

LA RESERVA DE EMPLEO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA

**CONSIDERACIONES Y PROPUESTAS DESDE
EL MODELO RELACIONAL DE LA
DISCAPACIDAD**

Consejo Editorial**GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA**

DIRECTOR GENERAL DE PUBLICACIONES

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

Consejo Científico**JAIME CABEZA PEREIRO**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

MARÍA TERESA DÍAZ AZNARTE

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

JESÚS MERCADER UGUINA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III

ANTONIO OJEDA AVILÉS

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

MARGARITA RAMOS QUINTANA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna

PILAR RIVAS VALLEJO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

CARMEN SÁEZ LARA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I

Consejo Colección Trabajos de Investigación**BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA**

DIRECTORA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia

MARÍA DEL CARMEN SALCEDO BELTRÁN

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia

JOSÉ ANTONIO RUEDA MONROY

**LA RESERVA DE EMPLEO PARA
LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD EN ESPAÑA**

**CONSIDERACIONES Y PROPUESTAS DESDE
EL MODELO RELACIONAL DE LA
DISCAPACIDAD**

Edita:

Ediciones Laborum, S.L.

Avda. Gutiérrez Mellado, 9 - Planta 3ª, Oficina 21 - 30008 Murcia

Tel.: 968 88 21 81

Fax: 968 88 70 40

E-mail: laborum@laborum.es

www.laborum.es

1.ª Edición, Ediciones Laborum S.L., 2021

ISBN: 978-84-17789-81-7

Depósito Legal: MU 1143-2021

© Copyright de la edición, Ediciones Laborum, 2021

© Copyright del texto, José Antonio Rueda Monroy, 2021

Ediciones Laborum, S.L. no comparte necesariamente los criterios manifestados por el/la autor/a en el trabajo publicado.

La información contenida en esta publicación constituye únicamente, y salvo error u omisión involuntarios, la opinión de su autor/a con arreglo a su leal saber y entender, opinión que subordinan tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado.

Ni el editor, ni el/la autor/a, pueden responsabilizarse de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones o informaciones contenidas en esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 o 93 272 04 45).

*A mi familia y amigos por todo.
A la memoria de mi madre, Mari Carmen.
A todos los que en la lucha por la justicia social
han posibilitado que este proyecto parta desde una posición más desarrollada.*

SUMARIO

ABREVIATURAS	11
RESUMEN	15
INTRODUCCIÓN	27
1. HIPÓTESIS, OBJETIVOS, METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA	27
2. SOBRE LA TERMINOLOGÍA EMPLEADA: CONSIDERACIONES Y ACLARACIONES PREVIAS	32
CAPÍTULO PRIMERO: PRINCIPIOS, CONCEPTOS CLAVES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA CUESTIÓN DEL EMPLEO EN IGUALDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	37
1. SOBRE LA DISCAPACIDAD: EVOLUCIÓN CONCEPTUAL Y DELIMITACIÓN JURÍDICA	37
1.1. La evolución en la concepción de la discapacidad	37
1.1.1. <i>Desde la prescindencia hasta la rehabilitación</i>	38
1.1.2. <i>Los movimientos sociales y el modelo social</i>	41
1.1.3. <i>El afianzamiento jurídico del nuevo modelo: el modelo relacional</i>	43
1.2. La definición de persona con discapacidad y su reconocimiento en el ordenamiento jurídico español	52
1.3. La distinción entre discapacidad e incapacidad	63
2. SOBRE EL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	68
2.1. El empleo como bien escaso transcendental para la inclusión	68
2.2. Aproximación a las causas y consecuencias de la discriminación en el empleo.....	73
2.3. Barreras y otros factores de influencia en el acceso al empleo	77
2.3.1. <i>Barreras y factores de incidencia jurídicos</i>	79
2.3.2. <i>Barreras físicas y a la comunicación</i>	83
2.3.3. <i>Barreras y factores relacionales</i>	85
2.4. El reconocimiento institucional de la problemática en el acceso al empleo de las personas con discapacidad.....	90
3. SOBRE LA IGUALDAD DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EL CONFLICTO CON EL TRATO DIFERENCIADO.....	95
3.1. El principio de igualdad y la acción positiva	95

3.1.1. Consideraciones generales sobre el principio de igualdad	95
3.1.2. La acción positiva en el empleo de las personas con discapacidad en el contexto internacional y supranacional	98
a) Los primeros reconocimientos	99
b) Décadas de los '70 y '80: Primeros programas internacionales y el comienzo del cambio de miras hacia la sociedad.....	101
c) Década de los '90: modificando los cimientos	105
d) El nuevo milenio: Desde la Directiva 2000/78 hasta la Convención	107
3.2. El tratamiento de la igualdad y la discapacidad en la Constitución española	112
3.2.1. El mandato de igualdad –y de la diferencia– en la Constitución española ...	112
3.2.2. El tratamiento de la discapacidad en la Constitución española bajo el paradigma de la CIDPD	119
3.2.3. El acomodo constitucional de las reservas en el empleo: otros preceptos constitucionales en conflicto y la STC 269/1994	125
3.3. Diferenciación y categorización del trato diferenciado como pretexto para la igualdad material.....	127
Reflexión-Recapitulación	139

CAPÍTULO SEGUNDO: LA RESERVA DE EMPLEO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA..... 143

1. LAS MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA	143
1.1. No discriminación y acción positiva en la LGDPD.....	143
1.2. Incentivos económicos a empleadores	145
1.2.1. Subvenciones.....	146
1.2.2. Bonificaciones de cuotas	148
1.2.3. Deducciones fiscales.....	149
1.3. Adaptaciones en el medio y ajustes razonables	151
1.4. Empleo con apoyo.....	154
1.5. Servicios de empleo y formación para el empleo	158
1.6. El fomento del empleo mediante la fórmula del empleo protegido	160
1.7. Sucinta y preliminar valoración de las medidas de fomento del empleo en España	163
2. LA RESERVA DE EMPLEO: CARACTERES GENERALES	167
2.1. Origen.....	168
2.2. Mecánica general de la medida	169
3. LAS CUOTAS RESERVA EN ESPAÑA.....	173
3.1. Evolución histórica	173
3.1.1. Primeras manifestaciones de la reserva de empleo: la etapa franquista	173
3.1.2. La regulación de la reserva de empleo en el marco constitucional.....	176
3.1.3. La plasmación de la reserva de empleo en la LGDPD.....	178

3.2. Régimen jurídico de la reserva de empleo en las empresas	180
3.2.1. <i>Ámbito subjetivo</i>	180
a) Sujetos computables.....	180
b) Sujetos obligados.....	186
3.2.2. <i>Ámbito material</i>	193
3.2.3. <i>La excepcionalidad y las medidas alternativas</i>	195
a) Surgimiento.....	195
b) Presupuestos	196
c) Las situaciones de excepcionalidad	197
d) Vías de adopción.....	200
e) Las medidas alternativas.....	201
Los contratos mercantiles o civiles celebrados con Centros Especiales de Empleo o con trabajador autónomo con discapacidad:	203
La realización de donaciones y acciones de patrocinio.	205
La constitución de enclaves laborales.....	206
3.2.4. <i>Obligaciones y aspectos formales de la reserva de empleo y las medidas alternativas</i>	207
3.2.5. <i>Régimen sancionador</i>	210
a) Infracciones.....	210
b) Sanciones.....	212
3.3. El cupo de reserva en el acceso al empleo público	214
3.3.1. <i>Ámbito subjetivo</i>	215
a) Potenciales aspirantes	215
b) Sujetos obligados.....	217
3.3.2. <i>Porcentaje de reserva</i>	218
3.3.3. <i>La Oferta de Empleo Público</i>	223
3.3.4. <i>La convocatoria de las plazas: convocatoria general o turno independiente</i>	226
3.3.5. <i>La reserva de plazas en la promoción interna y en la contratación temporal</i>	231
3.3.6. <i>Breve referencia al desarrollo de los procesos selectivos y a la adjudicación y adaptación de los puestos de trabajo</i>	233
Reflexión-Recapitulación	234

CAPÍTULO TERCERO: CONSIDERACIONES VALORATIVAS SOBRE LA RESERVA DE EMPLEO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA235

1. SOBRE EL ENCAJE CONCEPTUAL DE LA MEDIDA.....	235
1.1. La cuota reserva en España ¿una medida de acción positiva?	235
1.2. La reserva de empleo desde el modelo relacional de la discapacidad.....	243

1.2.1. <i>Ámbito subjetivo: Las disfunciones del procedimiento de reconocimiento de la discapacidad y sus consecuencias sobre la medida de reserva en el contexto del modelo relacional de la discapacidad</i>	244
1.2.2. <i>Ámbito objetivo: La pertinencia de la reserva dentro del modelo social de la discapacidad</i>	247
1.2.3. <i>Las medidas alternativas: la huida desde el empleo ordinario hacia el empleo protegido</i>	251
2. OPCIONES REGULATORIAS Y VÍAS DE SOLUCIÓN A LAS DEFICIENCIAS TÉCNICO-LEGISLATIVAS	254
2.1. Destinatarios directos	255
2.2. Configuración del porcentaje de reserva y cómputo de los trabajadores con discapacidad	256
2.3. Sujetos obligados y cómputo de la plantilla total	258
3. LA EFICACIA REAL DE LA RESERVA DE EMPLEO. ASPECTOS CRÍTICOS Y PROPOSICIONES DE MEJORA	260
3.1. Las barreras circunstanciales del mercado de trabajo español	261
3.2. El deficiente grado de cumplimiento	264
3.3. El reflejo de la reserva de empleo en la negociación colectiva: especial referencia a la provincia de Málaga	270
3.4. Posibles medidas facilitadoras de la eficacia de la reserva de empleo y de la consecución de igualdad	274
3.4.1. <i>Los planes de gestión de la discapacidad</i>	275
3.4.2. <i>La creación de un ente público dedicado al fomento del empleo de las personas con discapacidad</i>	277
3.4.3. <i>La reestructuración de las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social</i> ...	279
Reflexión-Recapitulación	281
ANEXO I. Convenios Colectivos Sectoriales de la provincia de Málaga analizados	285
ANEXO II. Informes más relevantes y otros documentos destacados	289
BIBLIOGRAFÍA	293

ABREVIATURAS

AGE _____ Administración General del Estado.

AGEFIPH__ AGir Efficacement pour l'Insertion professionnelle des Personnes Handicapées.

ANED_____ Academic Network of European Disability experts.

BOE _____ Boletín Oficial del Estado.

CCAA_____ Comunidades Autónomas.

CE _____ Constitución Española de 1978.

CERMI ____ Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad.

CIDDM ____ Clasificación internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalía de la OMS de 1980.

CIDPD ____ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas del año 2006.

CIF _____ Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud de la OMS de 2001.

EEE _____ Estrategia Europea de Empleo.

ET _____ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

ETT _____ Empresa de Trabajo Temporal.

FJ_____ Fundamento Jurídico.

GI _____ Gran invalidez.

IP _____ Incapacidad permanente.

IPA _____ Incapacidad permanente absoluta.

IPT _____ Incapacidad permanente total.

- IT _____ Incapacidad temporal.
- ITSS _____ Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.
- LGDPD _____ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.
- LGSS _____ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- 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.
- LISOS _____ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- LPRL _____ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.
- LRJS _____ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
- ODISMET _ Observatorio sobre discapacidad y mercado de trabajo en España.
- OCDE _____ Organización para la cooperación y el desarrollo económico.
- OEP _____ Oferta de empleo público.
- OIT _____ Organización Internacional del Trabajo.
- OMS _____ Organización Mundial de la Salud.
- ONU _____ Organización de Naciones Unidas.
- RAE _____ Real Academia de la Lengua Española.
- RD _____ Real decreto.
- SEPE _____ Servicio Público de Empleo Estatal.
- STC _____ Sentencia del Tribunal Constitucional.

STJUE _____ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STS _____ Sentencia del Tribunal Supremo.

TC _____ Tribunal Constitucional.

TFUE _____ Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.

TJUE _____ Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TS _____ Tribunal Supremo.

TUE _____ Tratado de la Unión Europea.

UE _____ Unión Europea.

UPIAS _____ Union of Physically Impaired Against Segregation.

RESUMEN

La reserva de empleo para personas con discapacidad es una medida de acción positiva que se proyecta en el ordenamiento jurídico español tanto en el ámbito de las empresas como en el acceso al empleo público. Los primeros vestigios de la misma en nuestro derecho los encontramos en el *Decreto de 5 de abril de 1938*, aunque no fue hasta 1970, con el *Decreto 2531/1970, de 22 de agosto sobre empleo de trabajadores minusválidos*, cuando se extendió a la generalidad de la población civil. En la actualidad la encontramos regulada esencialmente en artículo 42 del *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social* (LGDPD en adelante).

La evolución del tratamiento de la discapacidad durante la vigencia de este mecanismo y, especialmente, la consolidación jurídica de un nuevo paradigma en la concepción de la discapacidad a partir del hito que supuso la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas del año 2006* (en adelante, CIDPD o la Convención), ponen de relieve una serie de incongruencias en la configuración de la medida que en algunos aspectos parece anclada en viejos modelos.

Comenzamos nuestro estudio adentrándonos en el tratamiento jurídico de la discapacidad. Como hemos adelantado, la concepción y el tratamiento de la discapacidad ha ido evolucionando –y lo sigue haciendo–, discurriendo por distintos modelos en los que ha diferido el tratamiento jurídico otorgado al colectivo. Se identifican tres grandes modelos explicativos de la discapacidad a lo largo de la historia: el modelo de la prescindencia, el modelo médico-rehabilitador y el modelo social. Fue desde ese modelo intermedio, el médico-rehabilitador, cuando se empezó a incrementar el interés jurídico por la discapacidad. No obstante, el gran cambio comienza a producirse a partir de movimientos sociales y doctrinales que desembocaron en el modelo social, el cual reivindica que la discapacidad es consecuencia de las condiciones sociales. Mientras que hasta entonces la discapacidad resultaba determinada desde una perspectiva individual, las deficiencias de salud de los individuos y la falta de funcionalidad de los órganos del cuerpo humano, con el modelo social se ponía el foco del problema sobre las barreras creadas por la sociedad. La traslación de estas ideas al plano jurídico se producirá con la precitada Convención Internacional de 2006. No obstante, no encontramos en este instrumento una visión que centre la atención únicamente en los productos de la sociedad, sino que para identificar la discapacidad parte de una concepción relacional. Ello se

desprende de la propia definición de persona con discapacidad establecida en su artículo primero que queda sujeta a la interacción de unas diferencias orgánicas o funcionales del individuo con diversas barreras sociales que podrían impedir la participación social plena de los mismos en igualdad de condiciones que los demás. El concepto de persona con discapacidad conforme a la CIDPD será el que tomemos en consideración en este estudio, por lo que, atendiendo a las premisas antes señaladas, denominamos al modelo que aquel consolida como *modelo relacional de la discapacidad*.

Con todo, los distintos ordenamientos nacionales a la hora del reconocimiento de las personas con discapacidad como sujetos de derechos, han podido precisar de forma diferente los elementos de este concepto. Téngase presente además que cuando nos referimos a personas con discapacidad aludimos a personas que en el plano individual están comprendidas en un colectivo heterogéneo, con deficiencias de salud de diferente tipología (física, sensorial, intelectual, mental) y con origen que puede ser distinto (congénito o adquirido), cuestiones que afectarán de forma desigual a las posibilidades de inclusión del colectivo en la sociedad.

Ocupándonos de la acomodación del concepto en nuestro derecho interno, es el artículo 4 LGDPD el encargado de delimitar la idea de persona con discapacidad como titular de derechos. El citado precepto reconoce *a priori* tres situaciones a las que se aplicarán los efectos jurídicos derivados de la discapacidad, a saber: una primera que parte del concepto relacional recogido en la Convención; una segunda para las personas con reconocimiento administrativo de discapacidad en grado igual o superior al 33% y, una tercera, por equiparación a esta última, para determinados pensionistas por incapacidad permanente o de clases pasivas. Pese a que el precepto parte del concepto relacional de la discapacidad, el mismo queda desvirtuado debido a deficiencias notables en el proceso de refundición normativa. Las consecuencias prácticas son importantes: el enfoque relacional solo resulta efectivo para las medidas antidiscriminatorias, en tanto y en cuanto, son medidas de carácter imperativo conforme a los dictados contenidos en la CIDPD –considerada como norma de derecho interno en virtud del artículo 96.1 CE–. En efecto, por regla general, para ser beneficiario de todas las medidas previstas para el colectivo en nuestro ordenamiento socio-laboral habrá de estarse en posesión del reconocimiento administrativo en grado igual o superior al 33%.

Si nos adentramos en la regulación del procedimiento de reconocimiento de grado, el cual se contiene hoy en el *Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía*, observamos que la realidad que se evalúa en el mismo dista mucho del concepto de discapacidad de la CIDPD. En efecto, la ponderación de los factores sociales queda finalmente fijada en una cuantía irrisoria en

comparación con los factores médicos, por lo que podemos afirmar que lo que se reconoce en dicho procedimiento se asimila a un concepto de discapacidad pasado, y ello por basarse eminentemente en cuestiones médicas, características propias del modelo médico-rehabilitador. Esta situación podría ocasionar que se excluyera de la obtención del grado mínimo a personas que realmente habrían de ser consideradas como personas con discapacidad a los efectos de la Convención, y, a la par, podrían incluirse a personas que no han sido valoradas conforme al patrón de las dificultades con la interacción de barreras sociales.

Es preciso en este punto distinguir la discapacidad de otra figura que puede inducir a error, la incapacidad. Ciertamente se aprecia la similitud en lo que respecta a la situación individual, ya que ambas precisan la existencia de deficiencias de salud ya sean de carácter físico, mental, intelectual o sensorial. Difieren sin embargo las esferas donde se produce la puesta en relación de una y otra. En este sentido, evaluar la incapacidad para el trabajo obliga a que nos centremos en la capacidad laboral de la persona en el entorno laboral y, para determinar la discapacidad de acuerdo con el modelo relacional, el centro de atención ha de ubicarse en las barreras sociales existentes en el entorno social. Consecuentemente, tras esta básica distinción, hemos de partir de la idea de que una persona con discapacidad no tiene por qué estar imposibilitada para el ejercicio de una actividad productiva, antes al contrario, hemos de suponer que está plenamente capacitada si se eliminan todas las barreras del entorno. No obstante, debemos apuntar que ambas realidades pueden concurrir a la par en la misma persona, puesto las dos situaciones requieren de un denominador común, una situación de deficiencia en lo que a la salud se refiere. Si relacionamos esto con la delimitación de persona con discapacidad efectuada en el artículo 4.2 LGDPD, vemos que se realiza una equiparación de efectos entre discapacidad e incapacidad, cuestión que nos lleva a refutar la misma, puesto que las situaciones protegidas y las necesidades a cubrir en uno y otro ámbito son distintas, es decir, el reconocimiento de incapacidad no tiene por qué llevar aparejada la discapacidad.

