

10 Estudios de Relaciones Laborales

Jorge Pérez Pérez

La discapacidad
y el empleo en las
administraciones
públicas

10 Estudios de Relaciones Laborales

Jorge Pérez Pérez

La discapacidad
y el empleo en las
administraciones
públicas

© Diputación de Barcelona

Febrero 2017

Diseño gráfico: Jordi Palli

Maquetación: t&s® – Traducciones y Tratamiento de la Documentación, S. L.

Producción: Gabinete de Prensa y Comunicación de la Diputación de Barcelona

Impresión: AGPOGRAF

Índice

Abreviaturas	7
Introducción	9
1. La discapacidad y la igualdad de oportunidades	13
1.1. La terminología.....	13
1.2. El concepto de discapacidad.....	18
1.3. El reconocimiento del grado de discapacidad.....	26
1.4. La igualdad de oportunidades y la lucha contra la discriminación.....	30
2. La Administración pública y el empleo de las personas con discapacidad	35
2.1. Empleo público y discapacidad: principios básicos y tipos de empleados públicos.....	35
2.2. El acceso al empleo público: cuotas de reserva.....	43
2.2.1. Los sistemas de cuota de reserva de empleo.....	43
2.2.2. Los sistemas de cuota y los principios constitucionales relacionados con el empleo público: delimitación de la reserva.....	46
2.2.3. Empleadores afectados por el cupo de reserva.....	49
2.2.4. El cupo de reserva en la normativa de desarrollo del EBEP.....	53
2.3. Procedimiento para la aplicación del cupo de reserva y otras medidas de acción positiva.....	58
3. La gestión y el fomento del empleo de las personas con discapacidad y la cuota de reserva del TRLGDPD	63
3.1. El papel de la Administración pública en la gestión y el fomento del empleo de las personas con discapacidad.....	63
3.2. La acción positiva como garantía de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo: la cuota de reserva del TRLGDPD.....	67

3.2.1. Reserva de empleo en el sector público: cupo de reserva del 7 % y cuota de reserva del 2 %.....	69
3.2.2. Configuración de la cuota de reserva del 2 %	73
3.2.3. La excepcionalidad y las medidas alternativas.....	81
3.3. La aplicación del derecho administrativo sancionador sobre la obligación de reserva de empleo para personas con discapacidad.....	87
3.3.1. Las infracciones relacionadas con la cuota de reserva.....	87
3.3.2. Sanciones derivadas del incumplimiento de la obligación de reserva.....	90
Reflexiones finales.....	95
Bibliografía de interés.....	99
El autor.....	103

Abreviaturas

BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
DO	Diario Oficial
EBEP	Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre
IPREM	Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples
LD	Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia
LIONDAU	Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad
LISMI	Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos
OMS	Organización Mundial de la Salud
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLCPE	Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril
TRLET	Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre

TRLGDPD	Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre
TRLGSS	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre
TRLISOS	Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto

Introducción

Sin lugar a dudas, la discapacidad es una circunstancia muy presente en nuestra sociedad, a la vez que una frecuente causa de discriminación. El legislador constitucional, al consagrar el principio de igualdad, en sus vertientes material y formal, obliga a los poderes públicos a realizar políticas inclusivas de las personas con discapacidad en los distintos entornos de la vida social, entre los que sin duda están el del empleo y el del trabajo. Es en estos ámbitos en los que, en ocasiones, la discriminación de las personas con discapacidad se presenta de una manera más evidente, ya que nuestro mercado de trabajo se muestra reacio, cuando no hostil, a la hora de incorporar a estas personas o de valorar sus capacidades en términos de progreso y promoción profesional.

En este complejo contexto, la Administración pública juega un papel muy relevante, tanto en su papel de empleador como en el de garante último del cumplimiento de las obligaciones empresariales en esta materia. La Administración asumirá un papel protagonista en las relaciones de trabajo de las personas con discapacidad al constituir el empleo público una parte muy importante de nuestro mercado global de trabajo. Por otra parte, los principios que deben inspirar la actuación de las administraciones públicas, con la finalidad última de satisfacer los intereses generales, obligan a estas a realizar un especial esfuerzo a la hora de incluir a las personas con discapacidad en entornos normalizados de trabajo, así como a favorecer su progreso en estos entornos y su promoción profesional, considerando las especiales características de cada una de estas personas.

Sobre este planteamiento, se afrontará en primer término el estudio de la terminología relacionada con la discapacidad, tan difusa como cambiante. Al legislador le cuesta encontrar un término para referirse a esta circunstancia, y ha venido progresando desde expresiones claramente desafortunadas, que ponían especial énfasis en remarcar la diferencia y el defecto, hasta otras más compasivas con la realidad, que pretenden poner en valor las capacidades de todos y las diferencias entre unos y otros, sin más relevancia que la de diseñar para todos y adaptar, cuando sea preciso, el trabajo a las personas, y no al revés. No es fácil encontrar el tér-

mino que concite el acuerdo general, pero es cierto que la evolución terminológica es prometedora, así como la uniformización de los usos lingüísticos hacia expresiones no agresivas y definidoras de las diferencias, y no de las carencias. Por otra parte, hay que considerar que la discapacidad, en términos generales, nos afecta a todos en mayor o menor medida, por lo que crear expresiones que parcelen a los individuos en grupos artificiosos no favorece en nada la comprensión ni la valoración del verdadero alcance de esta cuestión.

Una vez analizada la terminología, es necesario referirse al propio concepto de discapacidad, atendiendo a la evolución histórica que se ha producido en esta materia. Sin duda, el planteamiento inicial de la discapacidad incide en aspectos puramente médicos y rehabilitadores, sin apreciaciones complementarias que permitan acercar la realidad social al propio concepto de discapacidad. A diferencia de otras circunstancias que generan discriminación y que son inmediatamente apreciables, la discapacidad requiere una conceptualización precisa y de mecanismos específicos que permitan su determinación y valoración. Por lo tanto, no solamente necesitamos un concepto estable de discapacidad, sino que además este concepto debe considerar, junto con los factores puramente médicos y de manera muy especial, los denominados *factores sociales*. Además, la valoración de todos estos factores debe responder a parámetros objetivos, que nos permitan determinar cuándo la discapacidad tiene relevancia jurídica desde el punto de vista de la necesidad de adaptación o de la aplicación de medidas correctoras de la discriminación, y que favorezcan positivamente la igualdad de oportunidades de todas las personas en el acceso al empleo y en el desarrollo de sus relaciones laborales. La situación actual es, como veremos, compleja en este punto, puesto que nuestro derecho se halla todavía muy lastrado por un concepto de discapacidad de carácter médico, y la aparición de aspectos sociales surge de manera progresiva, pero también lenta. Los mecanismos de determinación y valoración de la discapacidad, consecuentemente, se verán condicionados por esa visión del concepto de discapacidad y atenderán prioritariamente a la existencia de circunstancias objetivas médicamente determinables.

En el segundo capítulo se examinarán las especiales características del empleo público y cómo estas afectan a la inclusión de personas con discapacidad en este tipo de empleo. Sin duda alguna, la peculiar configuración del trabajo en las administraciones públicas, vinculado a los principios constitucionales de mérito, capacidad e igualdad, condicionará notablemente la configuración del acceso de las personas con discapacidad al empleo público. Sin embargo, no puede hacerlo hasta el punto de negar esta posibilidad, puesto que ello atentaría contra el principio de igualdad de oportunidades, por lo que es imprescindible la aplicación de medidas de acción positiva. De entre estas medidas, además de las relacionadas con las adaptaciones de tiempos y medios, destacan muy especialmente los sistemas de cuotas o cupos de reserva de empleo público, que pretenden favorecer

la incorporación a este ámbito de personas con discapacidad mediante la constitución de turnos de acceso específicos para ellas, salvaguardando en todo caso la vinculación a los mencionados principios constitucionales. En la práctica, no obstante, no será fácil determinar los supuestos en los que el cupo de reserva debe ser aplicado, ya que convive con otra obligación, más amplia y estricta, cual es la de reserva directa de empleo para empresas, públicas y privadas, con cincuenta o más trabajadores en plantilla. Configurar una y otra obligación, y determinar los casos en que son exigibles, será una tarea compleja si consideramos las peculiares características de nuestras administraciones públicas.

En cualquier caso, y tras analizar el contenido y la delimitación de la obligación de reserva en las convocatorias de empleo público, en el último de los capítulos se examinará la obligación de reserva directa de empleo. Esta obligación, que supone que el 2 % de los puestos de trabajo en empresas, públicas o privadas, de cincuenta o más trabajadores, debe estar ocupado por personas con discapacidad, representa sin duda la medida de acción positiva más decidida que el legislador ha incorporado a nuestra normativa. No obstante, y ante las evidentes dificultades que presenta en la práctica, se ha arbitrado un mecanismo alternativo de cumplimiento de esta obligación en situaciones de excepcionalidad, que permite a las empresas obligadas, previa acreditación de tales situaciones, la aplicación de medidas alternativas y sustitutivas de la obligación de contratación directa. Tras analizar el contenido de estas obligaciones, tanto directas como indirectas, de contratación de personas con discapacidad, se efectuará una breve pero concreta referencia a los aspectos relacionados con el derecho sancionador. No obstante, esta es una cuestión compleja y discutida, puesto que los efectos disuasorios que sin duda debe perseguir toda norma sancionadora no acaban de ser visibles en la práctica, si consideramos que el grado de cumplimiento de la cuota de reserva directa de empleo no es todavía satisfactorio.

1. La discapacidad y la igualdad de oportunidades

1.1. La terminología

Aunque de manera breve, conviene realizar algunas consideraciones iniciales sobre la cuestión de la terminología, puesto que en este ámbito ha venido siendo cambiante y, en muchas ocasiones, imprecisa e incluso ofensiva para muchas personas. El hecho de que para referirnos a una situación personal y socialmente relevante, condicionante en ocasiones del eficaz disfrute de derechos y libertades que gozan del máximo reconocimiento constitucional, nos hayamos servido de un buen número de términos diferentes, no hace sino poner de manifiesto la dificultad que ha supuesto el reconocimiento de esa realidad, a la vez que explica el sentido en el que las distintas políticas sociales se han movido para tratarla.

En España, desde que el Real Decreto de 22 de enero de 1910 creara el Patronato Nacional de Sordomudos, Ciegos y Anormales hasta la creación, en el artículo 57 de la Ley 14/2010, de 29 de diciembre, del Real Patronato sobre Discapacidad, se han venido sucediendo normas, denominaciones y terminologías diversas para referirse a la discapacidad.¹ Desde entonces, y hasta nuestros días, es apreciable el esfuerzo del legislador por buscar términos que dulcifiquen la realidad que representan, hasta el punto de que en ocasiones tal realidad pudiera parecer distinta de aquella que se pretende regular. Este tipo de comportamiento es muy común en nuestros tiempos y en distintos ámbitos, siendo frecuente la utilización del eufemismo o de la perífrasis en detrimento de la claridad y la precisión técnica que estas situaciones requieren.² El recurso del legislador al diccionario de la

1. Entre otros, el Decreto de 3 de abril de 1934, en el que aparece el Patronato Nacional de Cultura de los Deficientes; el Decreto de 6 de marzo de 1953, que regula el Patronato de Educación para la Infancia Anormal, o el Real Decreto 1475/1986, de 11 de julio, que crea el Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía.

2. Especialmente apreciable es este comportamiento legislativo en la Ley Orgánica 1/2004, de 29 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que en realidad hace referencia a la violencia machista sin que dicho término aparezca ni una sola vez en todo el texto de la norma.

Real Academia Española debería ser más constante, y las tentaciones de dispersión terminológica, menos frecuentes.

En todo caso, un vistazo a la evolución histórica de la terminología relacionada con la discapacidad pone de manifiesto esa conducta vacilante. En la normativa española preconstitucional aparece como término recurrente, en relación con la discapacidad, el de *subnormalidad*, con la consecuente atribución a quienes se engloban en este colectivo del apelativo *subnormales*. Podríamos decir que en estos primeros momentos de normativa específica en materia de discapacidad, las cuestiones estéticas no preocupan en exceso al legislador, seguramente porque la percepción social de la discapacidad era tan notoriamente negativa que cualquier referencia se daba por válida. Por otra parte, el arraigo de determinadas tendencias expresivas es tal que, en ocasiones, los propios afectados asumen, en el contexto de una regulación que se presenta como protectora y, en su momento, progresista, denominaciones poco compasivas con la dignidad de la persona y con la consideración y el reconocimiento social debidos a todos los ciudadanos de un Estado social. Así, es común en la España preconstitucional encontrar numerosas asociaciones que incluyen en su denominación el concepto *pro subnormal*. Es el caso, por citar un ejemplo significativo, de la propia Federación Española de Asociaciones Pro Subnormales (FEAPS), hoy denominada Federación de Organizaciones en favor de Personas con Discapacidad Intelectual.

Como veremos en el siguiente apartado, el modelo conceptual de la discapacidad incide directamente en la terminología, y el modelo dominante en nuestra normativa preconstitucional es de base eminentemente médica y rehabilitadora, por lo que el énfasis del esfuerzo adaptativo está puesto en la persona, y no en la sociedad. Dicho de otro modo, la sociedad no tiene la «culpa» de que haya personas que no encajan en ella de manera fluida y, consecuentemente, no tiene obligaciones en relación con estas personas salvo si ellas muestran un apreciable esfuerzo por lograr dicho encaje. Este modelo vincula discapacidad y enfermedad, hasta el punto de que las referencias a quienes padecen aquella frecuentemente asumirán conceptos propios del tratamiento de enfermos y accidentados,³ con notables influencias de la normativa militar. En algunos casos, estas situaciones han llegado a constituirse en elemento social destacado y a tener normativa militar específica, como ocurrió con el Cuerpo de Inválidos, creado bajo el reinado de Isabel II y que no desaparecerá de modo definitivo hasta el año 1991.

Pero la terminología se verá afectada por la irrupción de un nuevo modelo social en la concepción de las situaciones determinantes de la discapacidad y en el tratamiento que la sociedad debe procurar para ellas. Nace así una búsqueda an-

3. A esta categoría pertenecen los términos *inválido*, *inútil* o *impedido*, muchos de ellos presentes en la jerga militar relacionada con las consecuencias traumáticas de las acciones de guerra. También es frecuente el uso de los términos *deficiente* o *incapaz*, cuya relación con la consideración médica de la discapacidad es evidente.

siosa de la preciada expresión universal que permita presentar una situación objetiva de desventaja personal y social que es padecida por un gran número de ciudadanos, sin herir a los afectados, y a la propia sociedad, con la contundencia de los términos al uso. En esta línea se enmarca el artículo 49 de nuestra Constitución, que se decide, con escasa fortuna, por el término *disminuidos*. Lo cierto es que la discapacidad no puede, en modo alguno, presentarse como una circunstancia degradante con carácter general, y en ningún caso puede asociarse a una disminución personal, ya que de lo contrario se estaría prejuzgando la consecuencia de una peculiaridad, vinculándola en todo caso a una disminución genérica o, cuando menos, imprecisa. Por esta razón el término elegido por el legislador constitucional, sorprendentemente teniendo en cuenta el privilegiado lugar legislativo que ocupa esta norma, será obviado y sustituido casi de manera inmediata por el legislador ordinario. Así, cuando las Cortes Generales afrontan el desarrollo mediante normativa ordinaria del contenido del artículo 49 de la CE, en ningún momento se plantea el mantenimiento del término *disminuidos*, aunque a la vista del resultado de la opción elegida por el legislador ordinario, bien poco hubiera importado. La Ley 13/1982, de 7 de abril, que será el fruto de ese proceso de producción normativa, llevará por título «Ley de Integración Social de los *Minusválidos*». No obstante, el legislador ordinario se esmera en no desairar al constitucional, adoptando el término elegido por este dentro del texto de la LISMI en múltiples ocasiones, si bien la decisión de no utilizarlo en el título de la propia ley resulta ilustrativa de las reticencias que el legislador de 1982 presenta ante el vocablo. La propia LISMI se hallaba jalonada por la dualidad terminológica, ya que las expresiones *disminuido*, *disminuidos* o *disminución* aparecían en gran parte de su articulado (artículos 1, 2, 7, 10, 19, 50, 57, 64, 65 y disposiciones adicionales primera y sexta), si bien la norma apostaba por la expresión que le daba título y que se repetía de manera abundante a lo largo de todo el texto.

La LISMI, por lo tanto, no acaba con el problema, ni tampoco consigue encontrar el término adecuado. A pesar de ello, y en desarrollo de esta norma, el Real Decreto 348/1986, de 10 de febrero, sustituirá los términos *subnormalidad* y *subnormal* contenidos en las disposiciones reglamentarias vigentes hasta ese momento por los conceptos *minusvalía* y *persona con minusvalía*, añadiendo que cuando así procediera debería especificarse la naturaleza física, psíquica o sensorial de tal minusvalía. Podemos afirmar que la LISMI y su normativa de desarrollo uniforman por primera vez en el panorama legislativo español la terminología relacionada con la discapacidad, si bien de modo ciertamente desafortunado. Y podemos concluir, además, que tal falta de fortuna es especialmente apreciable en relación con el empleo público, puesto que los principios constitucionales de mérito y capacidad, recogidos en el artículo 103 de la Carta Magna, y a los que nos referiremos con profusión más adelante, parecen contradecir la posibilidad de que una persona de poca valía pueda acceder al empleo público. Dicho de otro modo, una persona *mi-*

nusválida no podría tener opción alguna de acceso al empleo público, puesto que la finalidad de los procesos de selección es, precisamente, dar con aquellos candidatos más válidos y capaces. Parece, pues, que el término en modo alguno se refiere con acierto a la situación regulada en este ámbito, y ello a pesar de que, sorprendentemente, gozó de una gran estabilidad durante muchos años.

La celebración en 2003 del Año Europeo de las Personas con Discapacidad permitió incorporar en nuestro ordenamiento jurídico cambios relevantes en esta materia, que se producirán muy especialmente con la publicación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. No obstante, ya se habían apreciado movimientos en el ámbito terminológico, y las referencias a la discapacidad ya eran, en aquellos momentos, de uso común en muchos ámbitos institucionales y normativos,⁴ por lo que la LIONDAU vino a constituir el definitivo espaldarazo a la sustitución y la evolución terminológicas. La nueva ley, a pesar de que en su exposición de motivos no hacía referencia alguna a las razones por las cuales se decidió incorporar de manera generalizada la nueva terminología, llega a generalizar las expresiones *discapacidad* y *persona con discapacidad* en nuestra normativa. Para culminar esta tarea, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en su disposición adicional octava, que lleva por título «Terminología», viene a establecer que las referencias que en los textos normativos se efectúan a *minusválidos* y a *personas con minusvalía*, se entenderán realizadas, desde la entrada en vigor de la propia LD, a *discapacidad* y a *personas con discapacidad*. Añade la LD que, a partir de su entrada en vigor, las disposiciones normativas elaboradas por las administraciones públicas utilizarán las expresiones *persona con discapacidad* o *personas con discapacidad* para denominarlas.

El Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, en su disposición adicional segunda, realiza lo que la propia disposición califica como una «actualización terminológica y conceptual», y da un paso más allá al introducir una nueva terminología para las referencias que en la redacción original del real decreto se hacían a los conceptos *discapacidad* y *grado de discapacidad*, que quedan sustituidos por *limitaciones en la actividad* y *grado de las limitaciones en la actividad*, respectivamente. En relación con el empleo público, resulta especialmente relevante este giro terminológico que lleva a cabo el Real Decreto 1971/1999, puesto que lo verdaderamente importante en los procesos de selección de empleados públicos es que estos acrediten capacidad funcional para el desarrollo de las tareas propias de los puestos convocados. Por lo tanto, una referencia genérica a la dis-

4. Con anterioridad a la LIONDAU, por ejemplo, el Real Decreto 946/2001, de 3 de agosto, ya había aprobado el Estatuto del Real Patronato sobre Discapacidad.

capacidad resulta también incongruente con los principios por los que se rige el empleo público.

En el ámbito del empleo público, como ya se ha dicho, hay que partir de la capacidad de una persona para asumir las funciones y tareas propias del puesto de trabajo que se ha de desempeñar, de manera que tampoco el nuevo término resuelve los problemas suscitados por sus antecesores. No es admisible, desde este punto de vista, la apertura de especiales condiciones de falta de capacidad funcional para determinadas personas en relación con el acceso al empleo público, puesto que la exigencia constitucional de capacidad vincula el resultado de los procesos selectivos a la acreditación de tal circunstancia. En realidad, el problema de la terminología sigue siendo el tributo que se rinde a un modelo excesivamente «funcionalista» a la hora de apreciar y acreditar las circunstancias que generan la presencia de barreras para una persona. La terminología debería fijarse más en esa peculiar posición de una persona frente a esas barreras, y en las consecuencias que para ella tiene en términos de accesibilidad y normal desarrollo de sus aptitudes, que en el origen de tales circunstancias. Dicho de otro modo, lo relevante no es la menor capacidad de una persona, con carácter general y respecto de un estándar de capacidad —por otra parte, nada fácil de determinar—, sino, muy especialmente, la situación de esa persona en relación con otras a la hora de tener las mismas oportunidades en el acceso al empleo, público en este caso, o al desarrollo con normalidad de su actividad profesional.

Hablar, por lo tanto, de personas con discapacidad, es limitar de modo evidente el enfoque de la cuestión, volviendo a depositar en el individuo el germen del problema. Las personas que necesitan de adaptaciones o atenciones específicas para superar una situación de discriminación o para desarrollar su vida en igualdad de condiciones merecen gozar de las mismas oportunidades que aquellos que no precisan tales atenciones. No habría que hablar, por lo tanto, de personas con discapacidad,⁵ sino de sociedades capaces de llevar a cabo los esfuerzos necesarios para erradicar la discriminación y permitir, mediante la acción positiva, la igualdad de oportunidades para todos los individuos. Esta propuesta de cambio terminológico no pretende sino remarcar de manera más contundente el nuevo modelo social de regulación de la discapacidad, entendida esta como un problema esencialmente social y no tanto individual.

Más allá del debate terminológico, que por su aridez pudiera presentarse como escasamente trascendente, la reflexión permite plantear un nuevo enfoque de los deberes que la sociedad tiene con este colectivo, en el sentido de que las acciones positivas que se lleven a cabo deben tener como objetivo eliminar las discapacidades que la sociedad presenta para lograr el objetivo de la igualdad material y la

5. No obstante, a lo largo de la presente obra se utilizará esta expresión, considerando que es la utilizada, como se ha podido apreciar, de manera generalizada en la práctica totalidad de la normativa interna e internacional vigente.

ausencia de discriminación. De este modo, la normativa debe identificar aquellos supuestos en los que una persona tiene derecho a ser sujeto de acciones positivas que garanticen que se halla en situación de igualdad de oportunidades respecto de otras personas en relación con el ejercicio de un derecho en concreto. La referencia a esas personas debe destacar, por lo tanto, el derecho a la acción positiva, si bien este derecho puede tener su origen en distintas circunstancias que provocan una situación de desigualdad inicial o que pudieran originar discriminación. Una de ellas es, sin duda, la presencia de discapacidad; pero la justificación de la acción debe centrarse en el derecho subjetivo a la corrección de la desigualdad, y no en la circunstancia que la genera, para reflejar de este modo los postulados del modelo social de discapacidad y huir de los planteamientos estrictamente asistencialistas del modelo médico.

Nuevamente hay que hacer una referencia específica al ámbito del empleo público, y diferenciar el proceso selectivo de las funciones propias de los puestos convocados. Nos referimos a que, en ocasiones, las dificultades o barreras están en ambos ámbitos y, consecuentemente, requieren esfuerzos adaptativos en todos ellos, mientras que en otras se presentan únicamente en uno de ellos. Así, si una persona presenta características que disminuyen su igualdad de oportunidades en relación con los restantes candidatos en una prueba selectiva, debe corregirse tal desigualdad en la ejecución de la prueba, pudiendo ocurrir que tales barreras no aparezcan en el desarrollo profesional del puesto de trabajo. Puede ocurrir, lógicamente, también lo contrario. Si nos ceñimos a la terminología actual, podríamos llegar a concluir, de modo absurdo, que una persona tiene discapacidad para llevar a cabo una prueba selectiva pero no la tiene para desarrollar el puesto de trabajo asignado una vez superada aquella. Esto ocurre porque, en realidad, el término no es adecuado, al atribuir una condición genérica a una persona en lugar de focalizar todo el interés en las necesidades de corrección de las dificultades, de superación de las barreras y, en definitiva, de garantizar la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato de todas las personas.

1.2. El concepto de discapacidad

Sin duda, la discapacidad es una circunstancia presente en una parte apreciable de la población mundial, a la vez que se muestra como causa de discriminación para las personas que la presentan a la hora de participar en la sociedad a la que pertenecen. La persistencia de esta situación, particularmente en el ámbito del empleo y en el del trabajo, hace que resulte necesario plantear el papel que el Estado y, por derivación, las administraciones públicas deben jugar a la hora de regular los derechos de estas personas e impedir, en la medida de lo posible, que la discapacidad sea, por sí sola o en concurrencia con otras circunstancias que

generan discriminación, una constante en la presencia de desigualdades en los ámbitos señalados.

En la reciente Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de julio de 2016, sobre la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con especial atención a las Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas —2015/2258(INI)— se señala que en la Unión Europea hay unos ochenta millones de personas con discapacidad. Además, la prevalencia de la discapacidad es mayor en las mujeres, ya que de esa cifra resulta que ellas son 46 millones, lo que equivale al 16 % del total de mujeres que son ciudadanas de la Unión. Esta discriminación múltiple obliga a las mujeres a enfrentarse a importantes obstáculos a la hora de ejercer sus derechos y libertades fundamentales, como el derecho de acceso a la educación y al empleo, lo que puede conducir al aislamiento social y causar traumas psicológicos. En definitiva, hay que considerar un deber inexcusable de todo Estado social la lucha contra la discriminación y la creación de condiciones de igualdad en el acceso de todas las personas al empleo y en el desarrollo de sus relaciones de trabajo, ya sea en el ámbito de la empresa privada o en el del empleo público.

Sin embargo, antes de afrontar el análisis de la situación actual de la discapacidad en relación con el empleo, de las medidas adoptadas y de la eventual valoración de los resultados obtenidos, es necesario delimitar el propio concepto de discapacidad, ya que, a diferencia de otras circunstancias discriminadoras, no deriva inmediatamente de una condición objetiva, sino que requiere una previa configuración conceptual que permita determinar de la manera más objetiva y razonable posible, cuándo una persona debe ser considerada afectada por una discapacidad relevante desde el punto de vista de la atención que el derecho debe dar en términos de especial protección y lucha contra la discriminación.

Como hemos visto, la discapacidad ha estado vinculada históricamente a elementos propios de la ciencia médica. De este modo, ha existido, y aún persiste en nuestros días, una clara identificación entre la patología y la discapacidad, de modo que el alcance de esta se ha venido considerando en función de la determinación objetiva de lesiones o alteraciones de la salud que puedan provocar una disminución de la capacidad de una persona en términos generales, es decir, a partir de un estándar de salud ideal. Frente a esta concepción «médica» de la discapacidad, han ido apareciendo otras de carácter más social, en las que el foco no se pone tanto en las patologías que pueda presentar una persona sino más bien en las limitaciones que esta tiene para desarrollar una vida social normalizada, ya sea por circunstancias relacionadas con la salud o con otros aspectos que, sin evidenciar patologías o pérdidas anatómicas o funcionales, resultan determinantes a la hora de sufrir discriminaciones en aspectos básicos de la vida social, como el empleo.

En el derecho español la evolución desde un modelo hasta otro es apreciable, si bien nuestra normativa sigue basando el concepto de discapacidad en aspectos muy relacionados con el viejo modelo médico. Sin duda, el legislador se muestra cada vez más sensible a la evolución conceptual que la discapacidad ha presentado en otros países y en otros entornos normativos, muy especialmente en normas de derecho internacional y en el propio derecho de la Unión Europea, pero sin atreverse a dar el paso que han dado otros países de manera muy decidida hacia un concepto eminentemente social de la discapacidad, como es el caso de Estados Unidos. En este sentido, resulta especialmente relevante la actuación de la OMS, que publicó en 1980 la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM), y que establece tres conceptos básicos a la hora de determinar la presencia de una discapacidad relevante desde el punto de vista jurídico: *impairment* ('deterioro'), *disability* ('discapacidad') y *handicap* ('hándicap'). Tales términos se refieren a un concepto secuencial de discapacidad, que partiría de la alteración funcional que provoca una alteración orgánica (*impairment*), lo que conlleva una restricción o falta de capacidad para llevar a cabo determinadas actividades (*disability*), que genera una barrera que dificulta o imposibilita el normal desarrollo de un individuo en la vida social (*handicap*). Es, sin duda, este último aspecto el realmente relevante a la hora de determinar los casos en los que el derecho debe actuar garantizando la igualdad de oportunidades. Posteriormente, la propia OMS publicaría en 2001 la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF), que es una clasificación de componentes de la salud que pretende determinar la relación de causalidad entre la enfermedad y sus consecuencias. Este enfoque «biopsicosocial» será un importante paso hacia la adopción de un modelo social de discapacidad.

