce una perspectiva basada en los derechos humanos¹⁷, e incardina derechos relacionados con otras esferas de actuación social que no aparecían en las normas uniformes¹⁸.

En este orden de cosas, los Centros Ocupacionales persiguen, como ya se ha señalado anteriormente, el desarrollo personal de las personas con discapacidad en orden a lograr *la*

14 Este tratado internacional fue ratificado en España el 3 de mayo de 2008, y su adaptación normativa se realizó por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

15 Vid. apartado e) del Preámbulo de la Convención.

16 Vid. Vid. PALACIOS, A. “*El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*”, Editorial Cinca, Madrid, 2008.

17 Vid. PALACIOS, A. Y BARIFFI, F, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Cinca, Colección telefónica accesible, Madrid, 2007; DE ASSIS ROIG, R., “Derechos Humanos y Discapacidad” en JIMÉNEZ, E. (Coord.), *Igualdad, no discriminación y discapacidad*, Ediar-Dykinson, Buenos Aires, 2006; TRÖMEL, S, “Hacia un derecho internacional de la discapacidad” en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo.*, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 1063; KAYESS, R. y FRENCH, P., “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons With Disabilities”, *Human Rights Law Review*, núm. 8 , 2008, pág. 2-3.

18 Buenos ejemplos de ello son el acceso a la justicia (Art. 13), libertad y seguridad de la persona (Art. 14), libertad de desplazamiento y nacionalidad (Art. 18), derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (Art. 19), entre otros.

*superación de los obstáculos que la minusvalía les supone, para la integración social*¹⁹. Como puede observarse, esta institución enfoca la discapacidad como un problema individual que genera obstáculos para la persona, y plantea como solución la integración, junto con otras personas con discapacidad, en Centros Ocupacionales. Así pues, la intervención diseñada por el legislador en estas situaciones es tributaria de la lógica del modelo médico o rehabilitador de tratamiento de la discapacidad, según el cual se enfatiza la rehabilitación individual de la persona con discapacidad en entornos no normalizados.

Es evidente, pues, que la configuración de los Centros Ocupacionales, la cual ha sufrido pocos cambios desde su entrada en vigor²⁰, requiere una actualización a la luz de los paradigmas actuales de tratamiento de la discapacidad. El planteamiento actual de esta institución ostenta un carácter excluyente que reduce las posibilidades de inserción del colectivo. La agrupación de personas con discapacidad en este tipo de entornos no contribuye a una integración real en el seno de la sociedad, consolidando el mantenimiento de barreras que impiden el ejercicio de los derechos en igualdad de oportunidades.

La mayor distorsión que se aprecia en la configuración de los Centros Ocupacionales está relacionada con la piedra angular de la filosofía de la Convención y el modelo social: el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad humana. En este sentido, la Convención enfatiza especialmente en la integración real de este colectivo mediante la accesibilidad y el diseño universal, provocando así una materialización de la participación plena e inclusiva en la sociedad que elimine las dinámicas de separación y exclusión propias del modelo médico o rehabilitador.

Concretamente, la adaptación normativa efectuada por el Estado español mediante la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, Ley 26/2011), no ha modificado el funcionamiento de los Centros Ocupacionales así como tampoco ha previsto medidas para incrementar la eficacia profesionalizadora de estas instituciones. La adaptación del ordenamiento jurídico español a la Convención fue un momento brillante para suplir las carencias que, respecto a la finalidad profesionalizadora, presentan los Centros Ocupacionales. Es cierto que el artículo 11.2.c RD 2274/1985 contempla la realización periódica de revisiones como elemento para detectar la posibilidad de retorno al mercado de trabajo, pero aún así, la eficacia de la inserción laboral pretendida exige la introducción de medidas acordes a la Convención. En particular, el actual marco jurídico regulador no incluye la obligación de incluir experiencias reales de empleo²¹, circunstancia ésta que deja al arbitrio de los Equipos Multiprofesionales el modo de instrumentar la finalidad profesionalizadora.

19 *Vid.* artículo 2.1 RD 2274/1985.

20 El único cambio fue la introducción normativa de la finalidad de facilitar y capacitar para el acceso al empleo en el marco del artículo 52 RDL 1/2013, modificación ésta que se produjo como consecuencia del mandato de refundir la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, *ex* Disposición Final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Para un análisis en profundidad sobre las modificaciones introducidos a propósito del RDL 1/2013, véase ESTEBAN LEGARRETA, R., “Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de ley de derechos de las personas con discapacidad”, *Temas Laborales*, núm. 127, 2014, págs. 47-84.

21 Si bien es cierto que el artículo 3 RD 2274/1985 contempla, bajo el título de terapia ocupacional, aquellas actividades o labores encaminadas a la obtención de objetos, productos o servicios que no sean, regularmente, objeto de operaciones de mercado, la realidad es que estas tareas deben ser no productivas por imperativo legal, lo cual las aleja de ser una experiencia formativa a nivel profesional.

Sería recomendable que, en aras de incrementar la eficacia y homogeneidad, el legislador regulase normativamente el diseño de las actuaciones encaminadas a esta finalidad, introduciendo, por ejemplo, la necesidad de que los usuarios prestasen servicios de forma periódica en el ámbito ordinario o especial de empleo, posibilidad ésta que podría conjugarse con el fomento de la realización de ajustes razonables en las empresas receptoras.