Así conceptuada la discapacidad, de seguida procede exponer la situación del colectivo en el empleo, dado el trascendental papel que juega –el empleo– en la subsistencia humana, en su desarrollo personal y en la inclusión social. Pues bien, es una constante en los distintos países la situación de discriminación en este ámbito del colectivo que nos ocupa, tanto en el acceso como en las condiciones de su ejercicio. Centrándonos en la vertiente cuantitativa –la más interesante para esta investigación en tanto que la medida protagonista incide sobre la misma–, se revelan unos índices desoladores: las personas con discapacidad soportan índices de desempleo y inactividad que se elevan al doble de la población en general en los países de la UE. A este respecto y desde el modelo relacional de la discapacidad, consideramos las

diferentes barreras que impiden el acceso al empleo del colectivo. Localizamos barreras de muy diversa índole, las cuales podemos calificar en: jurídicas; físicas o de la comunicación y relacionales. Entre ellas destacamos las disposiciones normativas que dificultan la incorporación al mundo laboral del colectivo, los espacios o útiles de trabajo que no son accesibles para todos, ideas y pensamientos que conciben a las personas con discapacidad como menos válidas, etc. Son estos algunos ejemplos de barreras que enfrentan las personas con discapacidad a diario e impiden el acceso al empleo, derecho consagrado en el artículo 23 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.

Analizada esta problemática, corresponde centrarnos en el Estado social para encontrar soluciones. Concretamente, pensamos en el derecho a la igualdad, y es que, un Estado social y Democrático como el español no queda constreñido a garantizar la “versión liberal” de la igualdad, la cual nos llevaría hacia una igualdad de *iure*, sino que ha de superarla y orientar su actividad hacia la igualdad real y efectiva.

Reconocer la diversidad humana y asegurar la igualdad de los grupos más vulnerables legitima el trato desigual. Lo propio se viene realizando desde mediados del siglo XX en el contexto internacional y europeo con la fórmula del *soft-law* en lo relativo al empleo de las personas con discapacidad. En este sentido, se insta a los distintos países por parte de la ONU, la OIT y las instituciones de la UE, a la puesta en marcha de medidas concretas a favor del empleo de personas con discapacidad. Ya en este milenio destacan dos relevantes instrumentos en la materia: la *Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación* y la ya presentada CIDPD. La primera de ellas se ha convertido en una norma de derecho derivado primordial en la materia y la Convención dedica un precepto en exclusiva al ámbito del empleo, el 27. No obstante, podemos calificar a ambos instrumentos como de prohibición de la discriminación, si bien no es menos cierto, que constituyen un enorme refuerzo en cuanto a las medidas de trato diferenciado en el empleo de las personas con discapacidad. En la generalidad de todas las disposiciones internacionales y supranacionales existen algunas menciones a la reserva de empleo, pero no encontramos en este ámbito obligación alguna impuesta a los distintos estados miembros, ni siquiera directrices o reglas homogeneizadoras que impliquen una cierta coordinación en su puesta en marcha. Tampoco la Convención Internacional hace mención a la medida, no obstante, se aprecia cómo la inmensa mayoría de países de nuestro entorno hacen uso de este mecanismo.

En lo que respecta a nuestro derecho interno, la Constitución española trata de garantizar la igualdad real y efectiva del colectivo fijando un mandato de actividad a los Poderes Públicos que subyace de la conjunción de diversos preceptos. Especialmente significamos en esta sede los artículos 9.2 y 49. En el

primero de los citados, encontramos el principio de igualdad material, que obliga a los Poderes Públicos a promover las condiciones para que la igualdad, tanto en una vertiente individual (“entre individuos”), como colectiva (“de los grupos en que se integra”), sea real y efectiva. Dicho de otro modo, con relación a lo que nos incumbe, el precepto aspira a la remoción de los obstáculos que impiden la igualdad sustancial de las personas con discapacidad. El segundo de los preceptos referidos se ocupa en exclusiva de la discapacidad y contiene otro mandato a los Poderes Públicos, eso sí, desde una perspectiva obsoleta de la discapacidad que se desprende de la terminología utilizada. Sin perjuicio de ello, el precepto ha de entenderse hoy renovado a los ojos de la Convención internacional. En este supuesto, se ordena elaborar políticas que presenten una adecuada atención al colectivo que permita el ejercicio de sus derechos. En virtud de lo anterior, nuestra norma suprema permite un trato formalmente desigual para alcanzar la meta de la igualdad material. No obstante, la medida de trato diferenciado habrá de superar el *test de constitucionalidad*, el cual medirá el acomodo de esta a la CE. Para ello se habrán de dar dos condicionantes: la finalidad y la proporcionalidad. La finalidad hace referencia a la razonabilidad de la medida, que ha de ser acorde con un objetivo para nuestro Estado social, o lo que es igual, perseguir un fin constitucional, como es, la igualdad real y efectiva con relación a un colectivo desfavorecido históricamente. Por otro lado, la proporcionalidad enjuiciaría una triple relación, la existente entre: la finalidad, la diferencia de facto producida, y las consecuencias generales de la vigencia de la medida. Es este, pues, el momento de aclarar que las reservas de empleo en nuestro país fueron expresamente validadas por nuestro Tribunal Constitucional en la STC 269/1994, de 3 de octubre, en la que se consideró que “la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo, aplicada por la Comunidad Autónoma de Canarias, no vulnera el art. 14 CE, siendo por tanto perfectamente legítimo desde la perspectiva que ahora interesa, y que además constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 CE, en consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1 CE)”.

Llegados a este punto resulta oportuno categorizar las diferentes tipologías de trato diferenciado. Reconociendo el enredo doctrinal en lo referente a las distintas formas de tratamiento diferenciado, acogemos una primera clasificación que distingue entre *medidas de igualación positiva* y *medidas de acción positiva*, siendo dos sus principales discordancias. De una parte, el que las primeras –las medidas de igualación positiva–, se fundamentan en una inferioridad objetiva del sujeto beneficiario, mientras que las segundas van dirigidas a un colectivo minusvalorado con base en sus rasgos específicos. De otra, que las primeras se dirijan a los individuos en particular y están fundamentadas en una realidad objetiva (la inferioridad), mientras que las segundas se orientan hacia un grupo en razón de una apariencia social, la

minusvaloración por la simple pertenencia al colectivo. Teniendo en consideración las barreras que enfrenta el colectivo y desde la perspectiva del modelo relacional de la discapacidad, podemos inferir que el problema del empleo que se trata de paliar es genérico y no particular, máxime si asumimos que, *a priori*, la capacidad laboral de las personas con discapacidad no tiene por qué ser inferior objetivamente al resto en un entorno sin barreras. Desde esta posición, el incluir la medida de reserva dentro de las medidas de igualación positiva conllevaría asumir una posición de inferioridad objetiva cuestión que se aleja de nuestro planteamiento. Es por ello que entendemos que habrá de concebirse a la misma como una medida de acción positiva, la cual ha de tener como meta la eliminación de las diferencias entre colectivos mediante el reequilibrio de la desventaja social y estructural que poseen, o lo que es lo mismo, procurando la eliminación de las barreras sociales existentes en el entorno.

Profundizar sobre las medidas de acción positiva permite que diferenciemos entre medidas de *discriminación inversa* y *medidas de acción positiva moderadas*. En este supuesto, la diferenciación entre una y otra se produce por los efectos que causan a terceros. La primera ocasiona unos perjuicios directos a los individuos por privarles en cierta medida del bien sobre la que se proyectan. Las medidas de acción positiva, por el contrario, pretenden la eliminación de la minusvaloración otorgando beneficios a las personas del grupo protegido sin repercutir –en principio– negativamente en el resto. El ejemplo paradigmático de medida de discriminación inversa es la reserva de empleo en tanto que restringe el acceso al empleo en una proporción o número al colectivo que es ajeno a la medida.

Con estas premisas afrontamos en el capítulo segundo el estudio de la reserva de empleo desde un enfoque crítico, partiendo de los inicios de su implantación y analizando la evolución y desarrollo del contenido de esta obligación hasta nuestros días. Antes de adentrarnos en esta concreta medida, realizamos un recorrido y una valoración de otros mecanismos incluidos en la LGDPD y que comparten la finalidad del fomento del empleo del colectivo, como pueden ser: los incentivos económicos, los ajustes razonables, el empleo con apoyo, la fórmula del empleo protegido, etc. En el catálogo de medidas analizadas encontramos ejemplos de las distintas categorías de trato diferenciado que hemos expuesto con anterioridad. No obstante, tomamos conciencia de que la coercitividad de la reserva de empleo puede romper barreras iniciales que impedirían la contratación de personas con discapacidad por parte del empresario, consecuencia esta que no se deriva de la adopción de otras medidas.

Centrados ya en los mecanismos de reserva de empleo comenzamos con el estudio de los orígenes a nivel internacional de la medida. Vinculada a la

finalización de la Primera Guerra Mundial, fue Alemania el primer país que, en 1919, puso en práctica la medida dirigida a los soldados heridos en la contienda. Un ejemplo este que fue seguido en los años sucesivos por otras potencias europeas. Tras la finalización de la Segunda Guerra mundial, la medida se expandió a la generalidad de la población civil.

En España, los orígenes de la reserva se remontan a la finalización de la Guerra Civil, si bien su extensión a la población civil no se produjo hasta el antes mencionado *Decreto 2531/1970, de 22 de agosto sobre empleo de trabajadores minusválidos*. Ya en el marco constitucional, la medida se incorporó a la *Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos* con un núcleo obligacional casi idéntico al precedente: la obligación de que en las empresas con 50 o más trabajadores en plantilla, un número no inferior al 2% de los puestos debieran ser ocupados por trabajadores con discapacidad. En una de sus reformas, la realizada por la *Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, se incluye una variación importante, el contemplar en determinados supuestos “excepcionales” un cumplimiento alternativo mediante la adopción de las denominadas “medidas alternativas”.

En el ámbito del empleo público no fue hasta 1988 cuando se incorpora a la *Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública*, la obligación de reservar un cupo no inferior al 3 por 100 de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, aunque la *Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados* aumentó este porcentaje al 5%.

Respecto a la reserva del dos por ciento en las empresas que queda fijada en el artículo 42.1 LGDPD, comenzamos a atisbar las imperfecciones en la regulación al descender sobre los sujetos computables a efectos de dicho porcentaje, ya que de la interpretación de las normas refundidas y tras los pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo en las SSTS 992, 993 y 994 de 29 de noviembre de 2018, se evidencia que únicamente serán consideradas personas con discapacidad computables los sujetos en posesión de resolución administrativa de reconocimiento de discapacidad en grado igual o superior al 33%. Este aspecto se separa del ámbito subjetivo protector de la CIDPD, que incluye, como recordamos, a todas las personas con deficiencias de salud que, al relacionarse con las barreras del entorno, podrían ver impedida su participación plena en la sociedad en igualdad de condiciones que las demás. El establecimiento de un ámbito subjetivo acorde con los estándares de la CIDPD nos parece una de las reformas prioritarias, estimando oportuno que para ello se habilite un procedimiento nuevo de valoración de la discapacidad que, además de ser acorde con el modelo relacional, aporte practicidad y seguridad jurídica en el acceso a las medidas de acción positiva.

Para poder determinar quiénes son los sujetos obligados a la reserva –y puesto que el tenor literal del precepto solo se refiere a las “empresas públicas y

privadas”–, hemos de confrontar esta obligación con la reserva de empleo en el acceso a la función pública. Estimamos en este sentido que, si una entidad ha de proveerse de fuerza de trabajo mediante normas de derecho público, le será de aplicación la reserva en el acceso al empleo público y, *a sensu contrario*, cuando la contratación de esa empresa pública se realice con base en el régimen privado, habrá de cumplirse con la obligación de reserva del 2% en las empresas. Respecto al cómputo de la plantilla encontramos que la norma reglamentaria que fija las reglas del mismo, el *Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad*, realiza operaciones que parecen separarse del tenor literal del artículo 42 LGDPD. En este sentido no estaría de más que la norma de rango legal habilitara al desarrollo reglamentario en este particular.

Con relación a lo que respecta al ámbito material, los problemas no son menores. Si bien el porcentaje de reserva es claro, un 2% que habrá de aplicarse a la plantilla computada conforme las reglas establecidas en la norma reglamentaria (así lo establece la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social en el Criterio Técnico 98/2016 de 24 junio 2016, interpretación que compartimos), lo común será que de dicha operación resulten decimales. Pues bien, en esta cuestión tan esencial la norma guarda absoluto silencio. El encargado de la vigilancia y control del cumplimiento de la medida, *id est*, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, mantiene en el precitado criterio que habrá que redondearse al número entero por defecto, interpretación perjudicial para las personas con discapacidad. Hemos de tener en cuenta al respecto que, en este supuesto, cuando de la operación resultasen decimales y se redondease al número entero, siempre se estaría por debajo del porcentaje del dos por ciento requerido por la norma.

Como anteriormente aducimos, desde la entrada en vigor de la *Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social* se habilita en nuestro ordenamiento la posibilidad de conmutar la reserva de empleo por otras “medidas alternativas” en determinados supuestos. El precitado *Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad* se encarga de recoger tanto los supuestos de “excepcionalidad” como las medidas sustitutivas. Las situaciones de excepcionalidad, recogidas en el artículo 1.2, se circunscriben a dos: la imposibilidad de que los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación puedan atender las ofertas de empleo por inexistencia de demandantes con discapacidad o, aún en el caso de existir, que no estén interesados en las condiciones ofrecidas y, cuando la empresa acredite causas productivas, organizativas, técnicas o económicas “que motiven la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la plantilla de la empresa”.

En lo que respecta a las medidas alternativas, una vez acreditada la situación de excepcionalidad, las empresas podrán realizar los siguientes cuatro tipos de operaciones sustitutivas a la reserva: celebrar contratos para el suministro de bienes relativos a la actividad normal de la empresa con Centros Especiales de Empleo o autónomos con discapacidad; celebrar contratos para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa con los mismos sujetos que en el apartado anterior; realizar donaciones o acciones de patrocinio pecuniarias a fundaciones o asociaciones de utilidad pública para actividades de inserción laboral y creación de empleo para el colectivo, o la constitución de un enclave laboral.

Desde el enfoque del modelo relacional de la discapacidad apreciamos cómo la habilitación de los motivos de excepcionalidad y las medidas alternativas se desconectan del paradigma de la CIDPD. De una parte, porque la situación de excepcionalidad relativa a causas productivas, organizativas, técnicas o económicas no tiene cabida en él. Por otro lado, porque la repercusión de las medidas alternativas no se realiza sobre el empleo ordinario, sino esencialmente sobre el protegido mediante las contrataciones a través de Centros Especiales de Empleo. Según nuestro parecer, resulta necesario suprimir la causa de excepcionalidad apuntada y relacionar las medidas alternativas con el empleo ordinario.

En lo que respecta al ámbito sancionador, llama la atención la imposibilidad de sancionar a los sujetos incumplidores de las particularidades en cuanto a la obligación contenida en las normas convencionales, lo cual resta eficacia a los instrumentos de negociación colectiva.

En lo que se refiere al ámbito del empleo público la medida de reserva opera de forma diferente. La misma, pese a apuntarse en el artículo 42.2 LGDPD, se desarrolla en el artículo 59 del *Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (EBEP, en adelante) y en el *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*. Como decimos, en este escenario dados los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad consagrados en los artículos 23.2 y 103.3 de nuestra *Carta Magna* no puede requerirse a una determinada entidad pública que emplee de facto a un número determinado o proporción de personas con discapacidad, ya que estas personas han de superar las pruebas oportunas. Es por ello que la medida de reserva se proyecta en el acceso a la función pública mediante la reserva en las ofertas de empleo público de un porcentaje de plazas no inferior al siete por ciento, de las que al menos un dos por ciento han de ser reservadas, a su vez, para personas con discapacidad intelectual.

La primera disfunción que percibimos en este mecanismo es respecto a su ámbito subjetivo. En este escenario, al contrario de lo que ocurriría con la reserva en las empresas, sí han de entenderse como persona con discapacidad a los sujetos reconocidos de incapacidad permanente y pensionistas de clases pasivas contemplados en el artículo 4.2 LGDPD. Al no ser aplicable a este caso los efectos de las Sentencias de nuestro alto tribunal antes señaladas, se produce una importante descoordinación entre la medida, dependiendo de si nos encontramos en el ámbito de las empresas o en el de la función pública, aspecto que consideramos necesitado de homogeneización.

Sin perjuicio de las competencias autonómicas en la materia, en lo que respecta al ámbito de la Administración General del Estado, se reproducen los problemas comentados referentes al redondeo en los posibles decimales que se susciten de las operaciones de cálculo, y ello, toda vez que esta norma guarda también absoluto silencio sobre el particular.

Apreciamos, a su vez, otras deficiencias de calado. De entre ellas, resaltamos ahora las relativas al reparto de plazas, la falta de actualización de la norma reglamentaria y las referentes al empleo temporal. La norma reglamentaria es ambigua a la hora de determinar cuál es el instrumento pertinente para repartir y distribuir las plazas ofertadas. Si bien no cabe duda en que son las Ofertas de Empleo Público las encargadas de recoger las plazas reservadas para personas con discapacidad, el reparto entre los distintos puestos a ocupar es trascendental para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. En el supuesto que se lleve a cabo en las distintas convocatorias y no en la OEP, las personas aspirantes verán enormemente dificultado su ejercicio legítimo a la impugnación en caso de incumplimiento. En este sentido, resultará también relevante la forma de realización de este reparto. Sería recomendable la fijación de criterios o la elaboración de estudios previos que permitieran conocer los distintos perfiles de personas aspirantes con discapacidad y ofertar las plazas reservadas según los resultados que se deriven del mismo.

Por otro lado, desde la entrada en vigor de la norma reglamentaria de desarrollo en 2004 hasta nuestros días, se ha producido un incremento de los porcentajes en la norma legal que no ha tenido repercusión en el reglamento. Es patente la falta de armonía respecto a los porcentajes fijados en los artículos 3.2 y 6 de la precitada norma.