Esta evolución del concepto de discapacidad desde la simple determinación de las deficiencias que presenta una persona como consecuencia de enfermedades o accidentes hasta la concepción de la discapacidad como el conjunto de circunstancias, de distinta índole, que provocan situaciones de discriminación, también se aprecia, como hemos señalado, en la normativa de las Naciones Unidas y en el derecho de la Unión Europea. En el primer caso, destacan inicialmente la Declaración de los Derechos del Retraso Mental (1971) y la Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975), resultando sin duda la Resolución 61/106, de 13 de diciembre de 2006, que aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la norma más relevante en esta materia. En esta Convención, en vigor desde el día 3 de mayo de 2008, se define a las personas con discapacidad como «aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás». Además de las Naciones Unidas, otras organizaciones internacionales han profundizado en la lucha contra la discriminación por discapa-

cidad; así, en el marco del Consejo de Europa, la Carta Social Europea propone la promoción del acceso al empleo de las personas con discapacidad, mientras que en la Organización Internacional del Trabajo la evolución terminológica y conceptual hacia un modelo social de discapacidad y el fomento de la igualdad de oportunidades y de la igualdad de trato son también apreciables.

Para finalizar este breve recorrido por la regulación de la discapacidad en distintos órdenes supraestatales, el derecho de la Unión Europea ha presentado también una clara evolución desde el modelo médico hacia el modelo social de discapacidad. Así, en la Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974, relativa a un programa de acción social para la realización del pleno empleo y el mejor empleo en la Comunidad, se hacía énfasis en la necesidad de la reintegración social de los «minusválidos» y de su reorientación profesional; idéntica línea seguirá, entre otras, la Resolución del Consejo de 27 de junio de 1974, hasta que la irrupción del modelo social comenzará a ser visible a partir de la Resolución de 21 de diciembre de 1981, que pone el énfasis en la necesidad de que las personas con discapacidad tengan una vida lo más independiente posible, apareciendo por primera vez referencias a la conveniencia de que los sistemas formativos y educativos se orienten en ese sentido. A partir de este momento, la presencia de un modelo social de discapacidad es cada vez más apreciable en el derecho de la Unión Europea, sostenido y refrendado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tanto en el ámbito privado como en el público. En este último es especialmente relevante la Sentencia de 18 de diciembre de 2014 (TJUE 2014, 367), que resolvió el asunto C354/13 planteado por un trabajador público que fue despedido como consecuencia de su obesidad; en este caso, el TJUE entendió que el concepto de discapacidad también comprende la dificultad para el ejercicio de una actividad profesional, aun cuando el origen no sea patológico.

Podemos concluir, por lo tanto, antes de analizar el concepto de discapacidad en el derecho español, que en los ámbitos supranacionales es claramente apreciable una evolución desde un modelo médico de discapacidad, según el cual tal circunstancia se determina objetivamente a partir de la constatación de lesiones o deficiencias orgánicas y que plantea una respuesta eminentemente rehabilitadora como mecanismo de integración, hacia un modelo social, en el que lo relevante es la existencia de barreras que limitan la actividad social de una persona. Estas barreras son consecuencia de circunstancias relativas a esa persona que limitan su capacidad, ya sea por cuestiones médicas o por otras que, en definitiva, sitúan al individuo en una situación de desventaja en relación con otros que no presentan tales limitaciones. Es, por lo tanto, la igualdad de oportunidades el eje sobre el que debe rotar el derecho antidiscriminatorio en relación con la discapacidad, y no la mera rehabilitación o la reinserción de las personas que presentan patologías que limitan su capacidad. Dicho de otro modo, es el entorno social el obligado a adaptarse a las peculiares circunstancias de todas las personas que conforman la so-

ciudad, y no estas las que deben esforzarse por encajar en estándares de actuación y desarrollo previamente establecidos sobre un modelo ideal de individuo o, siquiera, sobre un modelo «normal» de persona entendido en términos de generalidad.

Por lo que hace referencia a la normativa española, en la actualidad recoge el concepto de discapacidad, como no podría ser de otro modo, en el vigente Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, cuyo artículo 2.a) determina que la discapacidad es «una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Se advierte que el modelo social de discapacidad tiene una evidente acogida en este precepto, superando la presencia dominante del modelo médico en las dos grandes leyes que refunde este TRLGDPD, de 29 de noviembre: la LISMI y la LIONDAU. Así, mientras que la LISMI atribuía la condición de «minusválido» a toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallaran disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales, la LIONDAU decía, en su artículo 1.2, que son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. Es evidente el tránsito, entre una y otra norma, hacia un concepto social de discapacidad, que se verá refrendado en el nuevo TRLGDPD.

La nueva definición de discapacidad que contiene el TRLGDPD presenta un matiz relevante respecto de su predecesora LIONDAU, puesto que mientras que en esta se hacía referencia a las diversas barreras que «puedan impedir» la participación de las personas que presentan las deficiencias en la vida social en condiciones de igualdad, en el nuevo texto refundido se exige que debe tratarse de barreras que «limiten o impidan». Es difícil precisar el alcance de esta modificación, pero lo cierto es que la nueva norma refiere unas situaciones de resultado, descartando las de mera posibilidad, a la hora de determinar la existencia de una discapacidad, lo que en la práctica podría exigir una prueba veraz de la limitación o el impedimento que las barreras provocan en quien pretende el reconocimiento de una discapacidad. No obstante, no parece lógica la restricción, puesto que la posibilidad razonable de que una barrera limite o impida la participación en condiciones de igualdad de una persona en la vida social debiera ser suficiente para que el derecho prestara la necesaria atención correctora de las discriminaciones que se generarían a partir de esa posibilidad.

Pero más allá de la definición contenida en el artículo 2 del TRLGDPD, la norma afronta la difícil cuestión de determinar su campo de aplicación en el artícu-

lo 4.1, que reproduce de manera prácticamente literal el concepto recogido en el artículo 1.2 de la LIONDAU, estableciendo que son personas con discapacidad aquellas que «presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás». El único cambio apreciable entre la LIONDAU y el TRLGDPD en este aspecto es el de la expresión «a largo plazo» por la más genérica «previsiblemente permanentes». La discordancia entre la definición de discapacidad del artículo 1 del TRLGDPD y la delimitación del campo de aplicación que se contiene en su artículo 4.1 requiere una interpretación integradora y sistemática de la norma que permita superar la ausencia en este último precepto de las limitaciones en la participación de las personas con discapacidad en la sociedad en igualdad de condiciones. Lo mismo ocurre con la omisión de la exigencia de que el impedimento de tal participación deba ser real, admitiendo simplemente que resulte posible. En la práctica, a la hora de determinar si una persona presenta discapacidad y, consecuentemente, si es sujeto de los derechos recogidos en el TRLGDPD, se presentan problemas derivados de la aparente desconexión entre el artículo 1 al definir la discapacidad y el 4.1 al establecer el ámbito de aplicación de la norma. Podríamos decir, simplificando la cuestión, que mientras en el concepto de discapacidad del artículo 1 aparecen de manera muy evidente las influencias del modelo social, no se puede decir lo mismo del artículo 4.1. Esto podría provocar que, paradójicamente, una persona presentara una discapacidad en los términos de la definición del artículo 1, pero no entrara en el ámbito de aplicación del TRLGDPD por no corresponderse esa discapacidad con lo establecido en su artículo 4.1.

Pero la cuestión se complica todavía más al llegar al segundo apartado de este artículo 4, que es el que contiene el concepto de discapacidad que en la práctica resultará aplicable en la inmensa mayoría de los casos. Dice este artículo 4.2 que, además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad «aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 %», añadiendo que se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 % los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez —estos grados de incapacidad se regulan en los artículos 193 a 200 del TRLGSS—, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad regulada en el TRLCPE.⁶ Así pues, podemos concluir que le será reconocida la condición legal de

6. El precepto contiene una previsión abierta, al establecer que las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a aquellos, en cada caso.

personas con discapacidad, en todo caso, a quienes tengan reconocido un determinado grado de discapacidad, que en este caso se establece en el 33 %, ya sea de manera directa o a través de la asimilación con el reconocimiento de pensiones de incapacidad o inutilidad. Por otra parte, podría ser reconocida también tal condición cuando se dieran las circunstancias del primer apartado del artículo 4, es decir, cuando las deficiencias previsiblemente permanentes que se determinen objetivamente, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás; no obstante, en este caso no se establece grado alguno a partir del cual el reconocimiento deba producirse.

Así pues, en la práctica el concepto genérico de discapacidad no servirá para determinar la existencia o no de esta en las concretas situaciones que se planteen a los órganos calificadores. Cabe plantear si el *además* que aparece en el artículo 4.2 pudiera abrir una puerta a la posibilidad de que a una persona le pueda ser reconocida la condición de persona con discapacidad con grados inferiores al 33 %, cuando se produzcan los impedimentos de participación plena y efectiva previstos en el artículo 4.1. No obstante, en la práctica esta posibilidad se antoja extremadamente compleja, por requerir criterios de valoración que no se han concretado en la norma y, por lo tanto, susceptibles de asociarse con una cierta discrecionalidad. Conviene destacar, por otra parte, la conveniencia de reforzar en la norma la presencia de las valoraciones psicológicas y sociológicas en los procesos de valoración de la discapacidad.

En definitiva, parece evidente que el TRLGDPD ha venido a establecer de manera más precisa, o mejor dicho, más uniforme, el concepto legal de discapacidad que anteriormente se «disputaban» la LISMI y la LIONDAU. Pero no es menos cierto que la nueva normativa ha generado nuevas disfunciones, especialmente al introducir matices en la definición de discapacidad que no estaban en la LIONDAU, y al presentar contradicciones internas en la definición del ámbito de aplicación del propio texto refundido. A pesar de la marcada tendencia, presente tanto en la normativa internacional como en la interna, a favorecer a las personas con discapacidad con medidas de acción positiva que faciliten su integración social y laboral; a pesar del manifiesto rechazo de la discriminación y el impulso de mecanismos que persiguen la igualdad de oportunidades y de trato y el diseño de políticas de empleo que reflejen realmente la igualdad de todas las personas; a pesar de la apreciable evolución que en nuestro ordenamiento jurídico se ha producido desde un concepto terapéutico o médico de la discapacidad, centrado en la recuperación y rehabilitación del individuo para que pueda recuperar capacidades que le hagan apto para la vida normalizada en sociedad, hacia un concepto social en el que se pone el énfasis en la necesidad del esfuerzo solidario para convertir un entorno social hostil en otro accesible y que permita la inclusión de todos en los procesos ordinarios de la vida social; a pesar, en definitiva, del inequívoco camino hacia la

erradicación de la discriminación, sigue persistiendo la dificultad para determinar con precisión el colectivo al que estas medidas van dirigidas.

Para finalizar este apartado, y abundar si cabe en los problemas que la concreción de la discapacidad presenta, hay que destacar la ausencia de referencias a las tipologías de discapacidad en nuestra normativa, carencias que son apreciables tanto en la normativa anterior —LISMI y LIONDAU— como en el vigente TRLGDPD. Convendría, quizá, sentar las bases del concepto de discapacidad severa o, en términos de empleo, de la determinación de las circunstancias o situaciones que provocan especiales dificultades para acceder al mercado de trabajo en general, y al empleo estable en particular. De este modo, y sobre el presupuesto genérico del grado mínimo de discapacidad y los supuestos de asimilación con el reconocimiento de pensiones de incapacidad permanente de la Seguridad Social, el TRLGDPD debería determinar los aspectos básicos que condicionarían el reconocimiento de esas peculiaridades negativas que algunas discapacidades presentan, de manera que la normativa de desarrollo pudiera disponer de pautas estables y homogéneas a la hora de diferenciar positivamente dentro de la discapacidad y de promover políticas sensibles a esas peculiares circunstancias. En este caso, parece que dos parámetros básicos, que podrían perfectamente venir establecidos en el TRLGDPD, para determinar la existencia de esas discapacidades especialmente relevantes a estos efectos serían un grado mínimo de discapacidad más elevado y unas tipologías específicas, al menos en una enumeración no exhaustiva, pero homogeneizadora.

En definitiva, la discapacidad es una circunstancia que puede generar, y de hecho así sucede con mucha frecuencia, discriminaciones. No es la única, pero sí parece ser la que más difícilmente se determina. A diferencia de otras circunstancias discriminatorias, como la edad, el sexo o la nacionalidad, en el caso de la discapacidad se requiere una valoración previa de aspectos no siempre fáciles de determinar; los aspectos médicos son recurrentes a la hora de realizar tales valoraciones, pero se revelan insuficientes para abarcar la totalidad de supuestos en los que una persona puede hallarse ante barreras que dificulten o impidan su normal desarrollo social en condiciones de igualdad. Por lo tanto, un primer problema que se debe resolver —y es evidente que la normativa actual no lo ha conseguido— es la clarificación de qué entendemos por discapacidad, en qué circunstancias se presenta, cómo se determina y a quiénes afecta. Pero resuelta esta primera cuestión, algo que no resultará especialmente sencillo, todavía quedará una segunda no menos importante: relacionar la discapacidad con las necesidades de acción positiva para paliar o aminorar las consecuencias negativas que se puedan presentar. Dicho de otro modo, no es suficiente con concluir que una persona presenta una discapacidad a partir de una valoración de su situación y de sus circunstancias, sino que es necesario precisar en qué medida y con qué intensidad se presentan barreras que dificultan su desarrollo normal en la socie-

dad para, una vez realizada esta segunda y trascendental valoración, determinar qué medidas de acción positiva deben aplicarse en cada caso para prevenir o reparar las discriminaciones y garantizar la igualdad de oportunidades a todas las personas.

1.3. El reconocimiento del grado de discapacidad

En la actualidad, el procedimiento para el reconocimiento, la declaración y la calificación del grado de discapacidad se encuentra regulado en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre. Se trata de una norma publicada durante la vigencia de la LISMI y antes de la entrada en vigor de la LIONDAU y, por supuesto, del vigente TRLGDPD, pero ha sufrido numerosas reformas que han configurado una norma que en la actualidad sigue excesivamente arraigada en el viejo modelo médico de discapacidad, y que refleja bien poco el nuevo concepto, de carácter más social, que introduce el artículo 1 del TRLGDPD que hemos visto en el apartado anterior.

Hay que recordar que la LISMI contenía una omisión notable, al no establecer un porcentaje mínimo para el grado de discapacidad a efectos de determinar el campo de aplicación subjetivo de la norma. El artículo 7.2 de la LISMI se limitaba a señalar que el reconocimiento del derecho a la aplicación de los beneficios previstos en la propia ley debía efectuarlo de manera personalizada el órgano de la Administración que se determinara reglamentariamente, previo informe de los correspondientes equipos multiprofesionales calificadoros. El Real Decreto 1971/1999 desarrolló reglamentariamente la LISMI e introdujo con carácter general el porcentaje mínimo del 33 %, a partir del cual resulta de aplicación la normativa reguladora de los derechos de las personas con discapacidad. Como sabemos, este porcentaje se mantiene actualmente, si bien ahora en una norma con rango de ley como es el TRLGDPD: su artículo 4.2 establece que tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 %. Recordemos, no obstante, que en el apartado 1 de ese mismo artículo 4 se dice que son personas con discapacidad las que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. La dicotomía entre la pretensión de la norma y la realidad está servida, ya que en la práctica prevalecerá la vía del apartado segundo, que guía al Real Decreto 1971/1999, de base médico-rehabilitadora.

El Real Decreto 1971/1999 es una norma de baremos. De hecho, contiene hasta tres: un primer baremo con las normas para la evaluación de las consecuencias de la enfermedad, de acuerdo con el modelo propuesto por la Clasificación

Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de la OMS; un segundo baremo para determinar la necesidad de asistencia de otra persona; y un tercer baremo para determinar la existencia de dificultades para utilizar transportes colectivos. Se aprecia perfectamente que la estructura de este real decreto responde claramente a un modelo médico de discapacidad, ya que el reconocimiento de esta se basa específicamente en la determinación de la presencia de deficiencias físicas, psíquicas o sensoriales y no en las barreras que tales circunstancias pueden generar y en la intensidad con que se presenta la necesidad de actuar para paliar las dificultades que esas barreras representan para estas personas. Por otra parte, la presencia de los tres baremos responde claramente a la estructura de la LISMI, que establecía tres tipos de ayudas económicas: el denominado *subsidio de garantía de ingresos mínimos*, el subsidio de ayuda de tercera persona y el subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte. Estos subsidios ya no se reconocen en la actualidad, puesto que desde la entrada en vigor de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, este tipo de protección se ha ido derivando hacia las pensiones no contributivas, pero se siguen abonando a quienes ya los tuvieron reconocidos y no hayan accedido a la nueva protección no contributiva. Los importes mensuales de estos tres subsidios son, en el año 2016, los siguientes: 149,86 euros el de garantía de ingresos mínimos, 58,45 euros el de ayuda de tercera persona y 63,30 euros el de movilidad y compensación por gastos de transporte.

Así pues, la calificación del grado de discapacidad, que responde a los criterios técnicos fijados mediante los baremos descritos en el anexo I del Real Decreto 1971/1999, será el resultado de la valoración tanto de las discapacidades que presente la persona, como, en su caso, de los factores sociales complementarios relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural, que dificulten su integración social. Por lo tanto, frente a la precisión de las cuestiones médicas en la determinación del porcentaje de discapacidad, ya que se aplica un concreto baremo para ello, los denominados *factores sociales complementarios* quedan indefinidos⁷ y, en la práctica, tienen escaso peso a la hora de determinar el grado de discapacidad, hasta el punto de que la propia norma los limita.⁸ Lo normal será que en el porcentaje final de discapacidad tenga una presencia muy notable el baremo y otra más escasa la valoración de factores sociales. No es despreciable el número de casos en los que esos factores sociales complementarios sirven para «redondear» el porcentaje de discapacidad hasta dejarlo,

7. El artículo 5 del Real Decreto 1999/1971 se limita a señalar el entorno familiar, la situación laboral y profesional, los niveles educativos y culturales, así como «otras situaciones del entorno habitual de la persona con discapacidad».

8. El porcentaje obtenido en la valoración de la discapacidad se podrá modificar, en su caso, con la adición de la puntuación obtenida en el baremo de factores sociales complementarios sin que esta pueda sobrepasar los 15 puntos. Además, el porcentaje mínimo de valoración de la discapacidad sobre el que se podrá aplicar el baremo de factores sociales complementarios no podrá ser inferior al 25 %. Así pues, la norma no contempla la posibilidad de que alguien pueda encontrarse con barreras significativas que dificulten apreciablemente su normal desarrollo y participación en la sociedad si no tiene deficiencias físicas, psíquicas o sensoriales que, de acuerdo con el baremo, alcancen el grado del 25 %. El modelo social de discapacidad no ha tenido una gran acogida, como vemos, en nuestra normativa.

una vez sumado al que refleja el baremo, en el 33 %. Por otra parte, la calificación del grado de discapacidad que realicen los órganos técnicos competentes regulados en el artículo 8 de este Real Decreto 1971/1999 será independiente de las valoraciones técnicas efectuadas por otros organismos en el ejercicio de sus competencias públicas.

En relación con el baremo de necesidad de asistencia de otra persona, se requiere que se obtenga, al menos, un resultado de 15 puntos. Para el reconocimiento de la necesidad de ayuda a la movilidad para utilizar transportes colectivos se deberá obtener, aplicando el tercer baremo, un resultado mínimo de 7 puntos.

Los aspectos competenciales son especialmente relevantes en esta materia, ya que el artículo 6 del Real Decreto 1971/1999 declara competentes para ejercer las funciones que hemos descrito anteriormente a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas a las que hubieran sido transferidas las funciones en materia de calificación del grado de discapacidad. Para determinar esta competencia, se atenderá al domicilio del interesado, y si este residiera en el extranjero, el último que hubiera tenido en España. Por ejemplo, en el caso de Cataluña, esta competencia recae sobre el Departamento de Trabajo, Asuntos Sociales y Familias de la Generalitat de Catalunya, y más concretamente en la Dirección General de Protección Social.

La solicitud deberá presentarse ante el órgano competente, ya sea presencialmente o a través de la correspondiente sede electrónica, y tendrá que acompañarse de la documentación exigida.⁹ Una vez efectuada la correspondiente evaluación, el equipo de valoración y orientación, del que formarán parte al menos un médico, un psicólogo y un trabajador social, emitirá un dictamen técnico-facultativo para el reconocimiento del grado de discapacidad o, si fuera el caso, para la revisión de este. En dicho informe se hará constar, además del grado de discapacidad, el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión de este por agravación o mejoría, que se dará siempre que, al menos, haya transcurrido un plazo mínimo de dos años desde la fecha en que se dictó resolución, salvo en los casos en que se acredite suficientemente error de diagnóstico o se hayan producido cambios sustanciales en las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento de grado, en que no será preciso agotar el plazo mínimo. Una vez realizado el correspondiente informe, el órgano competente dictará resolución expresa sobre el reconocimiento de grado, así como sobre la puntuación obtenida en los baremos para determinar la necesidad del concurso de otra persona o dificultades de movilidad, si procede. El reconocimiento de grado de discapacidad se entenderá producido desde la fecha de la solicitud, pudiendo recurrir el interesado la resolución ante el orden jurisdiccional

9. Documento de identidad del solicitante y, si procede, de su representante; libro de familia; informes médicos, psicológicos, psiquiátricos o sociales; resolución de discapacidad emitida por otra comunidad autónoma, en su caso. Si se trata de un pensionista de incapacidad permanente, la documentación se acompañará de la correspondiente resolución administrativa o judicial.

social, previa interposición de la reclamación regulada en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

En el caso de Cataluña, la Orden autonómica BSF/43/2012, de 27 de febrero, ha regulado la denominada *tarjeta acreditativa de la discapacidad*, que se expedirá de oficio a todas aquellas personas a quienes se haya reconocido una discapacidad en grado igual o superior al 33 % a partir de la entrada en vigor de la propia orden. Quienes ya tuvieran reconocido el grado de discapacidad con anterioridad, si desean poseer la nueva tarjeta, deberán solicitarla expresamente. La tarjeta es un documento personal e intransferible de su titular, que sustituye a la resolución del grado de discapacidad, y deberá ser presentada, cuando proceda, acompañada del documento nacional de identidad. En caso de que hubiera una resolución administrativa o judicial firme que modificara el grado de discapacidad, se expediría de oficio una nueva tarjeta, cancelando la anterior. La vigencia de la tarjeta puede ser permanente o temporal, dependiendo del carácter definitivo o provisional de la valoración del grado de discapacidad.

Hay que recordar, por otra parte, que hay casos en los que no es necesario acudir a este procedimiento de valoración y reconocimiento del grado de discapacidad. El artículo 4.2 del TRLGDPD establece que se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 % los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Por lo tanto, con carácter general y salvo que una norma concreta disponga otra cosa, las personas que tengan reconocida, administrativa o judicialmente, alguna de las pensiones descritas anteriormente, serán consideradas personas con discapacidad sin necesidad de acreditarlo de otro modo.

Para finalizar este apartado, conviene señalar que el porcentaje de discapacidad es, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.1.g) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, un dato de carácter personal relacionado con la salud. Por lo tanto, este dato debe tener la protección que al ámbito de la salud otorga la mencionada Ley Orgánica. En su artículo 7.3 se considera un dato «especialmente protegido», lo que supone que, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 11 respecto de la cesión, las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados, así como los profesionales correspondientes, podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a estos centros acudan o deban ser tratados en ellos, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad. Fuera de ese estricto ámbito, únicamente se podrá tratar este dato con consentimiento expreso de su titular, y debe ser protegido con el nivel máximo previsto en la Ley Orgánica 15/1999.

1.4. La igualdad de oportunidades y la lucha contra la discriminación

La Constitución Española de 1978 reconoció la igualdad como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico,¹⁰ al citarla expresamente en el artículo 1.1, junto con la libertad, la justicia y el pluralismo político, hasta el punto de que, en términos de justicia social, podemos aseverar que la igualdad y la libertad son valores condicionantes de la existencia de una sociedad plural y justa, y por lo tanto merecedores del máximo reconocimiento constitucional. Pero además de la configuración de la igualdad como valor superior, el legislador constitucional la configura como derecho subjetivo en el artículo 14, vinculándola por primera vez en el texto legal a la prohibición de la discriminación, de modo que este principio de igualdad formal, constituido por la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley,¹¹ garantiza a todos los españoles la ausencia de discriminación por cualquier condición o circunstancia personal o social. El artículo 14 de la CE cita expresamente, entre esas circunstancias o condiciones personales o sociales, el nacimiento, la raza, el sexo, la religión y la opinión, por lo que la discapacidad deberá entenderse comprendida entre esas «otras» circunstancias o condiciones merecedoras de garantía constitucional de igualdad.

Por otra parte, el artículo 9.2 de la CE introduce el denominado *principio de igualdad material*, por oposición y como complemento al de igualdad formal contenido en el artículo 14, consistente en un mandato a los poderes públicos para la promoción de condiciones a fin de que la libertad y la igualdad de individuos y grupos sean reales y efectivas, constituyéndose así un principio general de igualdad que se realiza a través de la igualdad de oportunidades. En este sentido, el vigente texto constitucional español supone un planteamiento progresista y evolucionado respecto del liberal de la igualdad desde un punto de vista únicamente formal, de manera que la invocación de la igualdad desde los puntos de vista formal y material resulta, como tendremos ocasión de comprobar, clave a la hora de diseñar políticas que permitan corregir efectivamente las desigualdades e introducir medidas correctoras que ayuden a combatir la discriminación sobre la base del reconocimiento de la igualdad como un derecho subjetivo. Sobre esta base, la intervención del Tribunal Constitucional ha sido determinante a la hora de perfilar el alcance y contenido de este principio cons-

10. STC 8/1983, de 18 de febrero (RTC 1983, 8): «Toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores».

11. STC 144/1988, de 8 de junio (RTC 1988, 144). El Tribunal expresa claramente los dos planos que presenta el principio de igualdad formal contenido en el artículo 14 CE: igualdad en la ley («frente al legislador o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas») e igualdad ante la ley («obliga a que [la ley] sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma»).

titucional que a la vez es un valor superior y un derecho subjetivo, destacando entre otras muchas la STC 49/1982, de 14 de julio (RTC 1982, 49).

No obstante, este principio de igualdad se soporta sobre el de proporcionalidad, que afecta a este juicio hasta el punto de condicionar la determinación de la constitucionalidad o no de una norma. Especialmente relevante es el llamado *juicio de proporcionalidad en sentido estricto*, basado, en definitiva, en otro de los valores superiores del ordenamiento jurídico, que es la justicia, de manera que la comparación debe producirse entre el beneficio perseguido y los costes necesarios para alcanzar el fin de la igualdad efectiva, constituyendo así un juicio de ponderación que, prescindiendo de la comparación entre alternativas, se limita a relacionar la medida propuesta con la finalidad perseguida. Si bien es cierto que no existen parámetros constitucionales que permitan, *a priori*, establecer las bases del principio de proporcionalidad, no lo es menos que, en términos de ponderación, el conocimiento de los efectos producidos por una determinada medida acercarán a quien pretenda valorar su proporcionalidad a un juicio más ponderado y, en definitiva, más justo. Por lo tanto, podemos afirmar que cuando nos planteamos el principio de igualdad, debemos en todo caso ponderar la proporcionalidad de las medidas que pretenden garantizarlo, de modo que no lo desvirtúen hasta desequilibrar el resultado en lo que resultaría una corrección desproporcionada. Ante una discriminación procede una acción positiva que la corrija, pero esa medida debe ser proporcionada para evitar que provoque otra discriminación, normalmente en el sentido opuesto al que se pretendía corregir. A través de la jurisprudencia del TC, podríamos decir que junto a la «igualdad pasiva o contemplativa» que deviene del principio formal de igualdad de trato contenido en el artículo 14 de la CE, concretada en las medidas antidiscriminatorias, el artículo 9.2 supone una exigencia de efectividad y realidad que únicamente puede hallarse en la «igualdad activa», concretada fundamentalmente en las medidas de acción positiva.