3.- Actividad ocupacional y trabajo: Fronteras y límites

3.1.- La frontera entre actividad ocupacional y trabajo

Como ya se ha expuesto anteriormente, la actividad ocupacional presenta una pretensión de integración laboral, materializada normativamente mediante la expresión *facilitar su capacitación y el acceso al empleo*²². Teniendo en cuenta la indeterminación normativa respecto al perfil de acceso a los Centros Ocupacionales²³, que deja al arbitrio de los equipos multiprofesionales la decisión en cuestión, existe un grupo de usuarios sobre las que conviene prestar atención. Concretamente, nos referimos a aquellas personas que ostentan una capacidad de trabajo que permitiría prestar servicios en el mercado ordinario o especial de trabajo, segmento de personas que se amplía enormemente si tenemos en cuenta la obligación de realizar ajustes razonables prevista *ex artículo 40.2 RDL*²⁴.

Es en estas situaciones en las que surge una consideración capital relacionada directamente con la limitación al derecho al trabajo al que se somete este colectivo, el mandato de pleno empleo y su protección jurídica: ¿Dónde se encuentra la frontera entre el desarrollo de una actividad ocupacional y la ejecución de tareas en el marco de una relación laboral? La importancia de esta cuestión es patente si tenemos en cuenta que el marco regulador de la actividad ocupacional no contempla un nivel de protección tan elevado como el que confiere el Derecho del Trabajo, existiendo lagunas normativas sobre aspectos tan importantes como el horario o la posibilidad de percibir cantidades por las actividades desarrolladas.

Si examinamos el marco regulador vigente, la respuesta apunta a la afectación de la discapacidad a la capacidad laboral de la persona, resultando así la condición esencial a valorar por el Equipo Multiprofesional para determinar las posibilidades de inserción laboral del usuario²⁵. De hecho, el artículo 11.2.c RD 2274/1985 prevé, como deber del usuario, la revisión periódica de sus capacidades a fin de valorar las posibilidades de acceder a un trabajo productivo. Así pues, la frontera normativa entre actividad ocupacional y laboral vendrá determinada por la valoración positiva del Equipo Multiprofesional, informe éste que posibilitará el acceso al empleo de la persona en cuestión.

Ante este escenario, que establece la capacidad laboral como canon de integración en el mercado de trabajo, varias son las cuestiones que se suscitan sobre la efectividad de este

22 *Vid.* artículo 52.1 RDL 1/2013.

23 Nótese que el artículo 2.2 y 10.c RD 2274/1985 requiere la existencia de un grado de discapacidad que impida la prestación de servicios en entornos ordinarios o especiales de trabajo, situación ésta que también incluye la no adaptación satisfactoria del trabajador a la actividad laboral y el empeoramiento que haga aconsejable la integración en estas instituciones *ex artículo 52.1 RDL 1/2013*.

24 Para un análisis exhaustivo sobre esta institución, véase RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *Temas laborales*, núm. 127, 2014, págs. 85-120 y GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a personas con discapacidad en EE.UU. y España: una visión comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, núm. 3, 2015, págs. 32-63.

25 *Vid.* artículo 10.c RD 2274/1985.

criterio como mecanismo no limitativo del ejercicio al derecho del trabajo, máxime si tenemos en cuenta que normativamente no se contempla un límite de permanencia en este tipo de centros.

El primer punto controvertido es la falta de adecuación de este criterio a la Convención. Tal y como ya se ha apuntado anteriormente, la Convención materializa el modelo social de tratamiento de la discapacidad y plasma una concepción expansiva de los derechos de las personas con discapacidad, pretendiendo eliminar las diferencias suscitadas con motivo de la existencia de una discapacidad. La visión que se ofrece en este tratado internacional choca frontalmente con la posibilidad de que un Equipo Multiprofesional pueda determinar la exclusión del mercado de trabajo a personas con un grado de discapacidad determinado, máxime cuando normativamente no se establece un tiempo límite de permanencia en los Centros Ocupacionales. En efecto, uno de los aspectos sobre los que la Convención presta especial atención es la instrumentación de medidas de acción positivas, y en este punto, los ajustes razonables se han erigido como un mecanismo de integración para lograr la igualdad de oportunidades y no discriminación. El protagonismo conferido a los ajustes razonables ha desplazado la distinción entre la existencia o inexistencia de capacidad laboral del sujeto, obligando a los empresarios a adaptar los puestos de trabajo a fin de que sean accesibles para cualquier persona. Esta solución, totalmente alineada con el paradigma social de tratamiento de la discapacidad, exige la actualización de la configuración de los Centros Ocupacionales. De esta forma, la Convención cuestiona la legitimidad de la capacidad laboral como indicador para la integración en estas instituciones.

Otra de las cuestiones que conviene analizar es el análisis de los instrumentos normativos previstos para evitar situaciones de permanencia injustificada en los centros ocupacionales. Este aspecto es especialmente relevante, ya que el usuario tendrá limitado el acceso al mercado de trabajo durante el periodo de inserción en el centro ocupacional. Además, el examen de las garantías previstas normativamente que impidan la perpetuidad de integración en estos centros es un elemento importantísimo en orden a evitar que, fruto de la realización de actividades de terapia ocupacional²⁶, exista un enriquecimiento de las actividades ocupacionales de los usuarios.

Una revisión exhaustiva de la regulación estatal de los centros ocupacionales pone de relieve las carencias que presenta el actual marco regulador sobre la continuidad de sus usuarios en estas instituciones. El principal defecto detectado es que el RD 2274/1985 no limita el tiempo máximo de permanencia en los Centros Ocupacionales. De hecho, la única previsión normativa a destacar en este punto es la realización periódica de revisiones por parte del Equipo Multiprofesional que valorarán las posibilidades de acceder a un trabajo productivo, periodicidad que no se halla concretada en la norma de desarrollo y se deja al arbitrio del citado órgano. En consecuencia, este mandato, previsto como un deber de los usuarios *ex artículo 11.2.c RD 2274/1985*, pone de manifiesto la conveniencia de abordar una modificación normativa.