En lo que respecta a la contratación temporal en el sector público la reserva de empleo es insuficiente, y ello toda vez que se requiere un número demasiado elevado de plazas convocadas para que opere la obligación, esto es, 20, y, además, se exige que en el proceso se incluya fase de oposición lo que en la praxis ocasiona que quede en manos de la Administración convocante la posibilidad de eludir con facilidad el mecanismo.

Todo lo previamente mencionado quedará reafirmado en el capítulo tercero. Pese a aceptar el interés y la oportunidad de la medida de reserva en el paradigma de la CIDPD, se detecta, tras la revisión de la regulación española, una falta de armonización entre ambas, lo que no solo dificulta enormemente la aplicación práctica de la medida, sino que nos hace cuestionarnos su legitimidad y reclamar la elaboración de un marco normativo depurado y acorde con los principios informadores de la CIDPD.

Si se desciende aún más en el plano conductual, se evidencia que la cultura dominante y la visión economicista de los empleadores impiden el tratamiento de la discapacidad desde una posición de justicia. Las conductas discriminatorias empresariales, los niveles de incumplimiento de la medida, o su escaso reflejo en la negociación colectiva, denotan el ínfimo calado que la medida tiene en la conciencia social. El examen de estas dimensiones, que serán explicativas de la frustración de la finalidad de la medida de reserva, nos facultará para realizar concretas proposiciones de mejora que van más allá de las técnico-legislativas. En este sentido, finalizamos considerando la necesidad de implantar tres concretas medidas: unos “planes de gestión de la discapacidad”; la creación de un ente público dedicado al fomento del empleo de las personas con discapacidad y la reestructuración de las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social existentes en nuestros días.

INTRODUCCIÓN

1. HIPÓTESIS, OBJETIVOS, METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA

El título del presente estudio, “Las cuotas de reserva de empleo para personas con discapacidad en España. Consideraciones y propuestas desde el modelo relacional de la discapacidad” es fiel reflejo de su principal objetivo que seguidamente presentamos. El mismo no es otro que profundizar al detalle en la regulación jurídica de esta medida –la reserva de empleo– prevista para un colectivo concreto, las personas con discapacidad, y ello desde unas miras especialmente respetuosas con la concepción actual de la discapacidad, como justificaremos, *el modelo relacional*.

Fundamentamos el interés temático conjugando la importancia de una medida como la que aquí nos trae, sin duda la más rotunda en atención a su fuerza interventora en las reglas que rigen el mundo de trabajo, con los cambios producidos en la concepción de la discapacidad en las últimas décadas. Si bien la reserva de empleo de nuestro país la ubicaremos –cuanto menos– en 1970¹, su regulación permanece casi inmutada desde entonces. Más de cincuenta años han pasado desde que entrara en vigor la medida, periodo en que la concepción y el tratamiento jurídico de la discapacidad ha sufrido un vertiginoso cambio. Debemos exponer nuestras dudas iniciales en cuanto a la pertinencia de una medida de esta índole y su incardinación a partir del crucial impacto que supone la “legislación antidiscriminación” emanada desde la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del 2006* y el modelo conceptual de discapacidad que consolida jurídicamente. En un escenario en el que la discapacidad se torna desde la problemática individual –provocada por estados de salud–, hacia la relacional, surgida por la interrelación de unas diferencias orgánicas del individuo con unas barreras creadas por la sociedad², el principio de igualdad podría verse fuertemente comprometido. Consecuentemente, si se estima válida la medida en este nuevo paradigma la fundamentación ha de ser necesariamente distinta a la que la justificaba en su origen.

¹ Aunque sus raíces se pueden encontrar bastantes años antes, no encontraremos una regulación universal de la medida hasta el *Decreto 2531/1970, de 22 de agosto sobre empleo de trabajadores minusválidos*.

² A tal conceptualización la denominaremos *modelo relacional de la discapacidad*.

En este sentido, el enfoque constitucional pese a no haber sido modificado formalmente al respecto, habrá podido adaptarse a estos cambios en virtud de la cláusula recogida en el artículo 10.2 de la *Constitución Española de 1978* (CE, en adelante). En cuanto a la legalidad ordinaria, se comprueba este designio con las modificaciones legislativas producidas desde la *Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con minusvalía* (LISMI, en adelante) hasta el *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social* pasando por la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad* (LIONDAU, en adelante). Sin embargo, como avanzábamos, el núcleo de la regulación de la medida que nos ocupa es casi idéntico al original.

Podemos admitir que el empleo sigue siendo en la actualidad un problema de primer orden respecto al colectivo de personas con discapacidad. Si entendemos el empleo como un derecho, lo que –sin perjuicio de su posterior desarrollo– lo justificaremos ahora en el artículo 27 de la propia CIDPD³, parece claro que su ejercicio se encuentra restringido y limitado para las personas con discapacidad atendiendo a los índices de empleo y de actividad, los cuales apenas alcanzan la mitad de los de la población general. A las controversias sobre la justificación de una medida de esta índole, se le suman las dudas en cuanto a su eficacia.

Si armonizamos las dos esferas antes descritas obtenemos el acicate que nos lleva a emprender este estudio. La vigencia de una medida tan vigorosa y antigua en nuestro ordenamiento que parece no tener la capacidad de materializar su objetivo –por demás inmutado– y tendente a mejorar las condiciones de acceso al mercado laboral de las personas con discapacidad y que no ha sido, a lo largo de su larga trayectoria en el ordenamiento jurídico, apenas modificada en su núcleo primigenio. Partimos de la hipótesis de que la reserva de empleo tal y como está actualmente configurada no cumple con las premisas del modelo de la discapacidad consolidado en la CIDPD y que, por ende, precisa de ciertas adaptaciones normativas y medidas complementarias que, adecuándola a aquel, consiga mejorar su efectividad.

Teniendo en consideración el tipo de estudio planteado, la cuestión metodológica la basamos en la utilización de los instrumentos típicos de la ciencia del derecho. Así, nos hemos centrado en el examen de trabajos

³ (1) El derecho de trabajar en igualdad de condiciones con las demás, (2) El derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesible, y (3) El derecho al trabajo para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo.

doctrinales, informes de diversa índole (institucionales y de entidades asociativas), normativa y doctrina jurisprudencial.

En aras de la justificación de la pertinencia y el sentido del presente estudio, si nos interpelamos sobre el *estado de la cuestión*, diferenciaríamos en primer término dos escenas con distinta suerte en cuanto a su producción científica. Si bien las obras científicas y el estudio en torno a la discapacidad ha adquirido –afortunadamente– en las últimas décadas importancia tanto cuantitativa como cualitativa, los estudios que se ocupan específicamente de estudiar la medida de reserva de empleo para las personas con discapacidad en nuestro país son escasos. En este sentido, dentro del ámbito doctrinal español encontramos recientes obras detalladas y exhaustivas en relación con el tratamiento jurídico de la discapacidad, como son los estudios colectivos: “Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo”⁴ o “Fundamentos del Derecho de la Discapacidad”⁵.

Si acotamos la búsqueda al ámbito concreto de nuestro estudio, *id est*, la reserva de empleo para las personas con discapacidad, es de gran interés y calidad la obra llevada a cabo en 2014 por PÉREZ PÉREZ⁶, quien realiza un magnífico análisis reflexivo de esta medida. Nuestro estudio se presenta siete años después tras una refundición normativa que acarrea no pocos problemas interpretativos en cuanto al ámbito subjetivo de la norma, y con el nacimiento de importante doctrina administrativa que pretende otorgar lucidez sobre su implementación en las empresas. Del mismo modo, sirviéndonos de importantes consideraciones realizadas en aquel –junto a otros⁷–, nuestro enfoque pretende no tanto un análisis normativo interno –que también–, sino contraponer la medida de reserva al modelo de la discapacidad consolidado en la CIDPD para, desde estos cimientos, encontrar fortalezas y también puntos débiles a partir de los que elaborar propuestas de mejora para la obtención de una medida acorde con este modelo vigente. Prueba del interés que puede plantear esta cuestión y la necesidad de repensar la misma, se revela en el reciente artículo científico, del año 2020, publicado por GUTIÉRREZ

⁴ AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M^a. N.; MÁRQUEZ PRIETO, A., et. al. Dirs.), *La protección Jurídico-Social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Laborum, Murcia, 2021.

⁵ AA. VV. (DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L. C. dirs.), *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor.

⁶ PÉREZ PÉREZ, J., *Discapacidad y acción positiva: Incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2014.

⁷ Señalamos otras monografías que serán contempladas para la elaboración de este y que se ocupan del tratamiento global de las medidas habilitadas para el fomento del empleo del colectivo como son: ESTEBAN LEGARRETA, R. *Contrato de trabajo y discapacidad*, Ibidem, Madrid, 1999, o CORDERO GORDILLO, V., *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

COLOMINAS⁸ cuyo objeto de investigación mantiene algunos puntos en común con los que presentamos en este trabajo. Este autor, con el rigor que le caracteriza, expresa la necesidad del estudio en la hipótesis de la “no compatibilidad de esta institución con la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad⁹”. Precisamos que nuestra hipótesis de partida es la contraria, mantenemos la compatibilidad con la CIDPD de la institución como tal y consideramos pertinente su mantenimiento, sin perjuicio de la necesidad de acometer una serie de reformas para su adecuación al paradigma actual.

El material normativo y jurisprudencial que utilizaremos para sostener tal afirmación será variado. A cerca del primero, para un adecuado análisis de la problemática no nos bastará con normativa laboral –entre la que incluiremos los instrumentos de negociación colectiva– sino que tendremos que partir desde la base constitucional y acudir al ámbito del derecho administrativo para comprobar las prerrogativas de la administración desde dos perspectivas: la reglamentaria y la sancionadora. No perderemos de vista en ningún momento las disposiciones internacionales y supranacionales que nos proporcionará la perspectiva adecuada de la discapacidad y la habilitación expresa de esta tipología de medidas. Del mismo modo, las resoluciones del TJUE serán especialmente relevantes a la hora de marcar las pautas para una correcta aplicación de la normativa europea e internacional. Por otro lado, comprobaremos cómo paulatinamente nuestros tribunales internos en torno a la discapacidad asumen una posición más adecuada a los postulados internacionales y comunitarios.

El estudio que presentamos queda estructurado en tres capítulos que seguidamente se desglosan. El primero de ellos contemplará los fundamentos que posibilitan y vertebran la medida protagonista, siendo tales fundamentos los cimientos de esta investigación ya que sobre su contenido se sostienen las ideas que desarrollaremos. En él se comenzará analizando una cuestión esencial, el tratamiento y concepción actual de la discapacidad, y esto puesto que nuestros razonamientos irán discurriendo a lo largo de todo el trabajo desde esta aproximación y con base en sus premisas. Posteriormente, contextualizaremos el problema del empleo del colectivo –definido e identificado en el epígrafe anterior–, tratando de determinar las barreras que impiden o dificultan el acceso a este derecho a las personas con discapacidad. En el último epígrafe pretendemos fijar el marco del principio de igualdad que

⁸ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., La regulación española de la cuota de empleo de personas con discapacidad y medidas alternativas. Reflexiones y propuestas de mejora a propósito de su compatibilidad con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Documentación Laboral*, N° 120, 2020, pp. 41-58.

⁹ *Ibidem*, pág. 42.

posibilita, ampara y fomenta la existencia de una medida como la reserva de empleo.

Habiendo planteado y desarrollado la cuestión teórica, en el segundo capítulo nos centramos en la medida principal. Adelantamos que realmente nos estamos refiriendo a dos mecanismos diferentes, la cuota reserva en las empresas y el cupo de reserva en la función pública, las cuales, como se verá, son completamente distintos, lo que deviene de su actuación en ámbitos tan dispares. De ambas examinaremos tanto su origen como evolución histórica, para terminar en un detallado estudio independiente de la configuración jurídica actual de una y otra. Antes de ello, al inicio del referido capítulo, abordaremos de forma sucinta el resto de medidas de fomento del empleo habilitadas para el colectivo en el ordenamiento laboral con el fin de obtener un panorama global que nos permita tomar posición en cuanto a posibles propuestas generales de reforma.

Lo abordado hasta entonces: el estudio conceptual y jurídico de la discapacidad, el planteamiento del problema del colectivo en el empleo, el análisis del principio de igualdad y la profundización al detalle en la regulación de las medidas de reserva de empleo a favor del colectivo, nos faculta para afrontar un tercer capítulo eminentemente valorativo y propositivo. Este queda dividido en tres epígrafes en los que dirimimos sobre las cuestiones principales que motivan este estudio. Una vez calificada la medida de reserva y comprendida su naturaleza, evaluamos en un primer momento su compatibilidad con la CIDPD y el modelo relacional de la discapacidad. Posteriormente compilamos las deficiencias técnico legislativas en la regulación de la medida y aportamos algunas opciones de configuración legal distintas a las actuales. Por último, nos centramos en la eficacia de la medida, siendo en este momento cuando ofrecemos tres propuestas de medidas complementarias a la reserva que, ajustándola al modelo relacional de la discapacidad, la acercaría –a nuestro juicio– a la consecución de sus objetivos.

Antes de comenzar con la materia, nos gustaría apercibir a quien se enfrenta a su lectura que el enfoque desde el que presentamos la problemática es completamente incompatible con sentimientos misericordiosos o paternalistas. En efecto, plantearemos como, en consideración del modelo relacional de la discapacidad, las personas con discapacidad son en el ámbito del empleo tan productivas como el resto y que los problemas que enfrentan en el mismo –particularmente en el acceso– no se solucionan con esta afección que, sin duda, impide observar la realidad tal y como es, al colocar a las mismas en un plano de inferioridad en razón a unas condiciones individuales. La solución a la cuestión pasa por el derribo de unas barreras estructurales de la sociedad que permitirían la interrelación personal en un terreno de igualdad de

oportunidades. Para tumbar estos obstáculos se erigen –entre otras medidas– las reservas de empleo.

2. SOBRE LA TERMINOLOGÍA EMPLEADA: CONSIDERACIONES Y ACLARACIONES PREVIAS

Estimamos procedente incluir unas breves consideraciones y aclaraciones terminológicas sobre el concepto que más se repetirá a lo largo de este estudio: “discapacidad”. Sin perjuicio de que en el siguiente capítulo nos adentremos en la evolución jurídico-conceptual de la misma, tenemos que advertir de la notable dispersión terminológica existente en la materia.

Acerca del lenguaje legislativo, pudiera parecer haberse puesto fin a la utilización de diferentes vocablos tras la entrada en vigor de la Disposición Adicional octava de la *Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, la cual estableció que “las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad»”. Sin embargo, la realidad es que aún coexisten en las disposiciones normativas una copiosa variedad de denominaciones tan tradicionales como estigmatizantes que se conjugan –recientemente– con otras más novedosas, y que, a nuestro juicio, no hacen más que desconectar el tratamiento de la discapacidad con la realidad que se pretende ordenar. Todo este batiburrillo léxico que mencionaremos, se ve multiplicado en el lenguaje coloquial.

No vemos oportuno detenernos en el lenguaje históricamente utilizado con evidente carga despectiva hacia el colectivo, valga con enunciar las denominaciones de “anormal” que se contenían en el Real Decreto de 22 de enero de 1910 por el que se crea un “Patronato Nacional de sordomudo, ciegos y anormales” o las de “inútil” o “subnormal” recogidas, respectivamente, en el *Decreto para el ingreso en el cuerpo de inválidos militares de los Jefes y Oficiales de la Armada declarados inútiles por pérdida total de la visión de 1931* y en la *Orden para el Texto Refundido de la Legislación sobre asistencia a los subnormales en la Seguridad Social; año 1970*¹⁰.

Por el contrario, sí estimamos pertinente focalizar en los aspectos más actuales, sin dejar pasar la ocasión para revisar la terminología utilizada, aún en nuestros días, en el texto constitucional español. Y es que, respecto a esto último, nuestra norma suprema sigue utilizando un término arcaico en su

¹⁰ Un recorrido histórico de estos vocablos y definiciones en, *in extenso*, VERDUGO ALONSO, M.A., VICENT RAMIS, C., CAMPO BLANCO, M. y JORDÁN DE URRÍES VEGA, F.B., *Definiciones de discapacidad en España: un análisis de la normativa y la legislación más relevante*, Servicio de Información sobre Discapacidad, Salamanca, 2001.

artículo 49 como es “disminuidos”, cuestión que ha sido puesta de relieve por la Real Academia de la Lengua Española (en adelante RAE) en el *Informe sobre el uso del lenguaje inclusivo en la Constitución española, elaborado a petición de la vicepresidenta del Gobierno* de fecha 16 de enero 2020, la cual ha manifestado la necesidad de modificación¹¹. Lo cierto es que desde la vigencia de la CE se venía utilizando indistintamente los términos “discapacidad” y “minusvalía”, siendo la *Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales* (de ahora en adelante LPRL) la que introdujo normativamente por primera vez el término “persona con discapacidad”¹². Es claro que este último vocablo guarda menos connotaciones negativas que “minusvalía”¹³, sin embargo, se le suele tachar también de estigmatizador debido a su relación con la –falta de– “capacidad”¹⁴. Es por ello que, existe un posicionamiento contrario a la utilización de este término por parte de un sector doctrinal y asociativo, principalmente desde el *Foro de Vida Independiente*, quienes proponen la utilización del término “diversidad funcional”¹⁵. Dicho esto, llamamos la atención sobre un precepto bastante reciente, el artículo 8.3 del *Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia*, ya que el mismo hace referencia al empleo de las “personas con diversidad funcional”. Paradójicamente en el texto hay catorce menciones a la palabra “discapacidad” y una sola a la palabra “diversidad funcional”, es imposible descifrar si nos encontramos ante un lapsus del legislador o un intento de paulatina modificación terminológica que puede estar fraguándose por parte de los poderes públicos. Salvo error u omisión, resulta insólito a nivel estatal la utilización de esta terminología, ya que desconocemos otros ejemplos de menciones legislativas en este sentido¹⁶. Bajo nuestro parecer, consideramos oportuno la homogeneización lingüística para el tratamiento de esta realidad, de lo contrario las repercusiones en el colectivo no pueden ser nunca positivas. Sobre el concepto que nos parece más ajustado a esta realidad nos pronunciamos seguidamente.

¹¹ Véase las páginas 2 y 12 del citado informe. Sin embargo, no compartimos las recomendaciones realizadas por la RAE en cuanto al término a utilizar, ya que se hace referencia a “discapacitados”, siendo este, como expondremos a continuación, contrario a lo que entendemos hoy por discapacidad. Consideramos que el término más oportuno es “personas con discapacidad”.