Pues bien, siendo la discapacidad una circunstancia que genera con mucha frecuencia discriminación y que afecta negativamente a la igualdad de oportunidades, sorprende que el artículo 14 de la CE no cite expresamente este rasgo como uno de los supuestos protegidos por la prohibición de discriminación. No obstante, debe entenderse comprendido en la cláusula abierta que el precepto establece *in fine* al referirse a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». La ausencia de referencia expresa en el mencionado precepto a la discapacidad podría condicionar la intensidad del juicio constitucional de igualdad cuando sea esta la característica que puede determinar un supuesto de discriminación prohibida, pero lo cierto es que la cláusula abierta del propio artículo 14 de la CE no parece apuntar en este sentido, y así lo ha confirmado el Tribunal Constitucional, admitiendo que el caso de las personas con discapacidad pueda ser asimilado a los expresamente recogidos en el precepto

constitucional,¹² de manera que las personas con discapacidad constituyen un colectivo cuya protección frente a la discriminación debe comportar la aplicación del denominado *juicio estricto* de igualdad y, consecuentemente una posición especialmente intensa a la hora de sospechar sobre la verdadera naturaleza de una norma y la finalidad que pueda perseguir, sin establecer *a priori* presunción alguna a favor de la constitucionalidad de la propia norma.

Al contenido de la Constitución referido al principio de igualdad hay que añadir ahora el relativo a la discapacidad, y muy concretamente su artículo 49,¹³ que encomienda a los poderes públicos la realización de «una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los *disminuidos* físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos». La cobertura constitucional de la lucha contra la discriminación de las personas con discapacidad no puede quedar circunscrita al artículo 49 de la CE, que no reconoce a los ciudadanos con discapacidad derechos exigibles ante los poderes públicos, sino que se amplía y se potencia con base en los artículos 14, 9.2 y 10 de la propia Constitución, llegando a señalar el Tribunal Constitucional que el artículo 49 no es sino la plasmación del mandato de igualdad material contenido en el artículo 9.2 de la CE respecto de las personas con discapacidad.¹⁴ En este sentido, podemos considerar que es ese artículo 9.2, y no el 49, el verdadero fundamento constitucional de todas las políticas de igualdad, y del propio derecho de la discapacidad, engarzando en él el principio de igualdad de oportunidades, en el marco del sistema constitucional de derechos fundamentales.

A partir de este diseño constitucional de la defensa de la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, que debemos entender globalmente integrado por la acción combinada de los preceptos constitucionales referidos anteriormente, los primeros desarrollos normativos tras la publicación de la CE en esta materia han venido a consagrar los fundamentos del viejo modelo médico de discapacidad, que por otra parte fue el innegable inspirador del propio artículo 49 de la CE. De este modo, es muy apreciable en las primeras normas posconstitucionales, y muy especialmente en la LISMI, la ausencia de referencias expresas a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, tanto en el

12. STC 269/1994, de 3 de octubre (RTC 1994, 269), entre otras.

13. Téngase en cuenta que, al no hallarse este artículo dentro de la sección I del capítulo II del título I de la CE, sino dentro de los principios rectores de la política social y económica —capítulo III— requerirá, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.3, una ley de desarrollo para que su contenido pueda ser invocado ante los tribunales de justicia.

14. STC 269/1994, de 3 de octubre de 1994 (RTC 1994, 269). En esta sentencia, que entra a valorar el alcance constitucional de las medidas de reserva en el empleo público para las personas con discapacidad, se refiere la «estrecha conexión de estas medidas con el mandato contenido en el art. 9. 2 CE, y, específicamente, con su plasmación en el art. 49 CE», para concluir que «la legitimidad constitucional de medidas de esta naturaleza equiparadora de situaciones sociales de desventaja solo puede ser valorada en el mismo sentido global, acorde con las dimensiones del fenómeno que trata de paliarse, en que se han adoptado, adecuándose a su sentido y finalidad».

ámbito del empleo como en otros aspectos de la vida social. La LIONDAU paliará estos déficits, ya que en su propio título incluye la expresión *igualdad de oportunidades*, y el vigente TRLGDPD consagrará este modelo al refundir estos dos grandes textos normativos reguladores de los derechos de las personas con discapacidad.

En efecto, las referencias a la igualdad de oportunidades en el TRLGDPD son numerosas. De hecho, en las primeras líneas de la norma se refleja ya de un modo evidente el protagonismo que este principio tendrá en la ley, al señalar en su artículo 1 como objetivo de esta «garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación». Es, además, uno de los principios de la propia Ley, recogidos en su artículo 3.

El TRLGDPD define la igualdad de oportunidades como la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o por razón de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, laboral, cultural, civil o de otro tipo. Expresamente se dice en el artículo 2 de la norma que también se entiende por igualdad de oportunidades la adopción de medidas de acción positiva. Se trata, sin duda, de un concepto de igualdad de oportunidades muy próximo al que se utiliza en las normativas internacional y europea en los tiempos actuales.

A lo largo de todo el texto de la ley son continuas las referencias a este principio de igualdad de oportunidades, y en el concreto ámbito del trabajo de las personas con discapacidad, al que el TRLGDPD dedica el capítulo VI de su título primero, se comienza señalando, en el artículo 35.1, que las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación. Curiosamente, en este capítulo VI se contiene un concepto de igualdad de trato que estaba ausente en el catálogo de definiciones del artículo 2, en el que sí se hallaba la de igualdad de oportunidades; se dice, en el artículo 36, que se entiende por igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por motivo o por razón de discapacidad, en el empleo, en la formación y la promoción profesionales y en las condiciones de trabajo. Pareciera, pues, que la igualdad de trato es una concreción específica del principio de igualdad de oportunidades en los ámbitos relacionados con el empleo, puesto que también se dice en el artículo 40.1 que, para garantizar la plena igualdad en el trabajo, 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. En realidad, más bien parece que el legislador identifica ambos principios en relación con el trabajo de las personas con discapacidad, ya que en el artículo 35.2 se dice que la garantía y efectividad de los derechos «a la igualdad de trato y de oportunidades» de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en el capítulo VI del título primero del TRLGDPD y en su normativa específica en el acceso al empleo, y el artículo 63.3 determina que las garantías del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad previstas en el título II del propio texto refundido tendrán carácter supletorio respecto a lo previsto en la legislación laboral.

Hay que tener en cuenta que, precisamente en la normativa laboral, se hace referencia al principio de igualdad de trato. Así sucede con el artículo 17.1 del TRLET, en relación con la no discriminación en las relaciones laborales. Sin embargo, en el artículo 64.3, sobre derechos de información de los representantes legales de los trabajadores, se dice que estos recibirán información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del «derecho de igualdad de trato y de oportunidades» entre mujeres y hombres. El artículo 85.1 del propio TRLET, en la misma línea, establece que en la negociación colectiva existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover «la igualdad de trato y de oportunidades» entre mujeres y hombres en el ámbito laboral. No existe, en relación con esta cuestión, referencia alguna en el TRLET al principio de igualdad de oportunidades aisladamente, que sí se invoca, sin embargo, al regular el derecho de los trabajadores con contratos de duración determinada a acceder a puestos de trabajo permanentes (artículo 15.7).

Las referencias al principio de igualdad de oportunidades son mucho más abundantes en el título II del TRLGDPD, precisamente dedicado a la igualdad de oportunidades y no discriminación. En concreto, se dice en el artículo 63 que se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades cuando, por motivo de o por razón de discapacidad, se produzcan discriminaciones directas o indirectas, discriminación por asociación, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas. Así pues, salvo en este último caso, se utiliza una fórmula de concreción del principio por ausencia de manifestaciones contrarias a este. Consecuentemente, se obliga a los poderes públicos a garantizar la igualdad de oportunidades mediante la lucha contra la discriminación y la adopción de medidas de acción positiva.

2. La Administración pública y el empleo de las personas con discapacidad

2.1. Empleo público y discapacidad: principios básicos y tipos de empleados públicos

Ya hemos visto cómo la Constitución Española sienta las bases para la configuración de una sociedad sensible a la igualdad de oportunidades de todas las personas, sobre la premisa de la erradicación de la discriminación. El empleo público no es ajeno a esta formulación, y la Carta Magna lo configura como un ámbito específico que debe posibilitar la consecución de las finalidades que se atribuyen a la propia Administración pública, que no son otras que las de servir con objetividad los intereses generales y actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, recogidos en el artículo 103.1 de la CE. Por lo tanto, la inclusión de personas con discapacidad en el marco del empleo público debe realizarse con escrupuloso respeto al principio de igualdad, tanto formal como material, pero también de modo que permita ese servicio de los intereses generales y la plasmación de los principios señalados anteriormente, algo que no siempre resultará sencillo, como tendremos ocasión de comprobar.

La función de la Administración no es otra que la de favorecer la justicia social en sentido amplio, elemento inspirador de todo el texto constitucional que se aprecia en muchos de sus artículos y que proclama en su preámbulo al garantizar una digna calidad de vida para todos los ciudadanos, especialmente para aquellos cuyas circunstancias pudieran favorecer la presencia de discriminaciones y, consecuentemente, una merma en sus oportunidades de desarrollo social. Pero conviene señalar que del texto constitucional también se desprende que Gobierno y Administración no son la misma cosa, sino que aquel dirige a esta, tal como señala el artículo 97 de la CE. Además, esa dirección debe producirse en los distintos ámbitos administrativos, derivados de la configuración territorial del Estado que establece el título VIII de la propia CE. Consecuentemente, y a tenor de lo dispuesto en los artículos 140, 141 y 152.1, los distintos Estatutos de autonomía y las normas reguladoras de las corpo-

raciones locales establecerán los mecanismos de gobierno que, en cada caso, permitan esa dirección de las distintas administraciones públicas en sus respectivos ámbitos (general del Estado, autonómico y local).

Abundando en el contenido del artículo 103 de la CE se aprecia, tras la fijación del fin último de la Administración pública, la inmediata vinculación de esta al principio de legalidad y, en definitiva, su entronque con los elementos básicos de un Estado de derecho. Para ello, en el apartado 3 del citado artículo 103 se exige que sean regulados por ley el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. También deriva del principio de legalidad el contenido del segundo de los apartados del propio artículo 103, que exige que los órganos de la Administración del Estado se creen, rijan y coordinen de acuerdo con la ley. Así pues, podemos concluir que estamos ante un ámbito regulado, en el que el sometimiento a la ley y al derecho hará que la gestión del empleo público presente peculiares características, bien diferentes de las del empleo no público, muy especialmente por lo que se refiere a la discrecionalidad en la configuración de las plantillas, totalmente incompatible con los principios generales de la gestión pública. Esta rigidez organizativa tendrá una evidente plasmación en la normativa ordinaria reguladora del empleo público, y condicionará notablemente las posibilidades de aplicación de medidas de acción positiva, por cuanto el alcance de estas vendrá siempre condicionado por la presencia de las exigencias constitucionales de mérito y capacidad que se derivan del artículo 103.3 de la CE.

Sin embargo, como hemos señalado, hay que relacionar el contenido constitucional del derecho del empleo público con el del principio de igualdad. Como hemos visto, con carácter general este principio aparece recogido en los artículos 9.2 y 14 de la CE. El contenido de estos artículos ha generado numerosa jurisprudencia constitucional que ha permitido configurar un verdadero derecho antidiscriminatorio en nuestro país, elemento básico a la hora de garantizar la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato para todas las personas. En el ámbito concreto del empleo público, este principio de igualdad se ve fortalecido al mencionarse específicamente en el artículo 23.2 de la CE. Sostiene este precepto que todos los ciudadanos tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, lo que supone un inequívoco reconocimiento específico del derecho a la igualdad en el acceso al empleo público. La conjunción de estos tres grandes principios (igualdad, mérito y capacidad), junto con los que deben regir el normal funcionamiento de las administraciones públicas (eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación) es imprescindible a la hora de determinar los mecanismos de lucha contra la discriminación de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo público.

Se trata, en definitiva, de constituir un marco regulador del empleo público que garantice la igualdad de oportunidades de todas las personas en el acceso a este y en el desarrollo de las carreras administrativas por parte de todos los empleados públicos. Pero tal planteamiento no constituye un fin en sí mismo, sino que debe ser un medio adecuado para conseguir la satisfacción de los intereses generales, de modo que no podemos someter estos a un pretendido derecho de igualdad no condicionado. Dicho de otro modo, y a diferencia de lo que ocurre en el ámbito no público, no se puede establecer con carácter general una obligación, ni siquiera mínima, de inclusión de personas con discapacidad en el ámbito del empleo público, ya que este está condicionado por otros principios de ineludible presencia y, en definitiva, está encaminado a la consecución del interés general. De este modo, el mandato a los poderes públicos, contenido en el artículo 49 de la CE, de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que la propia CE otorga a todos los ciudadanos, encontrará en el empleo público la «traba» del sometimiento a los principios de mérito y capacidad, sobre la genérica exigencia de la satisfacción de los intereses generales.

Esta situación, como veremos, provoca en la práctica no pocas dudas sobre el papel que el empleo público debe jugar en la inclusión laboral y social de las personas con discapacidad. En una lectura estricta del mandato constitucional, habría que concluir que el papel de la Administración pública en este ámbito debiera ser neutro, propio de un juez imparcial que se limita a realizar una selección objetiva y alejada de todo atisbo de discrecionalidad. Si así fuera, la garantía de igualdad de oportunidades brillaría por su ausencia, y las oportunidades de empleo de las personas con discapacidad —especialmente de aquellas que padecen discapacidades más severas— serían prácticamente nulas. Por otra parte, imponer a las administraciones públicas determinadas obligaciones correctoras de los principios de mérito y capacidad supondría una quiebra de estos principios básicos y cuestionaría el papel de la propia Administración en la consecución de los intereses generales. Los ciudadanos, en definitiva, tenemos derecho a que los empleados públicos que participan en la gestión de los servicios públicos tengan acreditada suficientemente su capacidad o hayan justificado los méritos requeridos para el desarrollo de su profesión, de modo que cualquier injerencia en estos procesos que supusiera una merma de estas exigencias podría ser entendida como una vulneración de ese derecho de todos a unos servicios públicos de calidad, prestados por personas cualificadas.

Por otra parte, la propia configuración histórica del empleo público ha venido desfavoreciendo la presencia de personas con discapacidad en este ámbito, ya que el equilibrio entre los sistemas de selección y provisión y las garantías de igualdad de oportunidades raramente se ha conseguido. Unas veces por un exceso de discrecionalidad en estos sistemas, propio de momentos históricos en los que el Estado no

se sometía al derecho, sino a la voluntad de quienes lo gobernaban, y otras por una mal entendida rigidez a la hora de comprender la objetividad en términos de inamovilidad del *statu quo*, lo cierto es que la presencia de la discapacidad en el empleo público ha sido, y lo sigue siendo aunque en menor medida, escasa. Los principios de mérito y capacidad son, sin duda, necesarios mecanismos de garantía de imparcialidad, y premisas imprescindibles para configurar un empleo público de calidad que permita a la Administración conseguir sus fines constitucionales, pero no hay que olvidar que, junto a ellos, el artículo 23.2 exige el escrupuloso respeto del principio de igualdad en el acceso de todas las personas a los puestos de trabajo de las administraciones públicas.

Este principio de igualdad del artículo 23.2 de la CE debe ser entendido como una especialidad del principio general recogido en el artículo 14, y resulta especialmente relevante su ubicación en el texto constitucional, ya que lo configura como un derecho fundamental, algo no predicable del contenido del artículo 103.3. No obstante, no se trata de dirimir un permanente conflicto entre principios constitucionales (igualdad, por un lado, y mérito y capacidad, por otro), sino de determinar lo más precisamente posible cuál debe ser el encaje de las políticas integradoras que el artículo 49 de la CE encomienda a los poderes públicos, cuando hablamos del empleo que las administraciones públicas generan y que es preciso para la consecución de sus fines. En este sentido, no debemos olvidar que el artículo 9.2 de la CE, como ya hemos visto, configura el denominado *principio de igualdad material*, al exigir la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. Por lo tanto, no se trata únicamente de generar entornos normativos en los que el principio de igualdad tenga presencia, sino de que de la aplicación de esas normas se derive una efectiva aplicación de ese principio de igualdad, de modo que todas las personas tengan las mismas oportunidades a la hora de acceder al empleo público. En el caso de las personas con discapacidad, esta exigencia de igualdad de oportunidades comportará necesariamente la adopción de medidas correctoras, y esta acción positiva entrará en conflicto frecuentemente con las exigencias constitucionales de mérito y capacidad.

La LISMI ya se enfrentó a este problema, al recoger en su artículo 38 el contenido del principio constitucional de igualdad. Así, en el apartado tercero de este precepto se decía que en las pruebas selectivas para el ingreso en los cuerpos de la Administración del Estado, de las comunidades autónomas, de la Administración local, Institucional y de la Seguridad Social, serían admitidas las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás aspirantes. Añadía la LISMI a continuación que las condiciones personales de aptitud para el ejercicio de las funciones correspondientes se acreditarían en su caso mediante dictamen vinculante expedido por el equipo multiprofesional competente, que tendría que ser emitido con anterioridad a la iniciación de las pruebas selectivas. Por lo tanto, el legislador ordinario liquidaba el conflicto entre los preceptos constitucionales en un apartado de

un artículo; por una parte, manifestaba pomposamente el derecho a la igualdad de oportunidades para, inmediatamente a continuación, recordar que la acreditación de la aptitud del candidato a empleado público resultaba imprescindible, algo obvio si consideramos las exigencias constitucionales de mérito y capacidad. Como veremos más adelante, la única plasmación efectiva del derecho a la igualdad de oportunidades en el empleo público venía constituida, en ese momento, por el establecimiento de cuotas de reserva en las convocatorias. Ni que decir tiene que la acreditación de la capacidad funcional es un condicionante de extraordinaria importancia a la hora de determinar el impacto que esta medida de acción positiva pueda tener en el empleo público de las personas con discapacidad.

La LIONDAU no contenía referencia alguna al empleo público, por lo que en una norma que específicamente regulaba la accesibilidad universal y la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad no se hacía mención alguna a este ámbito. No debe extrañar, sin embargo, esta circunstancia, ya que la LIONDAU se configuró como una norma complementaria de la LISMI, de modo que en la mayoría de los casos respetó y mantuvo el contenido de esta, entre el que se hallaba, como hemos visto, la regulación del empleo de las personas con discapacidad.

El vigente TRLGDPD incorpora, a pesar de tratarse de un supuesto de delegación legislativa, principios que la LISMI no contemplaba en el papel de las administraciones públicas. Así, el artículo 2.o) define la transversalidad de las políticas en materia de discapacidad como el principio en virtud del cual las actuaciones que desarrollan las administraciones públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad. Ni que decir tiene que, aunque no se diga expresamente, uno de esos ámbitos de actuación pública es el propio empleo público, entorno en el que necesariamente deben considerarse esas necesidades y demandas.

Pero el nuevo TRLGDPD se publica cuando ya está vigente el EBEP y, de manera acertada y para evitar duplicidades entre normas, limita su contenido en función de la norma específica reguladora del empleo público.¹⁵ El artículo 37.1 del TRLGDPD establece que será finalidad de la política de empleo aumentar las tasas de actividad y de ocupación e inserción laboral de las personas con discapacidad, así como mejorar la calidad del empleo y dignificar sus condiciones de trabajo, combatiendo activamente su discriminación. Esta pretensión requerirá que las administraciones públicas competentes fomenten sus oportunidades de empleo y promoción profesional en el mercado laboral, y promuevan los apoyos necesarios para la búsqueda, la ob-

15. El artículo 37.3 del TRLGDPD establece que el acceso al empleo público se regirá por lo dispuesto en la normativa reguladora de la materia. Se trata, por lo tanto, de una remisión íntegra al EBEP en esta materia.

tención y el mantenimiento del empleo, así como el retorno a este. En el segundo apartado del artículo 37 se clarifican esas oportunidades de empleo, al efectuar su clasificación. De este modo, se establece que las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho al trabajo a través de tres tipos de empleo: el empleo ordinario, en las empresas y en las administraciones públicas, incluidos los servicios de empleo con apoyo; el empleo protegido, en centros especiales de empleo y en enclaves laborales; y en tercer y último lugar, el empleo autónomo.

A partir de aquí, el silencio del TRLGDPD sobre el empleo público es absoluto. Se limita la norma a hacer puntuales referencias a las administraciones públicas a la hora de regular el empleo protegido de las personas con discapacidad. Se dice, por una parte, que las administraciones podrán establecer compensaciones económicas, destinadas a los centros especiales de empleo, para ayudar a la viabilidad de estos, estableciendo para ello, además, los mecanismos de control que se estimen pertinentes; por otra, se encomienda a estas administraciones el fomento de la creación y puesta en marcha de centros especiales de empleo, ya sea directamente o en colaboración con otros organismos o entidades.

Podríamos decir que, en lo que respecta a la organización normativa, la ficticia «batalla» entre los principios del empleo público y los derivados de la aplicación del principio de igualdad de oportunidades ha sido ganada por los primeros. La regulación del empleo público de las personas con discapacidad, que originariamente se hallaba en una norma reguladora de la discapacidad como la LISMI,¹⁶ ahora está ubicada en la gran norma reguladora del empleo público, que no es otra que el EBEP. Reconociendo que no resulta especialmente importante el lugar que ocupe en nuestro ordenamiento jurídico la regulación del empleo público de las personas con discapacidad, lo cierto es que la precaria situación de este colectivo en el ámbito del empleo en general y la histórica hostilidad del ámbito público en relación con las posibilidades de empleo de estas personas quizá hubieran recomendado que la normativa reguladora de la discapacidad hubiera abundado en la regulación del empleo público. Al menos, en la medida en la que lo hace respecto del denominado *empleo ordinario* en el ámbito no público, al que el TRLGDPD dedica los artículos 40 a 42; máxime si tenemos en cuenta que ese empleo tiene también su normativa específica, constituida por el vigente TRLET y por la normativa que lo desarrolla.

Así pues, debemos dirigirnos a la normativa de empleo público para ver el lugar que en este ocupa la inclusión de personas con discapacidad, y comprobar cómo juegan en ese encaje los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. En primer lugar, hay que señalar que el EBEP recoge en su artículo 14 el principio general de igualdad, al reconocer a los empleados públicos el derecho a la no dis-

16. También las normas reguladoras del empleo público, como la Ley 30/1984, de 2 de agosto, contenían preceptos reguladores del empleo público de estas personas, por lo que se producía una duplicidad normativa en aquellos momentos. Podríamos decir que, al menos desde el punto de vista de la organización de las normas, el «dilema» se mantenía abierto.

criminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. No obstante, este reconocimiento supone la previa obtención de la condición de empleado público, por lo que en sentido estricto no supone el acogimiento de la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo público, que sí aparece recogido más adelante. Por otra parte, el artículo 53 del propio EBEP exige a los empleados públicos que su conducta se base en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Así pues, el EBEP acoge el principio de no discriminación tanto *ad intra* como *ad extra* en la Administración pública. El artículo 95 del EBEP tipifica como falta muy grave toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo.

Sin embargo, no hay en el EBEP una mención expresa al derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el acceso al empleo público, sino que la norma pasa directamente a regular las denominadas *medidas de acción positiva*. Es evidente que la presencia de estas en el texto legal supone la asunción por parte del legislador de la existencia de una previa situación de falta de igualdad de oportunidades, pero quizá hubiera convenido que se incluyera expresamente, y de manera genérica, el derecho de las personas con discapacidad a concurrir en condiciones de igualdad real y efectiva con otras a la hora de acceder al empleo público. Veremos más adelante el contenido de estas medidas de acción positiva, la principal de las cuales es, sin duda, la cuota de reserva de empleo en las convocatorias públicas.

Para finalizar este primer apartado, dedicaremos unas breves líneas a recordar la configuración del empleo público en España. El EBEP parte de un modelo profesional de empleado público que, tras superar el correspondiente proceso selectivo y ocupar el puesto asignado, desarrolla su carrera profesional imbricado en una organización cuya finalidad última es la satisfacción de los intereses generales. La organización administrativa y la propia complejidad de nuestras administraciones públicas han hecho que, en la práctica, no podamos hablar de una manera uniforme del empleo público, puesto que todavía persiste el modelo dual de empleo que se consagró en la normativa previa al primer EBEP, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, y que el actual tampoco ha superado. Así, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8 del EBEP, son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las administraciones públicas al servicio de los intereses generales, pudiendo dis-

tingirse entre funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal, y finalmente personal eventual. Los artículos 9 a 12 desarrollarán el contenido de este artículo 8, determinando las características básicas de cada uno de los tipos de empleados públicos, mientras que el artículo 13 regula la figura del directivo público profesional. Así pues, dentro de las administraciones públicas podemos encontrar distintos tipos de personal —incluso alguno adicional a los contenidos en el artículo 8 del EBEP, como es el caso del denominado *personal estatutario de los servicios de salud*, al que se refiere la disposición adicional duodécima del propio EBEP—, de modo que las personas con discapacidad tendrán, al igual que el resto de ciudadanos, distintas oportunidades de empleo, unas más estables que otras, sin duda alguna, a la hora de afrontar su acceso a una Administración pública.

No obstante, la forma en que una determinada Administración pública deba organizarse, lejos de lo que el planteamiento anterior pudiera sugerir, no puede ser en ningún caso anárquica. El artículo 9.2 del EBEP contiene la denominada *reserva funcionarial*, estableciendo que, en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las administraciones públicas corresponde exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración pública se establezca. Por otra parte, el artículo 11.2 del propio EBEP dispone que estas leyes de función pública de desarrollo establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en cualquier caso lo establecido en el mencionado artículo 9.2. Los supuestos en los que procede la incorporación de funcionarios interinos están delimitados en el artículo 10, y los del personal eventual, en el artículo 12.

En definitiva, el legislador establece cierto orden en la organización de los recursos humanos de las administraciones públicas, si bien es preciso reconocer que la práctica no siempre se compadece con este planteamiento. Sirva como ejemplo la abundante presencia en algunas administraciones públicas —muy señaladamente en el ámbito local— de los denominados *empleados públicos indefinidos no fijos*, consecuencia de las malas praxis en la contratación temporal por parte de esas administraciones. Se trata de supuestos en los que se incurre en fraude de ley en la contratación temporal de estos empleados públicos, de modo que por aplicación de lo establecido en el artículo 15.3 del TRLET, estos contratos se presumen celebrados por tiempo indefinido. Las limitaciones derivadas de la aplicación de los principios de mérito y capacidad en los procesos selectivos de empleo público hace que esos trabajadores, que han padecido el fraude de ley en sus contrataciones, no adquieran fijeza en las administraciones públicas, lo que los mantiene en una situación de franca indefinición que, en ocasiones finaliza con la pérdida traumática del puesto de trabajo.

Por otra parte, son esenciales el propio procedimiento de acceso al empleo público, la omnipresencia en este procedimiento de los principios constitucionales a los que nos hemos referido en este apartado y la evidente dificultad para que las medidas de acción positiva puedan, sin vulnerar esos principios de mérito y capacidad, ampliar los horizontes y las expectativas de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad a la hora de plantearse su incorporación a este tipo de empleo.

2.2. El acceso al empleo público: cuotas de reserva

2.2.1. Los sistemas de cuota de reserva de empleo

Como hemos visto, la Administración pública como empleadora juega un papel importante en la inclusión laboral de personas con discapacidad y, sin duda, el sistema de cuotas de reserva es uno de los mecanismos más importantes para lograr esta finalidad. Estos sistemas de cuotas se han venido utilizando históricamente en Europa desde la finalización de la Primera Guerra Mundial, y se hallaban íntimamente relacionados con el reconocimiento de quienes habían resultado heridos en acciones bélicas en defensa de sus países. Estos sistemas se han ido extendiendo a lo largo del pasado siglo, y lo continúan haciendo en el presente, hasta constituir un mecanismo común de promoción del empleo de las personas con discapacidad en la mayoría de los países europeos. Tanto es así que, en términos absolutos, únicamente Dinamarca, Estonia, Finlandia, Suecia, Portugal y Letonia¹⁷ han dejado de lado esta medida de acción afirmativa directa, volcando los esfuerzos para lograr la igualdad de oportunidades en las medidas promocionales, en algunos casos, y en la difusión de la responsabilidad social y la concienciación de la ciudadanía respecto de los derechos de todas las personas desde el punto de vista de la igualdad de trato, en otros.

El funcionamiento de los sistemas de cuotas, en general, se basa en la imposición de la obligación de reservar empleo para personas que acrediten alguna discapacidad y que, consecuentemente, adolezcan de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo. Su aplicación se halla tanto en el ámbito privado como en el público, si bien la configuración no es idéntica en ambos, puesto que tampoco lo es la de los dos tipos de empleo, ya que, como hemos visto, las exigencias constitucionales juegan un papel decisivo a la hora de configurar las características básicas del empleo público en España. Fundamentalmente, encontramos dos posibilidades: la primera es exigir a determinados empleadores la incorporación de personas con discapacidad a sus plantillas; la segunda, establecer cupos para estas personas en los

17. A la lista de países europeos que no han utilizado sistemas de cuota debe añadirse, en la actualidad, el Reino Unido, que utilizó este mecanismo de acción positiva pero lo ha abandonado.

procesos de selección de personal, con o sin exigencia de un resultado mínimo final de contrataciones o incorporaciones. En el primer caso, se acostumbra a seleccionar a los empleadores afectados por la medida de reserva en función del número de trabajadores que ocupan, siendo muy frecuente que únicamente las empresas medianas o grandes resulten obligadas por la cuota.¹⁸ En el segundo, suele ser la naturaleza del empleador la que determina la obligación de establecer un determinado cupo en los procesos de selección, y en el caso de España es el sistema que se aplica a las administraciones públicas con carácter general.