Como ha podido observarse, el legislador ha otorgado un papel central a los equipos multiprofesionales como sujetos encargados de la integración laboral de los usuarios de los Centros Ocupacionales. El amplio margen de actuación que ostentan no sería un inconveniente si no fuera porque no se contemplan mecanismos de control de sus decisiones en el seno de esta institución. En efecto, la posibilidad de mantener la integración de un usuario en el Centro Ocupacional recae única y exclusivamente sobre este órgano, y el RD 2274/1985 no prevé mecanismo alguno para impugnar la resolución del Equipo

²⁶ Nótese que si bien el artículo 3 RD 2274/1985 contempla las actividades ocupacionales como labores no profesionales, reconoce la posibilidad de que se dirijan a la obtención de productos que no sean, regularmente, objeto de operaciones de mercado. La expresión “regularmente” pone en evidencia la posibilidad de que de forma puntual se efectúen productos que puedan ser objeto de venta.

Multiprofesional. Si tenemos en cuenta el impacto de esta decisión en el derecho al trabajo de la persona en cuestión, y le sumamos la no concreción de la periodicidad de las revisiones de valoración de las posibilidades de acceso al empleo, nos encontramos ante un margen de actuación excesivamente amplio que sería conveniente matizar por el legislador.

3.2.- Las zonas grises entre actividad ocupacional y trabajo

La regulación actual de los centros ocupacionales plantea zonas grises en las que es cuestionable que nos hallemos ante una actividad meramente asistencial. La detección de estos límites parte de tres circunstancias centrales que pueden producirse en cualquier centro ocupacional. La primera de ellas es la existencia de usuarios que ostentan una determinada capacidad de trabajo que se encontraría en el límite entre la posibilidad de desarrollar actividad profesional y ocupacional. En segundo lugar, la inexistencia de límites temporales de permanencia en estas instituciones, cuestión ésta ya tratada en el apartado anterior. Por último, la configuración de la actividad ocupacional *ex* artículo 3 RD 2274/1985 suscita suspicacias sobre su caracterización, fruto de la proximidad conceptual con las tareas profesionales desarrolladas en el marco de relaciones laborales por cuenta ajena y coincidencia con diversas notas características previstas en el artículo 1.1 TRLET.

La conjunción de estas particularidades ponen de relieve la existencia de situaciones difusas, ubicadas en los contornos del Derecho del Trabajo, que exigen una reflexión a propósito de la extensión del concepto de trabajador a usuarios de centros ocupacionales. El análisis de esta cuestión exige el examen de las particularidades de la actividad ocupacional a la luz de las notas características que presenta toda relación laboral *ex* artículo 1.1 TRLET, a fin de hallar aquellos aspectos que pueden solaparse entre sí.

Antes de abordar la comparación entre la actividad ocupacional y laboral, conviene señalar una precisión normativa que el legislador incorporó en el artículo 2.3 RD 2274/1985: la imposibilidad de que los Centros Ocupacionales ostenten carácter de centro de trabajo para sus usuarios. Como puede observarse, el legislador ya intuyó la frontera difusa entre las tareas profesionales y ocupacionales, e insertó una exclusión normativa del ámbito del Derecho del Trabajo.

Así pues la cuestión previa que conviene aclarar es la eficacia del artículo 2.3 RD 2274/1985, o dicho de otro modo, si la aplicación de la presunción de laboralidad *ex* 8.1 TRLET cede ante una disposición, en este caso reglamentaria, que impide la consideración como laboral de las labores realizadas en centros ocupacionales. La tesis que se sostiene en esta comunicación es partidaria de reducir la eficacia normativa del artículo 2.3 RD 2274/1985, fundamentalmente por dos argumentos: a) la aplicación analógica del principio jurisprudencial de preponderancia de la realidad del contenido de la prestación respecto al *nomen iuris* en conexión con el principio de jerarquía normativa previsto en el artículo 3.2 TRLET; b) la previsión normativa de exclusión de la consideración laboral se opone a la interpretación del concepto de trabajador que ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE).

En efecto, el Tribunal Supremo ha rechazado de plano la posibilidad de que las partes puedan calificar la naturaleza jurídica de la relación, exigiéndose el estudio de la realidad del contenido que manifiesta su ejecución, dimensión ésta que debe prevalecer sobre el *nomen iuris* atribuido por las partes. La aplicación de esta doctrina jurisprudencial debe extenderse necesariamente a aquellas situaciones en las que la exclusión de la aplicación del Derecho del Trabajo venga prevista normativamente, especialmente si la imposibilidad de considerar la relación como laboral proviene de una disposición reglamentaria. En este sentido, el principio de jerarquía normativa actúa como fundamento que otorga preponderancia a la ley, y en este caso, al artículo 8.1 TRLET respecto al artículo 2.3 RD 2274/1985.

A la postre, el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse respecto al ámbito de aplicación de las Directivas sobre determinadas condiciones de trabajo, sosteniendo una

interpretación integradora²⁷, que exige una aplicación *a todos los sectores de actividades, públicas o privadas, con el fin de promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo y de regular determinados aspectos de la ordenación de su tiempo de trabajo*²⁸. Si bien es cierto que no se ha planteado aún ninguna cuestión prejudicial a propósito del encaje del artículo 2.3 RD 2274/1985 en el Derecho de la Unión, la asunción por parte del TJUE de un concepto extensivo de trabajador refuerza, aún más si cabe, la tesis sostenida en el marco de esta comunicación.