¹² Vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo... op. cit.*, pág. 75.

¹³ La misma implica una disminución del valor de la persona.

¹⁴ Trataremos de combatir esta afirmación a continuación.

¹⁵ Término acuñado por este Foro de Vida Independiente en el año 2005. Véase con relación a ello PALACIOS RIZZO, A. y ROMANACH CABRERO, J., *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Ediciones Diversitas-AIES, Madrid, 2006, pp. 34 y ss.

¹⁶ Si encontramos algunos ejemplos a nivel autonómico. Véase, a modo ejemplificativo, la *Ley 11/2003, de 10 de abril, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad de la Comunidad Valenciana*, en la que en su preámbulo justifica la utilización indistinta de ambos términos.

Con todo, en el presente estudio nos referiremos a esta realidad con los términos habilitados legalmente, esto es, “discapacidad” y “persona con discapacidad”. Justificamos esta opción no solo por la vigencia de la precitada Ley 39/2006, sino por considerarlo más oportuno de acuerdo con el modelo conceptual de la discapacidad que rige en estos momentos. Alineándonos con la visión de otros autores al respecto¹⁷, consideramos que en el estado actual de la cuestión de la discapacidad el término “persona con discapacidad” no hace alusión a la falta de capacidad debido a condiciones individuales. Al contrario, como se podrá comprobar desde el inicio del primer capítulo, las imposibilidades de estas vienen condicionadas por la pre-existencia de barreras sociales, de ahí que si estimamos el término “diversidad funcional” estemos focalizando la problemática, no en estos aspectos sociales, sino nuevamente en la esfera individual de la persona y sus “deficiencias de salud” o diferencias orgánicas o funcionales¹⁸. En este sentido hemos de referirnos a la modificación por la RAE, el pasado lunes 23 de noviembre de 2020, de la definición de discapacidad, la cual se intenta acercar a los estándares de la concepción de la discapacidad a la que venimos aludiendo, pero pese a mejorar la definición anterior, no alcanza –como podremos comprobar– el significado acorde a la actualidad. Conforme a la mutación señalada, se define el concepto “discapacidad” por la RAE como: “situación de la persona que por sus condiciones físicas o mentales duraderas se enfrenta con notables barreras de acceso a su participación social”. Aprovechando esta definición y este epígrafe aclaratorio de la terminología, añadimos que estas “condiciones físicas o mentales duraderas” que son nombradas normativamente –como se verá– como “deficiencias”, podrían ser denominadas como “diferencias orgánicas o funcionales”, acogiendo, ahora sí, la terminología propuesta por PALACIOS RIZZO, A. y ROMANACH CABRERO, J.¹⁹, ya que sobre este aspecto sí atisbamos connotaciones negativas exclusivamente sobre el individuo a raíz de unas determinadas características propias de un ser humano. En este supuesto, en tanto que la CIDPD y las disposiciones normativas si hacen referencia al concepto “deficiencia”, utilizaremos indistintamente, a lo largo del desarrollo del

¹⁷ Véase MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L. y FERNÁNDEZ ORRICO F. J., “El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, nº. 1, 2016, pág. 15, refiriéndose al término “discapacidad”: “no entraña, por supuesto, un juicio negativo o una minusvaloración de las personas con diversidad funcional, ni tampoco un juicio negativo de las propias diferencias funcionales, que son un elemento constitutivo de la realidad social; pero sí implica un juicio negativo, y este con carácter absoluto”. En el mismo sentido, DE LORENZO GARCÍA, R., “Reforma social de la Constitución: comentarios y reflexiones al artículo 49”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, nº 3, 2018, pp. 11-40, pág. 14.

¹⁸ Obsérvese que no utilizamos el término “discapacitado”, el cual es completamente ajeno a la perspectiva social, sino “persona con discapacidad”, siendo esta cualidad adquirida debido a, como venimos exponiendo, la existencia de condicionantes impeditivos en el entorno.

¹⁹ PALACIOS RIZZO, A. y ROMANACH CABRERO, J., *El modelo de la...*, op. cit. pág. 35.

presente, este término junto con “diferencias orgánicas” o diferencias funcionales”.

Sin perjuicio de lo anterior, hemos de advertir que, en determinadas ocasiones, cuando citemos de forma literal disposiciones normativas, informes, estudios doctrinales o jurisprudencia que, por su antigüedad o cualquier otro motivo, hagan referencia a terminología que no consideramos oportuna, emplearemos la misma asumiendo el sentido peyorativo o inapropiado. En cualquier caso, precisamos que si se utiliza una u otra terminología se efectúa con la intención de identificar a un colectivo discriminado históricamente y que requiere de ciertas garantías para interrelacionarse en un plano de igualdad, oponiéndonos frontalmente con la división histórico-sociológica entre personas con discapacidad –u otros términos utilizados– y personas sin discapacidad, reconociendo la inmensa riqueza de la diversidad humana.

Habiendo realizado estas necesarias apreciaciones iniciales, deben sin embargo completarse con el análisis contenido en el primer capítulo de este estudio relativo a la conceptualización de la discapacidad a lo largo de la historia y también con el importante deslinde entre esta y otra figura que suelen inducir a confusión, la incapacidad.

CAPÍTULO PRIMERO: PRINCIPIOS, CONCEPTOS CLAVES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA CUESTIÓN DEL EMPLEO EN IGUALDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. SOBRE LA DISCAPACIDAD: EVOLUCIÓN CONCEPTUAL Y DELIMITACIÓN JURÍDICA

1.1. La evolución en la concepción de la discapacidad

Afortunadamente, la concepción y el tratamiento de la discapacidad ha evolucionado a lo largo de nuestra historia. Ese proceso evolutivo y la explicación que se ha dado de la discapacidad en cada momento ha dependido de la relación entre dos factores: el individual y el social. Respecto al primero, la discapacidad ha quedado siempre caracterizada por las deficiencias de salud, aspecto particular de cada sujeto y que será condición indispensable para concebir y también categorizar la discapacidad²⁰. Por otro, resulta indispensable tanto la postura como la posición de la sociedad hacia –y con respecto– a la discapacidad. Como se verá, el enfoque de la problemática se ha ido desplazando desde un eje original estrictamente individual, hacia otro donde, cada vez más, se ha tenido en consideración el papel de la sociedad. Se ha ido paulatinamente transitando desde una óptica que percibía la discapacidad como una anomalía individual, hacia otra que contempla la desviación y las dificultades de la sociedad tornándose una visión inicialmente negativa hacia su neutralidad.

Ciertamente, como se tendrá ocasión de comprobar, los cambios producidos sobre la materia han sido vertiginosos en las últimas décadas. Dedicaremos algunos párrafos para –siquiera– dar algunas pinceladas sobre este proceso evolutivo, cuestión muy tratada y debatida por la doctrina científica. Su conocimiento será fundamental para comprender lo que a partir

²⁰ Partimos de la premisa de que las deficiencias o, como nos parece más correcto, las diferencias orgánicas o funcionales, no son negativas. Al contrario, es un aspecto positivo, sobre todo para la sociedad. Precisamente, las distintas posibles deficiencias de salud que pueda presentar cada sujeto, nos permiten catalogar la discapacidad a la que se enfrenta dentro de las distintas tipologías establecidas, lo que tendrá trascendencia en la esfera social de la discapacidad.

de aquí trataremos y, lo que consideramos más valioso, entender la discapacidad²¹.

Podemos identificar a lo largo de nuestra historia tres grandes modelos explicativos de la discapacidad. Modelos que no han ido trascurriendo de forma encadenada uno tras otro, sino que han ido superponiéndose –y se superponen–, dependiendo de las circunstancias, históricas, políticas, sociales, etc., de cada región²². Sobre todo, en las últimas décadas, estos cambios han sido auspiciados por las entidades defensoras y representativas del colectivo, obligando a las instituciones a acondicionar el concepto jurídico de la discapacidad a las exigencias socio-jurídicas de cada momento histórico.

1.1.1. Desde la prescindencia hasta la rehabilitación

La primera forma de tratamiento y concepción de la discapacidad identificable es el denominado *modelo de prescindencia*, en el que se entendía que la discapacidad “tenía un origen religioso, y asimismo imperaba la creencia de que las personas con diversidad funcional no tenían nada que aportar a la comunidad, sino más bien que eran una carga para sus propios padres, o para la sociedad²³”. Dentro del mismo conviven dos sub-modelos como son el eugenésico y el de la marginación. El primero de ellos lo podemos situar en la Antigüedad clásica, en las sociedades griegas y romanas, aunque “las prácticas eugenésicas respecto a las personas con discapacidad han existido de tiempos inmemoriales²⁴”. Las influencias religiosas y políticas de la época hacían pensar en el origen divino de la discapacidad como castigo y planteaban la inutilidad de estas personas y la carga que habría de soportar la sociedad para su pervivencia. La solución a estos males era su eliminación²⁵. En un segundo

²¹ Un análisis detallado de esta evolución en AGUADO DÍAZ, A., *Historia de las deficiencias*, Escuela Libre Editorial, Colección Tesis y Praxis, Madrid, 1995, y en PALACIOS RIZZOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008. Especialmente seguiremos esta última para la exposición de este proceso evolutivo.

²² De este modo, los periodos o épocas a los que en estos párrafos se harán referencia serán meramente orientativos e ilustrativos según las diferenciaciones efectuadas por la doctrina, ya que es imposible diferenciar de manera clara las etapas históricas en las que han perdurado cada uno de los mismos, toda vez, como decimos, que lo hicieron –y lo hacen– de forma conjunta y con relación a muchos aspectos inconexos.

²³ Vid. PALACIOS RIZZO, A. y ROMANACH CABRERO, J., *El modelo de la...*, op. cit., pág. 41.

²⁴ Vid. RUIZ SANTAMARÍA, J.L., *Vacios e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pág. 21. El autor se remonta al Código de Hammurabi babilónico y las referencias allí contenidas para justificar dicha afirmación. Asimismo, en épocas desgraciadas bastante recientes, podemos identificar este tipo de prácticas en la Alemania nazi y su preocupación por la mejora de la raza, Vid. PALACIOS RIZZOS, A., *El modelo social...*, op. cit., pág. 70.

²⁵ No obstante, solía existir alguna diferenciación cuando la discapacidad no era congénita. En esos casos el tratamiento era diferente, de forma particular si la discapacidad se debía a heridas (...)

estadio, a diferencia de lo que ocurría en el anterior, el proceder con la discapacidad se centró en la exclusión del individuo a consecuencia, también, de teorías religiosas, aunque “diferentes de las alegadas por los antiguos, e incluso dentro del cristianismo se presentaran de manera fluctuante –el poder de Dios o la consecuencia del pecado original– o como obra del diablo desde la creencia supersticiosa”²⁶. Este modelo, se suele situar en la Edad Media²⁷.

En definitiva, en esta primera gran etapa que se diferencia, las deficiencias de la persona conducen, de forma más o menos radical, a la expulsión de las personas de la sociedad, por concebirse a esta como anormal o diferente.

El panorama en cuanto a la discapacidad se tornó con la llegada de los avances científicos en lo que se ha denominado el modelo *médico-rehabilitador*. Como se verá en otros apartados de este trabajo, será a partir de la Primera Guerra Mundial cuando se comienza a vislumbrar cierta preocupación por la discapacidad a raíz del enorme número de heridos de esta contienda. Este modelo se caracterizará, en palabras de PALACIOS RIZZOS:

En primer lugar, las causas que se alegan para justificar la discapacidad ya no son religiosas, sino que pasan a ser científicas. En este modelo ya no se habla de dios o diablo, divino o maligno, sino que se alude a la diversidad funcional en términos de salud o enfermedad. En segundo lugar, las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles respecto de las necesidades de la comunidad, sino que ahora se entiende que pueden tener algo que aportar, aunque –como se verá– ello en la medida en que sean rehabilitadas o normalizadas. Desde la visión prevaleciente en este modelo, entonces, se considera que la persona con discapacidad puede resultar de algún modo rentable a la sociedad, pero dicha rentabilidad se encontrará supeditada a la rehabilitación o normalización –y, esto significa, en definitiva–, supeditarla a que cuyos síntomas la obra describe cuidadosamente la persona logre asimilarse a los demás –válidos y capaces– en la mayor medida de lo posible²⁸.

El problema se sigue viendo desde una perspectiva individualista. Las enfermedades o deficiencias que poseen las personas son problemas que serán tratados en interés de su curación, recuperación o, cuanto menos, acercamiento o adaptación al patrón de normalidad que permita su rehabilitación. Según SEOANE RODRÍGUEZ, “la persona con discapacidad deja de ser excluida del

de guerra, recibiendo en algunos contextos incluso ciertos beneficios. Una de las causas por las que se puede deber esta diferencia de trato es que, “al no haber nacido con la diversidad funcional la persona no llevaba el estigma generado por la creencia religiosa que la suponía un castigo de los dioses”. PALACIOS RIZZOS, A., *El modelo social...*, op. cit., pág. 40.

²⁶ Vid. PALACIOS RIZZO, A y ROMANACH CABRERO, J., *El modelo de la...*, op. cit., pág. 42.

²⁷ Vid. PALACIOS RIZZOS, A., *El modelo social...*, op. cit., pág. 56.

²⁸ *Ibidem*, pág. 66.

mundo humano y adquiere la categoría de ser humano, pero enfermo. Frente a la exclusión prima ahora la reclusión o domesticación de la persona con discapacidad”²⁹.

Fue a partir de este periodo cuando, con los objetivos previamente aducidos y a modo de “subsistencia”, se prevén los sistemas de seguridad social y empleo protegido como salvoconducto a la integración:

*(...) de este modo, la asistencia social pasa a ser el principal medio de manutención, siendo ello en ciertos casos consecuencia de la imposibilidad de realizar ningún tipo de tarea, pero en otros muchos debido a que la subestimación de la que son objeto genera la exclusión del mercado laboral de muchas personas con discapacidad, plenamente capaces de trabajar. Por ello, también aparece la modalidad de empleo protegido en casos donde no haría falta si no fuera por la actitud de discriminación prevaleciente hacia este colectivo*³⁰.

Desde un prisma jurídico, podemos atisbar el incremento del interés general por la discapacidad y los rasgos, propios del modelo médico-rehabilitador, en la *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM)* de 1980 de la Organización Mundial de la Salud (OMS, en adelante)³¹. La misma, con el objetivo de aclarar conceptos y terminología relativa a la discapacidad, realizaba definiciones y separaciones de los conceptos utilizados hasta el momento, como eran: deficiencia, discapacidad y minusvalía. Desde esta base se establecen otros tres niveles de “consecuencias de la enfermedad”³² que provoca la discapacidad. Téngase en cuenta que “antes de que la Organización Mundial de la Salud elaborara la Clasificación Internacional de las Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM) en 1980, no existían datos estadísticos internacionalmente comparables debido a

²⁹ Vid. SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., “La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de los derechos”, en AA. VV. (BLÁZQUEZ PEINADO, M. y BIEL PORTERO, I., coords.), *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la Comunidad Valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 14.

³⁰ PALACIOS RIZZOS, A., *El modelo social...*, op. cit., pág. 68.

³¹ Esta publicación se realizó de manera experimental.

³² En este contexto se realizan las siguientes definiciones:

- Deficiencias: “toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica”.
- Discapacidad: “toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano”.
- Minusvalía: “situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol que es normal en su caso (en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales)”.

las diferencias en el concepto de discapacidad aplicado en cada uno de los estados”³³.

1.1.2. Los movimientos sociales y el modelo social

Ya algunas décadas antes de la configuración de la CIDDMM, los movimientos sociales surgidos en el seno de la discapacidad desde entidades asociativas y la academia, venían mostrando su rechazo al modelo médico-rehabilitador con especial relevancia. En Gran Bretaña, cuatro años antes, en 1976, UPIAS³⁴ comenzó a reivindicar que la discapacidad era una imposición de la sociedad. Con base en ello contemplaron un primer principio fundamental muy claro y transgresor: “la discapacidad es una situación, causada por las condiciones sociales”, y continúa:

En nuestra opinión, es la sociedad la que incapacita realmente a las personas con deficiencias. La discapacidad es algo que se impone a nuestras deficiencias por la forma en que se nos aísla y excluye innecesariamente de la participación plena en la sociedad. Por tanto, los discapacitados constituyen un grupo oprimido de la sociedad. Para entenderlo es necesario comprender la distinción entre la deficiencia física y la situación social, a la que se llama «discapacidad», de las personas con tal deficiencia. Así, definimos la deficiencia como la carencia parcial o total de un miembro, o la posesión de un miembro, órgano o mecanismo del cuerpo defectuosos; y la discapacidad es la desventaja o la limitación de la actividad causada por una organización social contemporánea que tiene en escasa o en ninguna consideración a las personas con deficiencia físicas, y por tanto las excluye de la participación en las actividades sociales generales. La discapacidad es, por consiguiente, una forma particular de opresión social.

Para BARNES, será esta organización la más influyente en la historia del pensamiento del nuevo modelo que se fraguaba, *el modelo social*³⁵.

Este movimiento en Gran Bretaña había partido de la filosofía de otro surgido unos años antes en Estados Unidos, el *Independent Living Movement*

³³ La misma fue diseñada “para superar este problema, facilitando definiciones uniformes que puedan ser utilizadas en la recogida de datos”, Vid. DE LORENZO GARCÍA, R. *El futuro de las personas con discapacidad en el mundo. Desarrollo humano y discapacidad*, Fundación Once, Ediciones del Umbral, Madrid, 2003, pág. 82.

³⁴ Union of Physically Impaired Against Segregation. Vid. UPIAS, *Fundamental Principles of Disability*, UPIAS/Disability Alliance, Londres, 1976, pág. 3. Tanto este movimiento como los teóricos que crecieron en sus filas (Mike Oliver o Victor Berel Finkelstein) tenían clara influencia marxista. En este sentido, SHAKESPEARE, T., *Social models of disability and other life strategies*, Scandinavian Journal of Disability Research, 6 (1), 2004, pp. 8-21, pág. 9.

³⁵ Vid. BARNES, C., “Understanding the social model of disability. Past, present and future”, en AA. VV. (WATSON, N. y VEHMAS, S., eds.), *Routledge handbook of disability studies*, 2ed, Routledge, Nueva York, 2020, pp. 14-31, pág. 15.