En la práctica, las cuotas de reserva afectan a un número considerable de empresas y organismos públicos en España y, consecuentemente, pueden generar expectativas ciertas de empleo en muchas personas con discapacidad. Al respecto, en un informe presentado por la Fundación Mapfre en 2010¹⁹ se realiza un minucioso análisis de la situación en un total de 16 países europeos,²⁰ en el que se estima que, en ese ámbito, existen en torno a 2.382.543 empresas que están obligadas a contratar al menos a una persona con discapacidad. Considerando que el número total de personas con discapacidad en estos países es en ese año, aproximadamente, de 37.145.399 y que la suma total de la población discapacitada activa de los países de los que se dispone de datos asciende a 14.776.534 personas, si en cada país se cumpliera la normativa legal, al menos el 16 % de la población discapacitada activa podría estar incorporada al mercado laboral por la vía de la reserva de empleo. Hay que tener en cuenta que esta situación se daría suponiendo que la normativa obligara a estas empresas a contratar a un solo trabajador con discapacidad, pero dependiendo del país y del número de empleados, la cuota mínima de contratación varía, resultando finalmente una cifra superior a los 2,5 millones de personas con discapacidad las que deberían estar contratadas en empresas pertenecientes a los países bajo estudio, si estas cumplieren la normativa vigente en cada territorio.

Por lo que hace referencia al funcionamiento de los sistemas de cuotas, en general se trata de obligaciones legales, incluidas en la correspondiente normativa, que de modo imperativo imponen la incorporación de personas con discapacidad en empresas y organismos públicos. Estos sistemas de cuota puros o directos, en la mayoría de los casos vienen acompañados de una norma sancionadora que impone a los incumplidores multas económicas. No obstante, en ocasiones se opta por un sistema de penalización más tenue, privando al incumplidor de determinadas subvenciones o bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social. En España, los mecanismos disuasorios del incumplimiento de la cuota de reserva de empleo en las

18. En el caso de España, el número mínimo de trabajadores que hace que una empresa resulte obligada a contratar personas con discapacidad es de cincuenta. Este número varía en otros países de Europa, si bien en muchos de ellos es sensiblemente menor.

19. CONTRERAS CHAMORRO, R. Y GUILLÉN GESTOSO, C. (2010). *DISCAPACITADOS Y EMPRESAS: UN ANÁLISIS DE LA PRODUCTIVIDAD. EL COSTE DE OPORTUNIDAD DESCONOCIDO*. MADRID, FUNDACIÓN MAPFRE, 2010.

20. Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Malta y Portugal.

empresas se hallan recogidos en el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, e incluyen tanto sanciones como pérdida de bonificaciones.

Sin embargo, como ya hemos señalado, hay mecanismos atenuados como los de cupos en los procesos de selección, en los que no se exige ningún resultado, sino simplemente una especialización en tales procesos para favorecer el ingreso de personas con discapacidad en las organizaciones convocantes de los puestos de trabajo. Ni que decir tiene que, en términos de eficacia, los sistemas de incorporación imperativa, por tratarse de sistemas de cuotas puros o directos, tienen una mayor incidencia en la efectiva incorporación al empleo de las personas con discapacidad que los de cupo en la selección, puesto que en realidad estos mecanismos de cuota atenuada o indirecta no garantizan, en la mayoría de los casos, la incorporación al empleo de personas con discapacidad. En estos sistemas de cupo o de cuota indirecta, sin garantía de ingreso efectivo, no existe una norma específica que contemple sanciones económicas en los casos de incumplimiento. En la mayoría de los casos, las consecuencias del incumplimiento suelen ser de naturaleza estrictamente jurídica y afectan únicamente a la validez de los procesos de selección. No obstante, la adopción de un mecanismo u otro no suele ser casual, sino que obedece normalmente —y este es el caso de España— a las características del empleador.

En España, ya las leyes de 25 de agosto de 1939 y 17 de julio de 1947 establecieron preferencias de empleo público para mutilados, excombatientes y excautivos de guerra, y la Orden de 11 de enero de 1974 estableció, por primera vez, una verdadera cuota de reserva de empleo público, obligando a las entidades gestoras y colaboradoras, y a los servicios comunes de la Seguridad Social, respecto de trabajadores con discapacidad y trabajadores mayores de cuarenta años, de modo que el 75 % de las vacantes que se convocaran para personal subalterno deberían ir dirigidas a estos dos colectivos. En la práctica, el establecimiento de este elevado porcentaje y la concreción de la reserva únicamente en un cuerpo funcional provocaron un incumplimiento prácticamente absoluto de esta norma.

Tras la entrada en vigor de la CE, la LISMI establecerá en su artículo 38.3 la cuota de reserva de empleo público con carácter general, determinando que en las pruebas selectivas para el ingreso en los cuerpos de la Administración del Estado, de las comunidades autónomas, de la Administración local, Institucional y de la Seguridad Social debían ser admitidas las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás aspirantes. Por último, el vigente artículo 42.2 del TRLGDPD establece que en las ofertas de empleo público se reservará un cupo para ser cubierto por personas con discapacidad, en los términos establecidos en la normativa reguladora de la materia. Hay que recordar, no obstante, que el artículo 103.3 de la CE vincula inmediatamente la función pública al Estado de derecho al exigir, entre otras garantías de legalidad, la regulación de este ámbito mediante un estatuto de

los funcionarios públicos, y determinar como principios básicos del empleo público los de mérito y capacidad que, junto con el de igualdad enunciado en el artículo 23.2 de la CE, constituyen los tres pilares básicos en este ámbito.

Así pues, la imposición de un sistema basado en los principios de mérito y capacidad se presenta por oposición al de nombramientos y ceses discrecionales, y el encaje del contenido del artículo 49 de la propia CE no siempre resultará sencillo, y evidenciará, como hemos visto, importantes conflictos en relación con el alcance de la exigencia de satisfacción de los intereses generales respecto de la idoneidad para el acceso al empleo público de personas que tienen reconocida una discapacidad física, psíquica o sensorial. Podríamos decir, en síntesis, que estos principios constitucionales de mérito y capacidad se presentan como frenos a los sistemas de acceso al empleo público basados en la discrecionalidad, pero son también un impedimento al establecimiento de obligaciones directas de incorporación de personas con discapacidad en las administraciones públicas. A pesar de ello, el artículo 38.3 de la LISMI trasladó el principio constitucional de igualdad a las pruebas selectivas para el ingreso en la Administración pública y, posteriormente, la Ley 23/1988 introdujo en la Ley 30/1984, de medidas para la reforma de la Función Pública, una disposición adicional decimonovena de acuerdo con la cual en las ofertas de empleo público se debía reservar un cupo no inferior al 3 % de las vacantes para ser cubiertas por personas con discapacidad reconocida en un grado igual o superior al 33 %, siempre que estas personas superaran las pruebas selectivas, y con la pretensión de que, de este modo, progresivamente se alcanzara el 2 % de los efectivos totales de la Administración del Estado. No hay duda, por lo tanto, de que el legislador ordinario entendió que las exigencias constitucionales contenidas en los artículos 9.2, 14 y 23 requerían el establecimiento de medidas de reserva en el acceso de los ciudadanos con discapacidad al empleo público que pudieran favorecer la efectividad real del principio de igualdad, asumiendo la convivencia pacífica de tales medidas con los principios constitucionales de mérito y capacidad.

2.2.2. Los sistemas de cuota y los principios constitucionales relacionados con el empleo público: delimitación de la reserva

La cuestión de la relación entre el principio constitucional de igualdad y los de mérito y capacidad en el acceso al empleo público generó un amplio debate y numerosas controversias doctrinales y prácticas, hasta que el Tribunal Constitucional debió pronunciarse expresamente sobre este asunto, y lo hizo en la Sentencia 269/1994, de 3 de octubre (RTC 1994, 269). En aquel caso, la recurrente en amparo estimaba que la imposición de cuotas de reserva a favor de personas con discapacidad en un proceso selectivo para el acceso a unas plazas de funcionario de una Administración autonómica vulneraba el artículo 14 de la Constitución, así como los artículos 23.2 y

103. En síntesis, se entendían vulnerados los principios de mérito y capacidad «para dejar paso al principio de protección de determinados colectivos marginales que lo mismo podría extenderse a otros, como los afectados por el alcoholismo, la drogadicción, la baja renta, o el paro, y que, por muy loable que sea como intención, no alcanza suficiente virtualidad para desconocer aquellos» y se negaba que la diferenciación de trato introducida pudiera poseer una justificación objetiva y razonable, puesto que la preferencia otorgada «descansa sobre una condición personal (la limitación sensorial que padece), lo que constituye un criterio de diferenciación prohibido expresamente, por arbitrario, en el art. 14 CE, que en este caso perjudica a las personas que [...] se encuentran en plena posesión de sus facultades psíquicas y sensoriales».

El reproche se centraba, pues, en la posible irracionalidad de una diferencia de trato que, al margen del principio de igualdad en el acceso a la función pública en atención al mérito y la capacidad acreditados, se basaba en una condición de la persona —en este caso su discapacidad— que ponía en peor situación a aquellas otras que, aun habiendo obtenido puntuaciones superiores, no se hallaban afectadas por discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales. El TC sostiene, en su sentencia, que «es claro que la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo [...] no vulnera el art. 14 CE» y que, consecuentemente, no estamos ante un supuesto de discriminación, ya que las medidas de reserva son mecanismos aptos para el efectivo cumplimiento de los mandatos constitucionales, favorecen la igualdad en el acceso al empleo público de todos los ciudadanos y permiten la satisfacción de los intereses generales mediante la selección de candidatos aptos desde la perspectiva de los principios de mérito y capacidad consagrados en el artículo 103 de la CE. Esta posición del TC ha resultado un presupuesto imprescindible para el mantenimiento y posterior desarrollo de la normativa reguladora del acceso al empleo público de las personas con discapacidad, lo que ha fortalecido las técnicas de reserva de empleo y ha permitido una difusión de estas en otros ámbitos.

No obstante, no es suficiente con admitir que los sistemas de cupo o reserva de empleo en las convocatorias de empleo público son constitucionales, ya que en la práctica el elemento más complejo es la propia configuración del sistema. La cuestión de fondo, en definitiva, es la de determinar el contenido y la intensidad que debe tener esta medida de acción positiva, especialmente considerando que ni la LISMI ni la LIONDAU abordaron significativamente este asunto. En este sentido, hay que tener en cuenta, además, que los sistemas de cupo pueden aparecer tanto en normativa específica —como es el caso del artículo 59 del EBEP— como de manera transversal, en forma de cláusulas sociales que refuercen, aunque sea de modo indirecto, el compromiso de las administraciones públicas con el empleo de las personas con discapacidad. En la práctica, el desarrollo de estos sistemas de cupo transversal ha sido muy escaso, y se limita a favorecer, en algunas ocasiones, la

contratación directa o indirecta de personas con discapacidad en las contrataciones administrativas llevadas a cabo por las administraciones públicas, priorizando aquellos contratantes que acrediten un mayor grado de sensibilización con la incorporación de personas con discapacidad, más allá del mero cumplimiento de su obligación de reserva, cuando la tuvieren.

En la actualidad conviven dos preceptos, ambos con rango legal, reguladores de la cuota mínima de reserva en el ámbito del empleo público. Por una parte, el artículo 42.2 del TRLGDPD se limita a señalar que «en las ofertas de empleo público se reservará un cupo para ser cubierto por personas con discapacidad, en los términos establecidos en la normativa reguladora de la materia». Por otra, el artículo 59 del EBEP concreta esta obligación, estableciendo que en las indicadas ofertas se reservará un cupo no inferior al 7 %²¹ de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, de las que al menos el 2 % serán ofertadas para personas que acrediten discapacidad intelectual, siempre que en todo caso superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el 2 % de los efectivos totales en cada Administración pública. En la exposición de motivos de esta norma se dice que en materia de acceso al empleo público «ha sido preocupación esencial garantizar en la mayor medida posible la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como la transparencia de los procesos selectivos y su agilidad, sin que esto último menoscabe la objetividad de la selección» y se añade que ello no es incompatible con la necesaria adopción de medidas positivas para promover el acceso de personas con discapacidad a puestos de trabajo en el sector público.

El cupo, por lo tanto, es un porcentaje mínimo de plazas que deben reservarse para candidatos con discapacidad acreditada, pero no hay referencia alguna en la normativa vigente a un cupo máximo de reserva. No obstante, el artículo 3.2 del Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad,²² establece que en caso de que las plazas reservadas que resulten cubiertas por personas con discapacidad no superaran el 3 % del total de las convocadas, las no cubiertas se acumularán a la reserva del siguiente año, con el límite máximo del 10 %. A pesar de que algunos autores han querido ver en este precepto un límite máximo

21. La primera cuota de reserva de empleo público fue introducida, como vimos, por la Ley 23/1988, de 28 de julio, que añadió una disposición adicional decimonovena a la Ley 30/1984, de 2 de agosto, fijando el cupo de reserva en un 3 %. Posteriormente, la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, elevó el cupo al 5 %, porcentaje que fue el inicialmente incluido en el artículo 59 del EBEP. Se aprecia, por lo tanto, de manera evidente, un fortalecimiento de la reserva de empleo público en relación con las plazas reservadas en las ofertas de empleo, si bien el objetivo final sigue siendo el mismo que el fijado en 1988: alcanzar el 2 % real de empleo público para personas con discapacidad. Ni que decir tiene que ese objetivo sigue sin cumplirse actualmente.

22. El ámbito de aplicación de esta norma viene referido a la Administración del Estado, tal como la definía el artículo 1.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto. Considerando, no obstante, que esta norma reglamentaria desarrollaba un precepto básico, contenido primero en la citada ley y actualmente en el EBEP, parece razonable aceptar la extensión de ese ámbito de aplicación a todas las administraciones públicas, sin perjuicio de las especificidades que puedan incluir algunas de ellas.

absoluto, no hay que olvidar que se trata de una norma de rango reglamentario y que, en todo caso, se refiere únicamente a la acumulación de plazas no cubiertas en un ejercicio en el cupo del siguiente. Por lo tanto, nada obstaría, en principio, al establecimiento de un cupo mayor. Hay que tener en cuenta, no obstante, las limitaciones derivadas del principio de proporcionalidad. Es decir, la expresión *no inferior al siete por ciento* tampoco puede ser interpretada como un mínimo absoluto y carente de limitaciones máximas, puesto que una desproporción en el porcentaje de plazas reservadas podría desnaturalizar la medida de acción positiva y quebrar, por excesiva, la corrección de la desigualdad de oportunidades. Una excesiva protección, en definitiva, podría conllevar una vulneración del principio de igualdad respecto de las personas que no presentan discapacidad.

Así pues, las previsiones contenidas en el artículo 59 del EBEP pretenden evidenciar el respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. En este sentido, no olvida el legislador destacar la necesidad de superación de los procesos selectivos y la compatibilidad de la capacidad del aspirante con las características de las tareas que se han de desempeñar, todo ello en la línea de la doctrina sentada en la STC de 3 de octubre de 1994 (RTC 1994, 269). Se trata, por lo tanto, de ajustar los procesos selectivos a las peculiaridades que puedan presentar las personas con discapacidad, de modo que estas puedan concurrir en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos a las funciones y cargos públicos, tal como reclama la Constitución.

2.2.3. Empleadores afectados por el cupo de reserva

La obligación de reservar un cupo no inferior al 7 % en las ofertas de empleo público viene referida a las convocatorias realizadas por parte de cualquier Administración pública, ya sea estatal, autonómica o local, por una universidad pública o por organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculados a cualquiera de las administraciones públicas o dependientes de ellas, en los términos establecidos en el artículo 2 del EBEP. Por lo tanto, no procederá en estos casos exigir una reserva de empleo del 2 % a estos empleadores, puesto que, estando sometidos a la normativa contenida en el EBEP y, en consecuencia, a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, únicamente podrán contar con aquellos empleados que superen los procesos selectivos que se hayan diseñado de acuerdo con tales principios. Por ello, aplicamos a las administraciones públicas un sistema de cupo o de cuota indirecto, y no es exigible en estos casos un resultado concreto de incorporaciones de personas con discapacidad a las plantillas de esas administraciones, por lo que queda descartado en este ámbito el sistema de cuotas puro o directo.

La reserva de empleo público establecida en el artículo 59 del EBEP se proyecta sobre la totalidad de las plazas convocadas por una determinada Administración —afecta, por lo tanto, también a las plazas de promoción interna, de manera que esta medida de acción positiva actúa directamente en el ámbito de la promoción profesional de los empleados públicos con discapacidad— y no sobre cada uno de los procesos de convocatoria que esta realice, debiendo aparecer las plazas reservadas perfectamente especificadas en la correspondiente oferta pública de empleo y en cada una de las convocatorias, tal como se refleja en el artículo 4 del Real Decreto 105/2016, de 18 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2016. De este modo, el 7 % de reserva afectará a la totalidad de las plazas convocadas, pudiendo resultar un porcentaje distinto en cada uno de los procesos selectivos que se realicen siempre y cuando el resultado final no sea inferior al señalado 7 % de las plazas reservadas para personas con discapacidad en la correspondiente oferta de empleo público, de las que al menos un 2 %, recordemos, han de serlo para personas con discapacidad intelectual. Sobre la cuestión del redondeo de los decimales, se han planteado distintas fórmulas, que van desde aplicar en todo caso el número entero superior²³ hasta aplicar el más cercano y, consecuentemente, exigir el superior únicamente cuando la fracción sea superior a 0,5.²⁴ El mismo problema se plantea en el ámbito de la cuota de reserva del 2 % para el empleo no público establecida en el artículo 42.1, y que afecta tanto a empresas privadas como públicas. Como veremos en el siguiente capítulo, en el Criterio Técnico 98/2016 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se acoge la interpretación extensiva, en el sentido de que a la hora de cuantificar el número de puestos de trabajo que deben ocupar personas con discapacidad, en los casos en los que por aplicación de la cuota resulte un número con decimales, cuando estos superen la fracción 0,5 debe entenderse que se exige el número entero inmediatamente superior. Es decir, en caso de que por aplicación de la cuota del 2 % resultara una obligación de contratación de 3,6, el número de trabajadores con discapacidad contratados debería ser de 4.

Otra cosa es el resultado de esta medida de acción positiva puesto que, si bien siempre se ha mantenido, como hemos visto, cierta relación entre el cupo de reserva de empleo público y un objetivo concreto de contratación, lo cierto es que tras muchos años de vigencia de esta previsión normativa y después de la aprobación de un considerable número de ofertas de empleo público por parte de las distintas administraciones públicas, durante todo este tiempo, en las que se ha fijado el precep-

23. Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de julio de 2007 (JUR 2007\236879) y algunas normas de comunidad autónoma, como por ejemplo el artículo 3.2 del Decreto 51/2008, de 5 de septiembre, para el acceso al empleo público de las personas con discapacidad de La Rioja (Boletín Oficial de La Rioja de 10 de septiembre de 2008).

24. Sentencia del TSJ de Galicia de 13 de octubre de 2005 (JUR 2005\273780).

tivo cupo de reserva, la situación dista mucho de acercarse al mencionado objetivo.²⁵ Las causas del escaso impacto en el acceso de personas con discapacidad al empleo público generado por el cupo de reserva, ya sea este del 3, del 5 o del 7 %, son múltiples, pero nada hace pensar en este momento que permanecer en tal estrategia, sin enmienda alguna, vaya a provocar efectos más benéficos en un futuro inmediato. La presencia de empleados públicos con discapacidad en las administraciones públicas no puede considerarse, en modo alguno, como la culminación del objetivo de que se produzca en este ámbito una integración real de este colectivo, y cuestiona muy seriamente el cumplimiento de los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 23.2 y 49 de la CE. De hecho, en el *Informe sobre acceso de personas con discapacidad al empleo público* publicado en junio de 2006 por el Ministerio de Administraciones Públicas se reflejaba esta situación, al contemplar los datos correspondientes a las ofertas de empleo público de los años 2003, 2004 y 2005; en estos periodos fueron convocadas, en turno libre, 113, 205 y 237 plazas, respectivamente, y resultaron aprobadas un total de 46, 95 y 124 personas con discapacidad, también respectivamente. La «tendencia alcista» a la que hace referencia el informe no puede ocultar la insatisfactoria conclusión de que por esta vía se habían incorporado al empleo público en la Administración General del Estado un total de 265 personas con discapacidad en tres años. En posterior informe correspondiente a los años 2006 a 2008, el propio Ministerio reconoció que se habían convocado un total de 925 plazas de empleo público para personas con discapacidad en la Administración General del Estado en esos tres años, de las que resultaron cubiertas únicamente 507. Nuevamente, eran tan apreciables la mejora de los resultados como su evidente insuficiencia.

En este sentido, cabría plantearse la necesidad de incorporar en algunos supuestos convocatorias independientes para personas con discapacidad en el empleo público, sobre la base del respeto a los principios de mérito y capacidad pero también de la inclusión de capacidades diferentes. Resulta llamativa, en este punto, la actitud de las propias empresas públicas que se desprende de datos estadísticos y de informes basados en encuestas a los gestores de estas. Más del 80 % de las que resultan obligadas por ley a la incorporación de trabajadores con discapacidad como consecuencia de una obligación de reserva argumentan que no poseen elementos de juicio para no hacerlo, o al menos no los verbalizan, pero comentan la posibilidad de no contar con empleados con discapacidad porque simplemente no se presentan a los diferentes procesos de selección. Subyace también, en muchos casos, un prejuicio sobre la falta de capacidad de estas personas para llevar a cabo las tareas propias de los puestos de trabajo ofertados.

25. Sirva como ejemplo que, tal como se recordaba en la exposición de motivos de la Ley 53/2003, según datos facilitados por el Gobierno, como respuesta a una pregunta realizada por el grupo parlamentario socialista, en los años 2000 y 2001 se estimó que el porcentaje de personas con discapacidad que llegaron a aprobar en las distintas convocatorias para funcionarios de la Administración General del Estado oscilaba en torno a un desolador 0,2 % sobre el total de plazas convocadas.

En resumen, pues, podemos afirmar que la acción positiva en el ámbito público se proyecta por dos vías diferentes. Por una parte, el cupo de reserva de empleo en las convocatorias llevadas a cabo por administraciones públicas, establecido en el artículo 59 del EBEP, supone una reserva mínima del 7 % de esas plazas para personas con discapacidad, con la especificidad de que al menos el 2 % de ellas deben ser personas con discapacidad intelectual. Por otra, en aplicación del artículo 42.1 del TRLGDPD, las empresas públicas que cuenten con cincuenta o más trabajadores deben incorporar necesariamente en sus plantillas a personas con discapacidad, de modo que representen al menos el 2 % del total de trabajadores de estas empresas. Aunque pueda parecer contradictorio, lo cierto es que, a partir de la aplicación de los principios constitucionales de mérito y capacidad, ambos ámbitos se presentan claramente diferenciados. Así, el cupo de reserva de empleo en las convocatorias queda circunscrito al ámbito específico del empleo público, es decir, a aquellos procesos selectivos a los que resulten aplicables los repetidamente mencionados principios constitucionales y que se rijan por normas de empleo público, es decir, por el EBEP y por su normativa de desarrollo. Por el contrario, en aquellos casos en que, aun tratándose de una entidad pública —una empresa, en este caso— esta no se halle vinculada por estos principios y pueda llevar a cabo las contrataciones laborales en régimen de libre convocatoria y sin sujeción expresa a los procedimientos públicos de selección de personal, será de aplicación la cuota de reserva directa del 2 % siempre que esa empresa pública cuente, al menos, con cincuenta trabajadores. No obstante, lo cierto es que en el ámbito público la presencia, más o menos evidente, de los principios constitucionales de mérito y capacidad es constante, por lo que la obligación de reserva vendría referida al cupo establecido en el EBEP en la mayoría de los casos. Veremos este supuesto en el siguiente capítulo de esta obra.

En definitiva, el elemento diferenciador de la exigencia de uno u otro sistema de reserva es la libertad contractual. No se puede exigir un resultado de incorporación de personas con discapacidad en las administraciones públicas cuando estas están sometidas a los principios constitucionales de mérito y capacidad en sus procesos selectivos y, consecuentemente, carecen de discrecionalidad y aun de capacidad de decisión propia a la hora de elegir a los candidatos más adecuados. Tal decisión está regulada y normada y, por lo tanto, la obligación de reserva alcanza hasta la convocatoria, pero debe ser compasiva con la garantía de que el proceso de selección culmine con la selección de las personas más capacitadas, aun existiendo varios cupos o turnos. Cuando una entidad pública no esté sometida en modo alguno a tales restricciones contractuales —algo poco común en la práctica, como ya hemos señalado— tiene sentido la imposición de una obligación de reserva con exigencia de resultado. Esta es la interpretación que acoge el Criterio Técnico 98/2016 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Por último, hay que recordar que las administraciones públicas pueden tener distintas formas de vinculación jurídica con sus empleados, por lo que la cuota de reserva en los procesos selectivos afecta tanto a las de naturaleza funcionarial como a las laborales. Por lo tanto, no es la forma de vinculación la que determina la aplicación de uno u otro sistema de cuota, sino la naturaleza del proceso selectivo.

2.2.4. El cupo de reserva en la normativa de desarrollo del EBEP

El EBEP pretendió unificar la normativa común al conjunto de los funcionarios de todas las administraciones públicas, pero además determinó las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio. Por otra parte, el EBEP ha sido objeto de desarrollo normativo a través de las leyes de función pública de las distintas comunidades autónomas, así como aquellas que sean aplicables a la Administración local, con respeto en este caso a la autonomía organizativa propia de este ámbito. Viene así el EBEP a intentar paliar la «dispersión de la normativa básica» que menciona y que le precedió, procurando ajustar el nuevo marco normativo a los profundos cambios que nuestras administraciones públicas han venido sufriendo desde la aprobación de la normativa anterior que, conviene no olvidarlo, ha estado en vigor más de veinte años. Por otra parte, hay que tener en cuenta que hemos asistido a un permanente proceso descentralizador que ha provocado un incremento de las estructuras administrativas de las comunidades autónomas y el consecuente adelgazamiento de las de la Administración General del Estado, a la vez que hemos percibido el imparable crecimiento del empleo público local, caracterizado por la atomización de este ámbito y las consecuentes dificultades que presenta una galaxia de más de ocho mil quinientas entidades locales.

Sobre estas bases, el artículo 6 del EBEP establece que, en su desarrollo, las Cortes Generales y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas aprobarán, en el ámbito de sus competencias, las leyes reguladoras de la función pública de la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas. Después de los años transcurridos desde la aprobación de la norma básica —recordemos que el EBEP se aprobó el 12 de abril de 2007, y que la norma vigente fue aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre— todavía persisten muchas normas de función pública autonómica aprobadas antes del propio EBEP, y todo apunta a que su desarrollo se irá produciendo con menor rapidez de la que las grandes expectativas que se generaron en un principio podían hacer suponer.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que las materias que se verán afectadas por el desarrollo del EBEP a través de las distintas leyes de función pública serán de una notable importancia, considerando las permanentes alusiones que a tales leyes

realiza el propio Estatuto a lo largo de su articulado, y que se refieren a cuestiones tan relevantes como la determinación de puestos de trabajo que debe desarrollar el personal laboral, las condiciones de regulación del personal eventual, la regulación de la carrera profesional y las situaciones administrativas, la cuantía y estructura de las retribuciones complementarias, los derechos colectivos de los empleados públicos, el propio sistema de estructuración del empleo público, la movilidad de los empleados públicos, determinados sistemas de provisión de puestos de trabajo o el régimen disciplinario. Por otra parte, la aprobación de estas leyes de función pública que desarrollan el EBEP condiciona incluso el momento en que parte de su contenido comenzará a producir efectos,²⁶ cuestión nada baladí y que, en definitiva, afecta a la propia aplicación de la norma, de manera que una dilación excesiva en su desarrollo la desactiva al menos de manera parcial, lo que genera un régimen de transitoriedad que provoca incertidumbre y que en nada favorece la consecución del objetivo de ordenación de la normativa de función pública en todas las administraciones públicas que el propio EBEP enuncia.