Todo ello nos conduce a salvar el obstáculo normativo que presenta el artículo 2.3 RD 2274/1985, máxime cuando el TJUE ha sostenido que la “[...] *naturaleza jurídica sui generis de una relación laboral a la luz del Derecho nacional no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho de la Unión*”²⁹. De esta manera, se abre la posibilidad de que, en el supuesto de concurrencia de las notas características de la prestación laboral, pueda sostenerse la existencia de una relación laboral de los usuarios de Centros Ocupacionales.

Salvado este escollo normativo, para la valoración de las zonas grises de la actividad ocupacional y laboral se utilizará el método dogmático o conceptual, consistente en la identificación de las notas que caracterizan la actividad laboral, y cómo se manifiestan en la actividad ocupacional. Como primera observación, conviene señalar que de las cuatro notas características de cualquier relación laboral, la voluntariedad y la dependencia presentan una complejidad inferior en orden al análisis de su concurrencia. La razón de ello se fundamenta en la dinámica propia en la que se desarrolla la actividad ocupacional prevista en el artículo 3 RD 2274/1985.

Respecto a la voluntariedad, su concurrencia no parece presentar especiales problemas. La filosofía del Centro Ocupacional es, como ha señalado la doctrina, la de ser *un medio para un fin*³⁰, que requiere inexorablemente de la asistencia voluntaria del usuario, que será absolutamente libre sin régimen de internamiento. En este sentido, el artículo 52 RDL 1/2013 los define como un servicio al que pueden acceder las personas con discapacidad, siempre que cumplan los requisitos exigidos *ex artículo 10 RD2274/1985*, lo cual permite derivar que no nos encontramos ante una imposición forzosa u obligatoria que excluiría la nota de la voluntariedad en la actividad ocupacional. Es cierto que esta cuestión presentaría dudas en caso de que el usuario se halle incapacitado judicialmente, pero por razones de espacio el estudio de esta particularidad no será objeto de tratamiento en esta comunicación.

27 Vid. Sentencia Union syndicale Solidaires Isère, C-428/09, EU:C:2010:612, apartado 28, que sostiene que, a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88, el concepto de trabajador “[...] *no puede ser objeto de una interpretación variable según los Derechos nacionales, sino que tiene un alcance autónomo propio del Derecho de la Unión. Debe definirse según criterios objetivos que caracterizan a la relación laboral atendiendo a los derechos y los deberes de las personas interesadas. Pues bien, la característica esencial de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución [...]*”

28 Vid. Sentencia Fenoll, C-316/13, EU:C:2015:200, apartado 19, y en la misma línea, Sentencia Neidel, C-337/10, EU:C:2012:263, apartado 21; Sentencia Comisión/España, C-132/04, EU:C:2006:18, apartado 22; Sentencia Simap, C-303/98, EU:C:2000:528, apartados 34 y 35.

29 Vid. Sentencia Fenoll, C-316/13, EU:C:2015:200, apartado 31, así como las sentencias Union syndicale Solidaires Isère, C-428/09, EU:C:2010:612; Kiiski, C-116/06, EU:C:2007:536, apartado 26; Trojani, C-456/02, EU:C:2004:488; Kurz, C-188/00, EU:C:2002:694; Bettray, C-344/87, EU:C:1989:226; Levin, C-53/81, EU:C:1982:105.

30 Vid. ALONSO GARCIA, B., *El régimen jurídico de la protección...*, *op cit.*, pág. 331.

En cuanto a la dependencia o subordinación, tampoco existen dudas en relación a su apreciación. La definición normativa de la actividad ocupacional prevista en el artículo 3 RD 2274/1985 deja patente que este tipo de tareas se efectuarán *bajo la orientación del personal técnico del Centro*. Si tenemos en cuenta que la orientación de la organización y los métodos de las actividades a desarrollar en estas instituciones *tenderán a favorecer la futura incorporación de los minusválidos al trabajo productivo*³¹, es dable afirmar que la actividad ocupacional se realizará bajo las órdenes e instrucciones del personal técnico del Centro Ocupacional.

Por el contrario, una de los aspectos que presenta una mayor complejidad es determinar si existe una retribución salarial para los usuarios. Tal circunstancia, que es capital en la determinación de la existencia de una relación laboral tal y como ha señalado la doctrina³², exige centrar la discusión en torno al alcance del artículo 7.2 RD 2274/1985, que contempla el establecimiento de un sistema de premios o recompensas *en orden a fomentar la más adecuada integración del minusválido en las actividades del Centro*. El citado precepto se encarga únicamente de contemplar esta posibilidad, señalando que la creación de estos sistemas corresponderá en exclusiva a los Equipos Multiprofesionales³³, competencia ésta no sometida a control alguno.

Como puede observarse, nos encontramos ante una total indefinición del régimen de las compensaciones que podrán satisfacerse en los centros ocupacionales. La denominación de las cantidades pretende dejar claro que estas cantidades no pueden considerarse salario, probablemente por la escasa cuantía que adquieren en la práctica. Sin embargo, no conviene omitir en este punto la posición que, en la conceptualización de trabajador, ha sostenido el TJUE, pues como ya se ha mencionado anteriormente, esta materia tiene un alcance autónomo propio del Derecho de la Unión Europea. En este sentido, es importante señalar que la cuantificación de la cantidad remuneratoria o el nivel de productividad de la persona en cuestión *no son elementos que puedan tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho de la Unión*³⁴. El TJUE ha restado importancia a las cantidades satisfechas, su denominación o el origen de los recursos para su pago, trasladando la responsabilidad de su análisis a los tribunales nacionales³⁵, y exigiéndoles a éstos que efectúen un análisis de la retribución contextualizado a la concurrencia de las demás notas caracterizadoras de la relación laboral.