(Movimiento de Vida Independiente), que vino alentado por los “repetidos esfuerzos de los activistas estadounidenses sobre discapacidad, que aumentaron por el creciente número de discapacitados veteranos de la Guerra de Vietnam, para influir en la legislación estadounidense sobre discapacidad”³⁶. Ciertamente, el estadounidense no partía de un enfoque tan radical de “barreras sociales”, sino que estaba centrado en la lucha contra la negación de los derechos civiles de las personas con discapacidad³⁷. Estas sinergias se materializaron en productos e instrumentos legales concretos, entre los que debemos destacar la *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud* (CIF, en adelante) de 2001 y, más recientemente, la Convención Internacional de 2006. Antes de ocuparnos de ambas, profundizaremos un poco más sobre esta nueva concepción que afloraba.

Como venimos exponiendo, el modelo médico-rehabilitador fue ampliamente estudiado, debatido y criticado por un dilatado sector doctrinal debido principalmente a un enfoque del problema estrictamente individual que convertía a la discapacidad una cuestión trágica y, a la par, victimizaba al individuo. Esto provocó que el tratamiento de la discapacidad se centrara en el cuidado en vez de en los derechos. En definitiva, se denotó como un modelo incapaz de explicar la discapacidad, y ello debido principalmente a su imposibilidad para –precisamente– reconocer la discapacidad como respuesta social ante la deficiencia. Esta cuestión es la que centra el nuevo paradigma que se cuaja a partir de los movimientos sociales antes descritos. Aquel traerá una nueva visión alejada de la perspectiva individual y con ella de las deficiencias y limitaciones de las personas, para centrarse sobre el entorno y sus barreras, tanto físicas como sociales, y sus efectos limitadores hacia las personas con esas deficiencias. Este nuevo enfoque se conocerá, como hemos adelantado, como “el modelo social de la discapacidad”. Esta frase fue acuñada por Mike Oliver en 1981, en “A New Model of the Social Work Role in Relation to Disability”³⁸, al reformular la concepción básica y originaria de UPIAS.

La clave del entonces nuevo pensamiento se centra en “la distinción entre discapacidad (exclusión social) y deficiencia (limitación física) y la afirmación

³⁶ *Ibidem*, pág. 16.

³⁷ Vid. BARNES C. y MERCER G., “Disability, work, and welfare: challenging the social exclusion of disabled people”, *Work, Employment and Society*, vol. 19, 2005, pp. 527-545, pág. 530.

³⁸ Publicado en “The Handicapped Person: A New Perspective for Social Workers”, estudio editado por Joe Campling, Vid. BARNES, C. *Understanding...*, *op. cit.*, pág. 20. Sobre la autoría de esta denominación SHAKESPEARE, T. también la otorga a Mike Oliver pero en fecha 1983, Vid. SHAKESPEARE T., *The Social Model of Disability*, en AA. VV (DAVIS, L. J. edit.), *The Disability Studies Reader (fourth edition)*, Routledge, Nueva York, 2013, pp. 214-221, pág. 215. Sin embargo, en el artículo de 1981 ya se alude al modelo social en varias ocasiones. A modo ejemplificativo, en la introducción: “Luego se dirá que las nuevas perspectivas sobre la discapacidad surgen de lo que podría llamarse un modelo social de la discapacidad”.

de que las personas con discapacidad son un grupo oprimido”³⁹. De esta forma, “el impedimento no es lo mismo que la discapacidad. El primero es individual y privado, la segunda es estructural y pública”⁴⁰.

Dicho lo anterior, el modelo social presentó algunos problemas cuando se aplicaba al campo de otras tipologías de deficiencias distintas a la de carácter físico (intelectual, mental o sensorial) que mereció críticas por parte de algunos sectores doctrinales⁴¹. La rigidez que planteaba el trasladar toda la repercusión a la sociedad y las barreras existentes en ella, omitía un carácter fundamental de la discapacidad, cual era la necesaria existencia de una serie de impedimentos o deficiencias en el individuo. En este sentido, THOMAS no niega el deterioro, pero se centra en la posición relacional entre este y la discapacidad, ambos inexorablemente vinculados: “la discapacidad es la exclusión social por motivos de deterioro. El deterioro no causa discapacidad, ciertamente no, pero es la materia prima sobre el que trabaja la discapacidad”⁴². Con base en estos deterioros o deficiencias y en su diversidad, se llega a considerar, por numerosos autores, la concepción utópica de una sociedad sin algún tipo de barreras o adaptada a todo género de necesidades humanas relacionadas con las deficiencias que pueda presentar cada individuo⁴³. Por otro lado, no han de negarse las virtudes que puede tener un tratamiento médico de las deficiencias.

1.1.3. El afianzamiento jurídico del nuevo modelo: el modelo relacional

Con estos planteamientos, se produce en el año 2001 una renovación de los conceptos jurídicos relativos a la materia que nos ocupa con la publicación por la OMS de la CIF. En la propia introducción de este instrumento se manifiesta que “la CIF ha pasado de ser una clasificación de «consecuencias de enfermedades» (versión de 1980) a una clasificación de «componentes de salud»”. Se interrelacionan aquí funcionamiento y discapacidad con salud, entendiendo en este sentido que “el funcionamiento de un individuo en un

³⁹ Vid. SHAKESPEARE, T., *Ibidem*, pág. 215.

⁴⁰ *Ibidem*, pág. 216.

⁴¹ Vid. SHAKESPEARE, T. y WATSON, N., “Defending the social model”, *Disability and Society*, Vol. 12, 1997, pp. 293-300, pág. 298.

⁴² Vid. THOMAS, C., “Developing the social relational in the social model of disability. A theoretical Agenda”, en AA. VV. (BARNES, C. y MERCER, G. eds.), *Implementing the Social Model of Disability: Theory and Research*, Disability Press, Leeds, 2004, pp. 32-47. Accesible en: <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/Barnes-implementing-the-social-model-chapter-3.pdf>.

⁴³ Véase en este sentido SHAKESPEARE T., *The Social Model...*, op. cit., pág. 219. En el mismo sentido, REMBIS, M., “Challenging the impairment/disability divide: Disability history and the social model of disability” en AA. VV. (WATSON, N. y VEHMAS, S., eds.), *Routledge handbook of disability studies*, 2ed, Nueva York, Routledge, 2020, pp. 377-389, pp. 377-378: “no hay dos personas que experimenten la discapacidad de manera idéntica, precisamente porque la discapacidad es tanto social como relacional”.

dominio específico se entiende como una relación compleja o interacción entre la condición de salud y los factores contextuales (ej. factores ambientales y personales). Existe una interacción dinámica entre estos elementos: las intervenciones en un elemento tienen el potencial de modificar uno o más de los otros elementos”⁴⁴. Por su parte, se define la discapacidad como “el resultado de una compleja relación entre la condición de salud de una persona y sus factores personales, y los factores externos que representan las circunstancias en las que vive esa persona. A causa de esta relación, los distintos ambientes pueden tener efectos distintos en un individuo con una condición de salud. Un entorno con barreras, o sin facilitadores, restringirá el desempeño/realización del individuo; mientras que otros entornos que sean más facilitadores pueden incrementarlo”⁴⁵.

En definitiva, y fundamentalmente a partir de esta clasificación, “la discapacidad debe entenderse como un fenómeno complejo que atiende a las características del organismo y su interacción en la sociedad”⁴⁶. El cambio de perspectiva del estudio y, con ello, la focalización sobre este tipo de factores ambientales o contextuales –en definitiva sociales–, será un punto fundamental para la evolución de la concepción de la discapacidad. Sin embargo, en este instrumento, pese a la introducción de los factores sociales, no adquieren relevancia y serán “los factores médicos los que siguen ocupando un lugar prioritario”⁴⁷. Pese a eso, en el papel, “de la discapacidad como deficiencia y responsabilidad individual se ha pasado a la discapacidad como diferencia y al reconocimiento de la responsabilidad social”, lo que obligaría “a examinar la situación de cada persona con discapacidad no de forma genérica, sino en el contexto personal, social y cultural de cada comunidad, atendiendo a los rasgos singulares de la persona y del entorno”⁴⁸. Con todo, como decimos, el centro del problema seguía radicando en las deficiencias o las condiciones de salud del individuo.

⁴⁴ OMS, Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), 2001, pág. 20.

⁴⁵ *Ibidem*, pág. 18.

⁴⁶ Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. y VILA TIerno, F., “Derecho a la vida, a la personalidad, integridad, independencia e inclusión”, en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M^a. N.; MÁRQUEZ PRIETO, A., et. al. dirs.) *La protección Jurídico-Social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Laborum, Murcia, 2021, pp. 189-228, pág. 191.

⁴⁷ Vid. RUIZ SANTAMARÍA, J.L. *Vacíos e insuficiencias...*, op. cit., pág. 37. En el mismo sentido, otros autores han criticado este aspecto de la clasificación. Véase también en este sentido, DÍAZ VELAZQUEZ, E., *El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad en España*, Ediciones Cinca – CERMI, Madrid, 2017, pp. 26 y 37. Y ello pese a que a la CIF en su página 22 predicaba que estaba “basada en la integración de estos dos modelos opuestos. Con el fin de conseguir la integración de las diferentes dimensiones del funcionamiento, la clasificación utiliza un enfoque «biopsicosocial»”.

⁴⁸ SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., *La respuesta jurídica...*, op. cit., pág. 18.

El último gran salto a nivel internacional en cuanto al tratamiento de la discapacidad se produce con la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006*⁴⁹. Este cuerpo normativo consagra a nuestro juicio la superación de la perspectiva individual y asistencial de la discapacidad y eleva a la discapacidad a una cuestión de Derechos Humanos⁵⁰. Ya el preámbulo⁵¹ de la Convención adelanta que los Estados partes reconocen “que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, aseveración que se reafirma a tenor de la definición de persona con discapacidad que se recoge en su artículo primero: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con

⁴⁹ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 junto a su Protocolo Facultativo, sin reservas ni declaración interpretativa alguna, entrando en vigor en nuestro país el 3 de mayo de 2008, y ratificada también por la UE el 26 de noviembre de 2009 (Decisión del Consejo [2010/48/CE], DOUE 27-1-2010, Serie L 23/35). La misma fue negociada por un comité creado *ad hoc* entre los que se encontraban representantes de organizaciones de personas con discapacidad. Nos remitimos en cuanto al tratamiento que merece el proceso de elaboración de este instrumento normativo dada su importancia a la página oficial de la ONU: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/>. Todo ello, sin perjuicio de que posteriormente analicemos su contenido relativo al “trabajo y empleo”. Dicho esto, el modelo social ya se atisbaba en otros instrumentos internacionales relevantes aunque sin fuerza normativa, como podría ser en el ámbito internacional en las *Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para personas con discapacidad* de la ONU en 1993, o en el caso de la UE –de forma explícita– en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones “*Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo*” de 2003 (COM(2003) 650 final), donde se dispone en la página 5 lo siguiente: “La UE considera asimismo la discapacidad como un «constructo» social. El modelo social de la discapacidad de la UE hace hincapié en las barreras existentes en el entorno que impiden la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad. Estas barreras deben suprimirse, tal y como recomendaba la Comunicación de la Comisión, de mayo de 2000, titulada «Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad»”. No obstante, el cambio de enfoque en el seno de esta organización se atisbaba ya en la Comunicación de la Comisión sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía de 1996 (COM (96) 496), en la que se abandona “el planteamiento asistencial por otro basado en los derechos humanos, y orientado a la prevención y eliminación de los obstáculos que impidan la igualdad de acceso a las personas con discapacidad en distintas áreas”. Vid. GARRIDO PÉREZ, E., “El Tratamiento comunitario de la discapacidad, desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 59, 2001, pp. 165-192, pág. 173.

⁵⁰ Vid. PALACIOS RIZZO, A. y BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2007, pág. 11.

⁵¹ Apartado e).

diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Sería así, en palabras de MÁRQUEZ PRIETO Y VILA TIERNO:

(...) como, partiendo de un tratamiento previo de la discapacidad desde un punto de vista social e inclusivo, considerando ciertamente los aspectos médicos, pero también, de forma esencial, los de carácter social –en el sentido de la evolución evidenciada en el caso de la CIF–, culmina, mediante la Convención de 2006, un proceso internacional de reivindicación de la noción o modelo relacional de la discapacidad, que no solo consiste en la comprensión de la discapacidad como interacción de las personas con deficiencias, y las barreras sociales, sino que supone además situar los derechos de las personas con discapacidad en el contexto de los derechos humanos, como derechos fundamentales⁵².

La incorporación al panorama internacional de este tratado de derechos humanos no solo aporta al elenco normativo supranacional un instrumento más que refleja, de entre la diversidad humana, a un grupo vulnerable que se encontraba necesitado de protección y fomento, sino que además dota de una herramienta de Derecho positivo muy claramente vinculada a la motivación inclusiva que había comenzado a aflorar unas décadas antes; es decir, asistimos a la aprobación de un instrumento institucional al servicio de una interacción de conductas –y motivaciones– proactivas, positivas, inclusivas. Es este un claro ejemplo de fortalecimiento simultáneo de dos dimensiones de la relación jurídica, la institucional o la normativa y, a la vez, la conducta recíproca o interactiva de los sujetos. E igualmente las dos mencionadas dimensiones se ven reforzadas mediante la intervención que se derive del *Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad*. La creación *ad hoc* de este Comité, como órgano garante específico del cumplimiento de lo dispuesto en la CIDPD para los países firmantes del Protocolo Facultativo, se contiene en el artículo 34. Y en este mismo precepto se reconoce su competencia de velar por el cumplimiento de la CIDPD mediante comunicaciones e investigaciones por violación de los derechos que en él se recogen.

Consideramos que la referencia a las dimensiones de la relación jurídica –que se corresponde con el enfoque tridimensional característico de la propuesta de justicia relacional⁵³– resulta aquí obligado. Ello es así, en primer lugar, porque el modelo relacional al que tan claramente obedece la Convención es muy cercano al enfoque de justicia relacional. De hecho, aunque el hilo conductor de este estudio se fundamenta exclusivamente en dicho modelo

⁵² Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. y VILA TIERNO, F., *Derecho a la vida...*, op. cit., pág. 191.

⁵³ Véase sobre la idea de justicia relacional, *in extenso*, AA. VV. (MÁRQUEZ PRIETO, A. coord.), *Justicia Relacional y Principio de Fraternidad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017 o MÁRQUEZ PRIETO, A., *Repensar la Justicia Social. Enfoque Relacional. Teoría de Juegos y Relaciones Laborales en la empresa*, Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2008.

relacional de la discapacidad (desde su inicio hasta las propuestas), resulta conveniente añadir una mínima reflexión complementaria desde el análisis de la justicia relacional, para lo que hemos optado por dedicar, al final de cada capítulo, una valoración recapituladora, a modo de “pieza separada” (a fin de no distorsionar el hilo argumental principal). Y resulta obligada, en segundo lugar, la alusión a la justicia relacional, porque la protección de los derechos de las personas con discapacidad no solo hace aflorar claramente –sobre todo a través de la Convención, como se ha dicho– las dos dimensiones que, según dicho enfoque, han de adaptarse mutuamente para contribuir a la justicia en las relaciones jurídicas (la dimensión institucional-normativa y la de la reciprocidad de comportamientos reales, que constituye el objetivo deseable para cualquier norma), sino que dicha protección hace también muy evidente la tercera dimensión que completa el enfoque de justicia relacional en la medida en que supone el contexto social y jurídico-axiológico de las otras dos dimensiones: la socialidad o red de relaciones sociales a la que corresponden la cultura y conciencia colectivas.

En efecto, partiendo de esta concepción relacional de la discapacidad que se concentra en la interacción causal entre deficiencias de salud y barreras sociales, y “el impedimento de una participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás personas”, podemos afirmar que si la discapacidad es en gran parte producto de la sociedad, es decir, del comportamiento social auspiciado y sostenido por los valores sociales imperantes, toda vez que las barreras a las que han de enfrentarse han sido durante toda la historia creadas, fomentadas, institucionalizadas y, finalmente estructuradas, por –y en– la sociedad, también será este el ámbito necesitado de intervención: el de la socialidad de relaciones; el de la cultura jurídica o conciencia colectiva de valores y principios. Y es que, el trato discriminatorio –dado por los actores en sus relaciones sociales– ha sido un precursor exponencial en la configuración de la “persona discapacitada”, siendo su remoción un aspecto clave no solo para favorecer la integración real, sino para derribar cuantas barreras existan. Barreras estas que, como se desprende del enfoque relacional, no solo serán de carácter físico, –en definitiva, las más visibles y fáciles de erradicar–, sino también culturales, producto de la construcción de relaciones subordinantes en las que la parte frágil siempre corresponde a la persona con diferencias orgánicas o funcionales. Esas relaciones dispares y la –mala– socialidad que de ellas se deriva –traducida, como decimos, en la incapacitación social para ser miembro de pleno derecho de la sociedad– resultan especialmente difíciles de detectar por estar necesitadas de una específica aproximación conceptual de análisis, *id est*, un enfoque que permita distinguir y comprender los elementos propios de las relaciones sociales, sus distintas dimensiones, a fin de detectar en ellas –desde el análisis de justicia relacional– contenidos o vacíos de justicia (lo que, como se ha

dicho, se lleva a cabo mediante una valoración recapituladora al final de cada uno de los capítulos).

Porque no en vano, la estigmatización que sufren las personas con discapacidad, traducida sencillamente como la falta de capacidad para ser miembro de pleno derecho y con plenas capacidades de la sociedad que habitamos, es una de las lacras que pretende desmontar la Convención apenas citada. Para ello consagra una serie de principios y derechos con implicaciones y compromisos directos asumidos por los Estados partes⁵⁴. Al respecto de tales derechos, surge el debate doctrinal en torno a si realmente hemos de considerar a los mismos como “nuevos derechos” o se trata simplemente de afirmar la vigencia y extensión de los derechos de cualquier persona a las personas con discapacidad⁵⁵. En cualquier caso, allende esta discusión, cuanto menos

⁵⁴ Obsérvese que el artículo 8 obliga a “adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes”. Los derechos sustantivos aparecen recogidos entre los artículos 5 y 30 de la Convención.