No obstante, no se hace referencia expresa a la posibilidad de que las normas de desarrollo del EBEP puedan introducir modificaciones en la regulación del acceso al empleo público que el propio Estatuto contiene, si bien su artículo 37 incluye dentro de las materias que serán objeto de negociación en el ámbito correspondiente de cada Administración pública las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso. El modo en que pueda verse afectada la vigente regulación del acceso de las personas con discapacidad al empleo público una vez que se hayan aprobado la totalidad de normas de desarrollo del EBEP es ahora impredecible, si bien cabe concluir que las peculiaridades que en este ámbito puedan presentar dichas normas deberán someterse a los principios establecidos en el artículo 59 del propio EBEP, precepto en el que, por cierto, no se hace referencia alguna a la citada normativa de desarrollo.

Hay que tener en cuenta que el mencionado artículo 59 se halla incluido en el capítulo I del título IV del EBEP, dedicado al acceso al empleo público y a la adquisición de la relación de servicio, que se abre con el artículo 55 para señalar que las administraciones públicas, entidades y organismos a los que se refiere el artículo 2 del propio Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales, así como los que se señalan en el propio artículo, con la única salvedad de aquellas administraciones públicas que, en el ámbito de sus competencias, deberán prever la selección de empleados públicos debidamente capacitados para cubrir los puestos de trabajo en las comunidades autónomas que gocen de dos lenguas oficiales. Tal parece, pues,

26. La disposición final cuarta del EBEP establece que lo previsto en sus capítulos II y III del título III, excepto el artículo 25.2, y en el capítulo III del título V producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del propio EBEP.

el único margen establecido fuera de las previsiones que el EBEP contiene en esta materia y, por lo tanto, no cabría desarrollo alguno respecto del cupo de reserva de empleo para personas con discapacidad.

El propio artículo 59 del EBEP contiene una previsión dirigida a su normativa de desarrollo en relación con las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad. En estos aspectos, el EBEP ordena a todas las administraciones públicas la adopción de tales medidas, de modo que estas podrán aparecer en las normas correspondientes a cada una de ellas, una vez se vayan produciendo. En la actualidad, y considerando que la normativa de función pública de muchas comunidades autónomas es anterior a la publicación del EBEP, lo cierto es que no podemos encontrar ejemplos significativos de adopción de tales medidas en estos ámbitos normativos, más allá de las oportunas referencias a la necesidad de adaptar los procesos de selección y los puestos de trabajo a las condiciones y circunstancias que presenten las personas afectadas por algún tipo de discapacidad.

No obstante, y en relación con las normas de función pública autonómicas aprobadas tras la entrada en vigor del EBEP, en materia de reserva de empleo público para personas con discapacidad se han apreciado algunos supuestos en los que se ha modificado el contenido del artículo 59 del EBEP, discutiendo así su carácter básico y la imposibilidad de desarrollo de este. Es el caso, por ejemplo, de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana (BOE de 6 de agosto de 2010), cuyo artículo 55 establece que en las ofertas de empleo público de esa comunidad autónoma se reservaría un cupo no inferior al 7 % de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad. Considerando que en aquellos momentos el artículo 59 del EBEP establecía un cupo del 5 %, ²⁷ se producía una evidente ampliación de la obligación mínima de reserva. Actualmente coinciden los porcentajes de reserva en la norma estatal y en la valenciana, pero esta no previó reserva específica alguna para las personas con discapacidad intelectual, por lo que en ese ámbito debe entenderse modificada por el contenido del vigente artículo 59 del EBEP. Idéntica situación a la señalada en la Comunidad Valenciana se ha producido en otras comunidades, como por ejemplo en Galicia, ya que la disposición adicional séptima del Texto Refundido de la Ley de la función pública de esta comunidad, aprobado por Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo (BOE de 11 de julio) estableció también un cupo de reserva de empleo público del 7 %, en aquel momento superior al establecido con carácter general. Algunas normas posteriores al EBEP, pero anteriores a la modificación ope-

27. El actual cupo del 7 % fue introducido en el artículo 59 del EBEP por el artículo 11 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

rada en su artículo 59 por la Ley 26/2011, han recogido su contenido vigente sin presentar diferencias significativas en la regulación, incorporando anticipadamente la novedad que en la norma estatal provocó la adaptación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este es el caso del artículo 41 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha (BOE de 2 de mayo de 2011).

En aquellos casos en los que todavía no se han aprobado normas de función pública autonómicas con posterioridad a la entrada en vigor del EBEP, la reserva de empleo público que se regula acostumbra a tener formulaciones muy genéricas, y dista mucho en amplitud del contenido de la norma estatal, por lo que esta prevalecerá en cualquier caso. Así sucede, por ejemplo, con el artículo 26 del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública, que establece, sin precisar cupo alguno, que el Gobierno autonómico ha de promover las condiciones necesarias para facilitar el acceso a la función pública de personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de aspirantes. Posteriormente, la Ley 4/2000, de 26 de mayo, de medidas fiscales y administrativas (DO de la Generalitat de Catalunya de 29 de mayo de 2000) introdujo una modificación en el artículo 27 de esta norma catalana para establecer, en su apartado primero, que con la finalidad de poder lograr que el 2 % de la plantilla sea cubierto por personas discapacitadas que tengan reconocida la condición legal de disminuidas, se establece una reserva de hasta un 5 % de las plazas incluidas en las ofertas de empleo público.

La Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca, en su disposición adicional séptima, ya se refería a que «los *minusválidos* serán admitidos, en igualdad de condiciones con los demás aspirantes, en los procedimientos de selección para el acceso al servicio de las administraciones públicas vascas, siempre que reúnan las condiciones de aptitud para el desempeño de la función» y añadía que «en las pruebas selectivas se establecerán las adaptaciones de tiempo y medios que fueran precisos para su realización por personal *minusválido*, siempre que con ello no se desvirtúe el contenido de la prueba ni se reduzca o menoscabe el nivel de aptitud exigible en la misma». En semejantes términos se pronuncia el Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, cuya disposición adicional quinta establece que «los *disminuidos* físicos, psíquicos o sensoriales serán admitidos, en igualdad de condiciones con los demás aspirantes, a las convocatorias de selección para el acceso a la Administración de la Comunidad Autónoma cuando acrediten la aptitud necesaria para el desempeño de la función» y añade que «en las pruebas selectivas se establecerán las adaptaciones de tiempo y medios que fueran precisas para su realización por los aspirantes *minusválidos*, y que no desvirtúen el contenido de la respectiva prueba ni impliquen reduc-

ción ni menoscabo del nivel de suficiencia exigible en la misma». En definitiva, todas estas fórmulas resultan respetuosas con los principios constitucionales, pero son excesivamente parcas en su formulación, por lo que quedan ampliamente superadas en la actualidad por la concreción del artículo 59 del EBEP.

En una de las más recientes normas autonómicas de función pública, la Ley extremeña 13/2015, de 8 de abril, se establece que el acceso de las personas con discapacidad a la función pública de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, tanto para personal funcionario como laboral, se inspirará en los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación, accesibilidad universal y compensación de desventajas. Específicamente señala esta norma que, sin perjuicio de las adaptaciones y adecuaciones que procedan a favor de estos colectivos, no podrán ser alterados los requisitos de titulación exigibles, debiendo quedar en todo caso acreditada su capacidad para el desempeño de las funciones propias de los cuerpos, especialidades, agrupaciones profesionales o categorías profesionales a que los aspirantes pretendan acceder. Lo más destacado de esta norma, no obstante, es la elevación del cupo mínimo: en las ofertas de empleo público de su ámbito de aplicación se reservará un cupo no inferior al 10 % de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el 2 % de los efectivos totales en cada Administración pública de Extremadura. Esta reserva del mínimo del 10 % se realizará de manera que, al menos, el 2 % de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad. Llama la atención que, aun ampliando el porcentaje mínimo de reserva, no se modifica el del objeto perseguido, lo cual refuerza las dudas sobre la eficacia de incrementar sin más el cupo mínimo.

Por lo tanto, y al igual que sucede con el resto de materias reguladas en la normativa de desarrollo del EBEP, el acceso de las personas con discapacidad al empleo público deberá regirse por lo dispuesto en el artículo 59 de la norma estatal, y aplicarse y desarrollarse coordinadamente en los distintos territorios del Estado. En este sentido, el propio EBEP regula la Conferencia Sectorial de Administración Pública,²⁸ de la que depende la Comisión de Coordinación del Empleo Público, una de cuyas competencias es precisamente «impulsar las actuaciones necesarias para garantizar la efectividad de los principios constitucionales en el acceso al empleo público». Una vez más, la paulatina aparición de la normativa de desarrollo y las actuaciones que

28. El artículo 100 del EBEP establece lo siguiente: «La Conferencia Sectorial de Administración Pública, como órgano de cooperación en materia de Administración pública de la Administración General del Estado, de las administraciones de las comunidades autónomas, de las ciudades de Ceuta y Melilla, y de la Administración local, cuyos representantes serán designados por la Federación Española de Municipios y Provincias, como asociación de entidades locales de ámbito estatal con mayor implantación, sin perjuicio de la competencia de otras conferencias sectoriales u órganos equivalentes, atenderá en su funcionamiento y organización a lo establecido en la vigente legislación sobre régimen jurídico de las Administraciones públicas».

estos órganos de cooperación entre administraciones públicas lleven a cabo condicionarán la valoración final que la reforma pueda merecer en relación con la materia que nos ocupa.

2.3. Procedimiento para la aplicación del cupo de reserva y otras medidas de acción positiva

En el ámbito del empleo público, el cupo o cuota de reserva del 7 % se complementa, desde el punto de vista de la acción positiva, con el deber de adaptación. A partir del mandato legal contenido en el artículo 59 del EBEP, que exige a cada Administración pública la adopción de las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad —exigencia reiterada, en semejantes o idénticos términos, en las normas de función pública autonómicas aprobadas tras la entrada en vigor del EBEP y, en definitiva, presente en todos los ámbitos territoriales atendido el carácter básico de la normativa estatal—, el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, regulador del acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad en la Administración central, supuso un hito importante al reflejar en su artículo 19.1, con carácter estable, el derecho de las personas con discapacidad a adaptaciones de tiempo y de medios. Por otra parte, fuera del ámbito de la Administración General del Estado, se han aprobado reformas específicas en esta materia, como es el caso, para la carrera judicial, del Acuerdo de 2 de abril de 2008, del Pleno del Consejo del Poder Judicial, mediante el que se modifica el Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial.

Comenzando por el procedimiento para determinar la reserva de plazas en las convocatorias para personas con discapacidad, el Real Decreto 2271/2004 hace referencia a todas las personas que puedan acreditar tal circunstancia por cualquiera de los medios legalmente previstos.²⁹ La participación de estas personas en la convocatoria, que podrá ser un turno independiente o incorporarse en la ordinaria, requerirá que en el momento de la solicitud lo hagan constar expresamente, acompañando la acreditación de su grado de discapacidad y, en el caso de aquellas personas que tengan reconocida una discapacidad intelectual, la correspondiente tipología.

En el ámbito de la Administración General del Estado, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas realizará la distribución de la reserva de plazas dando preferencia y mayor cupo de reserva a las vacantes en cuerpos, escalas o categorías

29. Recordemos que se acredita mediante la correspondiente resolución o documento acreditativo del reconocimiento del grado de discapacidad o, aplicando la asimilación, la resolución que reconozca alguna de las pensiones de incapacidad permanente o inutilidad señaladas en el artículo 4.2 del TRLGDPD.

cuyos integrantes normalmente desempeñen actividades compatibles en mayor medida con la posible existencia de una discapacidad. Una vez determinada dicha distribución, el número de plazas reservadas quedará recogido en la correspondiente convocatoria. Por lo tanto, resulta perfectamente posible que la reserva no sea uniforme en todas las convocatorias; de hecho, la norma favorece que no lo sea para permitir una mayor inclusión de personas con discapacidad en este ámbito público. Por otra parte, la norma prevé que, en el supuesto de que alguno de los aspirantes con discapacidad que se haya presentado por el cupo de reserva de personas con discapacidad superase los ejercicios correspondientes, pero no obtuviera plaza y su puntuación fuera superior a la obtenida por otros aspirantes del sistema de acceso general, sea incluido por su orden de puntuación en el sistema de acceso general. De este modo, se evita que el cupo pudiera tener un efecto totalmente contrario al previsto y supusiera una desventaja para un aspirante con discapacidad. Lógica formulación del legislador, puesto que podría ocurrir que las notas obtenidas por los aspirantes con discapacidad fueran ostensiblemente superiores a las del turno no restringido, de modo que un candidato del primer grupo podría quedar fuera de su turno por nota, pero entrar en el general.

El contenido de las pruebas selectivas será idéntico para todos los aspirantes, independientemente del turno por el que se opte, sin perjuicio de las adaptaciones previstas para las personas con discapacidad, a las que nos referiremos más adelante. Durante el procedimiento selectivo se dará un tratamiento diferenciado a los dos turnos, en lo que se refiere a las relaciones de admitidos, los llamamientos a los ejercicios y la relación de aprobados. No obstante, al finalizar el proceso, se elaborará una relación única en la que se incluirán todos los candidatos que hayan superado todas las pruebas selectivas, ordenados por la puntuación total obtenida, con independencia del turno por el que hayan participado. Además, dicha relación será la determinante para la petición y la adjudicación de destinos, si bien quienes hayan obtenido plazas reservadas para personas con discapacidad podrán solicitar al órgano convocante la alteración del orden de prelación para la elección de las plazas dentro del ámbito territorial que se determine en la convocatoria, por motivos de dependencia personal, dificultades de desplazamiento u otras análogas, que deberán ser debidamente acreditados. El órgano convocante decidirá dicha alteración cuando se encuentre debidamente justificada, y deberá limitarse a realizar la mínima modificación en el orden de prelación necesaria para posibilitar el acceso al puesto de la persona con discapacidad.

La norma prevé también la posibilidad de que, en el ámbito de la Administración General del Estado, el órgano convocante pueda solicitar al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la realización de convocatorias independientes, no su-peditadas a las ordinarias, en las que las plazas estarán reservadas a personas con discapacidad. En este caso, las pruebas tendrán el mismo contenido y grado de exigencia que las que se realicen en las convocatorias ordinarias, sin perjuicio de las

adaptaciones necesarias para las personas con discapacidad. Las plazas incluidas en estas convocatorias se computarán, en todo caso, en el cupo reservado en la oferta de empleo público para su cobertura entre personas con discapacidad.

Finalmente, en las plazas que se convoquen para puestos de carácter temporal que incluyan fase de oposición y en las que se convoquen veinte plazas o más en un mismo ámbito de participación, se aplicará también el correspondiente cupo de reserva para personas con discapacidad, acumulándose las que queden vacantes a las libres. En estos casos, las adaptaciones de medios que se realicen en ningún caso deberán perjudicar la necesaria urgencia y celeridad que debe regir estos procesos.

En lo que respecta a las adaptaciones, también procederán tanto si se concurre por turno libre como por turno reservado,³⁰ e incluso en las convocatorias de personal temporal en las condiciones que hemos visto anteriormente. Estas adaptaciones no se ciñen únicamente al ámbito de las pruebas selectivas, sino que también están presentes en otros momentos de los procesos, como son los cursos de formación incluidos en los propios procesos selectivos y los periodos de prácticas previstos en el artículo 61.5 EBEP. El Real Decreto 2271/2004 exige que la Administración convocante indique expresamente la posibilidad de introducir adaptaciones, así como que los interesados puedan formular la correspondiente petición concreta en la solicitud de participación, precisando los ajustes o adaptaciones de medios o de tiempos necesarios para desarrollar adecuadamente las pruebas, no admitiéndose las solicitudes vagas o inconcretas.³¹

El Real Decreto 2271/2004 se complementa, en esta materia, con la Orden PRE/1822/2006, de 9 de junio, por la que se establecen criterios generales para la adaptación de tiempos adicionales en los procesos selectivos para el acceso al empleo público de personas con discapacidad. Esta norma establece, en su apartado cuarto, que las personas con discapacidad deberán aportar el dictamen técnico facultativo emitido por el órgano de calificación del grado de discapacidad, acreditando de manera fehaciente las deficiencias permanentes que han dado lugar al grado de discapacidad. Por otra parte, en el apartado quinto se establece que el órgano de selección podría requerir a los órganos técnicos de calificación del grado de discapacidad un informe en relación con la necesidad de adaptación de tiempos para el desarrollo de la prueba selectiva en cada caso concreto. En este caso, el órgano de calificación conocerá previamente las exigencias de las pruebas y los medios disponibles aceptados por el órgano de selección, así como las capacidades del aspirante, debiendo el informe del órgano técnico de calificación resolver sobre la idoneidad de adecuar la prueba y los tiempos recomendados y, en su caso, las correspondientes consideraciones técnicas. La consecuencia de la omisión de las medidas de adap-

30. STS de 5 de mayo de 2008 (JUR 2008\185402) y SAN de 17 de marzo de 1998 (RJCA 1998\846).

31. STSJ del País Vasco de 30 de junio de 2005 (JUR 2005\487).

tación solicitadas e identificadas por el aspirante con discapacidad dará lugar a la retroacción de las actuaciones hasta el momento en el que aquellas se denegaron,³² sin que sea posible enmendar posteriormente la omisión calculando los supuestos resultados que se habrían obtenido de haberse concedido las adaptaciones.

En relación con las adaptaciones de tiempo, que no se concederán de forma automática, sino únicamente cuando la discapacidad guarde relación directa con la prueba que deba realizarse, el artículo 7.3 del Real Decreto 2271/2004 señala que consistirán en «la concesión de un tiempo adicional para la realización de los ejercicios», fijando los criterios generales mediante resolución conjunta de los ministerios de Hacienda y Administraciones Públicas y de Empleo y Seguridad Social. Esta previsión reglamentaria se desarrolló en la ya citada Orden PRE/1822/2006, en cuyo anexo se prevén ampliaciones específicas de tiempo basadas en una amplia tipología de deficiencias acreditadas, pudiéndose como máximo conceder el doble del tiempo normal para la realización de la prueba.

El artículo 8.4 del Real Decreto 2271/2004 prevé, además de estas adaptaciones de tiempo, las de los medios y los ajustes razonables, definidos como un conjunto que en sí mismo incluye tres tipos de ajustes, de entre los que destacan los referidos a los medios materiales y humanos, las asistencias y apoyos y las ayudas técnicas o tecnológicas asistidas que se precisen para la realización de las pruebas. En este caso, en ausencia de previsión en el real decreto de desarrollo específico,³³ el órgano de selección deberá resolver caso por caso, en la medida en que exista relación entre la discapacidad y la prueba que se ha de realizar. Sirva como ejemplo de este tipo de adaptaciones la ampliación del tamaño de la letra del cuestionario de la prueba selectiva, tal como se recoge en la STSJ del País Vasco de 30 de junio de 2005 (JUR 2005\207202).

Por su parte, el Real Patronato Sobre Discapacidad ha señalado como pauta de funcionamiento de los procesos selectivos que «no es discutible la necesidad de una máquina de mecanografía en braille para los ciegos o, en su caso, de un intérprete de lenguaje de signos y/o la adaptación escrita de las preguntas para los aspirantes sordos que lo necesiten». Tampoco parece que puedan cuestionarse otras adaptaciones frecuentemente solicitadas, como es el caso de sillas o mesas especiales o bien la atención especializada en la transmisión de las instrucciones de realización del ejercicio. En todo caso, las adaptaciones de medios no pueden suponer una reducción de las exigencias funcionales del puesto de trabajo que se deba desarrollar,³⁴

32. SAN de 17 de marzo de 1998 (RJCA 1998\846).

33. La falta de una disposición específica como la Orden PRE/1822/2006, de tiempos, puede generar mayores dudas, razón por la que cobra mayor interés el informe de los órganos técnicos de la Administración laboral, sanitaria o de los órganos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

34. STS de 19 de mayo de 2006 (RJ 2006\2372). Las adaptaciones de medios no deben consistir en una reducción, por ejemplo, del esfuerzo que se ha de realizar en las pruebas de aptitud física cuando se entienda que la realización del esfuerzo es necesario para el desempeño de la función.

si bien deben ser aceptadas cuando supongan una compensación de una desventaja, en términos de proporcionalidad, y deben abarcar no únicamente el proceso selectivo como tal, sino también la accesibilidad de la información y la comunicación de los procesos, por un lado, y la accesibilidad del propio recinto o espacio físico donde se desarrollen las pruebas, por otro.

Una vez superado el proceso selectivo, el deber de adaptación abarcará tanto la adjudicación del puesto de trabajo como la adaptación de este. Para el primer caso, el Real Decreto 2271/2004 establece, en su artículo 9, reglas específicas para aspirantes con discapacidad que hayan sido admitidos en convocatoria ordinaria con plazas reservadas, previendo en su artículo 3.3 que al finalizar el proceso se elabore una relación única de aprobados, que incluirá a los opositores por turno abierto y por turno reservado, ordenada a partir de la puntuación total obtenida por cada candidato. No obstante, únicamente las personas con discapacidad que hayan obtenido plaza por turno reservado podrán solicitar al órgano convocante la alteración del orden de prelación para la elección de destino.

Para finalizar, y en lo que respecta a las adaptaciones de los puestos de trabajo, podrán ser de carácter estructural u organizativo. En este sentido, el artículo 10 del Real Decreto 2271/2004 reconoce este derecho a las personas con discapacidad, previo informe del órgano competente que acredite, de un lado, la procedencia o necesidad de la adaptación y, de otro, la compatibilidad entre la discapacidad y las funciones atribuidas al puesto o puestos tras la introducción de la adaptación. Por otra parte, el artículo 12 del mismo real decreto determina que la Administración fomentará la formalización de convenios con entidades relacionadas con la discapacidad, orientados a la realización de proyectos de empleo con apoyo, con la finalidad de facilitar la integración en el sector público estatal de personas con discapacidad que presenten especiales dificultades; sobre esta base, caben adaptaciones orientadas al apoyo o acompañamiento laboral previsto para empleados públicos afectados por especiales dificultades y que en el ámbito de la empresa se encuentra regulado en el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio. Tales convenios, si se pretende conseguir la integración de personas con especiales dificultades, debieran estar financiados por la Administración del Estado.

3. La gestión y el fomento del empleo de las personas con discapacidad y la cuota de reserva del TRLGDPD

3.1. El papel de la Administración pública en la gestión y el fomento del empleo de las personas con discapacidad

El Estado no solamente tiene implicaciones directas, como empleador, en la inclusión laboral de las personas con discapacidad, sino que además regula la intermediación en el empleo de estas personas y establece distintos mecanismos favorecedores de este. Bien es cierto que el intervencionismo público en la gestión y el fomento del empleo en general, y también respecto del de las personas con discapacidad en particular, ha cambiado sustancialmente desde la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores de 1980 hasta nuestros días. En aquella norma se decía que los empresarios estaban obligados a solicitar de las Oficinas de Empleo los trabajadores que necesitaran, así como a comunicar la terminación de los contratos de trabajo de los que fueran parte.³⁵ En la actualidad el Estado ya no tiene el monopolio de la intermediación pública, por lo que existe la posibilidad de contratación directa para los empresarios, que, por otra parte, también pueden acudir a agencias privadas de colocación, recogidas en el artículo 32 del vigente Texto Refundido de la Ley de Empleo, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre.

No obstante, todavía quedan algunos residuos en normativa antigua de la exigencia de intermediación pública, como es el caso del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, cuyo artículo 4 exige a las empresas públicas o privadas obligadas por la cuota de reserva del 2 % —entonces regulada en el artículo 38.1 de la LISMI— a contratar trabajadores con discapacidad «entre los que se encuentren inscritos como tales en el correspondiente registro de trabajadores con discapacidad de la Oficina de Empleo». La misma norma exige que las empresas

35. Artículo 16 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo. El mismo precepto exoneraba de tal obligación a las empresas únicamente cuando no existiese Oficina de Empleo en la localidad, o no se les facilitase por la Oficina, en el plazo de tres días, los trabajadores solicitados, o no contratasen a los que la Oficina les hubiera facilitado. Aun en estos supuestos, en los que se podía realizar la contratación sin intermediación pública, seguía siendo obligatoria esta comunicación a la Oficina de Empleo correspondiente.

soliciten los trabajadores con discapacidad de la correspondiente Oficina de Empleo, con descripción detallada de los puestos por cubrir, características técnicas de estos, así como capacidad que debe tener el trabajador para cubrir dicho puesto. En el actual contexto normativo, estas exigencias han dejado de tener sentido, si bien hay que considerar que pueden continuar siendo un requisito exigible para acceder a los beneficios económicos que esta norma prevé para la contratación de personas con discapacidad, consistentes en subvenciones para la contratación indefinida y para la adaptación de puestos de trabajo o la eliminación de barreras para estas personas en su entorno laboral. Hay que señalar que, en la práctica, estas subvenciones no se están reconociendo en la actualidad en muchas comunidades autónomas, debido en la mayoría de los casos a restricciones presupuestarias.

Pero al margen de la referencia al papel intermediador de las administraciones públicas en la gestión del empleo de las personas con discapacidad, es obligado el análisis de las políticas de empleo de estas personas que se aplican actualmente. Cabe decir que en los últimos años ha adquirido un notable protagonismo la presencia, tanto en el derecho interno como en el europeo, del denominado *soft law* en esta materia; nos referimos a la aprobación y publicación de distintos planes y estrategias que fijan los objetivos últimos de las políticas de empleo y los mecanismos para llevarlos a cabo, pero que no son inmediatamente operativos ni vinculantes para el ejecutor de estas políticas, que no es otro que la propia Administración pública. De este modo, el legislador muestra abiertamente sus tendencias políticas a la hora de diseñar un marco regulador del empleo de las personas con discapacidad, pero lo hace de un modo que no obliga *ab initio*, es decir, que no son leyes o reglamentos con valor normativo desde su entrada en vigor, sino que plantean los escenarios normativos que serán necesarios para llevar a cabo tales políticas. Ni que decir tiene que en muchas ocasiones el contenido de estas estrategias y planes no se ve refrendado por la aprobación de normas que permitan su total aplicación.

Comenzaremos refiriéndonos a la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 15 de noviembre de 2010). Esta Estrategia Europea señala que una de cada seis personas de la Unión tiene alguna discapacidad y que, con frecuencia, esta circunstancia impide la normal participación en la vida social y económica a causa de barreras físicas y de la actitud del resto de la sociedad. Ello se traduce en que el índice de pobreza de las personas con discapacidad es un 70 % superior a la media, en parte por tener un menor acceso al empleo. Considerando que la crisis económica ha repercutido negativamente en la situación de las personas con discapacidad, resulta aún más imperativo actuar, de modo que la estrategia pretende mejorar las vidas de estas personas y

aportar mayores beneficios a la sociedad y a la economía sin imponer una burocracia innecesaria a la industria y a las administraciones públicas.

En el ámbito concreto del empleo, la Estrategia Europea sobre Discapacidad lo señala como uno de los ocho ejes primordiales de actuación, junto con la accesibilidad, participación, igualdad, educación y formación, protección social, sanidad y acción exterior. Señaladamente, se hace referencia a la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en los términos recogidos en la Directiva 2000/78/CE, favoreciendo la diversidad y luchando contra la discriminación mediante campañas de sensibilización a escala nacional. Es en aspectos como este en los que se muestra la debilidad de estos mecanismos estratégicos, ya que el éxito de sus propuestas queda totalmente condicionado por la asunción de compromisos reales en los distintos Estados. En España, desde luego, no es especialmente apreciable el esfuerzo de sensibilización al que se refiere esta estrategia.

Para conseguir el objetivo de la plena integración de las personas con discapacidad en nuestro mercado de trabajo es preciso ofrecer empleos de calidad, ya que solo así se asegura una independencia económica, se fomentan los logros personales y se ofrece la mejor protección frente a la pobreza. Sin embargo, la tasa de empleo de las personas con discapacidad en Europa se sitúa solo en torno al 50 %. Las propuestas de la Estrategia Europea sobre Discapacidad para conseguir estos fines son, básicamente, las siguientes:

- Facilitar a los Estados miembros análisis, orientaciones políticas, intercambios de información y otro tipo de apoyo.
- Dar a conocer mejor la situación de las mujeres y los hombres con discapacidad respecto al empleo, identificando retos y proponiendo soluciones.
- Prestar especial atención a los jóvenes con discapacidad en su transición de la educación al empleo.
- Abordar la movilidad interna en el mercado laboral «abierto» y en talleres protegidos a través del intercambio de información y del aprendizaje mutuo.
- Tratar la cuestión de las actividades por cuenta propia y de los empleos de calidad, sin descuidar aspectos como las condiciones de trabajo y la promoción profesional, contando con la participación de los interlocutores sociales.
- Intensificar el apoyo a las iniciativas voluntarias que promueven la gestión de la diversidad en el lugar de trabajo, tales como «cartas de la diversidad» firmadas por la empresa o iniciativas de empresa social.