Este aspecto ha sido criticado por algunos sectores de la doctrina, que han considerado esta línea interpretativa como un recurso argumentativo desprovisto de especial solidez³⁶, tesis ésta que no se comparte en la presente comunicación. En efecto, la doctrina jurisprudencial del TJUE pretende extender el concepto de trabajador a situaciones con escasa cobertura

31 *Vid.* artículo 7 RD 2274/1985.

32 *Vid.* TODOLÍ SIGNES, A., *Salario y productividad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 145-147.

33 El artículo 7.2 *in fine* RD 2274/1985 establece como únicos sujetos supervisores de estos sistemas de recompensas a los Equipos Multiprofesionales.

34 *Vid.* Sentencias Fenoll, C-316/13, EU:C:2015:200, apartado 33 y 34; Trojani, C-456/02, EU:C:2004:488, apartado 16; Kurz, C-188/00, EU:C:2002:694, apartado 32; Betray, 344/87, EU:C:1989:226, apartados 15 y 16.

35 Así lo señala GARRIDO PÉREZ, E., “La extensión del concepto de trabajador a personas con discapacidad acogidas en centros de atención social y ocupacional. A propósito de la STJUE de 26 de marzo de 2015”, *Trabajo y Derecho*, núm. 7-8, 2015, pág. 3 (versión electrónica).

36 *Ibíd.*, pág. 8 (versión electrónica).

jurídica. La exclusión de la laboralidad en algunos ordenamientos jurídicos se amparaba normativamente en la escasa entidad de las cuantías, y sobre este punto, el papel del TJUE nos parece muy acertado. El Tribunal, consciente de los riesgos que supone descartar la laboralidad por la satisfacción de cantidades por pequeñas que éstas sean, ha decidido reducir la importancia del salario como nota caracterizadora de la relación laboral en beneficio de una ponderación más equilibrada sobre las demás notas caracterizadoras de la relación laboral. En consecuencia, la previsión del pago de cantidades en el marco de actividades ocupacionales, por mínimas que sean, constituirá un indicio de laboralidad, pero con un peso limitado y contextualizado al carácter de las tareas y la concurrencia del resto de notas características de la relación laboral.

La cuarta de las notas características que debe ser objeto de comentario es la ajenidad, entendida ésta desde la doble perspectiva plasmada por la jurisprudencia, esto es, ajenidad en los frutos y ajenidad en los riesgos. Sobre este aspecto, es la primera de ellas la que presenta mayores dificultades, pues uno de los requisitos exigido a los titulares de los Centros Ocupacionales es la inexistencia de ánimo de lucro³⁷. La segunda, por el contrario, no presenta problemas respecto a su concurrencia, pues quien asume los riesgos propios de la actividad será el Centro Ocupacional, encargado de dirigir las actividades ocupacionales, facilitar las herramientas a los usuarios y de asumir el riesgo inherente a la creación de este tipo de instituciones.

Analizando, pues, la ajenidad en los frutos es necesario traer a colación el artículo 3 RD 2274/1985, que prevé como resultado de la actividad ocupacional *la obtención de objetos, productos o servicios que no sean, regularmente, objeto de operaciones de mercado*. La redacción plasmada por el legislador deja un claro espacio normativo que permite la realización, de forma esporádica, de tareas que pueden resultar en un beneficio económico de los Centros Ocupacionales. Tal expresión permite afirmar la posibilidad de que concurra la primera de las dimensiones de la ajenidad, dado que en aquellos supuestos en los que el producto o servicio se comercialice, el sujeto que se apropiará del beneficio económico será el Centro ocupacional. Es cierto que la norma intenta calificar esta posibilidad como remota, ya que exige que el producto o servicio efectuado por los usuarios no tenga habitualmente un encaje dentro del mercado, pero esta formulación es insuficiente para disipar las zona gris entorno a esta cuestión. Las lagunas normativas sobre la falta de concreción del adverbio regularmente, de los objetos o servicios que pueden merecer esta consideración, así como de aquellos instrumentos necesarios para controlar el impacto que sobre la competencia podría conllevar son acuciantes, y permiten encubrir la realización de tareas que derivan en un beneficio económico del Centro Ocupacional.

Por último, a la construcción dogmática clásica debe añadirse un aspecto esencial para clarificar la distinción entre actividad ocupacional y laboral, a saber la calificación de las tareas realizadas como reales y efectivas. Si bien es cierto que este criterio se utiliza en sede europea en el contexto de la Directiva 2003/88³⁸, resulta sumamente útil su aplicación en el objeto de análisis citado anteriormente, a fin y efecto de determinar si los usuarios de centros ocupacionales pueden llegar a ser considerados trabajadores.

Entrando a valorar, pues, el carácter de las tareas efectuadas en los centros ocupacionales, el punto de referencia normativo del que debe partirse es el artículo 3 RD 2274/1985. En este precepto, se define claramente la actividad ocupacional como no productiva, pero la norma contempla como finalidad de la actividad ocupacional la creación de *objetos, productos o servicios que no sean, regularmente, objeto de operaciones de mercado*. Esta expresión es sumamente desafortunada, porque, como ya se ha mencionado

³⁷ Vid. artículo 5 RD 2274/1985.

³⁸ Vid. Sentencias Neidel, C-377/10, EU:C:2012:263, apartado 23 y Union syndicale Solidaires Isère, C-428/09, EU:C:2010:612, apartado 28.

anteriormente, permite que el resultado de las tareas de los usuarios puedan ser productos o servicios comercializables. Es cierto que la finalidad normativa de estas actividades es el desarrollo personal de los usuarios (Art. 2.1 RD 2274/1985), que teóricamente ostentan una discapacidad que les impide prestar servicios en entornos laborales, pero ello no es óbice para la consideración de tales actividades como profesionales.