⁵⁵ Para PALACIOS RIZZOS, A., *El modelo social...*, op. cit., pág. 270 a 272, esta cuestión es controvertida toda vez que desde los inicios de los debates se entendió que no se reconocerían nuevos derechos, sino que se garantizaría “a las personas con discapacidad el ejercicio en igualdad de condiciones, de los derechos ya reconocidos a todas las personas accesibilidad”. Sin embargo, considera que, si hemos de entender “la movilidad personal y la habilitación y rehabilitación como derechos, dado que esos derechos no se encuentran previamente reconocidos en los Tratados de Derechos Humanos Generales, podríamos afirmar, entonces, que el texto reconoce nuevos derechos, específicos, en el contexto de la discapacidad”. En el mismo sentido, DE ASÍS ROIG, R., “Discapacidad y Constitución”, *Derechos y Libertades*, núm. 29, Época II, 2013, pp. 39-51, pág. 45: “Pues bien, a pesar de que ése pueda ser el sentido general de la Convención, es posible no obstante afirmar que este Tratado sí que reconoce unos nuevos derechos para las personas con discapacidad. Se trata, en algunos casos, de derechos que han sido tradicionalmente negados a este colectivo, y en otros, de auténticos nuevos derechos que tienen su origen en demandas específicas. En este sentido, es posible referirse a cuatro nuevos derechos que de manera explícita o de forma implícita están recogidos en la Convención. En concreto se trata del derecho a una igual capacidad jurídica, del derecho a la accesibilidad universal, del derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, y del derecho al uso de la lengua de signos”. La misma visión comparte CUENCA GÓMEZ, P. al manifestar que “parece posible afirmar que este tratado sí contempla algunos – pocos – derechos que no aparecen previamente en otros tratados y que tampoco la Constitución española incorpora”, *Vid.* CUENCA GÓMEZ, P., “Los Derechos fundamentales de las personas con discapacidad Un análisis a la luz de la Convención de la ONU”, *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, núm. 7, Madrid, 2012, pág. 79. En sentido contrario, SERIES, L., “Disability and human rights”, en AA. VV. (WATSON, N. y VEHMAS, S., eds.) *Routledge handbook of disability*, Segunda Ed., Routledge, Nueva York, 2020, pp.72-88 pág. 77; KAYESS, R. y FRENCH, P., “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Human Rights Law Review*, Vol. 8, 2008, pp. 32 y 33, (accesible en: https://www.researchgate.net/publication/249278055_Out_of_Darkness_into_Light_Introducing_the_Convention_on_the_Rights_of_Persons_with_Disabilities), partiendo de que los preceptos relativos a la movilidad, accesibilidad, etc. son “medidas de igualdad universal”. También en sentido contrario, DE LORENZO GARCÍA, R. *Discapacidad, sistemas de protección y trabajo social*, Alianza Editorial, Madrid, 2019, pág. 189.

estamos ante un considerable refuerzo⁵⁶ de los derechos de las personas con discapacidad al elevarse a la categoría de derechos humanos. Aun acogiendo que tales derechos estuviesen reconocidos previamente como a la generalidad de las personas, no es menos cierto que su disfrute parece restringido a ciertos colectivos, lo que algunos autores han denominado “zonas sensibles”, y requieren que se les preste una atención cualificada⁵⁷, haciendo lo propio la CIDPD.

La determinación del concepto de persona con discapacidad será clave para disponer quién es el sujeto de derechos en las normativas nacionales. Podemos anunciar, desde estos primeros momentos, las posibles divergencias en el término que se podrían dar, no solo en derecho comparado en tanto en cuanto las legislaciones internas modificarán o precisarán algún elemento de la definición dada por la CIDPD, si no en las propias legislaciones internas si se describen en cuerpos legales distintos.

Una vez descrito el desarrollo producido sobre la materia, situándonos ya en nuestros días, podemos afirmar que estos cambios de paradigmas no se han superado en su totalidad; más bien, en la actualidad, conviven superpuestos en todos los países unos y otros modelos. Tanto en el nuestro, como en países de nuestro entorno, encontramos muestras del modelo médico-rehabilitador y del social incluso en la propia legislación, cuestión que, en el siguiente epígrafe, podremos comprobar. A su vez, como se fundamentará a lo largo de este capítulo, la concepción médico-rehabilitadora sigue siendo predominante en el imaginario social.

Se ha tenido ocasión de constatar que la concepción y el tratamiento de la discapacidad ha sufrido un cambio vertiginoso en épocas realmente recientes, cuestión que lleva a pensar que seguimos inmersos en un proceso de transición aún mayor. Como se recordará, según esgrimimos *supra*, se vienen señalando algunas dificultades prácticas del llamado modelo social de la discapacidad, por lo que en la actualidad convergen diferentes visiones o nuevos modelos de la discapacidad, los cuales intentan reformular este modelo social partiendo de sus diferentes enfoques⁵⁸. Nuestra exposición se ha centrado en la interacción

⁵⁶ La CIDPD actúa como un acuerdo de mínimos en virtud de su artículo 4.4 “que deja a salvo las regulaciones más beneficiosas sobre dichos derechos que pudieran existir en otras normas internacionales o en el derecho interno de los Estados Partes”. Vid. PALACIOS RIZZO, A. y BARIFFI, F., *La discapacidad.... op. cit.*, pág. 130.

⁵⁷ Vid. PÉREZ LUÑO, A. E., “Reflexiones sobre los valores de igualdad y solidaridad. A propósito de una Convención Internacional para Promover y Proteger los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad”, en AA. VV. (CAMPOY CERVERA, I., coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 35.

⁵⁸ Un recorrido por los modelos pasados y más actuales en PÉREZ DALMEDA, M. E. y CHHABRA, G., “Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del (...)”

como elemento principal a tener en cuenta, esto es, en la relación existente entre individuo o personas con diferencias orgánicas y entornos sociales, siendo esta interacción la productora de discapacidad. Sin embargo, ello no obsta a que debamos negar o ignorar los problemas médicos, como así lo hace la concepción más enérgica o radical del modelo social. Consideramos ambos elementos necesarios de atención en la configuración de la discapacidad, y entendemos, además, que este es el sentido actual de la Convención. De ahí que nos refiramos a tal concepción como “modelo relacional de la discapacidad”⁵⁹.

No podemos abandonar este epígrafe sin mencionar, de este periodo evolutivo al que nos hemos referido, dos de estos modelos incipientes. Uno de ellos, el que ha sido denominado por sus autores como el modelo de la diversidad, viene a complementar el modelo social “contemplando la discapacidad como una muestra de la diversidad humana y considerando que

concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas”, *Revista Española de Discapacidad*, nº 7, pp. 7-27, 2019.

⁵⁹ Debemos mencionar que este concepto que acogemos en esta obra es utilizado para nombrar el “modelo nórdico de la discapacidad”, el cual, desde el punto de partida de las teorías sociales angloamericanas, destaca por la “influencia positiva de los servicios y profesionales en la vida de las personas con discapacidad”. Este modelo nórdico aborda el estudio de la discapacidad partiendo de tres presupuestos, los cuales compartimos: 1) La discapacidad proviene de un desajuste entre la persona y el entorno; 2) La discapacidad es situacional o contextual y 3) La discapacidad es relativa. Vid. GOODLEY, D., *Disability Studies: An Inter-Disciplinary Introduction*. Sage, Londres, 2011, pág. 15 a 18. La comprensión del fenómeno de la discapacidad, tal y como la entendemos, parte de la interacción de las deficiencias y barreras que no son sino productos sociales. Para MÁRQUEZ PRIETO y VILA TIerno, autores que también utilizan este concepto: “El enunciado del párrafo segundo del artículo 1º (haciendo referencia a la CIDPD) responde a un modelo relacional muy claro, ya que, en aras a la participación plena y efectiva en la sociedad de las personas con discapacidad (como contenido de justicia), reconoce realísticamente que ese efecto se habría de producir por una interacción positiva –o no– entre las deficiencias o diversidades de dichas personas y el entorno social”. Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. y VILA TIerno, F., *Derecho a la vida... op. cit.*, pág. 207. Véase, además de los precitados soportes bibliográficos, a LID, I.M., “Developing the theoretical content in Universal Design, *Scandinavian Journal of Disability Research*, Vol. 15, Núm. 3, 2013, pp. 203–215. Esta autora, que también asimila este “modelo relacional” con la concepción de la discapacidad de la CIDPD entiende que: “Este modelo conceptualiza la discapacidad como un producto de la interacción compleja entre la persona y el entorno e integra el conocimiento desde una perspectiva médica y social. Se puede evitar una recaída en la dicotomía de un modelo social y médico de discapacidad si se incluyen las perspectivas tanto sociales como médicas junto con un enfoque en la interacción entre los dos, conceptualizando la discapacidad como una relación que involucra tantos factores individuales como ambientales. La discapacidad surge, según este modelo, en la interacción entre los individuos y el entorno, englobando tanto factores sociales como materiales. La interacción en sí es importante, junto con los factores individuales y ambientales. Un modelo relacional se centra en un desajuste entre la persona y el entorno, que se puede describir gráficamente en lo que se denomina modelo de brecha”.

esta pluralidad enriquece a la sociedad y debe ser protegida”⁶⁰. Acercándonos a las premisas de este modelo, significamos la importancia otorgada a la diversidad y, en su virtud, la concepción de la vertiente individual de la discapacidad, *id. est.* las deficiencias de salud, como algo neutro, ni extraordinario ni desgraciado y, consecuentemente, la necesidad del reconocimiento de su valor como fuente de enriquecimiento de la sociedad. Del mismo modo, el modelo de los Derechos Humanos⁶¹, pretendiendo materializar jurídicamente las pretensiones del modelo social que había sido expuesto desde una perspectiva eminentemente sociológica, “opta por el reconocimiento del valor intrínseco de las personas a fin de reconocer la contribución y participación de cada una de las personas que componen la sociedad”⁶². En cualquier caso y puesto que los movimientos o modelos actuales parten de la misma premisa, el desplazamiento del núcleo de análisis de la problemática desde el plano individual hacia el aspecto social, cuando nos refiramos al modelo relacional de la discapacidad nos estaremos situando en este nuevo paradigma denominado *de la autonomía personal*⁶³ sin decantarnos por un modelo concreto.

Para finalizar, hemos visto cómo se ha transitado de la percepción de la discapacidad como un castigo divino, a un déficit biológico para ahora centrar el debate en el entorno:

(...) hay que entender, pues, que en el momento actual se está pasando de la percepción de las personas con discapacidad (o minusválidos, como se les solía denominar) como unas personas enfermas, que debían de superar sus carencias y deficiencias a fin de adaptarse lo mejor posible a la sociedad existente, para lo que se les ofrecía el adecuado tratamiento médico o, en su caso, prestaciones económicas o sociales, que eran entendidas casi como beneficencia; a la percepción de las personas con discapacidad como un colectivo de personas que se encuentran en una especial situación de desventaja social debido a que la sociedad ha construido un entorno preparado solo para un determinado «standard» de personas, con unas determinadas características, y para solucionar ese estado de cosas lo que se ha de reconocer es la igualdad de

⁶⁰ DE ASÍS ROIG, R., *Discapacidad...*, op. cit., pág. 41. Véase sobre este modelo, in extenso, PALACIOS RIZZO, A y ROMANACH CABRERO, J., *El modelo de la...*, op. cit.

⁶¹ Sobre este modelo, véase STEIN, M. A., “Disability Human Rights”, *California Law Review*, núm. 95, 2007, pp. 75-121, y DEGENER, T., “Disability in a Human Rights Context”, *Laws*, 5, 35, 2016.

⁶² Vid. GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual. Una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2018, pág. 41.

⁶³ Vid. JIMÉNEZ LARA, A., “Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes”, en AA.VV. (DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA M.A. dirs.), *Tratado sobre discapacidad*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 177-205, pág. 190.

*oportunidades también de las personas con discapacidad, y hacer, consiguientemente, que sea la sociedad la que se adapte para dar cabida a todas las personas*⁶⁴.

Esta perspectiva, que respecto a la persona con discapacidad conlleva el “reconocimiento pleno de su dignidad” y la “valoración de su participación en la vida social y económica del País⁶⁵”, será fundamental para comprender nuestro discurso. Ahora bien, “lo que no es evidente es hasta qué punto el derecho –y en particular una norma internacional de derechos humanos– puede impulsar estos cambios en las percepciones sociales y la comprensión de la discapacidad⁶⁶”, máxime después de una larga trayectoria, durante siglos, de aspectos negativos sobre el individuo con discapacidad que han contribuido a la estigmatización y que, todavía hoy, pesa en la conciencia social y en el reflejo legal de la discapacidad. Trasladamos aquí la, por todos conocida, afirmación de BOBBIO, N.: “El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político⁶⁷”.

1.2. La definición de persona con discapacidad y su reconocimiento en el ordenamiento jurídico español

La apenas presentada perspectiva de los derechos humanos permite, pues, considerar a la discapacidad como una realidad relacional existente entre un aspecto individual, el sujeto y sus deficiencias, y otro social, las barreras existentes en el entorno. A ello habrá de sumarse el que la propia CIDPD garantiza y promueve una serie de derechos de los que son sujetos titulares estas personas con discapacidad, lo cual permite que en este apartado centremos nuestro discurso en cómo se traslada a nuestra legislación esa delimitación de persona con discapacidad como “sujeto de derechos” y en precisar cómo se produce ese reconocimiento por parte del Estado.

Con carácter previo hemos de advertir de la ardua misión del ordenamiento interno en esta materia. Téngase en cuenta que la concreción de qué se entenderá por persona con discapacidad supondrá la definición del ámbito subjetivo de aplicación de unas medidas concretas, el establecimiento de una linde en la que quedarán de un lado sujetos beneficiarios de un especial tratamiento por parte de los poderes públicos en aras de facilitar su participación en la vida social y económica, y en el otro, sujetos que, por no

⁶⁴ CAMPOY CERVERA, I., “Reflexiones acerca de los derechos de las personas con discapacidad”, en AA. VV. (CAMPOY CERVERA, I., coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 10.

⁶⁵ BOZZAO, P. “Incapacidad laboral y seguridad social en una sociedad de trabajo cambiante”, *Revista de derecho de la seguridad social*, N.º. 15, 2018, pp. 201-213, pág. 204.

⁶⁶ SERIES, L. *Disability... op. cit.*, pág. 77.

⁶⁷ Vid. BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, (DE ASÍS ROIG, R. trad.), Sistema, Madrid, 1991, pág. 61.

reunir esas circunstancias o requisitos quedarán fuera. Piénsese ahora en el concepto de persona con discapacidad y en la dificultad que puede conllevar la delimitación del mismo por parte del Estado, máxime, cuando estamos ante un “concepto valorativo, es decir, una definición que exige realizar un juicio de valor para determinar la concurrencia en un caso concreto de la situación a que denominamos discapacidad⁶⁸”.

Téngase en cuenta también su heterogeneidad y la posible previsión de que las medidas concretas se pretendan dirigir a un grupo más reducido de personas con discapacidad. En efecto, la discapacidad como categoría general engloba en su aspecto individual a personas con diferencias orgánicas o funcionales congénitas o adquiridas, tanto físicas como intelectuales, mentales o sensoriales, lesiones temporales o permanentes; y, también, en el aspecto social, los impedimentos o barreras con las que las mismas interaccionan tampoco son absolutos o estáticos, sino que son dinámicos y a los que afectan muchos factores externos⁶⁹. Pudiera ser posible el establecimiento por la legislación interna de una concepción de discapacidad idéntica a la de la CIDPD y la extensión de todas las medidas existentes a dichas personas; sin embargo, aunque esto parece lo idóneo, se encontraría con enormes escollos prácticos en relación con el modo de acreditación de la discapacidad, un concepto en constante dinamismo, y, con ello, al acceso de las medidas concretas por parte de las personas, empresas, etc. Parece razonable la existencia de un organismo estatal que de alguna forma certifique la existencia de discapacidad y facilite el ejercicio de los derechos de estas personas. La mayoría de los países de nuestro entorno han optado por la opción de este reconocimiento. Los que no, como es el caso de Reino Unido y Estados Unidos, remitiéndose sus legislaciones al concepto de discapacidad genérico sin parámetros algunos, lo hacen porque aplican esencialmente medidas anti-discriminación, es decir, su política se centra en la prevención de conductas discriminatorias y en el fomento de las antidiscriminatorias, sin una intervención activa destacable del Estado en los diferentes sectores. De ahí que se prescinda en sendas legislaciones de esos

⁶⁸ MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L. y FERNÁNDEZ ORRICO F. J., *El concepto de discapacidad...*, op. cit. pág. 14. Los autores la diferencian de las definiciones del modelo médico-rehabilitador que “solo requerían constatar la existencia de una deficiencia suficientemente relevante para que pudiese hablarse de discapacidad, lo que nos llevaba al terreno del diagnóstico clínico, y permitía un examen estrictamente científico; con el nuevo concepto de discapacidad, el diagnóstico médico no es suficiente, ni siquiera particularmente relevante, pues lo que importa es la existencia de obstáculos o barreras a la plena participación social relacionados con algún tipo de deficiencia”.

⁶⁹ En este sentido, SHILDRICK, M., “Critical disability studies: Rethinking the conventions for the age of postmodernity”, en AA. VV. (WATSON, N. y VEHMAS, S., eds.), *Routledge handbook of disability studies*, 2ed, Routledge, Nueva York, 2020, pp. 35-44, pág. 35.

reconocimientos generales creados *ad hoc* para la aplicación de medidas⁷⁰. Como decimos, así ocurre en Reino Unido desde la *Disability Discrimination Act* de 1995, o en Estados Unidos desde la *American with Disabilities Act* de 1990⁷¹.

Actualmente la norma interna vigente en nuestro país que contiene la definición de persona con discapacidad es la LGDPD. En su Exposición de Motivos se menciona la CIDPD, indicando que “supone la consagración del enfoque de derechos de las personas con discapacidad, de modo que considera a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo”. En su articulado, es el precepto 2. a) el que contiene la definición de discapacidad y lo hace con un tenor literal cuasi idéntico al de la Convención, únicamente mutan los vocablos, referidos a las deficiencias, “a largo plazo” por “previsiblemente permanentes⁷²”. Hemos de advertir que, curiosamente, este aspecto gramatical fue modificado en la refundición producida en el TRLGDPD, ya que anteriormente una de las normas refundidas, la LIONDAU contenía una redacción idéntica a la de la CIDPD. En el mismo sentido se definen a las personas con discapacidad en el artículo 4.1⁷³:

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.

⁷⁰ No obstante, y pese a que no existen en estos países procedimientos genéricos, cuando una persona pretenda acceder a algún programa de beneficios, como puede ser el caso del “*Personal Independence Payment (PIP)*” en Reino Unido, la persona interesada será sometida a un procedimiento con rasgos similares a los del reconocimiento de grado de discapacidad en los países que acotan la definición de discapacidad para el acceso a estas medidas.