Los esfuerzos nacionales, por su parte, deben ir encaminados a analizar la situación de las personas con discapacidad en el mercado laboral; luchar para evitar que las personas con discapacidad caigan en la trampa o entren en la cultura de las prestaciones por discapacidad, que les disuaden de entrar en el mercado laboral; contribuir a su integración en el mercado laboral a través del Fondo Social Europeo (FSE); desarrollar políticas activas del mercado; mejorar la accesibilidad

de los lugares de trabajo; desarrollar servicios de colocación profesional, estructuras de apoyo y formación en el puesto de trabajo; y promover el uso del Reglamento general de exención por categorías, que permite conceder ayudas estatales sin notificación previa a la Comisión. En definitiva, ardua tarea para las administraciones públicas que, como ya hemos señalado, con frecuencia no son capaces de trasladar a la realidad práctica la totalidad de iniciativas que plantea esta estrategia.

Motivada, entre otras, por la Estrategia Europea sobre Discapacidad, en el ámbito estatal español se ha aprobado la Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020, publicada por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, y que hace especial referencia, también, a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y a la Ley 26/2011, que adaptó la normativa interna española a esta convención. Siguiendo la línea europea, se señala que la discapacidad es una circunstancia presente en todas las sociedades, hasta el punto de que afecta al 15 % de la población mundial, de modo que ignorar a estas personas equivale a renunciar a ese porcentaje de talento en nuestras sociedades. En el momento de la aprobación de esta estrategia, el número total de personas residentes en hogares españoles que declaraban tener alguna discapacidad ascendía a 3.847.900, lo que suponía un 8,5 % de la población. De estas personas, 2,30 millones son mujeres frente a 1,55 millones de hombres, lo que en términos relativos significa que si de cada 100 hombres 7 dicen presentar una discapacidad, en las mujeres esta relación aumenta a 10 de cada 100.

La Estrategia Española sobre Discapacidad se presenta como un instrumento válido, junto con otras iniciativas sectoriales concretas —tales como la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012 o la Estrategia Integral Española de Cultura para Todos— para conseguir los objetivos de igualdad de oportunidades e igualdad de trato de las personas con discapacidad en el ámbito laboral. Para ello, es fundamental la sensibilización de todos los sectores de la población, junto con una potenciación de la accesibilidad en el acceso al empleo y en el desarrollo del trabajo. Las medidas estratégicas planteadas para la consecución de estos fines son las siguientes:

- Impulsar el desarrollo de empleabilidad de un número creciente de personas con discapacidad para garantizar el cumplimiento del objetivo general de empleo del Programa Nacional de Reformas de España 2011.

- Incorporar en la futura Estrategia Española de Empleo el factor de la discapacidad manteniendo los avances normativos en vigor y mejorando estos, con una garantía de mínimos comunes entre las diferentes comunidades autónomas.

- Promover las actuaciones precisas para fomentar y desarrollar la nueva economía de la discapacidad.

- Promover actuaciones específicamente dirigidas a impulsar la incorporación de las mujeres con discapacidad al mercado laboral, en igualdad de oportunidades.

Finalmente, hay que señalar que la Estrategia Española sobre Discapacidad cuenta en la actualidad con un plan de acción, elaborado por la dirección general competente, y aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de septiembre de 2014, que desarrolla los contenidos de la propia estrategia. En materia de empleo, este plan tiene un objetivo estratégico, que no es otro que el de promover el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación. Para la consecución de este objetivo estratégico se plantean cinco objetivos operativos —que se traducen en 13 medidas concretas—, que son los siguientes:

- Promover el acceso de las personas con discapacidad al empleo.
- Promover el emprendimiento de las personas con discapacidad.
- Asegurar para las personas con discapacidad condiciones laborales dignas y la igualdad de oportunidades en el empleo, así como favorecer la conciliación.
- Fomentar la contratación pública socialmente responsable.
- Concienciar al empresariado y al sector público de las capacidades laborales de las personas con discapacidad.

Así pues, la carga de responsabilidad que asumen las administraciones públicas en la gestión y el fomento del empleo de las personas con discapacidad, a pesar de la pérdida de protagonismo en la intermediación, es notable. Algunas de las medidas que proponen estas estrategias y planes son claramente trasladables a la práctica y no requieren aprobación posterior de normas, pero en otros casos resulta imposible implementar los contenidos estratégicos y planificados sin pasar por el Boletín Oficial. Y eso no siempre sucede.

3.2. La acción positiva como garantía de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo: la cuota de reserva del TRLGDPD

Como ya hemos visto, la discriminación que puede generar la discapacidad debe ser combatida con medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad y el desarrollo de la actividad profesional de estas personas en condiciones de igualdad de trato. En primer término, hay que señalar que la acción positiva en el ámbito del empleo admite dos posibilidades: la llamada acción positiva indirecta o promocional, basada en la incentiación económica de la contratación de personas con discapacidad, y la acción positiva directa o imperativa, que impone la obligación a determinadas empresas de contratar a personas con discapacidad.

En relación con las acciones positivas promocionales, actualmente en España se centran básicamente en dos grandes mecanismos: las bonificaciones y reducciones de las cuotas de la Seguridad Social, por una parte, y las subvenciones a la contratación de personas con discapacidad, por otra. Las acciones promocionales

y las imperativas son compatibles entre sí, pudiendo coincidir en un mismo sujeto, esto es, en una misma empresa, de modo que puede estar obligada a cumplir con un número mínimo de contrataciones de personas con discapacidad y, simultáneamente, beneficiarse económicamente por tales contrataciones. No obstante, y puesto que nos estamos centrando en el ámbito público exclusivamente, nos ocuparemos en este apartado de las medidas de acción positiva directa, ya que, como veremos inmediatamente, las promocionales tienen escasísimo recorrido en este ámbito.

En efecto, la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora y el crecimiento del empleo, regula en su artículo 2 los incentivos económicos de la contratación de personas con discapacidad, ya sea temporal o indefinida. Estos incentivos consisten en bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, y su importe se fija entre 4.500 y 6.300 euros anuales en el caso de contrataciones indefinidas a jornada completa, y entre 3.500 y 5.300 euros anuales en el caso de las contrataciones temporales de fomento del empleo a jornada completa; para los contratos a tiempo parcial el artículo 2.7 de la ley establece reglas de proporcionalidad en las bonificaciones. En ambos casos, los factores que determinan que la bonificación sea mayor o menor son la edad, el sexo y la tipología de discapacidad. Así, las mujeres, las personas de más de cuarenta y cinco años y las personas con discapacidades severas generan bonificaciones más altas. A este último colectivo pertenecen quienes acrediten una discapacidad intelectual, enfermedad mental o parálisis cerebral en grado igual o superior al 33 % o bien cualquier otro tipo de discapacidad en grado no inferior al 65 %. Además, como ya hemos tenido ocasión de señalar, el Real Decreto 1451/1983 sigue previendo la aplicación de subvenciones a la contratación de personas con discapacidad.

No obstante, la propia Ley 43/2006 supuso un punto de inflexión en lo que se refiere a las administraciones públicas, ya que su artículo 1.4 establece que quedarán excluidos de estos beneficios la Administración General del Estado y los organismos regulados en el título III y en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, así como las administraciones autonómicas y las entidades locales y sus organismos Públicos.³⁶ Así pues, ninguna Administración pública podrá acogerse a estas bonificaciones, ni directamente ni a través de organismos públicos, algo que parece razonable si consideramos que estos incentivos tienen la finalidad de promover el empleo de las personas con discapacidad, algo que en el caso de las administraciones públicas no se hace, como hemos tenido ocasión de comprobar, de manera directa, sino a través de la reserva de plazas en las ofertas de empleo público. Por lo tanto, obligada la Administración a reservar empleo para

36. Derogada la Ley 6/1997, la normativa reguladora de esta materia actualmente está contenida en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuyo artículo 2 define su ámbito subjetivo.

personas con discapacidad en las convocatorias, y regidas estas por los principios de mérito y capacidad y no por el de libertad contractual, no tiene sentido establecer incentivos económicos en este ámbito para la contratación de personas con discapacidad, ya que esta no depende de la decisión del empleador, sino de los méritos y las capacidades de los candidatos.

Esta exclusión afectará tanto al empleo ordinario como al empleo protegido, ya que las bonificaciones aplicables a los centros especiales de empleo se incorporaron también a la Ley 43/2006, por lo que se ven afectadas por el contenido del artículo 1.4, que ya hemos visto. Por lo tanto, el empleo protegido, cuando sea de titularidad pública, también está privado de esta incentivación promocional. Otra cosa es que el centro especial de empleo sea de iniciativa pública, pero su organización y gestión se sitúen fuera del ámbito de las administraciones públicas, puesto que de ser así la regla será la libertad contractual y, consecuentemente, serán aplicables los incentivos económicos previstos en la Ley 43/2006. En los casos de los centros especiales de empleo el incentivo consiste en una bonificación del 100 % de la cuota empresarial de la Seguridad Social, sea cual fuere el tipo de contrato celebrado con una persona con discapacidad.

3.2.1. Reserva de empleo en el sector público: cupo de reserva del 7 % y cuota de reserva del 2 %

Excluidas, pues, las posibilidades de incentivación económica de la incorporación de personas con discapacidad en el ámbito público, podemos concluir que el legislador ha depositado todas sus esperanzas de mejora de la situación de empleo de las personas con discapacidad en el sector público en las cuotas de reserva. Ya hemos visto en el capítulo anterior la configuración de la reserva de empleo público a través de los turnos restringidos para personas con discapacidad en las ofertas y en las convocatorias de empleo público, además de otras medidas de acción positiva directa relacionadas con la realización de las pruebas selectivas y el desarrollo de la actividad profesional por parte de estas personas. No obstante, el redactado del artículo 42.1 del TRLGDPD contiene una interesante referencia al ámbito público que hace que en realidad se planteen las dos vías de reserva en este. Señala este precepto que las empresas³⁷ públicas y privadas que empleen a un número de cincuenta o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 % sean trabajadores con discapacidad. Por lo tanto, las empresas públicas no vienen obligadas al cupo de reserva del 7 %, sino a la contratación

37. Nótese que el precepto no hace referencia alguna a los grupos de empresas, lo que impedirá apreciar estas figuras a la hora de determinar el cumplimiento de la cuota de reserva. También ha desaparecido la referencia a que los trabajadores sean «fijos», extremo que sí figuraba en el redactado inicial del artículo 38.1 de la LISMI, precedente de este 42.1 del TRLGDPD. Computarán, por lo tanto, la totalidad de trabajadores de la empresa, en todos sus centros de trabajo y sea cual fuere el tipo de contrato que tengan.

efectiva de un 2 %, como mínimo, de personas con discapacidad. El Criterio Técnico 98/2014 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ya citado anteriormente, indica que por empresas públicas hay que entender en el ámbito de la Administración General del Estado las entidades públicas empresariales a las que hacen referencia los artículos 103 y 104 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en vigor desde 1 de octubre de 2016. En los ámbitos autonómico y local se considerarán empresas públicas aquellas en las que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen.

En la práctica, considerando la complejidad de formas administrativas que presenta el sector público, surgen zonas de penumbra a la hora de determinar qué tipo de obligación afecta a una determinada organización pública, si bien cabe concluir, en una primera aproximación, que el punto de partida para ello deberá ser la configuración del empleo en esta organización, de modo que si el acceso al empleo está vinculado a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, será aplicable la reserva de empleo público en las ofertas y en las convocatorias —artículo 59 del EBEP— mientras que, si no es así, la obligación de reserva afectará a la contratación real de al menos un 2 % de personas con discapacidad, tal como señala el artículo 42.1 del TRLGDPD.

Ya hemos tenido ocasión de referirnos a las implicaciones constitucionales que la libertad de empresa, en el ámbito privado, presenta en relación con la obligación de reserva, por lo que procede ahora plantearse el alcance de la obligación de reserva que el artículo 42.1 del TRLGDPD impone a las empresas públicas. A pesar de que la normativa reguladora de las sociedades públicas es compleja y diversa en los ámbitos estatal, autonómico y local, debemos atender a las características generales y comunes a todos ellos, de modo que podamos determinar la normativa aplicable en materia de contratación laboral y las condiciones en que esta puede llevarse a cabo. En este sentido, el artículo 113 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece que «las sociedades mercantiles estatales se regirán por lo previsto en esta ley, por lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación» y añade que «en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas». Así pues, en principio, no hay sometimiento de estas empresas públicas a la normativa reguladora de la función pública, afirmación que se sostiene tras la lectura del artículo 2 del EBEP, relativo a su ámbito de aplicación, y que junto con las referencias al personal de la Administración General del Estado, de las comunidades autónomas, de las entidades locales y de las univer-

sidades públicas, cita el correspondiente a «los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las administraciones públicas». Así pues, excluidas las sociedades públicas del ámbito del derecho público, las relaciones de estas con su personal no estarán, en principio, sujetas a la regulación del EBEP y, por lo tanto, los procesos de selección del personal estarán sometidos a las normas reguladoras de la relación laboral, cuando este sea el caso. La consecuencia inmediata sería el sometimiento de estas empresas al cumplimiento de la obligación de reserva en la contratación de trabajadores con discapacidad que les impone el artículo 42.1 del TRLGDPD.

Sin embargo, la disposición adicional primera del EBEP, al referirse al ámbito específico de aplicación de esta norma, establece que «los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica». A los efectos que aquí interesan, se está refiriendo a los principios rectores en el acceso al empleo público del artículo 55, que cita expresamente los de igualdad, mérito y capacidad, exigiendo que los procedimientos de selección de personal, tanto funcionario como laboral, garanticen su cumplimiento. Por lo tanto, la cuestión radica en determinar, caso por caso, si una empresa pública aparece definida o no en su normativa específica como perteneciente al sector público estatal, autonómico o local. No obstante, no parece sencillo desvincular de este sector a una empresa pública, considerando además que la referencia de la disposición adicional primera del EBEP al sector público estatal parece estar relacionada con un ámbito más amplio que el estrictamente presupuestario. En este sentido, en el Inventario de Entes del Sector Público Estatal que publica el Ministerio de Economía y Hacienda a través de la Intervención General de la Administración del Estado aparecen las sociedades mercantiles estatales, en congruencia con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 47/2003, de 27 de noviembre, General Presupuestaria, que incluye, bien que «a los efectos de esta ley», dentro del sector público estatal a las «entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella».

Cabe concluir, por lo tanto, que la disposición adicional primera del EBEP impone la obligación de cumplir los principios en ella mencionados a aquellas entidades que en su normativa específica dispongan expresamente su inclusión en el sector público correspondiente. En estos supuestos, la vinculación de tales empresas públicas a los principios de igualdad, mérito y capacidad contenidos en el artículo 55 del EBEP resulta ineludible y, consecuentemente, son apreciables las limitaciones en la libertad de contratación de estas empresas. En tales casos, la obligación de reserva sería la del artículo 59 del EBEP, referida a aplicar

el cupo de reserva del 7 % en sus procesos de selección de personal y, por lo tanto, no parece posible exigir simultáneamente la cuota de reserva del artículo 42.1 del TRLGDPD, por cuanto tal exigencia comprometería el cumplimiento ve-raz de lo establecido en el artículo 55 del EBEP o, alternativamente, en ocasiones lo convertiría en un precepto de imposible cumplimiento. En este sentido se pronuncia el mencionado Criterio Técnico 98/2014 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Entiende la Inspección que solamente se podrá exigir el cumplimiento de la cuota de reserva del 2 % cuando el régimen de contratación aplicable sea el laboral ordinario y no las normas de acceso al empleo público.

En definitiva, parece que nos encontramos ante una colisión de normas de ámbitos normativos diferentes y que plantean un conflicto interpretativo del que no parece prudente salir concluyendo que ambas obligaciones pueden coexistir, a pesar de que en ocasiones se ha apuntado tal posibilidad en el sentido de entender que para estas empresas públicas, si una vez aplicado el correspondiente cupo de reserva del 7 % en sus procesos de selección de personal no se llegara a cubrir el 2 % efectivo exigido por el artículo 42.1 del TRLGDPD, deberían necesariamente acudir a la solicitud de declaración de excepcionalidad y a la aplicación de las medidas alternativas que veremos en este mismo capítulo. Lo cierto es que esta posibilidad, que se presenta atractiva desde el punto de vista del impacto positivo que pudiera tener en la inclusión de personas con discapacidad en el empleo público, lo es en tal medida que cabe preguntarse si esta combinación de obligaciones, a la que hoy se puede acceder a través de una interpretación un tanto forzada de la colisión normativa descrita, no debería ser aplicable en todo el ámbito de la Administración pública. Por otra parte, hay que tener en cuenta que el procedimiento para la declaración de excepcionalidad que prevé el Real Decreto 364/2005 no contempla la posibilidad de que una Administración pública pueda acceder a tal situación por la vía de la acreditación de los servicios públicos de empleo de la imposibilidad de contratación, y ello es así porque dichos servicios no intervienen en los procesos de selección del empleo público.

Descartada la posibilidad de exigencia simultánea de ambas obligaciones de reserva, pudiera plantearse que, cuando después de seguir con escrupuloso respeto los principios constitucionales en los procesos de acceso al empleo público el resultado no fuera satisfactorio desde el punto de vista del porcentaje de candidatos con discapacidad incorporados, quizá resultara adecuado exigir a la Administración convocante la aplicación de otro tipo de medidas que redundaran en la mejora de la formación de las personas con discapacidad y de sus condiciones profesionales y personales ante el empleo. No obstante, de no producirse una modificación legislativa en este sentido, no parece que con el actual marco regulador pueda admitirse esta fórmula combinada en el ámbito público.

3.2.2. Configuración de la cuota de reserva del 2 %

Como hemos visto, el artículo 42.1 del TRLGDPD exige a todas las empresas públicas y privadas que empleen a un número de cincuenta o más trabajadores que de entre ellos, al menos, el 2 % sean trabajadores con discapacidad. Al no establecerse distinción en la norma, habrá que entender que la discapacidad podrá preexistir a la contratación o sobrevenir a esta. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que estas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal.

Con respecto a la determinación de las empresas obligadas, al ser la cuota de reserva una operación matemática simple, resultado de aplicar un porcentaje, en este caso el 2 %, a un valor numérico que viene determinado por la plantilla de la empresa, es en primer lugar imprescindible establecer cuál sea esta en cada momento. En este sentido, la disposición adicional primera del Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, establece que, a estos efectos, el periodo de referencia para dicho cálculo serán los doce meses inmediatamente anteriores, durante los cuales se obtendrá el promedio de trabajadores empleados, incluidos los contratados a tiempo parcial, en la totalidad de centros de trabajo de la empresa. Así pues, se trata de una cifra que puede variar considerablemente a lo largo del tiempo, de modo que incluso cada día puede resultar un valor diferente al del día anterior, lo que, a efectos de cumplimiento de la obligación de reserva, parece recomendar estrategias empresariales que tengan en cuenta este factor de variabilidad, en el sentido de valorar la evolución de la plantilla de la empresa a la hora de realizar previsiones sobre el número mínimo de trabajadores con discapacidad que se han de contratar.

Hay que señalar, no obstante, que la obligación varía en tramos de cincuenta trabajadores de plantilla, lo que permite atenuar ese efecto de variabilidad en la cuantificación del número de trabajadores con discapacidad por contratar. Sin embargo, en aquellas empresas en las que se producen incrementos de plantilla apreciables, convendrá prever un paulatino aumento de los promedios de plantilla a efectos de la obligación de reserva, y planificar debidamente las contrataciones de trabajadores con discapacidad sobre la premisa de que la cuota de reserva se irá incrementando a medida que transcurra el tiempo y en el cómputo de los doce meses anteriores ocupen cada vez un espacio más amplio los periodos en los que la empresa ha realizado nuevas contrataciones. Por el contrario, en empresas que destruyen empleo, el impacto en el promedio de plantilla no es inmediato pero se

irá apreciando paulatinamente con el paso del tiempo. En este último caso, parece razonable establecer una estrategia conservadora respecto del número mínimo de trabajadores con discapacidad que se han de contratar, mientras que en el caso de aumento de plantilla lo más recomendable es una cierta generosidad en la determinación de esa cifra.

Para cuantificar la plantilla de una empresa en un momento dado, por lo tanto, esta deberá obtener el promedio de trabajadores en los últimos doce meses, teniendo en cuenta que la norma no precisa si serán los doce meses naturales anteriores o si deberá contarse de fecha a fecha en cada momento. A estos efectos, deberá realizarse un cómputo diferenciado entre dos grupos:

– Los trabajadores con contratos de duración indefinida y los trabajadores vinculados por contratos de duración determinada superior a un año. En este caso, la norma se limita a señalar que se habrá de obtener un promedio de estos trabajadores en los doce meses anteriores. Parece, por lo tanto, razonable pensar que tal promedio se realizará dividiendo el total de días en los que estos trabajadores han mantenido relación laboral con la empresa entre 365.

– Los trabajadores contratados por término de hasta un año.³⁸ En este caso, la norma precisa que se computarán según el número de días trabajados en el periodo de referencia, de manera que cada doscientos días trabajados o fracción contarán como un trabajador más. Así pues, en este segundo grupo se sumarán la totalidad de días que estos trabajadores han mantenido relación laboral con la empresa en los últimos doce meses y el resultado de esa suma se dividirá entre doscientos.

La plantilla de la empresa, a efectos de determinación de la obligación de reserva que estamos analizando, será el equivalente a la suma de los resultados de las dos divisiones anteriores, si bien cuando el cociente que resulte de dividir por doscientos el número de días trabajados de los trabajadores con contratos temporales de duración inferior a un año sea superior al número de trabajadores que realmente se computan, se tendrá en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores. Precisa, por último, el precepto que, a los efectos del referido cómputo de los doscientos días trabajados, se contabilizarán tanto los días de trabajo efectivo como los de descanso semanal, los festivos y las vacaciones anuales.

Sobre la cuestión de los trabajadores a tiempo parcial, la norma se limita a decir que computan a efectos de cuantificar la plantilla de la empresa obligada, pero sin precisar el modo en que deben hacerlo. No existiendo distinción alguna en la norma, cabe concluir que deben computar del mismo modo que lo hacen los trabajadores a jornada completa, dependiendo únicamente de la duración de

38. El cómputo vendrá referido, en este sentido, a la tipología contractual que en cada caso se dé. Interesante asunto, en relación con esto, el del fraude de ley en la contratación de duración determinada, que condiciona de manera evidente la cuantificación de la plantilla de una empresa y, consecuentemente, la determinación de su obligación de reserva. Recordemos que esta cuestión ha generado en el ámbito público figuras tan peculiares como la de los denominados *indefinidos no fijos*.

sus contratos y sin que una menor jornada de trabajo deba suponer un menor impacto en la determinación de la plantilla a estos efectos. En justa consonancia con esta interpretación, tampoco el cumplimiento de la cuota de reserva se verá condicionado por las jornadas de los trabajadores con discapacidad contratados por las empresas obligadas. En este sentido se pronuncia también la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el Criterio Técnico 98/2016.

Otra cuestión relacionada con el cálculo del promedio de trabajadores a efectos de determinar la plantilla de la empresa es la relacionada con las empresas de nueva creación y con aquellas que alcanzan, en cierto momento, el número mínimo de trabajadores para resultar obligadas al cumplimiento de la cuota de reserva. En el primer caso, si una empresa se constituye con un número igual o superior a cincuenta trabajadores, la obligación de reserva nace en el momento mismo de la creación de la empresa; siendo así, y puesto que esta circunstancia es conocida por la empresa incluso antes de constituir su plantilla, parece razonable que le sea exigible cumplir con la cuota de reserva desde el propio inicio de su actividad empresarial. A estos efectos, y aunque no se cite expresamente en la disposición adicional primera del Real Decreto 364/2005, el periodo de referencia de los doce meses anteriores para determinar el promedio de la plantilla de la empresa, en los casos en que esta tiene menos de un año de existencia, deberá venir referido al tiempo, dentro de esos doce meses, en el que la empresa ha existido como tal.

Por otra parte, cuando una empresa que tiene menos de cincuenta trabajadores alcanza o supera esa cifra en un momento determinado, será en ese mismo tiempo en el que resultará obligada al cumplimiento de la obligación de reserva. Podría, en este caso, darse una circunstancia curiosa y de difícil resolución, cual es que, estando obligada a cubrir la cuota de reserva por tratarse de una empresa de cincuenta o más trabajadores, a la hora de obtener el promedio de plantilla en el periodo de referencia de los doce meses anteriores la cifra resultante fuera inferior a cincuenta, de modo que el número entero que resultaría sería cero. Esta aparente contradicción viene dada por la deficiente regulación del Real Decreto 364/2005 en esta materia, ya que su disposición adicional primera regula el procedimiento de «cuantificación» de la obligación de reserva,³⁹ cuando en realidad tal mecanismo de determinación de la plantilla promedio debiera ser utilizado también para establecer el ámbito subjetivo de las empresas obligadas. Dicho de otro modo, una empresa resultaría obligada no cuando alcanza la cifra de cincuenta trabajadores, sino cuando el promedio de su plantilla en los doce meses anteriores fuera ese o superior. Tal solución resolvería la contradicción señalada, pero debili-

39. La propia disposición adicional señala que el procedimiento que regula es «a efectos del cómputo del 2 % de trabajadores con discapacidad en empresas de cincuenta o más trabajadores».

taría la medida de acción positiva, ya que dilataría en el tiempo el momento del nacimiento de la obligación y, en definitiva, evitaría que algunas empresas resultaran obligadas a reservar empleo para trabajadores con discapacidad.

Finalmente, también puede ocurrir que una empresa entre en el ámbito subjetivo de la obligación por tener cincuenta o más trabajadores, pero como consecuencia de su tipología contractual no resulte jamás obligada a contratar trabajadores con discapacidad. Esto sucede cuando se presentan altas tasas de temporalidad, de modo que nominalmente una empresa tiene el número mínimo de trabajadores que obliga a reservar empleo, pero su promedio en los últimos doce meses, determinado de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional primera del Real Decreto 364/2005, puede dar como resultado siempre una obligación de contratación inferior a un trabajador. Nuevamente, las deficiencias técnicas de este Real Decreto 364/2005 se muestran de manera evidente en relación con estas cuestiones.

Una vez se ha determinado la plantilla de la empresa, se procederá a aplicar a esa cifra el porcentaje del 2 %, quedando de este modo fijada la cuota de reserva en cada momento. En este punto, presenta dificultades la determinación precisa de esa cuota de reserva cuando el resultado de la operación anterior, como sucederá habitualmente, no arroja un número entero. La respuesta a esta cuestión parece que deba ser, en ausencia de previsión normativa al respecto, la de determinar la cuota de reserva por aplicación del número entero resultante, con independencia de los decimales que arroje la operación de aplicar el 2 % a la plantilla de la empresa.

Esta opinión no es, sin embargo, unánime, ya que en algunos casos se ha concluido que el redondeo de los decimales debiera hacerse en todo caso al alza para favorecer la eficacia de la medida de acción positiva, amparándose en que la norma que establece la reserva utiliza la expresión *al menos* para la cuantificación de la obligación. Algunos autores, y ciertos criterios administrativos —como el Criterio Técnico 98/2016 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social— han señalado como vía más acertada para resolver esta cuestión la de redondear al número entero más próximo en función de los decimales resultantes, optando por el redondeo al alza cuando estos equidistesen de dos números. De acuerdo con la primera de estas interpretaciones, una empresa con 105 trabajadores y una empresa con 145 trabajadores de promedio de plantilla tendrían una cuota de reserva de al menos dos trabajadores, mientras que siguiendo la segunda vía interpretativa, la primera empresa tendría una cuota de reserva de dos y la segunda de tres trabajadores.

No obstante, como ya se ha señalado, parece que la interpretación más ajustada al tenor literal de la norma, aunque con seguridad la menos favorecedora de la eficacia de la medida de reserva, es la de entender que el número de trabajadores con discapacidad que constituye en cada caso la cuota de reserva exigible

a una empresa debe ser el entero resultante de aplicar el 2 % a la plantilla de la empresa en cada momento. De acuerdo con este criterio, una empresa con 210 trabajadores y una empresa con 248 trabajadores de plantilla deben tener, al menos, cuatro trabajadores con discapacidad contratados. Ni que decir tiene que una estrategia restrictiva en este ámbito sitúa a la segunda en una posición de mayor incertidumbre que a la primera, ya que un leve crecimiento de su plantilla haría que la cuota de reserva se incrementara, pudiendo quedar en situación de incumplimiento si ha decidido ajustarse al mínimo de contrataciones exigido y no contratar un quinto trabajador con discapacidad.