En estas situaciones, el criterio utilizado por el TJUE ha consistido en determinar la existencia de una utilidad económica³⁹, y a la luz del artículo 3 RD 2274/1985, esta circunstancia es posible que se produzca en el ordenamiento jurídico español. De hecho, si tenemos en cuenta que la organización de la actividad ocupacional se orienta a favorecer la incorporación laboral de los usuarios (Art. 7.1 RD 2274/1985), que se exige como requisito hallarse en edad laboral (Art. 10.a RD 2274/1985) y la posibilidad de que entre los usuarios puedan encontrarse trabajadores con discapacidad que hayan prestado una actividad laboral que se hallen en una situación de empeoramiento (art. 52.1 RDL 1/2013), nos encontramos ante un escenario en el que es plausible desarrollar actividades profesionales. Si a ello le sumamos la ausencia absoluta de controles sobre el tipo de actividades que se desarrollan en estos centros y la inexistencia de una clasificación de productos o servicios *que no sean, regularmente, objeto de operaciones de mercado*, las posibilidades de que los usuarios desarrollen tareas reales y efectivas asimilables a las efectuadas en un entorno laboral se incrementan enormemente.

4.- La problemática de los límites entre la actividad ocupacional y el trabajo desde una perspectiva europea comparada

La frontera entre la actividad laboral y ocupacional y sus zonas grises no ha sido una cuestión que plantee problemas únicamente en España. Esta problemática ha alcanzado una dimensión europea, fundamentalmente porque, como ya se ha señalado, el TJUE ha determinado que, a efectos de aplicar directivas que regulan condiciones de trabajo, *el concepto de «trabajador» no puede ser objeto de una interpretación variable según los Derechos nacionales, sino que tiene un alcance autónomo propio del Derecho de la Unión*⁴⁰.

No han sido pocas las cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE con objeto de determinar si se extiende el concepto de trabajador a aquellas situaciones en las que desarrollan actividades sociales y terapéuticas en entornos eminentemente asistenciales. En este sentido, se han seleccionado varios países que comparten instituciones con un perfil de usuario/trabajador con capacidad laboral reducida, y que, a su vez, han optado por fórmulas de diversa naturaleza para dar encaje a la actividad que en España se desarrolla en los Centros Ocupacionales.

El primero de los países es Portugal, que encaja la actividad de personas con discapacidad con capacidad de trabajo reducida en estructuras productivas denominadas centros de empleo protegido. Los artículos 45 a 53 del Decreto-Ley núm. 290/2009 (*Decreto-Ley 290/2009: DL 290/2009*) se encargan de definir el régimen jurídico de estas instituciones. Su finalidad principal es proporcionar un puesto de trabajo en el que se desarrollan las habilidades personales, sociales y profesionales necesarias para su integración, en la medida de lo posible, en el mercado ordinario de trabajo. En consecuencia, los requisitos exigidos para acceder a estos centros se concretan en la existencia de una discapacidad que reduzca la capacidad de trabajo de la persona entre un 30 % y un 75 %, en relación con la capacidad de trabajo de un trabajador asimilable. La nota característica de estos centros es que la integración de los usuarios se realizará a través de una relación laboral, que se registrará por los artículos 59 a 71 DL 290/2009, y subsidiariamente, por la normativa laboral, al amparo del artículo 60 DL 290/2009. De esta manera, la norma concibe los centros de empleo protegido

39 Vid. Sentencia Fenoll, , C-316/13, EU:C:2015:200, apartado 40.

40 Vid. Sentencia Union syndicale Solidaires Isère, C-428/09, EU:C:2010:612, apartado 28.

como plataformas para la transición al mercado de empleo ordinario. En este sentido, el DL 290/2009 establece una serie de previsiones protectoras para estos casos⁴¹, e incluso se encarga de regular la retribución de estos trabajadores, que será, al amparo del artículo 68 DL 290/2009, la correspondiente a la de un trabajador con la misma categoría, aplicándose una reducción proporcional asociada a la disminución del rendimiento del trabajador, que en ningún caso podrá suponer que la remuneración alcance una cuantía inferior al Salario Mínimo Estatal. Conviene señalar que el Instituto de Empleo y Formación Profesional (IEFP) será el organismo encargado de ejercer un control sobre una serie de ámbitos previstos en el artículo 48.1 DL 290/2009, entre los que se incluye prestar apoyo médico, social y psicológico al trabajador, fiscalizar el centro de empleo y las ayudas concedidas o controlar el cumplimiento de las normas aplicables en materia de centros de empleo protegidos, entre otros.

En contraposición al régimen portugués, encontramos Países Bajos. La regulación de la actividad ocupacional se halla prevista en la Ley sobre empleo protegido (*Wet sociale werkvoorziening: WSW*), optándose por regular el desarrollo de actividades ocupacionales como actividad no laboral. Concretamente, la WSW contempla la creación de empresas por parte de los municipios neerlandeses destinadas única y exclusivamente al desarrollo de este tipo de actividades. El planteamiento de estas empresas es muy similar al de los Centros Ocupacionales, ya que pretenden fomentar el desarrollo o mantenimiento de la capacidad de trabajo (Art. 4.1 WSW), a fin y efecto de fomentar la integración, en un futuro, en el mercado ordinario de trabajo (artículo 3.1 WSW). De hecho, las coincidencias se extienden también a los requisitos exigidos a los usuarios, a los que se les exige que no ostenten la edad legal de jubilación y que tengan reconocida una discapacidad que no les permita prestar servicios en entornos ordinarios de trabajo (Art. 1.1 WSW). Como puede observarse, la connotación profesionalizadora e integradora en entornos de trabajo muy próximos a los del mercado ordinario está presente, puesto que existirá la obligación de retribuir las tareas que efectuarán los usuarios (Art. 5 WSW). Sin embargo, la norma no establece la incardinación de esta figura como actividad laboral, y en este sentido, la Sentencia Bettray, C-344/87, EU:C:1989:226, sostuvo que las personas que prestan sus servicios en este tipo de empresas no pueden ser consideradas trabajadores, ya que las actividades ejercidas se valoraron como accesorias por su finalidad⁴², y por el entorno en el que se realizan⁴³.