⁷¹ No obstante, ambas normas parten de un concepto de persona con discapacidad basado en el modelo médico.

⁷² Para algunos autores, esta disparidad provoca una pérdida de vigorosidad de la norma nacional. En este sentido, MÁRQUEZ PRIETO, A. y VILA TIERNO, F. *Derecho a la vida...*, op. cit. pág. 214: “pareciendo querer evitar así la posibilidad de una deficiencia, aun correspondiendo a un largo plazo”. En el mismo sentido, en relación con el artículo 4.1, PÉREZ PÉREZ, J., *La discapacidad y el empleo en las administraciones públicas*, Estudios de Relaciones Laborales, Diputación de Barcelona, 2017, pág. 23, donde el autor propone, para superar este escollo “una interpretación integradora y sistemática de la norma”.

⁷³ Para MÁRQUEZ PRIETO y VILA TIERNO, la situación de este precepto definitorio de la persona con discapacidad en el texto normativo, a posteriori y de forma secundaria a los derechos contenidos en el artículo primero, evidencia la fijación por estos, los derechos, al contrario que la Convención que lo realiza sobre la persona. En definitiva, “no se parte de una visión relacional de relación jurídica, en la que la dimensión legal asume un papel instrumental, sino de una visión unidimensional normativa clásica (en la que la posible dinámica de las relaciones jurídicas es sustituida por la simple definición legal de derechos y obligaciones)”. *Ibidem*. pág. 214.

Pese a establecerse en este precepto una definición de persona con discapacidad concordante con el de la CIDPD, el apartado segundo del artículo cuatro introduce una regla que acarreará, como comprobaremos a lo largo de nuestro trabajo, no pocos problemas interpretativos e inseguridades⁷⁴. En lo que ahora nos ocupa identificamos que “además” de las personas con deficiencias que por interactuar con las barreras sociales tengan impedimentos para desarrollar una vida plena se va a considerar “a todos los efectos”⁷⁵, a otra realidad distinta que no tiene por qué coincidir con lo que hasta ahora hemos definido como persona con discapacidad, esto es: “a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento”. Pero es más, a mayor abundamiento, se realiza una equiparación entre los efectos de este reconocimiento de grado de discapacidad, y por ende, de los efectos jurídicos de la existencia de una discapacidad como tal, a otras realidades aún más remotas, “los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”. Al respecto de la distinción entre discapacidad e incapacidad nos pronunciaremos en el siguiente apartado. La equiparación, sus controvertidos efectos y nuestro parecer, serán desarrollados en el capítulo siguiente, cuando nos refiramos a los supuestos –por tanto, también, sujetos– computables a efectos de la reserva de empleo.

Para profundizar sobre el sujeto de derechos que reconoce el TRLGDP hemos de volver al procedimiento de refundición. Previamente a la elaboración de este texto, los “titulares de los derechos”⁷⁶ reconocidos en las normas objeto de refundición, esencialmente⁷⁷, la LISMI y la LIONDAU estaban concretados

⁷⁴ Dispone el citado precepto 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 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

⁷⁵ Esta frase será polémica en la aplicación de la norma. Nos detendremos en ello un poco más adelante.

⁷⁶ Así se denominaban en título II de la LISMI.

⁷⁷ También fue refundida la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, aunque no tiene relevancia alguna para lo que aquí exponemos. Esta refundición “aparentemente resuelve una llamativa y no bien explicada dispersión legislativa en materia de discapacidad, caracterizada por la existencia, desde hace más de diez años, de una suerte de Ley de primera generación, la LISMI (1982) y una Ley de segunda generación, la LIONDAU (2003)”. Vid. ESTEBAN LEGARRETA, (...)

de forma dispar. Mientras que la LISMI supeditaba el reconocimiento del derecho a la aplicación de los beneficios que en ella se contenían a los “minusválidos”⁷⁸ previo procedimiento, “de manera personalizada”, y “por el órgano de la Administración que se determine reglamentariamente”⁷⁹, la LIONDAU, tras la modificación realizada por la *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, configuraba su ámbito subjetivo, de acuerdo con su artículo 1.2, a todas las personas con discapacidad entendidas conforme a la definición de la Convención Internacional⁸⁰. Fue en el momento de aunar ambos textos cuando se produce, a nuestro juicio, una importante imperfección. Y es que, en ese momento no se discriminó entre las medidas –de ámbitos distintos⁸¹– contenidas en la LIONDAU y en la LISMI, al contrario, se agruparon todas en el mismo texto y se equipararon completamente los titulares de los derechos de ambas normas que antes no eran coincidentes. Consecuentemente, los beneficios que se contenían en la LISMI ya no quedan circunscritos según el texto legal a las personas con un grado de discapacidad reconocido, sino que se amplían a las personas con reconocimiento de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, pensionistas de clases pasivas con pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, y además, de acuerdo con el artículo 4.1 TRLGDPD a toda persona con discapacidad de acuerdo al modelo relacional. Es evidente la alteración del mandato legislativo que se analiza por parte del ejecutivo. Sin perjuicio de reconocer como idónea la ampliación realizada en virtud del artículo 4.1, hemos de refutarla por motivos de forma, por la extralimitación de las funciones del ejecutivo, toda vez que entre sus facultades no se podía encontrar la ampliación de los beneficios de las dos normas refundidas. La unificación armónica que

R., “Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de ley de derechos de las personas con discapacidad”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 127, 2014, pp. 47-84, pág. 50.

⁷⁸ El artículo 7 establecía que: “A los efectos de la presente Ley se entenderá por minusválidos toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”.

⁷⁹ Artículo 7.2 LISMI.

⁸⁰ Pese a que en primer párrafo de este precepto hace alusión al concepto de la Convención, dos párrafos más abajo se establece que: “Ello no obstante, a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

⁸¹ Mientras que la LISMI recogía una serie de derechos específicos para las personas con discapacidad, la LIONDAU contenía, en su mayoría, medidas antidiscriminatorias.

contenía el mandato autorizado queda sobrepasada con la ampliación de los sujetos titulares de los contenidos normativos de la LISMI que aconsejaban y requerían de una situación de hecho distinta por reconocérseles un conjunto de prestaciones o beneficios distintos a la mera legislación antidiscriminatoria. Sobre este particular volveremos cuando comentemos el ámbito subjetivo de la reserva de empleo debido a las afectaciones que sobre la misma tiene esta deficiente transposición normativa y sus posibles interpretaciones. Allí analizaremos a su vez otros excesos de delegación que –estos sí– han sido tratados y declarados como tal por nuestros tribunales⁸².

Con todo, tenemos actualmente una regulación prevista para las personas con discapacidad que “además de” a estas, se aplican a otras realidades. Centrándonos en esta locución preposicional que inicia la frase (“además de”) se adiciona a los titulares del derecho, como venimos exponiendo, una nueva circunstancia en forma de presunción *iuris et de iure*, al considerar como persona con discapacidad a quienes hayan obtenido un certificado administrativo de grado de discapacidad en un porcentaje mínimo del 33 por ciento. Esta circunstancia se convertirá en la *praxis*, –por razones lógicas en relación con su acreditación, y, a nuestro juicio, también por razones jurídicas debido a la extralimitación en las funciones legislativas que tenía concedidas el poder ejecutivo–, en la forma ordinaria o paradigmática de acreditar la discapacidad⁸³. El apartado siguiente de la norma, artículo 4.3, profundiza en ello al establecer que “el reconocimiento del grado de discapacidad deberá ser efectuado por el órgano competente en los términos desarrollados reglamentariamente” y que “la acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional”.

En definitiva, la acreditación de la discapacidad se difiere a una valoración que en su resultado final quedará formulada en un determinado porcentaje. Toca ahora comprobar si ese procedimiento de valoración sigue los parámetros del modelo relacional de la discapacidad. No obstante, hemos de

⁸² Nos referimos a la equiparación del grado de discapacidad en el 33% con las situaciones de Incapacidad Permanente y a los pensionistas de clases pasivas por jubilación o retiro por IP o inutilidad.

⁸³ Sobre la prevalencia de esta segunda vía se pronuncia PÉREZ PÉREZ, J., *La discapacidad y el empleo...*, op. cit. pág. 27: “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”. En el mismo sentido, DE ASÍS ROIG, R., y PALACIOS RIZZOS, A., *Derechos humanos y situaciones de dependencia*, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 22: “en el ámbito español se relaciona directamente la discapacidad con un grado de minusvalía igual o superior al 33%, lo que implica una reducción del análisis de esta problemática, que deja fuera de la cobertura de ciertas normas a personas que tienen una discapacidad [o limitación funcional], pero en grado menor al requerido legalmente”.

advertir que, pese a que hemos manifestado que esta vía se convierte en principal dada su regulación y la facilidad acreditativa de la misma, sigue rigiendo en el texto el concepto de discapacidad introducido por la Convención, que no aparece ligado –más bien al contrario– a la obtención de ningún porcentaje determinado. En su virtud, el reconocimiento de grado que ahora comentamos parece ser un método alternativo, pudiendo quedar excluido únicamente cuando “las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva” determinen “los requisitos específicos para acceder a los mismos”⁸⁴.

De lo dicho anteriormente podemos sacar en claro que, en nuestro ordenamiento, y a todos los efectos, serán sujetos de los derechos establecidos para las personas con discapacidad quienes tengan el reconocimiento de grado en un porcentaje igual o superior al 33 por ciento. Es actualmente el *Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía*, la norma que se encarga de reglamentar el mismo. Esta norma, dada su antigüedad, ha sufrido algunas modificaciones con

⁸⁴ Reiteramos, pese a la redacción legal, que entendemos que este concepto de discapacidad no se puede extender a las medidas que antes de la refundición se contenían en la LISMI, la cual requería en todo caso el reconocimiento de grado de discapacidad. Podríamos incluir las medidas de la LISMI dentro de las medidas que describe el artículo 8.2 de la LIONDAU, configuradas como “medidas de acción positiva suplementarias para aquellas personas con discapacidad que objetivamente sufren un mayor grado de discriminación o presentan menor igualdad de oportunidades”, y de ahí la necesidad del establecimiento de un requisito específico para el reconocimiento de tal situación. Sobre esta cuestión acaecida tras la elaboración del texto refundido, salvo error u omisión, no se han pronunciado nuestros tribunales. Remarcamos que no será necesario ni exigible el certificado de discapacidad para el ejercicio de las medidas antidiscriminación, y ello puesto que estas conductas están prohibidas por imperativo tanto del artículo 2 la *Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*, como por los artículos 2 y 5 de la CDPD. A estos efectos señalamos la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2021 (asunto C-16/19), en la que se establece (apartado 60) que “la práctica de un empresario consistente en abonar un complemento salarial a los trabajadores discapacitados que hayan presentado su certificado de discapacidad después de una fecha elegida por dicho empresario, y no a los trabajadores discapacitados que hubieran presentado dicho certificado antes de esa fecha, puede constituir una discriminación directa cuando resulte que dicha práctica se basa en un criterio indisolublemente vinculado a la discapacidad, en la medida en que puede hacer definitivamente imposible que cumpla este requisito temporal un grupo claramente identificado de trabajadores, integrado por el conjunto de los trabajadores discapacitados cuyo empresario conocía necesariamente la situación de discapacidad en el momento en el que estableció esa práctica”. Asimismo, resulta aplicable a lo que ahora comentamos la famosa y relevante STJUE de 1 de diciembre de 2016 (asunto C-395/15), en la que se considera la discriminación por motivos de discapacidad en un supuesto de incapacidad temporal sin ningún tipo de reconocimiento de la primera de las situaciones. En nuestro país también recientemente se ha conocido la reciente STC de 15 de marzo de 2021 (recurso de amparo nº 2950-2018) en la que se aplica la discriminación por discapacidad debido a la negación de ajustes razonables en la que el recurrente de amparo poseía un certificado de grado de discapacidad en un porcentaje del 10%.

el objeto de aproximarse al modelo vigente de discapacidad⁸⁵. Desde su vigencia ha sido la aplicable para determinar el grado de discapacidad a efectos del reconocimiento de los derechos contenidos en la LISMI, así como de la asimilación que realizaba la LIONDAU entre este grado y la discapacidad.

La norma reglamentaria que ahora comentamos contiene en sus anexos I y II los “baremos” para efectuar el reconocimiento de grado de discapacidad. Nos encontramos en esta disposición tres baremos claramente diferenciados: el contenido en el anexo 1.A referido a “la determinación de la discapacidad originada por deficiencias permanentes de los distintos órganos, aparatos o sistemas”; el previsto en el anexo 1.B para “evaluar las circunstancias personales y sociales que pueden influir sobre la persona discapacitada en sentido negativo, agravando la situación de desventaja originada por la propia discapacidad” y un último, recogido en el anexo 2 “para determinar la existencia de dificultades para utilizar transportes colectivos”. La competencia para el ejercicio de estas funciones corresponde a “los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a quienes hubieren sido transferidas las funciones en materia de calificación de grado de discapacidad y minusvalía o del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales”⁸⁶ según en artículo 6 de la norma reglamentaria.

Si nos atenemos al concepto relacional de discapacidad, entendemos que habrá de preponderar en este sistema de reconocimiento las dificultades existentes en relación con el entorno para una persona con unas determinadas diferencias orgánicas o funcionales. Sin embargo, la realidad es otra. En palabras de PÉREZ PÉREZ⁸⁷; “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”. Esta conclusión es evidente desde el comienzo del anexo I donde se manifiesta que es acorde a la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de la O.M.S., clasificación (de 1980)

⁸⁵ Su anexo I, que contiene los baremos para la determinación de la discapacidad, ha sido modificado en dos ocasiones: por el Real Decreto 1169/2003, de 12 de septiembre, por el que se modifica el anexo I del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, y posteriormente por el Real Decreto 1364/2012, de 27 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

⁸⁶ Tienen asumidas dichas competencias todas las CCAA, excepto las ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

⁸⁷ PÉREZ PÉREZ, J., *La discapacidad y el empleo...*, op. cit., pág. 28.

que, como hemos visto anteriormente, reúne los rasgos propios del modelo médico-rehabilitador⁸⁸. La fijación en las deficiencias es clara desde el punto de partida, entendiéndose la discapacidad como la ausencia de capacidad para realizar una acción cotidiana de acuerdo con unos márgenes de “normalidad” por la afectación de dichas deficiencias. La dimensión social solo entra en consideración en el baremo de forma marginal, para ser finalmente valorada con 15 puntos, eso sí, siempre y cuando se haya superado los 25 puntos de valoración de las deficiencias conforme al anexo 1.A, centrada en cuestiones médicas⁸⁹. Según este sistema, los factores sociales y la interacción de las deficiencias con ellos, foco principal del modelo relacional de la discapacidad, únicamente computarán en una cuantía irrisoria y siempre y cuando se alcance un determinado nivel de severidad de las consecuencias de las diferencias orgánicas o funcionales en la vida diaria. Podemos afirmar, de este modo, que lo que se está reconociendo por los servicios públicos no es más que un grado de “insuficiencia”, cuya conexión con la discapacidad resulta parca y genera una deleznable descoordinación entre el *nomen iuris* del “título otorgado” con lo que efectivamente se evalúa.

Recientemente el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha venido a mostrar su preocupación a este respecto en nuestra legislación:

Preocupa al Comité que varias leyes y políticas nacionales, regionales y municipales, en particular el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (2013) y la Ley de Promoción de la Autonomía Personal (2006), no estén en consonancia con la Convención ni con el modelo de discapacidad basado en los derechos humanos. Al Comité le preocupa que esta falta de armonización dé lugar a la utilización del modelo médico de la discapacidad, en el marco del cual las personas son clasificadas según el diagnóstico y excluidas del amplio alcance previsto en la Convención, según la cual la discapacidad se reconoce en relación con las deficiencias y las barreras presentes en el entorno social, sobre todo en el caso de la discapacidad psicosocial⁹⁰.

⁸⁸ Véase como en la introducción del anexo I se acoge la definición de discapacidad propia de aquel modelo: “La Clasificación Internacional de la O.M.S. define la discapacidad como «la restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad, en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano»”.

⁸⁹ En otro orden de cosas, la utilización de este procedimiento y baremo para determinar el grado de discapacidad que da acceso a la pensión de invalidez no contributiva regulada en los artículos 365 y ss. LGSS hace que se tenga en consideración estos factores sociales que poca relación tienen con la capacidad laboral de una persona, máxime cuando el “factor laboral” computa con un máximo de 3 puntos.

⁹⁰ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España*, Aprobadas por el Comité en su 21er período de sesiones (11 de marzo a 5 de abril de 2019) (CRPD/C/ESP/CO/2- (...)

A modo de recapitulación podríamos decir que la normativa española categoriza a la persona con discapacidad en el mismo sentido que la CIDPD, sin embargo las medidas previstas para el colectivo se reconocen a los siguientes sujetos: en todo caso quienes tenga reconocido un grado de discapacidad del 33% o más según el procedimiento establecido reglamentariamente⁹¹; en el acceso únicamente a una parte de las medidas previstas⁹², tendrán la consideración de titulares las personas con discapacidad según la definición dada por el modelo relacional y las personas que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad; por último, en lo relativo a la protección de la discriminación por motivos de discapacidad⁹³, quienes la sufran estarán protegidos posean o no resolución administrativa de alguno de los extremos anteriores por aplicación directa de la CIDPD como norma interna de nuestro ordenamiento en virtud del artículo 96.1 CE.

Por otro lado, habríamos de inferir que el procedimiento previsto de reconocimiento de grado, *iter* obligado para obtener el “ticket” de acceso a todas las medidas contempladas para las personas con discapacidad, no guarda relación alguna con el tratamiento actual de la discapacidad⁹⁴. La consecuencia de estos desajustes es la desconexión entre la finalidad de la norma y los efectos que genera al desvirtuar el concepto de discapacidad acaecido desde el modelo relacional. Consecuentemente se deja fuera de la obtención del grado mínimo a personas que realmente se han de considerar como personas con discapacidad a los efectos de la Convención, y se podría incluir a personas que no han sido valoradas conforme al patrón de las dificultades con la interacción de barreras sociales. A nuestro juicio, resulta desaconsejable la utilización de parámetros

3), pág. 2. En nuestro país el CERMI viene reclamando una reforma del baremo desde tiempo atrás para adaptarlo al “modelo social”. Véase, CERMI, *Derechos Humanos y Discapacidad: Informe España 2010*, Cinca, Madrid, 2011, pág. 12 y 111.