Sea como fuere, el artículo 5 del Real Decreto 1451/1983 establece que, dentro del primer trimestre de cada año, con conocimiento de los representantes del personal, las empresas que empleen un número de trabajadores⁴⁰ que exceda de cincuenta deberán enviar a la Oficina de Empleo del Instituto Nacional de Empleo (INEM) —hoy Servicio Público de Empleo— de la provincia en que tengan su sede social, así como a las de las provincias donde tengan centros de trabajo, relación detallada de los puestos de trabajo ocupados por trabajadores con discapacidad y de aquellos que por sus características queden reservados a estos. Tal obligación, de contenido meramente formal, se enfrenta, respecto de su exigibilidad, con las dificultades derivadas de que no se halla tipificada en el TRLISOS y, consecuentemente, no puede ser objeto de sanción administrativa como consecuencia de la actuación inspectora.⁴¹ No obstante, podría vehicularse a través del artículo 14.1 del propio TRLISOS, que tipifica como infracción de los empresarios, en materia de empleo, no comunicar a la Oficina de Empleo las contrataciones realizadas en los supuestos en que estuviere establecida esa obligación. En todo caso, y aun vehiculándose la actuación por esta vía genérica, lo cierto es que existen problemas de tipificación que pueden desaconsejar la acción sancionadora administrativa en estos supuestos, a la espera de que el legislador decida incorporar a la norma el tipo específico, o bien elimine de la norma sustantiva la obligación de comunicación anual que hoy mantiene el Real Decreto 1451/1983.

Una vez determinada la cuantificación de la cuota de reserva del 2 %, tanto en lo que respecta a las empresas obligadas como a los trabajadores afectados, y tratándose de una obligación de tracto sucesivo, el cumplimiento de esta cuota exige que las empresas deban cubrir el número mínimo establecido para trabajadores con discapacidad en todo momento. No obstante, la propia dinámica de la actividad empresarial puede provocar en no pocas ocasiones variaciones en ciertos parámetros que pueden acabar afectando sustancialmente a la obligación de reserva.

40. La norma reglamentaria precisaba que esos trabajadores deberían ser «fijos». El TRLGDPD, como hemos visto, ya no valora esta condición a la hora de determinar la plantilla de las empresas obligadas y, en todo caso, también veremos que la falta de tipificación convierte esta obligación formal, en la práctica, en un requisito ampliamente incumplido.

41. STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 9 de diciembre de 1999 (RJCA 1999\4917).

Así, como ya hemos visto, puede ocurrir que una empresa no obligada lo resulte a partir de un determinado momento si alcanza el número mínimo de cincuenta trabajadores. En estos casos se plantea el problema, ya comentado, de las diferencias que la norma establece entre la determinación del ámbito subjetivo y la cuantificación de la obligación de reserva, resultando que aun cuando una empresa devenga sujeto de tal obligación por alcanzar el número de trabajadores establecido en la norma, a la hora de cuantificarla se obtenga un número inferior a uno y, por tanto, en la práctica no tendrá cuota de reserva hasta que el promedio de sus trabajadores en los doce últimos meses alcance el número mínimo de cincuenta. Incluso podría ocurrir que una empresa alcanzara en cierto momento esa cifra de trabajadores pero que nunca refleje un promedio igual o superior a ella.⁴² Paradójicamente, también podría ocurrir que una empresa obtuviera un promedio de plantilla, de acuerdo con las reglas establecidas en la disposición adicional primera del Real Decreto 364/2005, superior a cincuenta trabajadores en un momento en el que su plantilla real es inferior a esa cifra y no resultara, por lo tanto, sujeto de la obligación de reserva.

No obstante, además de estas circunstancias relativas a la organización empresarial, hay otras ajenas a esta que pueden afectar a la obligación de reserva. La más evidente y común en la práctica es la extinción del contrato de trabajo de uno de los trabajadores con discapacidad que computan a estos efectos y sin cuya presencia la empresa pudiera caer en una situación de incumplimiento. La cuestión más relevante en esta materia es determinar si, en los supuestos en que como consecuencia de alguna de las vicisitudes señaladas una empresa no cumple la cuota de reserva, debiera establecerse alguna medida de transitoriedad o cierto plazo para asumir o recuperar la situación de cumplimiento.

Lo cierto es que ni el TRLGDPD ni el Real Decreto 364/2005 contienen previsiones de ningún tipo en relación con estas cuestiones, a pesar de que otras normas relacionadas con la contratación bonificada de trabajadores con discapacidad no son ajenas a la posibilidad de establecer plazos para la acreditación del cumplimiento de la obligación. Sirva como ejemplo el Decreto extremeño 149/2012, de 27 de julio, por el que se regulan los incentivos destinados a favorecer la contratación de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo y se aprueba la primera convocatoria de dichas subvenciones (DO de Extremadura de 2 de agosto de 2012), que establece que en el programa de contratación temporal de trabajadores con discapacidad, la obligación de mantenimiento del puesto de trabajo comprenderá un periodo de doce meses desde la fecha de contratación. En

42. En empresas con grandes fluctuaciones de plantilla por debajo y por encima del umbral de cincuenta trabajadores, puede ocurrir que en el periodo de referencia siempre se compensen los excesos sobre esa cifra con los defectos, de modo que el promedio sea en todo momento inferior a cincuenta trabajadores. Lo mismo puede suceder, como ya vimos, en empresas con altas tasas de temporalidad. En este último supuesto, resulta especialmente desafortunado «premiar» a estas empresas con una elusión de la obligación de contratar trabajadores con discapacidad.

estos casos, si el trabajador causara baja voluntaria o por despido declarado procedente en la empresa se deberá proceder a su sustitución en un plazo de un mes desde que esta se produjo, mediante un contrato de las mismas características que el extinguido, que deberá comunicarse al Servicio Público de Empleo Extremeño en un plazo de quince días desde la fecha de la baja en la Seguridad Social.

Por otra parte, en derecho comparado —Francia e Italia son dos ejemplos significativos— es frecuente el establecimiento de plazos para la acreditación del cumplimiento de las cuotas de reserva a partir del momento en que estas nacen en una determinada empresa, aunque también son frecuentes las críticas a este sistema de plazos por entender que limita la efectividad de la medida y separa la contratación de trabajadores con discapacidad, en los supuestos de creación de empresa con obligación de reserva, de la del resto de trabajadores.

Como ya se ha comentado, la normativa española no prevé estas circunstancias y, por lo tanto, debemos entender con carácter general que la obligación de reserva debe materializarse a partir del momento en que la empresa entra en el ámbito subjetivo de esta obligación. No obstante, en la práctica administrativa se ha sostenido que ese momento podría diferirse, en el caso de nuevas contrataciones, a la aparición de la primera vacante en la empresa,⁴³ y también la doctrina se ha pronunciado, en ocasiones, a favor de esta posibilidad. Tal criterio no se sostiene, sin embargo, cuando se trata de empresas de nueva creación. En todo caso, hay que tener en cuenta que tales criterios carecen de base normativa sólida y, por lo tanto, desde el punto de vista del derecho sancionador podrían generar problemas a las empresas que los sigan, considerando que la circunstancia objetiva que determina la tipificación contenida en el artículo 15.3 del TRLISOS, que veremos más adelante, se da objetivamente en el momento en que la empresa está incluida en el ámbito subjetivo de la obligación y no acredita su cumplimiento. Sea como fuere, lo cierto es que podrían darse circunstancias, especialmente aquellas relacionadas con los ceses de trabajadores con discapacidad ya contratados, en las que pudiera resultar recomendable establecer ciertos plazos para la recuperación de la cuota de reserva.

Finalmente, se ha planteado la incidencia que en los despidos colectivos pueda tener la obligación de reserva de empleo de trabajadores con discapacidad. Sin duda, una de las vicisitudes más relevantes que puede presentarse en una empresa es la de reducir de manera notable su plantilla como consecuencia de causas económicas, técnicas, organizativas o productivas a tenor de lo dispuesto en el artículo 51 del TRLET. Antes de la modificación operada en este precepto por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, y por la Ley 3/2012, de 6 de julio, estas extinciones colectivas estaban sometidas a autorización administrativa, mediante el procedimiento establecido para los expedientes de regulación de empleo (ERE)

43. Tal ha sido el criterio que la Dirección General de Empleo ha sostenido en respuesta a una consulta de fecha 4 de abril de 1990.

—tras la reforma introducida por el Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, y por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre— en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. En la actualidad, y tras las reformas indicadas, el despido colectivo no sigue este procedimiento administrativo y, por lo tanto, la autoridad laboral no debe autorizarlo. Consecuentemente, ya no cabe plantearse si tal autorización puede resultar condicionada por el hecho de que la inclusión de trabajadores con discapacidad entre los afectados por el despido colectivo pueda poner a la empresa en situación de incumplimiento de su obligación de reserva. No obstante, queda la acción jurisdiccional para determinar el alcance de esta cuestión.

Antes de la reforma laboral de 2012 se planteó la cuestión señalada anteriormente, considerando que en aquel momento no existía previsión alguna de prioridad en el mantenimiento del empleo en los despidos colectivos a favor de los trabajadores con discapacidad,⁴⁴ a diferencia de lo que sucedía durante la vigencia de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales. En términos generales, no se consideraba que la obligación de reserva de empleo para trabajadores con discapacidad constituyera en sí misma una preferencia de permanencia de estos trabajadores en los despidos colectivos, de modo que resultaría admisible que la empresa, para superar la situación de crisis que provoca el despido colectivo, pudiera adoptar las medidas más oportunas siempre que continuara cumpliendo la cuota de reserva, aunque ello pudiera suponer el despido de trabajadores con discapacidad y su sustitución por otros o por medidas alternativas en el caso de que le fuera reconocida la situación de excepcionalidad. De este modo, la condición de trabajador con discapacidad no constituiría, sin más, una preferencia de mantenimiento de empleo en estos casos. Por otra parte, se cuestionaba si la Administración podía condicionar la autorización del ERE al cumplimiento de la cuota de reserva por parte de la empresa, concluyendo el Tribunal Supremo que, si bien no puede acogerse favorablemente que la prioridad de permanencia en los ERE constituya un derecho individual de un trabajador con discapacidad, tampoco puede resultar irrelevante en la tramitación administrativa de estos expedientes el hecho de que la empresa pueda incurrir en incumplimiento de la cuota de reserva, de manera que la Administración no debe quedar indiferente ante esta circunstancia en la resolución del ERE, sino que debe evitarla. En la STS de 4 de febrero de 2002, ya citada, se establece que «hay que entender que se proclama la existencia de trabajadores *minusválidos* que deben ser protegidos en el acceso o permanencia en

44. El redactado del artículo 51.7 del Estatuto de los Trabajadores anterior al Real Decreto Ley 3/2012 se limitaba a establecer la prioridad de permanencia en la empresa, en los supuestos de despido colectivo, de los representantes legales de los trabajadores. Actualmente, en el apartado 5 del mismo artículo 51 se ha añadido que mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad.

el empleo y que encuentran su regulación en normas especiales, las cuales son de aplicación también a la extinción del contrato de trabajo que deriva de un despido colectivo».

Actualmente, la prioridad de permanencia de los trabajadores con discapacidad puede venir establecida convencionalmente, en los términos establecidos en el vigente artículo 51.5 del TRLET.⁴⁵ Cuando no sea así, seguirán siendo aplicables los criterios jurisprudenciales señalados anteriormente, si bien sin la proyección en la actuación administrativa derivada de la resolución de los ERE, puesto que tal procedimiento desapareció con la entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero. No obstante, cabrá admitir la posibilidad de que, cuando las circunstancias concretas lo justifiquen, se pueda producir la extinción de contratos de trabajo de personas con discapacidad mediante despido colectivo, siempre que tales extinciones no sitúen a la empresa en una posición de incumplimiento de la cuota de reserva, admitiendo que puedan producirse sustituciones de trabajadores con discapacidad e incluso el recurso a las medidas alternativas para mantener el cumplimiento de la obligación mencionada, en caso de que concurra alguna de las situaciones de excepcionalidad.

3.2.3. La excepcionalidad y las medidas alternativas

Tras regular la cuota de reserva de empleo de trabajadores con discapacidad en las empresas públicas y privadas en los términos que hemos visto en el apartado anterior, el artículo 42.1 del TRLGDPD, en su segundo párrafo, establece que, de manera excepcional, estas empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83.2 y 3 del TRLET, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente. Por lo tanto, se abre una vía de escape al cumplimiento directo de la cuota de reserva, habilitando la posibilidad de que ese cumplimiento se difiera en el tiempo y sea temporalmente sustituido por la aplicación de medidas alternativas, siempre que se acredite una situación de excepcionalidad que justifique el incumplimiento material de la cuota. Encontraremos en el Real Decreto 364/2005 el contenido preciso de estas situaciones de excepcionalidad, de las

45. El artículo 124 de la LJS establece que las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el periodo de consultas se plantearán a través del procedimiento individual al que se refiere el apartado 11 del propio artículo 124. En todo caso, será nula la extinción del contrato acordada por el empresario sin respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas, si bien esta nulidad no afectará a las extinciones que dentro del mismo despido colectivo hayan respetado las prioridades de permanencia.

medidas alternativas y del procedimiento que han de seguir aquellas empresas que no puedan cumplir de manera directa la cuota de reserva mediante la contratación de trabajadores con discapacidad, sin que ello pueda ser entendido como una exención de la obligación de reserva, sino como un modo alternativo de dar cumplimiento a esta. Hay que señalar que esta posibilidad de cumplimiento alternativo de la cuota de reserva ya fue incorporado al artículo 38 de la LISMI por la disposición adicional trigésima novena de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre.

Hay que comenzar señalando que tanto el Real Decreto 364/2005 como su predecesor Real Decreto 27/2000 hicieron una lectura restrictiva del contenido del entonces vigente artículo 38.1 de la LISMI, igualmente predicable respecto del vigente artículo 42.1 del TRLGDPD, ya que ambos establecen la posibilidad, ya analizada, de que las empresas públicas o privadas puedan quedar exentas de la obligación de contratación de trabajadores con discapacidad por dos vías diferentes: negociación colectiva u opción voluntaria del empresario. En ambos casos, se condiciona la utilización de las medidas alternativas a la previa acreditación de una situación de excepcionalidad y a la correspondiente autorización administrativa. En el artículo 42.1 del TRLGDPD no aparece expuesto este requisito, puesto que la única condición para la exención de contratación directa de trabajadores con discapacidad es la aplicación de «las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente». La lectura que hace el legislador reglamentario, sin duda, parte de que los acuerdos recogidos en la negociación colectiva podrían limitar, e incluso excluir, las posibilidades de los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de estos acuerdos para utilizar las vías alternativas a la contratación de trabajadores con discapacidad, y quizá por eso se entienda que la referencia a la voluntariedad en el artículo 42.1 del TRLGDPD debe ser interpretada en el sentido de posibilidad no condicionada por la negociación colectiva.

En definitiva, en la norma reglamentaria se determinan los supuestos en los que se entiende que concurre el carácter excepcional que habilita esta peculiar vía de cumplimiento de la cuota de reserva, y que requieren la acreditación de esa excepcionalidad ante el correspondiente Servicio Público de Empleo, que además tiene la potestad de certificarla o no y, consecuentemente, de autorizar o denegar las medidas alternativas propuestas por el empresario que invoca esa situación excepcional. De acuerdo con lo establecido en el artículo 1.2 del Real Decreto 364/2005, se entiende que concurre la nota de excepcionalidad únicamente en dos supuestos:⁴⁶

– Cuando la no incorporación de un trabajador con discapacidad a la empresa obligada se deba a la imposibilidad de que los servicios públicos de empleo competentes, o las agencias de colocación, puedan atender la oferta de empleo pre-

46. Parece que este Real Decreto 364/2005 formula una lista tasada de supuestos, a diferencia de lo que ocurría en el Real Decreto 27/2000, que utilizaba la siguiente fórmula: «Se entenderá que concurre, entre otras causas, la nota de excepcionalidad [...]».

sentada después de haber efectuado todas las gestiones de intermediación necesarias para dar respuesta a los requerimientos de aquella y concluirla con resultado negativo, por la inexistencia de demandantes de empleo con discapacidad inscritos en la ocupación indicada o, aun existiendo, cuando acrediten no estar interesados en las condiciones de trabajo ofrecidas en dicha oferta. Se trataría de una excepcionalidad por imposibilidad de contratación, acreditada mediante el correspondiente certificado de gestión negativa o fracasada por parte del servicio de empleo. Hay que señalar, en este punto, que el artículo 22 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, consagra como uno de los principios básicos de la intermediación laboral la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación,⁴⁷ lo que supone que las agencias privadas de colocación deben garantizar este principio en su ámbito de actuación y, consecuentemente, no pueden rechazar demandas por motivos discriminatorios y deben atender a cualquier solicitante que reúna los requisitos objetivos requeridos.

– Cuando existan, y así se acrediten por la empresa obligada, cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motiven la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la plantilla de la empresa. En este caso, estaríamos ante una situación de excepcionalidad derivada de la incapacidad de contratación, objetivamente acreditada y por las causas señaladas, que podrá ser justificada mediante certificaciones o informes de entidades públicas o privadas de reconocida capacidad, distintas de la empresa solicitante.

A la vista de esta normativa, parece todavía más artificiosa la formulación del Real Decreto 364/2005 pretendiendo que el acceso a la situación de excepcionalidad pueda estar vinculado a la voluntad del empresario, puesto que en los dos supuestos expuestos se dan circunstancias objetivas que conducen a la declaración de esa situación de excepcionalidad, sin que concurra en ningún caso aisladamente el elemento volitivo a que hace referencia el artículo 42.1 del TRLGDPD. En el primero de los supuestos a los que hace referencia el artículo 1.2 del Real Decreto 364/2005 puede decirse, incluso, que la voluntad del empresario es justamente la contraria, puesto que esta vía de obtención de la declaración de excepcionalidad se inicia, precisamente, con una oferta de empleo por parte de la empresa para contratar trabajadores con discapacidad. Tampoco en la segunda de las posibilidades de obtención de la declaración de excepcionalidad está presente de manera manifiesta la voluntad del empresario, por cuanto las circunstancias que debe acreditar para ello exceden, genéricamente, de su libre determinación.

47. La Estrategia Española de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016 abunda en esta línea, al señalar que hay que velar por el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato y oportunidades mediante una adecuada especialización en los centros de atención de los servicios públicos de empleo, de manera que se conviertan en puntos de referencia para la atención especializada y adaptada al perfil de los demandantes con discapacidad, con personal específicamente formado para ofrecer una atención personalizada e integral a los demandantes de empleo.

En lo que respecta a la competencia territorial, el Real Decreto 364/2005 establece en su artículo 6 que la competencia para dictar las resoluciones y efectuar el seguimiento en relación con la declaración de excepcionalidad y las medidas alternativas a la contratación de trabajadores con discapacidad corresponderá al Servicio Público de Empleo Estatal o a los servicios públicos de empleo autonómicos, en razón al territorio en que esté ubicada la empresa, de manera que cuando esta radique en una sola comunidad autónoma, la competencia la ejercerá por el Servicio Público de Empleo autonómico, mientras que cuando la empresa disponga de centros de trabajo en más de una comunidad autónoma, la competencia corresponderá al Servicio Público de Empleo Estatal, debiendo resolver, en estos casos, el director general del Servicio Público de Empleo Estatal. No obstante, y ello constituye una novedad con respecto a la regulación anterior,⁴⁸ en el supuesto de que al menos el 85 % de la plantilla se concentre en el ámbito territorial de una comunidad autónoma, será competente el correspondiente Servicio Público de Empleo autonómico.

Esta cuestión de la competencia territorial ha resultado especialmente sensible para algunas comunidades autónomas desde el inicio de la regulación del procedimiento de declaración de la excepcionalidad, hasta el punto de que el Gobierno de la Generalitat de Catalunya interpuso el día 5 de diciembre de 2000 ante el TC un conflicto positivo de competencia respecto del artículo 8 de la Orden de 24 de julio de 2000 por vulneración de las competencias ejecutivas autonómicas al asignarse a un órgano estatal la aplicación de las medidas administrativas que hubieran de adoptarse en relación con las empresas que contasen con centros de trabajo en más de una comunidad autónoma. Este conflicto es resuelto por STC 194/2011, de 13 de diciembre (RTC 2011, 194), publicada en el BOE de 11 de enero de 2012, en el sentido de estimar la pretensión del Gobierno catalán al declarar que el precepto cuestionado vulnera las competencias de la Generalitat de Catalunya por cuanto, a juicio del TC, la actuación ejecutiva discutida en este caso ha de corresponder a la comunidad autónoma en tanto que titular de las competencias de ese carácter. No obstante, en la sentencia comentada no hay pronunciamiento sobre el contenido de la vigente regulación de la competencia territorial —artículo 6 del Real Decreto 364/2005— puesto que de manera expresa se señala que, en la medida en que el conflicto se circunscribe a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 8 de la Orden ministerial de 24 de julio de 2000, a ese párrafo ha de limitarse el pronunciamiento que contiene la propia Sentencia 194/2011. Sea como fuere, la regulación actual parece adecuada, puesto que per-

48. El artículo 8 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 24 de julio de 2000 establecía que la competencia para dictar las resoluciones correspondía, en atención al domicilio del centro de trabajo de la empresa, al director provincial del Instituto Nacional de Empleo, resultando competentes los servicios públicos de empleo autonómicos cuando la totalidad de centros de trabajo se hallasen en una sola comunidad autónoma. En la práctica, y tratándose de empresas de cincuenta o más trabajadores, este planteamiento suponía relegar a la categoría de testimonial la competencia autonómica en esta materia.

mite la intervención de los órganos autonómicos cuando la presencia de la empresa es notable en su ámbito territorial, centralizando el procedimiento en los restantes casos.

Respecto de las obligaciones formales en relación con las situaciones de excepcionalidad y la aplicación de medidas alternativas a la contratación de trabajadores con discapacidad, la Orden de 24 de julio de 2000, que desarrollaba el contenido del Real Decreto 27/2000, permanece vigente en cuanto no se contradiga con la actual regulación, y también contiene alguna de las mencionadas obligaciones formales. Podemos destacar las siguientes:

a) Obligaciones formales de las empresas solicitantes:

– Cuando así lo exijan los servicios públicos de empleo competentes, las empresas solicitantes de la declaración de excepcionalidad deberán aportar certificaciones o informes de entidades públicas o privadas de reconocida capacidad, distintas de la empresa solicitante, que acrediten la existencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas alegadas. El artículo 3 de la Orden de 24 de julio de 2000 estableció, además, que el Servicio Público de Empleo podrá solicitar informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que se emitirá en el plazo de quince días, sobre las circunstancias alegadas por la empresa.

– Conviene recordar que actualmente el Real Decreto 364/2005 exige que, junto con la solicitud de la declaración de excepcionalidad, la empresa opte por alguna de las medidas alternativas previstas en la norma, siendo resueltas ambas circunstancias en una única resolución. Por ello, la mencionada solicitud deberá acompañarse, cuando se trate de contratación mercantil o civil con centros especiales de empleo o trabajadores autónomos con discapacidad, de la determinación del contratista, del objeto del contrato, del número de trabajadores con discapacidad a los que equivale la contratación y del importe y duración de la medida. Si se trata de una donación, se recogerá la fundación o asociación de utilidad pública destinataria, el número de contratos con trabajadores con discapacidad a los que vaya a sustituir la medida y el importe de esta. Por último, cuando se trate de la constitución de un enclave laboral, se recogerán los datos identificativos del centro especial de empleo con el que se suscriba el correspondiente contrato, el número de trabajadores con discapacidad que se van a ocupar en el enclave laboral y el número de trabajadores con discapacidad dejados de contratar por debajo de la cuota del 2 % a los que equivale la medida.

– Las empresas que opten por la aplicación de las medidas alternativas al cumplimiento de la cuota de reserva deberán remitir anualmente al Servicio Público de Empleo competente una memoria en la que se haga constar una descripción detallada del cumplimiento de la medida alternativa prevista. El Servicio Público de Empleo remitirá una copia de esta memoria a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

b) Obligaciones formales de los centros especiales de empleo y de las fundaciones y asociaciones de utilidad pública:

– Los centros especiales de empleo que celebren contratos mercantiles con las empresas en situación de excepcionalidad deberán presentar anualmente una memoria al Servicio Público de Empleo correspondiente, en la que especificarán los recursos que han obtenido por esta vía y que se han destinado a la prestación de servicios de ajuste personal o social que requieran sus trabajadores con discapacidad y a las acciones que promuevan su tránsito hacia el mercado de trabajo no protegido, tales como la formación permanente de los trabajadores con discapacidad o la adaptación de estos a las nuevas tecnologías.

– También las fundaciones o asociaciones de utilidad pública que perciban donaciones de las empresas declaradas en situación de excepcionalidad deberán presentar la mencionada memoria anual, en la que determinarán el destino de los fondos percibidos por esta vía en relación con el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad.

En cuanto a las medidas alternativas que deben aplicar las empresas, el artículo 2.1 del Real Decreto 364/2005, en concordancia con el contenido del artículo 42.1 del TRLGDPD, establece que las empresas que, habiendo acreditado la concurrencia de alguna de las circunstancias que justifican una situación de excepcionalidad, hayan obtenido la preceptiva resolución administrativa quedarán total o parcialmente exentas de la obligación de cubrir la cuota de reserva del 2 % de empleo para trabajadores con discapacidad mediante contrataciones laborales, pudiendo aplicar para cumplir esa obligación alguna de las siguientes medidas alternativas:⁴⁹

a) La celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier otro tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa que opta por esta medida.

b) La celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa. Esta fórmula resulta ambigua y genera serios problemas interpretativos, puesto que la utilización del adjetivo «normal» dificulta notablemente la delimitación de las actividades de los contratistas en esta medida alternativa.

c) Realización de donaciones y de acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas

49. Aunque no se diga expresamente, en la práctica se acepta en todos los casos que una empresa pueda acogerse a varias medidas alternativas e, incluso, que puedan ser de diferentes tipos unas y otras.

acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo en favor de las personas con discapacidad que permita la creación de puestos de trabajo para aquellas y, finalmente, su integración en el mercado de trabajo.

d) La constitución de un enclave laboral, previa suscripción del correspondiente contrato con un centro especial de empleo, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad. Respecto de las medidas alternativas que pueden aplicar las empresas en situación de excepcionalidad, es esta la única novedad que el Real Decreto 364/2005 presenta en relación con el derogado Real Decreto 27/2000.

En lo que se refiere al cómputo de las medidas alternativas en la determinación del cumplimiento de la obligación de reserva del 2 %, el artículo 2.2 del Real Decreto 364/2005, establece que el importe anual de los contratos mercantiles o civiles con centros especiales de empleo o con trabajadores autónomos con discapacidad y de los contratos entre estos centros y las empresas colaboradoras para la constitución de enclaves laborales habrá de ser, al menos, tres veces el IPREM anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 %. En el caso de las donaciones y acciones de patrocinio establecidas en el artículo 2.1.c) del real decreto, el importe anual de estas tendrá que ser, al menos, de 1,5 veces el IPREM anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 %. Para el año 2016, el importe anual del IPREM se ha fijado en 6.390,13 euros por la disposición adicional octogésima cuarta de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado.

3.3. La aplicación del derecho administrativo sancionador sobre la obligación de reserva de empleo para personas con discapacidad

3.3.1. Las infracciones relacionadas con la cuota de reserva

Tratándose de una obligación empresarial, la normativa reguladora del derecho administrativo sancionador establece multas económicas y otras sanciones accesorias en estos casos ante el incumplimiento de la cuota de reserva de empleo para personas con discapacidad por parte de los empresarios legalmente obligados.⁵⁰

50. No existe un precepto equivalente para el incumplimiento del cupo de reserva establecido en el artículo 59 del EBEP, puesto que en estos casos las consecuencias de los incumplimientos se regirán por la normativa reguladora de los actos administrativos, sometidos al procedimiento regulado en la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

La vigilancia y el control del cumplimiento de estas obligaciones está encomendada a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en su Ley Ordenadora, que actualmente es la Ley 23/2015, de 21 de julio, complementada en el ámbito reglamentario por el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social. Por otra parte, y en esta cuestión específica de la cuota de reserva de empleo para personas con discapacidad, la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha dictado el Criterio Técnico 98/2016, al que ya nos hemos venido refiriendo a lo largo de esta obra.