En tercer lugar, Dinamarca también presenta una regulación cercana al modelo español. La Ley núm. 1284/2015 de 17 de noviembre, sobre servicios sociales (*Bekendtgørelse af lov om social service: LSS*) se encarga de regular en los artículos 103 a 106 los denominados centros especiales de empleo de titularidad municipal. Estas instituciones, encajadas en la lógica de servicios sociales, son entornos que ofrecen actividades sociales (Art. 104 LSS) a las que no se les aplica la legislación laboral. No obstante, se contempla el percibo de gratificaciones (Art. 105 LSS), que de acuerdo con una orden del Ministerio de Trabajo, no podrán ser inferiores al 5 por 100 de la retribución más modesta prevista en convenios colectivos del entorno. Los usuarios deberán ser personas menores de 65 años afectadas de una discapacidad que les impide ganarse la vida en el mercado de trabajo, a causa de su baja capacidad laboral. Las posibilidades de integración de

⁴¹ Entre las medidas más significativas, destacan la posibilidad de pactar un periodo de prueba de, como máximo, nueve meses en aquellos supuestos en los que el trabajador no tenga experiencia profesional (Art. 62.1 DL 290/2009), la necesidad del consentimiento del trabajador para incluirlo en el régimen de trabajo a turnos (Art. 64 DL 290/2009), la consideración empresarial de incrementar los tiempos de descanso del trabajador (Art. 65 DL 290/2009) o el establecimiento de causas específicas de extinción de la relación laboral (Art. 66 DL 290/2009).

⁴² Vid. Sentencia Bettray, C-344/87, EU:C:1989:226, apartado 17

⁴³ Vid. Sentencia Bettray, C-344/87, EU:C:1989:226, apartado 19.

estos centros han sido cuestionadas por la doctrina danesa, que pone de manifiesto la existencia de situaciones de permanencia injustificada en este tipo de centros⁴⁴, y la falta de mecanismos de control a los organismos municipales titulares⁴⁵.

Por último, el caso de Francia también guarda ciertas similitudes con el marco jurídico español. Los centros de ayuda mediante el trabajo (*Etablissements d'aide par le travail*), regulados en el artículo 344-2 del Código de acción social y de la familia (*Code de l'action sociale et des familles*) serían la institución equivalente a los Centros Ocupacionales. Las similitudes son patentes si examinamos el perfil de usuarios y las actividades que éstos desarrollan⁴⁶, y en consecuencia, la frontera entre actividad ocupacional y laboral comparte muchas de las zonas grises que se han puesto de manifiesto en la presente comunicación. Ante este escenario jurídico, el TJUE se pronunció recientemente sobre la extensión del concepto de trabajador a personas con discapacidad en los centros de ayuda mediante el trabajo. Sin ánimo de efectuar un comentario extenso de la Sentencia Fenoll, C-316/13, EU:C:2015:200⁴⁷, sí que conviene destacar que el TJUE sostiene el carácter de trabajador del usuario del centro de ayuda mediante el trabajo. Esta tesis se alcanzó tras valorar el marco organizativo en el que se desarrolló la prestación del Sr. Fenoll⁴⁸, la existencia de retribución⁴⁹, y la consideración de las tareas realizadas como reales y efectivas⁵⁰. La solución ofrecida por el TJUE pretende *favorecer o propiciar una cobertura jurídica de situaciones [...] que de otro modo no podrían participar en el proceso productivo*⁵¹, y resalta la necesidad de reformular la caracterización de la actividad ocupacional en los centros ocupacionales.

5.- Conclusiones

44 *Vid.* LIISBERG, M. V., *Disability and employment*, Cambridge, Intersentia, 2011, pág. 313, que pone de manifiesto que, a causa de evaluaciones superficiales y poco frecuentes, puede haber personas empleadas en talleres que en realidad podrían desempeñar su actividad en entornos ordinarios, como es el caso de algunas personas con discapacidad intelectual.

45 *Vid.* LIISBERG, M. V., *Disability and employment*, Cambridge, Intersentia, 2011, pág. 317, donde se afirma la inexistencia de un principio normativo sólido de apoyo a la transición al mercado ordinario de trabajo, que deja en manos de los centros de titularidad municipal determinar decidan si el fin de la transición es o no prioritario. En este sentido, la autora señala que, en la práctica, muy pocos talleres municipales fijan este objetivo como prioritario, lo cual pone de manifiesto graves problemas de eficacia de la norma.

46 El artículo 344-2 del Código de acción social y de la familia establece como usuarios a aquellas personas con discapacidad que no puedan prestar servicios, ya sea de manera temporal o permanente, en entornos de trabajo ordinarios o especiales, así como tampoco de forma autónoma. Respecto a las actividades que se desarrollan en este tipo de centros, el legislador francés las caracteriza como actividades diversas de carácter personal, apoyo médico-social y educativo, con el objetivo de fomentar su desarrollo personal e integración social.

47 En este sentido, véase GARRIDO PÉREZ, E, “La extensión del concepto de trabajador a personas...”, *op. cit.*, págs. 1 a 11 (versión electrónica).

48 *Vid.* Apartado 32 de la Sentencia Fenoll.

49 *Vid.* Apartados 33 y 34 de la Sentencia Fenoll.

50 *Vid.* Apartados 35 a 40 de la Sentencia Fenoll.

51 *Vid.* GARRIDO PÉREZ, E, “La extensión del concepto de trabajador a personas...”, *op. cit.*, pág. 6 (versión electrónica).

PRIMERA.- La regulación de la actividad ocupacional se diseñó como un estadio transitorio previo a la integración del mercado de trabajo, que agrupa a personas con discapacidad con una capacidad laboral reducida que impide su integración en entornos laborales, condicionando su retorno o acceso al mercado de trabajo a que los Equipos Multiprofesionales detecten una mejoría en las posibilidades de acceder a un trabajo productivo. Esta configuración presenta visos limitativos del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, pues dificulta la incorporación al mercado ordinario o protegido de trabajo, reconocido por la propia norma, al limitar la finalidad profesionalizadora a *aquellos casos en los que sea posible*, así como por la inexistencia de controles normativos sobre el tiempo de permanencia en estas instituciones.

Paralelamente, el diseño legal de los Centros Ocupacionales no encaja con el modelo social reivindicado en la Convención. El enfoque de la actividad ocupacional es claramente tributario de la lógica del modelo médico o rehabilitador según el cual se enfatiza la rehabilitación individual de la persona con discapacidad en entornos no normalizados. El marcado carácter excluyente de esta institución, basado en la agrupación de personas con discapacidad en entornos no normalizados, reduce las posibilidades de inserción del colectivo, y choca frontalmente con la Convención, que aboga por una integración real mediante la accesibilidad y el diseño universal. Consecuentemente, sería recomendable incluir la obligación de efectuar experiencias reales de empleo en el mercado ordinario de trabajo, posibilidad ésta que debería conjugarse con el fomento de la realización de ajustes razonables en las empresas receptoras a fin de facilitar efectivamente el acceso al empleo de este colectivo.

SEGUNDA.- La frontera normativa entre actividad ocupacional y laboral vendrá determinada por la valoración de la capacidad de trabajo efectuada por el Equipo Multiprofesional. Sin embargo, este criterio no se adecúa a los nuevos paradigmas de tratamiento previstos en la Convención. El protagonismo conferido a los ajustes razonables ha desplazado la distinción entre la existencia o inexistencia de capacidad laboral del sujeto, obligando a los empresarios a adaptar los puestos de trabajo a fin de que sean accesibles para cualquier persona, y exige la actualización de la configuración de los Centros Ocupacionales. Si a ello le añadimos que el RD 2274/1985 no limita el tiempo máximo de permanencia de los usuarios en los Centros Ocupacionales, y centraliza la decisión de retorno al mercado de trabajo en los Equipos Multiprofesionales, nos encontramos ante un marco jurídico que requiere una actualización normativa.

TERCERA.- La regulación actual de los centros ocupacionales plantea zonas grises en las que es cuestionable que nos hallemos ante una actividad meramente asistencial. Es cierto que el artículo 2.3 RD 2274/1985 ha establecido la imposibilidad de que los Centros Ocupacionales ostenten carácter de centro de trabajo, pero esta excepción es prácticamente inoperante a la luz de la aplicación analógica del principio jurisprudencial de preponderancia de la realidad del contenido de la prestación respecto al *nomen iuris* en conexión con el principio de jerarquía normativa previsto en el artículo 3.2 TRLET. De hecho, la previsión normativa de exclusión de la consideración laboral se opone a la interpretación del concepto de trabajador que ha sostenido la reciente jurisprudencia del TJUE.

Un examen de las notas coincidentes entre la actividad laboral y ocupacional permite sostener la posibilidad de que el concepto de trabajador se extienda a usuarios de Centros Ocupacionales. Si bien la dependencia y la ajenidad no presentan problemas respecto a su concurrencia en ambas actividades, la retribución y la ajenidad han sido los puntos más conflictivos. Sin embargo, la reciente jurisprudencia del TJUE ha matizado la importancia de la retribución, exigiendo un análisis contextualizado del resto de notas y el desarrollo de tareas reales. Y en este punto, la actividad ocupacional permite que el resultado de las tareas de los usuarios puedan ser productos o servicios comercializables, lo que les otorga una utilidad económica que el TJUE ha valorado como circunstancia capital en orden a determinar su laboralidad.

CUARTA.- La existencia de zonas grises entre la actividad terapéutica y laboral ha sido un problema compartido por distintos países a nivel europeo. En este sentido, Portugal ha sido el único país que ha optado por laboralizar la actividad de los Centros Ocupacionales. Así, Países Bajos, Dinamarca y Francia comparten una configuración que, en este último caso, ha dado lugar a la sentencia Fenoll, C-316/13, EU:C:2015:200, que ha considerado la extensión del concepto de trabajador a un usuario de un centro ocupacional francés. Las consecuencias de ello se traducen en una importancia capital de los pronunciamientos del TJUE, y pone de manifiesto la conveniencia de aprobar una Directiva que regule la actividad desarrollada en este tipo de centros y armonice la protección de las personas con discapacidad que se hallan integradas en estas instituciones.

Y a nivel nacional, la naturaleza de la actividad ocupacional y sus notas características dejan patente la necesidad de crear una relación laboral especial para aquellas personas con una capacidad laboral destacada que confiera un marco de protección ajustado a las necesidades de los usuarios de los Centros Ocupacionales, de forma similar a como sucedió con los centros especiales de empleo⁵².

52 Para un estudio en profundidad sobre el origen y el régimen jurídico de los Centros Especiales de Empleo, véase ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ AMORÓS, F. (Dirs.), *“La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo”*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.