En este criterio técnico se dice que la intensificación y generalización de la vigilancia programada de la obligación empresarial de reserva de empleo para personas con discapacidad ha tenido un impacto positivo en la difusión y cumplimiento de la normativa en esta materia, si bien esta normativa es compleja y requiere frecuentemente de interpretaciones que no siempre son pacíficas. La Inspección insiste en la necesidad de llevar a cabo acciones coordinadas en esta materia, dada la trascendencia laboral y social de las actuaciones inspectoras en este ámbito, para generalizar el conocimiento de la normativa vigente, potenciar las diferentes líneas de trabajo y fomentar el uso de las herramientas disponibles para la generación de actuaciones programadas. Con esa finalidad, en el Criterio Técnico 98/2016 se recogen las distintas normativas aplicables, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, así como una serie de prácticas administrativas adoptadas en las actuaciones inspectoras llevadas a cabo en esta materia que han puesto de manifiesto la necesidad de su extensión para lograr los fines descritos anteriormente.

Pero centrándonos en los aspectos propios del derecho sancionador en esta materia, actualmente la regulación en este ámbito se concreta en el artículo 15.3 del TRLISOS, que establece que constituye infracción grave el incumplimiento en materia de integración laboral de personas con discapacidad de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional. La redacción de este precepto, incluido en la sección tercera del capítulo I del TRLISOS, que contiene las infracciones en materia de empleo, resulta en líneas generales correcta desde el punto de vista de la tipificación, y no presenta problemas en la mayoría de las actuaciones inspectoras. No obstante, no se prevén sanciones para el incumplimiento de las obligaciones formales que se derivan de la principal en los supuestos de excepcionalidad, con aplicación de medidas alternativas, tales como la de presentar una memoria anual ante el Servicio Público de Empleo competente. Estos incumplimientos pudieran incluirse en el artículo 14 del TRLISOS como infraccio-

nes leves, permitiendo así a la Administración disponer de un elemento de disuasión en los casos en que las empresas no cumplan debidamente las obligaciones formales derivadas de la aplicación de medidas alternativas. Tampoco aparecen en el TRLISOS las infracciones relativas a las entidades destinatarias de las medidas alternativas, puesto que todas ellas tienen obligaciones específicas recogidas en el Real Decreto 364/2005. Tratándose de una norma laboral, parece que el lugar adecuado para tipificar estas infracciones sea precisamente la norma laboral sancionadora, es decir, el propio TRLISOS.

También plantean problemas, con la actual tipificación, los supuestos en los que no se produce un incumplimiento de la obligación «legal» de reserva de empleo para trabajadores con discapacidad, pero se incumple otra de naturaleza convencional, en aquellos casos en los que el convenio colectivo aplicable establece obligaciones específicas en relación con la cuota de reserva de empleo. Considerando el redactado actual del artículo 15.3 del TRLISOS, no resultará posible sancionar a una empresa por esos incumplimientos convencionales por esta vía, salvo que se recurra a una interpretación generosa del precepto, algo poco recomendable tratándose de derecho sancionador.

Además de esta infracción genérica, las empresas que llevan a cabo actuaciones relacionadas con la obtención de la declaración de excepcionalidad pueden incurrir en otras, no específicamente referidas a la obligación de reserva, pero tipificadas como muy graves en el TRLISOS. Nos estamos refiriendo, en concreto, a aquellos supuestos en los que, como trámite previo a la solicitud de declaración de excepcionalidad, se llevan a cabo procesos de selección de trabajadores con discapacidad en los que, premeditadamente o no, se incurre en discriminación en el acceso al empleo. En este sentido, el artículo 16.2 del TRLISOS tipifica como muy grave en materia de empleo la infracción consistente en solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado. En este ámbito, pueden plantearse ofertas de empleo en las que los requisitos exigidos a los candidatos con discapacidad son notoriamente desproporcionados respecto de las exigencias objetivas del puesto de trabajo ofrecido, o bien cuando tales requisitos difieren esencialmente de los que la empresa ha establecido para puestos de trabajo similares en procesos de selección anteriores para todo tipo de trabajadores. También puede incurrir en la comisión de esta infracción la empresa que ofrece puestos de trabajo que en realidad no existen o cuya cobertura resultará imposible, considerando las características de estos, para los trabajadores con discapacidad. Por otra parte, aun tratándose de puestos reales y con requisitos razonables para los candidatos, la propia gestión de la selección de empleo puede re-

sultar discriminatoria cuando los candidatos resulten rechazados sin motivación objetiva suficiente. Por último, también la jornada ofrecida puede resultar un elemento de discriminación, en aquellos casos en los que se pretenda dividir un puesto de trabajo en varios, reduciendo la jornada de cada uno de ellos para elevar de un modo artificioso el número de trabajadores con discapacidad contratados a efectos de la cuota de reserva.

3.3.2. Sanciones derivadas del incumplimiento de la obligación de reserva

Como hemos visto, el incumplimiento de la obligación de reserva de empleo regulada en el artículo 42.1 del TRLGDPD aparece tipificado en el TRLISOS como infracción grave en materia de empleo, lo que supone la imposición de sanciones económicas de entre 626 y 6.250 euros, a tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del TRLISOS y en el Real Decreto 306/2007, de 2 de marzo. Lo cierto es que, si tenemos en cuenta el importe que en muchas ocasiones tienen las medidas alternativas, puede ocurrir que algunas empresas se cuestionen si les compensa o no contratar a trabajadores con discapacidad. Es por ello que, considerando además la trascendencia social de la cuestión, quizá conviniera replantear la calificación de la infracción, que podría pasar de grave a muy grave, de manera que la cuantía de la sanción pasaría a ser de entre 6.251 y 187.515 euros.

Los criterios de graduación de la sanción, que puedan agravar o atenuar el importe de esta, serán los establecidos con carácter general en el artículo 39.2 del TRLISOS, es decir, la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, el fraude o connivencia, el incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, la cifra de negocios de la empresa, el número de trabajadores o de beneficiarios afectados, en su caso, el perjuicio causado y la cantidad defraudada. Esta configuración dificulta, a la hora de imponer sanciones a las empresas incumplidoras de esta obligación, graduar adecuadamente en función de los diferentes grados de incumplimiento, de manera que las diferencias en importe de las sanciones entre pequeños y grandes incumplimientos no serán notables. Evidentemente, el criterio del número de trabajadores afectados puede utilizarse para elevar el grado de la sanción y, consecuentemente, su importe, pero quizá resultara más adecuado considerar, como ya ocurre en otros supuestos contemplados en el propio TRLISOS, respecto de la infracción tipificada en el artículo 15.3, que el empresario incumplidor ha cometido tantas infracciones como trabajadores con discapacidad ha dejado de contratar respecto de su obligación de reserva del 2 %. En términos prácticos, una empresa de mil trabajadores que incumple actualmente de modo absoluto su cuota de reserva podría ser sancionada por la omisión de las veinte contrataciones de trabajadores con discapacidad con una multa máxima de 6.250 euros, mientras que una empresa de idéntica dimensión

con 19 trabajadores con discapacidad contratados sería sancionada con una multa de entre 626 y 6.250 euros, valorando a estos efectos los restantes criterios de graduación. Sin embargo, si cada omisión de contratación supusiera una infracción, en el último caso la sanción sería la misma, mientras que en el primero la sanción de entre 626 y 6.250 euros se multiplicaría por veinte. Esta solución parece, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad de las sanciones, más adecuada que la actual.

No obstante, ante la impotencia disuasoria de estas sanciones económicas, el legislador ha decidido complementarlas con otras accesorias. Así, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, introdujo una novedad muy relevante en esta materia, puesto que modificó el artículo 46 del TRLISOS para establecer que, además de las infracciones muy graves en materia de empleo y de Seguridad Social, reguladas en los artículos 16 y 23 del TRLISOS, la infracción grave recogida en el artículo 15.3, es decir, el incumplimiento de lo establecido en el artículo 42.1 del TRLGDPD, pueda generar la aplicación de sanciones accesorias. Posteriormente, la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, dio nueva redacción al artículo 46 del TRLISOS, de manera que en la actualidad las sanciones accesorias, en el caso de incumplimiento de la obligación de reserva de empleo para trabajadores con discapacidad, son las siguientes:

- Pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción. Desde la entrada en vigor de la mencionada Ley 13/2012, la pérdida de estos incentivos se producirá de forma proporcional al número de trabajadores afectados por la infracción, y afectará a los de mayor cuantía, con preferencia sobre los que la tuvieren menor en el momento de la comisión de la infracción. Este criterio ha de constar necesariamente en el acta de infracción, de forma motivada.

- Posibilidad de excluir al empresario sancionado del acceso a tales beneficios por un periodo máximo de dos años, con efectos desde la fecha de la resolución que imponga la sanción. En este caso, no opera el principio de automaticidad establecido para la anterior sanción accesoria, si bien la Ley 13/2012 vino a resolver, aunque quizá no de la mejor manera posible, un problema que se planteaba en general con la aplicación de esta sanción accesoria, que era la ausencia de criterios en el propio TRLISOS para la apreciación de esta, de modo que parecía que dependiera de la discrecionalidad del inspector o subinspector actuantes. Actualmente, el artículo 46.3 establece como criterios de graduación de esta sanción accesoria los mismos que, con carácter general, se recogen en el artículo 39.2 del propio TRLISOS.

Sobre la primera de estas sanciones accesorias hay que señalar que no parece que la mejor vía para reforzar la disuasión sobre el incumplimiento de la cuota de

reserva sea, precisamente, eliminar otros mecanismos de acción positiva que las empresas vienen aplicando, puesto que retirar esos incentivos económicos puede comprometer seriamente la estabilidad en el empleo de los trabajadores cuyas contrataciones los generaron. De este modo, y con la actual configuración del artículo 46 del TRLISOS, podría suceder que en una empresa en la que se incumple parcialmente la cuota de reserva de trabajadores con discapacidad, la sanción accesoria por ese incumplimiento pudiera provocar la pérdida de las bonificaciones que la empresa se aplica por la contratación de algún trabajador con discapacidad, con lo que podríamos concluir que la situación, en términos de creación y mantenimiento del empleo de estos trabajadores, podría ser peor que la existente antes de la actuación sancionadora. Por otra parte, respecto de la segunda sanción accesoria, tampoco parece que privar a las empresas incumplidoras de la obligación de reserva de las bonificaciones que en el futuro pudieran disfrutar por contratar trabajadores con discapacidad resulte especialmente eficaz para que se supere la situación de incumplimiento. Por lo tanto, cabe insistir en que el refuerzo de los elementos disuasorios del incumplimiento de la obligación de reserva debe venir por un incremento en la cuantía de las sanciones, y no por aplicar accesorias que pueden afectar gravemente a la estabilidad en el empleo de los propios trabajadores con discapacidad, aun cuando siguen existiendo opiniones discrepantes sobre este último aspecto.

Asimismo, hay que señalar que, puesto que estas sanciones accesorias son aplicables cuando los empresarios «hayan cometido la infracción grave prevista en el artículo 15.3», considerando que, como hemos visto, no es posible aplicar ese precepto a los incumplimientos de las obligaciones de reserva establecidas en convenio colectivo, tampoco lo será aplicar las sanciones accesorias en estos supuestos, con lo que la impunidad resulta absoluta. Tanto en el caso de la sanción principal como en el de las accesorias, la imposibilidad de aplicación a los incumplimientos convencionales afectará tanto a los supuestos de obligación directa de contratación de trabajadores con discapacidad como a los de excepcionalidad establecidos en la negociación colectiva. No son muchos los convenios colectivos que amplían la cuota de reserva establecida en el artículo 42.1 del TRLGDPD, pero lo cierto es que cuando lo hacen la eficacia de tales cláusulas queda muy condicionada por la referida ausencia de tipificación en el TRLISOS. Esta situación favorece, en ocasiones, cláusulas convencionales ilusorias relacionadas con la obligación de reserva, favorecidas por la sensación de impunidad ya descrita, lo que refuerza la necesidad de tipificar estos incumplimientos para favorecer una negociación colectiva saludable en este ámbito.

Para finalizar, hay que señalar que la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, introdujo otra interesante novedad en el TRLISOS, al incluir un último párrafo en su artículo 39.2 relacionado con los supuestos de reincidencia, que están regulados con carácter general en el artículo 41. Así, en el supuesto de la infracción tipificada en

el artículo 15.3, la sanción se impondrá en su grado máximo cuando, en los dos años anteriores a la fecha de la comisión de la infracción, el sujeto responsable ya hubiere sido sancionado en firme por incumplimiento de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional. De este modo, se amplía el periodo de referencia para la apreciación de la reincidencia, que con carácter general es de 365 días, y las consecuencias de esta, puesto que el artículo 41 prevé que la cuantía de las sanciones pueda incrementarse hasta el doble del grado de la sanción correspondiente a la infracción cometida, sin exceder, en ningún caso, de las cuantías máximas previstas en el artículo anterior para cada clase de infracción.

Reflexiones finales

Como hemos podido comprobar, el empleo de las personas con discapacidad, tanto en las administraciones como en las empresas públicas, presenta aspectos muy complejos que van desde la propia terminología y la conceptualización de la discapacidad hasta la determinación de los sujetos obligados a aplicar las medidas de acción positiva necesarias para posibilitar la incorporación de estas personas al mercado de trabajo público en condiciones de igualdad de oportunidades, y permitir posteriormente el desarrollo de sus actividades profesionales con igualdad de trato respecto de las personas que no presentan una discapacidad jurídicamente relevante. Cabe preguntarse, al final de esta obra, si la actual configuración del empleo público cuando afecta a administraciones o a empresas públicas —ya esté afectado por el cupo de reserva del EBEP o por la cuota de reserva del TRLGDPD— permite concluir que los objetivos de inclusión de estas personas en entornos de empleo público normalizado se han conseguido o si, al menos, se dan las condiciones para que ello sea posible en un futuro no lejano. Desgraciadamente, la respuesta a esta cuestión debe ser negativa.

A pesar de los esfuerzos del legislador por configurar entornos normativos que posibiliten, incluso obligando imperativamente a incorporar a personas con discapacidad en algunos casos, el normal desarrollo del acceso al empleo de estas personas, no se han visto recompensados con el éxito en la práctica. El número de personas que se incorporan al empleo público en España dista mucho de alcanzar el objetivo del 2 %, que era el fijado por el legislador incluso antes de la entrada en vigor del primer EBEP en 2007 y del incremento de los porcentajes de reserva de empleo público, que comenzaron en el 3 % y que ahora se sitúan en el 7 %. Sea como fuere, no parece que subir los porcentajes resulte especialmente eficaz, porque el problema no es el número de plazas reservadas, sino la dificultad que siguen teniendo muchas personas con discapacidad para acceder a ellas. Esto es consecuencia de una situación generalizada de falta de igualdad de oportunidades, que comienza con el sistema educativo y que se arrastra a lo largo de la vida de muchas personas en los distintos ámbitos de la vida social. De nada sirve limitarse

a realizar una convocatoria con plazas reservadas a personas con discapacidad si previamente no se ha favorecido un entorno educativo, cultural y social favorable a la inclusión de estas personas en condiciones de verdadera igualdad de oportunidades.

Es por ello que los esfuerzos del empleador público no deben finalizar con la convocatoria de las plazas, aun cuando se incluyan medidas de adaptación en los procesos selectivos. Hay que aplicar medidas correctoras de la discriminación realmente eficaces, y para ello conviene recordar que lo que hace realmente útil y legítima a una medida de acción positiva es su intensidad, que debe ser proporcional a la de la situación de desigualdad que pretende corregir. En el caso del empleo de las personas con discapacidad, la situación de partida es pésima, con tasas de actividad muy bajas y tasas de desempleo muy altas en relación con las de las personas que no presentan discapacidad. Es por ello que las medidas correctoras, la acción positiva en definitiva, deben ser más intensas, y considerar que la corrección de la discriminación requiere un esfuerzo mayor, aplicando medidas complementarias al simple cupo de reserva en el acceso al empleo público.

Estas medidas complementarias deberían ir especialmente dirigidas a mejorar los aspectos formativos de los candidatos con discapacidad y a incrementar sus posibilidades de superación de las pruebas de acceso, con las mismas exigencias del resto de candidatos, pero estableciendo itinerarios más favorables, que permitan lograr la verdadera igualdad de oportunidades en este ámbito. La intensificación de la ampliación de los tiempos y la adaptación de los medios, sin duda, favorecerían la consecución de ese objetivo, pero no es suficiente con ello. Por lo tanto, una propuesta por valorar consistiría en que la Administración convocante adquiriera un compromiso formativo con las personas con discapacidad que, optando a plazas del cupo de reserva, hayan obtenido un resultado insuficiente para la asignación de la plaza pero suficiente para considerar que con un apoyo formativo específico, se logrará el objetivo. Sin duda, medidas como la propuesta favorecerían la incorporación de personas con discapacidad al empleo público, sin comprometer recursos públicos excesivos y dando real cumplimiento a la exigencia de igualdad de oportunidades.

En lo relativo al empleo no público y al empleo público afectado por la cuota de reserva del TRLGDPD, para evitar que el objetivo principal de creación de empleo en el mercado de trabajo ordinario para las personas con discapacidad se vea relegado a un papel residual, habría que configurar las situaciones de excepcionalidad de manera que su aplicación en la práctica sea todo lo restrictiva que ese objetivo requiere. Por lo tanto, el TRLGDPD debiera ser modificado, manteniendo el actual sistema de cuota con contribución compensatoria, pero limitando la utilización de medidas alternativas a las situaciones reales de excepcionalidad, debidamente constatadas por el organismo administrativo competente, siempre que tales situaciones generen efectivamente una imposibilidad para contratar personas

con discapacidad. Una mayor acción administrativa y la conversión del actual silencio administrativo positivo en negativo parecen dos medidas adecuadas.

Por lo que hace referencia a las medidas alternativas, es necesario modificar su actual configuración, muy especialmente en lo relativo a la determinación de la valoración que deban tener respecto del cumplimiento de la cuota de reserva. En este sentido, conviene introducir parámetros de cálculo que no se centren exclusivamente en datos de carácter económico, como sucede actualmente, sino que permitan determinar de la manera más precisa posible el impacto que la medida haya podido tener en la creación de empleo para personas con discapacidad en el mercado protegido o, en su caso, en el ordinario. También es preciso delimitar los supuestos de utilización de las medidas alternativas relativas a la contratación mercantil o civil con centros especiales de empleo o con trabajadores autónomos con discapacidad, evitando que oculten actividades de mera intermediación o interposición y favoreciendo el tránsito de los trabajadores contratados por estos centros hacia el mercado ordinario de trabajo.

Finalmente, respecto al derecho sancionador en esta materia, es precisa una mayor proporcionalidad en la calificación y graduación de las sanciones en relación con la cuota de reserva. El recurso al derecho sancionador en este ámbito no debe en ningún caso resultar prioritario en la actuación administrativa, pero en aquellos casos en los que la contumacia y la persistencia en el incumplimiento lo requieran, las sanciones deben resultar adecuadas, proporcionadas y suficientemente disuasorias. Los escasos avances que en este sentido ha presentado el legislador resultan claramente insuficientes, por lo que el paso de una tipificación como infracción grave a otra muy grave parece también una medida adecuada. De este modo, se potenciarían los efectos disuasorios al incrementarse la cuantía de la sanción.

Bibliografía de interés

ALARCÓN CARACUEL, M. (1997). «El principio de igualdad en el Derecho de la Unión Europea», en CRUZ VILLALÓN, J. (coordinador): *La igualdad de trato en el Derecho comunitario laboral*, Pamplona, Aranzadi.

ALONSO-OLEA GARCÍA, B. (2003). «Concepto de discapacidad y su distinción de otros afines, la deficiencia y la incapacidad», en ROMERO RÓDENAS, M. J. (coordinadora): *Trabajo y Protección Social del Discapacitado*, Albacete, Bomarzo.

ALONSO-OLEA GARCÍA, B. (2009). «La discapacidad en el sistema español de Seguridad Social», en PÉREZ BUENO, L. C. (director): *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Pamplona, Aranzadi.

ÁLVAREZ CONDE, E.; FIGUERUELO BURRIEZA, A.; NUÑO GÓMEZ, L. (directores) y CANCIO ÁLVAREZ, M. (coordinadora) (2009). *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad*, Madrid, Iustel.

BARRERE UNZUETA, M. A. (2003). «La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n.º 9.

BOLTAINA BOSCH, X. (2009). «La experiencia en las Administraciones Locales», en MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A. J. (coordinador): *El empleo público y las personas con discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca.

CABRA DE LUNA, M. (2009). «Un nuevo contexto para la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad», en PÉREZ BUENO, L. C. (director): *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Pamplona, Aranzadi.

CARDONA RUBERT, M. B.; LÓPEZ I MORA, F.; SARAGOSSÀ I SARAGOSSÀ, J. (2003). «Las medidas de integración laboral de las personas con discapacidad en las comunidades autónomas», en ROMERO RÓDENAS, M. J. (coordinadora): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, Bomarzo.

CASADO MUÑOZ, R. y CIFUENTES GARCÍA, A. (coordinadoras) (2003). *El acceso al empleo y a la Universidad de las personas con discapacidad: barreras y alternativas*, Burgos, Universidad de Burgos.

CASADO PÉREZ, D. (2002). «El programa pro acceso de las personas con discapacidad al empleo público del Real Patronato sobre Discapacidad», en AA. VV.: *Acceso de las personas con discapacidad al empleo público 1985-1999*, Madrid, Real Patronato sobre Discapacidad.

CORDERO GORDILLO, V. (2009). «El acceso al empleo público de las personas con discapacidad», *El Estatuto básico del empleado público: XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008, vol. 1.

CORDERO GORDILLO, V. (2012). *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch.

DE LORENZO GARCÍA, R. (2009). «Los contornos del derecho de la discapacidad», en PÉREZ BUENO, L. C. (director): *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Pamplona, Aranzadi.

DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. (2006). *Empleo y prestación de servicios en la Administración pública*, Valladolid, Lex Nova.

ESTEBAN LEGARRETA, R. (1999). *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, *ibidem*.

ESTEBAN LEGARRETA, R. (2003). *Derecho al trabajo de las personas con discapacidad*, Madrid, Real Patronato sobre Discapacidad.

ESTEBAN LEGARRETA, R. (2001). «Una perspectiva histórica de la intervención de los poderes públicos a favor del empleo de las personas con discapacidad», *Documentación Laboral*, n.º 64.

ESTEBAN LEGARRETA, R. y GUTIÉRREZ COLOMINAS, D. (2014). «La incentivación del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo», *Revista Española de Discapacidad*, vol. 1, n.º 3.

ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PÉREZ, J. (2009). «Los incentivos laborales a la actividad en Centros Especiales de Empleo», en ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ AMORÓS, F. (directores) y SOLÀ MONELLS, X. (coordinador): *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch.

ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PÉREZ, J. (2009). «La situación actual del acceso a la función pública de las personas con discapacidad y colectivos con dificultades. El planteamiento del Estatuto Básico del Empleado Público», en MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A. J. (coordinador): *El empleo público y las personas con discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca.

FERNÁNDEZ-CUERVO ARROYO, A. (2002). «Normativa de las Comunidades Autónomas en materia de acceso a su Función Pública, con especial referencia, en su caso, a las relativas al acceso al empleo público de las personas con discapacidad», en AA. VV.: *Acceso de las personas con discapacidad al empleo público 1985-1999*, Madrid, Real Patronato sobre Discapacidad.

GARCÍA QUIÑONES, J. C. (2005). «El concepto jurídico laboral de discapacitado», en VALDÉS DAL-RÉ, F. (director) y LAHERA FORTEZA, J. (coordinador): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, Biblioteca Nueva.

GIMÉNEZ GLUCK, D. (1999). *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch.

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (INAP) (2010). «El artículo 24 de la Constitución: algunos problemas pendientes», *Cuadernos de Derecho Público*, Instituto Nacional de Administración Pública, n.º 10, mayo-agosto.

MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A. (2009). «Conclusiones generales», en MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A. J. (coordinador): *El empleo público y las personas con discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca.

MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A. (2009). «El acceso al empleo público de las personas con discapacidad en las Administraciones Públicas Autonómicas. Un diagnóstico normativo», en MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A. J. (coordinador): *El empleo público y las personas con discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca.

MARTÍNEZ RIVERO, A. (2007). «El estatus jurídico de las personas con discapacidad en las leyes de cabecera del ordenamiento jurídico público», en DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L. (directores): *Tratado sobre discapacidad*, Pamplona, Aranzadi.

MOLINA GARCÍA, M. (2000). *El contrato de trabajo en el sector público*, Granada, Comares.

MONTOYA MARTÍN, E. (1996). *Las empresas públicas sometidas a derecho privado*, Madrid, Marcial Pons.

MONTOYA MELGAR, A. (2007). «Las administraciones públicas como empresarios laborales (un estudio a la luz del nuevo estatuto del empleado público)», *Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas*, Cuadernos de Derecho Judicial.

MONZÓN, P., TRÖMEL, S. y SOTO RUIZ, J. (2009). «El impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad», en MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A. J. (coordinador): *El empleo público y las personas con discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca.

NÚÑEZ GONZÁLEZ, C. (1999). «La nueva configuración de la reserva de empleo para personas con discapacidad», *Actualidad Laboral*, n.º 1.

PARADA VÁZQUEZ, R. (2007). *Derecho del empleo público*, Madrid, Marcial Pons.

PÉREZ PÉREZ, J. (2015). *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*, Valladolid, Lex Nova.

PÉREZ PÉREZ, J. (2008). «El fomento del empleo de las personas con discapacidad: técnicas de incentivación y entornos normativos protectores», *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, números 2 y 3.

PÉREZ PÉREZ, J. (2006). «La inserción laboral de las personas con discapacidad», en AA. VV.: *La qualitat en l'ocupació*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Treball i Indústria.

PÉREZ PÉREZ, J. (2008). «La integración laboral de las personas con discapacidad: análisis de los distintos mecanismos de incentivación», en ESPUNY TOMÁS, M. y PAZ TORRES, O. (coordinadoras): *Inspección de Trabajo 1906-2006*, Valencia, Tirant lo Blanch.

REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD (2003). *Pautas para una correcta aplicación de las medidas relativas al acceso de las personas con discapacidad al empleo público*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Real Patronato sobre Discapacidad.

REY MARTÍNEZ, F. (2008): «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año n.º 28, n.º 84.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M. (1983). «Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo», en BORRAJO DACRUZ, E. (director): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Edersa.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2004). *Derecho de la Función Pública*, Madrid, Tecnos.

VALDÉS DAL-RÉ, F. (2005). «Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos», en VALDÉS DAL-RÉ, F. (director) y LAHERA FORTEZA, J. (coordinador): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, Biblioteca Nueva.

El autor

Jorge Pérez Pérez es doctor en Derecho y máster en Prevención y Seguridad por la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB). En la actualidad, es profesor asociado de la Universidad Autónoma de Barcelona y subinspector Laboral, de Empleo y Seguridad Social, en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Barcelona.

Ha publicado varias monografías y ha participado en numerosas publicaciones relacionadas con el derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Sus áreas de especialización son el trabajo de las personas con discapacidad, la contratación laboral, la gestión y la acción protectora de la Seguridad Social, así como las relaciones de trabajo en las administraciones públicas.



cemical

consorci d'estudis,
mediació i conciliació
a l'administració local

cemical.diba.cat

El CEMICAL, constituido por la Diputación de Barcelona, la Federación de Municipios de Cataluña, la Asociación Catalana de Municipios y Comarcas, la Federación de Servicios Públicos de la UGT de Cataluña y la Federación de Servicios Públicos de CC.OO., tiene dos objetivos: promocionar el progreso de las relaciones entre los representantes de las entidades locales y el personal a su servicio, y favorecer la resolución de los conflictos laborales. Con la colección Estudios de Relaciones Laborales, el consorcio se propone facilitar el diálogo social, mediante la reflexión y el debate, y abordar cuestiones objeto de discusión en las mesas de negociación.

El trabajo de las personas con discapacidad ha sido objeto de una intensa regulación, tendente a mejorar sus oportunidades de empleo y la calidad de estas relaciones laborales. Las administraciones públicas deben jugar un papel relevante en este sentido, potenciando los mecanismos de inclusión laboral de estas personas y cumpliendo y haciendo cumplir las obligaciones que garantizan una auténtica igualdad de oportunidades y de trato en el ámbito del empleo, en general, y del empleo público, en particular. Este libro pretende analizar esta situación y dar respuesta a las relevantes cuestiones que plantea.

- 1** La carrera administrativa: nuevas perspectivas
- 2** La conciliación de la vida laboral y familiar del personal al servicio de las entidades locales
- 3** El acoso moral: incidencia en el sector público
- 4** El personal directivo en la Administración local
- 5** El personal laboral de las corporaciones locales después del Estatuto básico del empleado público
- 6** Los órganos de representación del personal funcionario: delegados y juntas de personal. Una visión crítica
- 7** El despido colectivo en las administraciones y entes públicos. Marco general, causas y procedimiento
- 8** Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración pública
- 9** La reducción de la jornada y la excedencia por cuidado de hijos o familiares en las administraciones públicas
- 10** La discapacidad y el empleo en las administraciones públicas