⁹¹ Este será el criterio a efectos laborales dado que las medidas aplicables en este marco jurídico se establecían en el título VII de la LISMI. En sentido contrario MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L, y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *El concepto de discapacidad... op. cit.*, pág. 25 quienes manifiestan que “hoy debe entenderse que las disposiciones que establecen medidas de acción positiva referidas genéricamente a trabajadores con discapacidad (o “minusválidos”, en la denominación antigua) se dirigen a todas ellas, es decir, a quienes se incluyen en la definición del artículo 4.1 LGDPD, aunque no alcancen el grado del 33%, que ya no es un requisito para ser considerado persona con discapacidad”. Como venimos exponiendo, no consideramos jurídicamente válida esta opción de acuerdo con los defectos en la elaboración de la norma con rango legal.

⁹² Quedarán fuera de las contenidas inicialmente en la LISMI.

⁹³ Motivos entre los que se incluye la denegación de ajustes razonables.

⁹⁴ Una crítica detallada a estos sistemas de reconocimiento desde el modelo social en: UPIAS, *Fundamental..., op. cit.*, pág. 17 a 19.

fijos basados en aspectos médicos que, para determinar el acceso a la totalidad de las medidas, pretenden predecir las dificultades del día a día bajo los patrones de unas patologías. Siguiendo a MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L. y FERNÁNDEZ ORRICO F. J.:

(...) la evaluación de la discapacidad habrá de ser, en consecuencia, una evaluación individualizada para cada persona, y, a partir de la consideración de los factores sociales, culturales, educativos y ambientales, podrá llegar a conclusiones opuestas para dos personas –afirmando en un caso y negando en otro la existencia de discapacidad–, incluso en presencia de idéntica característica funcional⁹⁵.

Por último, es importante señalar que estas deficiencias se observan de forma similar en la mayoría de países puesto que, cada uno, dentro de los márgenes de la Convención o fuera de ellos, ha materializado un concepto propio de discapacidad, lo que hace imposible una comparación estadística tanto del número de personas con discapacidad como de los resultados de las políticas existentes en cada uno de ellos⁹⁶. En este sentido se pronuncia FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, C.R.:

Se hace imprescindible definir a escala europea, unos «indicadores clave», «indicadores fuerza», que aceptados por todos los Estados miembros, muestren el nivel de inclusión social de las personas con discapacidad en comparación con otros grupos y/o con la población sin discapacidad, y puedan ser utilizados para valorar los efectos de las políticas sociales de lucha contra la exclusión sobre los niveles de vulnerabilidad del colectivo. La utilización de indicadores genéricos o imprecisos, imposibilita la percepción las personas con discapacidad como grupo especialmente vulnerable a los riesgos de exclusión social. Por ello, es necesario definir indicadores precisos, específicos y consensuados por las organizaciones del sector, que nos permitan valorar en qué medida las personas con discapacidad participan en los ámbitos de la vida social en igualdad de condiciones que el resto de la población⁹⁷.

Siendo esta la única vía real de acreditación de la discapacidad y del reconocimiento pleno de los derechos, resulta necesario una modificación urgente de los baremos⁹⁸ utilizados para centrarlos en las barreras sociales, ya que, como se puso de manifiesto en el informe de la Red Académica de Expertos Europeos en Discapacidad (ANED) 2017-18, aún están lejos de incorporar las propuestas conceptuales de la CIDPD, comprobándose en las

⁹⁵ MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L. y FERNÁNDEZ ORRICO F. J., *El concepto de discapacidad...* op. cit. pág. 14.

⁹⁶ Véase in extenso, WADDINGTON, L., *Disability Assessment in European States ANED Synthesis Report*, ANED, 2018.

⁹⁷ Vid. DE LORENZO, R., *El futuro...*, op. cit., pág 81.

⁹⁸ Una crítica a los baremos desde la perspectiva de la capacidad laboral como instrumento que propone una solución aporística en RODRÍGUEZ JOUVENCEL, M., *La incapacidad para el trabajo*, J. M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1993, pp. 76-86.

continuas remisiones normativas a la misma “más una declaración de intenciones que una clara asunción de las repercusiones de la Convención en las evaluaciones y decisiones”⁹⁹.

1.3. La distinción entre discapacidad e incapacidad

Una vez expuesto el concepto de discapacidad del que parte nuestro ordenamiento y delimitado, en la medida de lo posible, el sujeto de derechos que podrá ser receptor de las medidas habilitadas para el colectivo, debemos ocuparnos, de forma cuasi obligatoria, de deslindar la discapacidad de una figura que suele prestarse a confusión en ámbitos no jurídicos, aunque incluso en este, podemos encontrar escenarios de difícil distinción. Nos referimos a la incapacidad. Nos encontramos pues, ante otra cuestión capital para el entendimiento de este trabajo. Resulta necesario para profundizar en lo que nos ocupa, identificar la precitada institución.

Cuando aludimos al término de *incapacidad* nos trasladamos al ámbito protector de la Seguridad Social y a sus prestaciones de incapacidad temporal e incapacidad permanente. Pese a que son sobradamente conocidas las diferencias en cuanto a su extensión en el tiempo, ambas parten de una situación determinante común, la imposibilidad o el impedimento para la prestación de servicios laborales. Cuestión esta en absoluto baladí, como tendremos oportunidad de mostrar, dado que se erige como la característica que permita el deslinde entre discapacidad e incapacidad, aunque también la cuestión temporal va a tener especial relevancia en lo que nos ocupa. El acentuar el carácter “previsiblemente permanente” de la discapacidad podría inducirnos a pensar que descartásemos la conexión entre esta y la incapacidad temporal, empero al respecto deben traerse a colación las SSTSJUE de 11 de abril de 2013¹⁰⁰ y de 1 de diciembre de 2016¹⁰¹, en las que el Tribunal aproxima ambos conceptos en supuestos de incapacidad temporal de “duración incierta” y estima que:

(...) si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78¹⁰².

⁹⁹ ANED, *Country report on disability assessment – Spain*, ANED, 2019, pág. 30, accesible en: <https://www.disability-europe.net/downloads/1043-country-report-on-disability-assessment-spain>

¹⁰⁰ Asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11.

¹⁰¹ Asunto C-395/15. Véase nota al pie nº 84.

¹⁰² Punto nº 41 de la STJUE de 11 de abril de 2013.

Como se observa en este supuesto, el Tribunal no es que realice una asimilación como tal entre incapacidad y discapacidad, sino que insta a indagar para conocer si además de la incapacidad, existe una discapacidad de acuerdo a la Directiva y también a la Convención, de ahí que transcriba prácticamente la definición de discapacidad recogida en este último texto. La puntualización en el elemento temporal es importante:

(...) el hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad» mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009. Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

Reiteramos que no se produce tal equiparación, el Tribunal “no las asimila”¹⁰³, al contrario, quedan identificadas a la perfección dos figuras distintas, incapacidad y discapacidad, aunque se subraye que tal diferenciación no impida que ambas puedan concurrir a la par en la misma persona.

Cuestión distinta es lo que ocurre en el caso de la incapacidad permanente. Como hemos comprobado, es la propia normativa interna de nuestro país la que equipara algunos de los grados¹⁰⁴ de esta con la discapacidad para otorgarle los mismos efectos jurídicos. Esta previsión, hoy contenida en el artículo 4.2 TRLGDPD, y sobre la que posteriormente nos pronunciaremos en cuanto a su oportunidad desde nuestro criterio, tampoco significa de modo alguno la asimilación conceptual de ambas figuras, sin embargo, el carácter permanente de esta nos puede llevar a equívocos. Teniendo presente la disposición transitoria vigésima sexta del TRLGSS y hasta que no se desarrolle el artículo 194 de la misma, tenemos que considerar por incapacidad permanente, según sus grados, el grado de inhabilitación de la persona trabajadora ya sea para su profesión habitual, en los casos de incapacidad permanente parcial o total, o para todo trabajo, en los supuestos de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. Asimismo, cuando este

¹⁰³ Punto nº 69 de la STJUE de 1 de diciembre de 2016.

¹⁰⁴ Incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, quedando excluida la incapacidad permanente parcial, grado más leve recogido en el artículo 194.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS, en adelante).

desarrollo reglamentario se produzca, la misma habrá de clasificarse, “en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado”. Vemos que el elemento esencial que subyace y hemos de tener en cuenta para distinguir la incapacidad de la discapacidad viene determinado por la esfera profesional. Un aspecto de especial atención tanto en el caso de la incapacidad temporal al requerirse situaciones patológicas que causen un impedimento temporal para el trabajo¹⁰⁵, como en la incapacidad permanente por la exigencia de que estas “disminuyan o anulen su capacidad laboral” de forma “previsiblemente definitivas¹⁰⁶”.

Con todo, esta distinción se hace ahora más factible dada la evolución que pesa sobre el tratamiento de la discapacidad. Obsérvese como en los primeros vestigios normativos en que se la relacionaba directa y estrictamente con la “incapacidad laboral”. *Ad exemplum* el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores minusválidos, se establecía en su artículo primero que “a los efectos previstos en esta disposición, se consideran minusválidos las personas comprendidas en edad laboral que estén afectadas por una disminución de su capacidad física o psíquica el grado que reglamentariamente se determine, sin que en ningún caso pueda ser inferior al treinta y tres por ciento, que les impida obtener o conservar empleo adecuado, precisamente a causa de su limitada capacidad laboral”. Pese a que esta visión ha debido quedar en el olvido, este relato de discapacidad, como interacción entre las deficiencias y la capacidad laboral no se disipa con la derogación de estos residuos jurídicos, sino que continúa impregnando gran parte del imaginario social degradando las relaciones personales por el dominio de la minusvaloración a causa de una teórica menor capacidad del colectivo.

Esgrimidas estas cuestiones referidas a la incapacidad, apreciamos la similitud con la discapacidad en lo que respecta al espectro individual de esta, la existencia de diferencias orgánicas o funcionales de carácter físico, mental, intelectual o sensorial, que se identifican con unas “reducciones anatómicas o funcionales graves” en el caso de las incapacidades, en definitiva, la exigencia de una alteración en la salud del individuo. Difieren sin embargo las esferas donde se produce la puesta en relación de una y otra, como también difieren los “distintos propósitos de protección que persiguen las normas de protección de la discapacidad y la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de la incapacidad permanente¹⁰⁷”. Para evaluar la incapacidad para el trabajo tendremos que centrarnos en la capacidad laboral de la persona en el entorno

¹⁰⁵ Artículo 169.1 LGSS referido a la incapacidad temporal.

¹⁰⁶ Artículo 193.1 LGSS referido a la incapacidad permanente. Obsérvese la similitud de esta expresión con el giro introducido en el artículo 2. A) y 4.1 TRLGDPD en el concepto de discapacidad de forma dispar a la CIDPD, *id est*, “previsiblemente permanente”.

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 marzo de 2007 (RJ 2007\3539) (FJ 3).

laboral¹⁰⁸, y para determinar la discapacidad, en las barreras sociales existentes en el entorno social. Es por ello que no podemos aludir a la discapacidad cuando nos refiramos a la falta de capacidad de ejecutar un trabajo por motivos exclusivamente conectados con el estado de salud de la persona sin poner esto en relación con las barreras existentes en el entorno¹⁰⁹. La STJUE de 11 de septiembre de 2019 es clara al respecto al juzgar que: “el concepto de «discapacidad» debe entenderse en el sentido de que se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, no como la imposibilidad de ejercer tal actividad¹¹⁰”.

Esta idea que nos acompañará a lo largo de todo nuestro trabajo, y sobre la que iremos realizando referencias explícitas puntuales, será vital para entender la medida que estudiaremos de forma detallada en el presente, así como el resto de medidas habilitadas por nuestro ordenamiento en favor de las personas con discapacidad. Con base en ello, adelantamos que el punto de partida ha de ser que la persona con discapacidad no tiene por qué encontrar limitada su capacidad laboral, al contrario, cuando nos referimos a persona con discapacidad a propósito de las medidas de inclusión en el mercado laboral, tenemos que asumir una capacidad productiva plena, conclusión que se desprende del artículo 4.2 c) ET al establecer que “tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, *siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate*”. Una persona se considerará como persona con discapacidad a causa de la interacción de sus diferencias orgánicas o funcionales con las barreras que se encuentre en el entorno, pero ello no implicará una disminución de productividad en un ambiente laboral accesible. Queremos decir pues, que no toda persona con discapacidad habrá de ser considerada como incapacitada, así como que no toda persona incapacitada será persona con discapacidad de acuerdo con el modelo relacional. Ahora bien, asumimos que en tanto que ambas situaciones requieren de un denominador común, una situación de deficiencia en lo que a

¹⁰⁸ Define la incapacidad para el trabajo RODRÍGUEZ JOUVENCEL desde el campo de la medicina laboral como “aquel menoscabo determinante de una limitación funcional, la cual, valorada clínicamente dentro de la interacción lesión-tarea, no permite a quien la presenta el desarrollo de su actividad habitual –o al menos en sus aspectos esenciales– (incapacidad específica) o de cualquier otra que pudiera ejercer (incapacidad genérica, concretada al ámbito laboral)”. Vid. RODRÍGUEZ JOUVENCEL, M., *La incapacidad...*, op. cit. pág. 57.

¹⁰⁹ En este sentido COMISIÓN EUROPEA, *Definitions of Disability in Europe, A Comparative Analysis*, Brunel University, Bruselas, 2002, pág. 43. www.ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2088&langId=en.

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2019 (asunto C-397/18), punto nº 43. Véase en este sentido las conclusiones del abogado general Sr. Henrik Saugmandsgaard presentadas el 22 de abril de 2021 ante el TJUE en el asunto C-824/19 en un supuesto de discapacidad visual por ceguera total en el que se posiciona a favor de la prestación de servicios como jurado en un tribunal pese a la existencia de reconocimiento de incapacidad laboral parcial.

la salud se refiere, la relación entre ambas podrá ser estrecha en muchos casos, y ello puesto que estas deficiencias podrán conllevar al mismo tiempo una incapacidad para desarrollar ciertas tareas productivas, y el disfrute de una vida plena en igualdad de condiciones que las demás personas al interactuar con las barreras del entorno. Esta situación de compatibilidad, que es la que nos puede llevar a confusión, hace que una persona pueda tener reconocidas ambas situaciones, “lo que normalmente es consecuencia no de la situación en la que se encuentra, sino de las prestaciones (económicas) a las que aspira o pueda tener derecho”¹¹¹. A estos efectos merece ser señalado el *Informe del Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad Estatal* del año 2019, que reflejaba cómo entre las personas inactivas con discapacidad, el 61,15% presentaban una incapacidad para trabajar con respecto al 1,81% en las personas sin discapacidad¹¹².

Realizada esta necesaria distinción, tenemos que advertir de las importantes disfunciones que se producen en la práctica con la equiparación realizada en la actualidad en el artículo 4.2 TRLGDPD derivadas de la “gran separación a nivel conceptual¹¹³” a la que anteriormente hemos hecho referencia. Téngase en cuenta además que, como analizaremos en el siguiente capítulo, “la aplicación del concepto de discapacitado dentro del ámbito laboral se enmarca dentro de una política legislativa global, destinada a favorecer la integración social de los discapacitados a través del mercado de trabajo, activando para ello toda una serie de iniciativas legales que sitúen en una situación real de igualdad de oportunidades al trabajador discapacitado frente a cualquier otro ajeno a una situación de discapacidad¹¹⁴”, cuestión que confronta directamente con el reconocimiento de incapacidad permanente y la incidencia de la misma en la capacidad de trabajo de la persona, la cual se encontrará cuasi obligada al retiro del mercado de trabajo no solo por imposibilidad física sino también por la posible incompatibilidad del mismo con la prestación. Estimamos que extender los efectos jurídicos previstos para situaciones de discapacidad a la incapacidad es cuanto menos inoportuno. Las situaciones que ambos casos protegen son distintas y el reconocimiento de incapacidad no tiene por qué llevar aparejada la discapacidad por lo que “constituye una operación ambivalente”¹¹⁵. El estudio por nuestra parte de los efectos de la mentada

¹¹¹ NÚÑEZ GONZÁLEZ, C., *La integración laboral de las personas con discapacidad. Régimen jurídico*, Colección Tesis y Praxis, Madrid, 2000, pág. 88.

¹¹² SEPE, *Informe del Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad Estatal. Datos 2019*, Servicio Público de Empleo Estatal, Madrid, 2020, pág. 20.

¹¹³ Vid. GARCÍA QUIÑONES, J.C., “El concepto jurídico laboral de discapacitado”, en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F., Dir.), *Relaciones Laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pp. 27-87, pág. 78.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ ESTEBAN LEGARRETA, R., “El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la (...)”

extensión será objeto de abundamiento en el capítulo segundo de esta obra a propósito de su conexión con la reserva de empleo.

2. SOBRE EL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

2.1. El empleo como bien escaso transcendental para la inclusión

Las sociedades han ido evolucionando, estructurándose y organizándose en torno al trabajo, de tal modo que “muchos de nuestros valores y principios morales se basan en la relación de los individuos con las actividades productivas¹¹⁶”. El trabajo es además de la principal fuente de medios materiales para el desarrollo de una vida plena, la principal fuente de integración en sociedad. Siguiendo a DE LORENZO, “la plena integración se basa en el trabajo, se consigue a través del trabajo y se torna inasequible sin el trabajo”¹¹⁷.

Si bien las políticas nacionales han pretendido alcanzar en la mayoría de los casos tasas de pleno empleo, siendo una de las premisas de realización plena del Estado del Bienestar¹¹⁸, la realidad es que pocos países han alcanzado esta meta en la práctica. Hoy día basta con observar las tasas de desempleo de los países de nuestro entorno para observar que la obtención de un trabajo remunerado no es siempre una cuestión fácil. Estamos en un escenario donde la relación entre la demanda y oferta de empleo en términos absolutos arroja siempre un resultado deficitario, siendo restringido el acceso a este bien. Aunque no negamos que sea el principal estímulo para su consecución, la utilidad del trabajo desde una estricta mirada individual trasciende de la esfera patrimonial para patrocinar una participación plena en la sociedad. Desde esta mirada podemos manifestar que el empleo se convierte en un preciado pero limitado bien.

El trabajo es concebido como un derecho y un deber, así lo consagra la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, en su

discapacidad”, *Trabajo y Derecho*, núm. 6, Sección Estudios, Editorial Wolters Kluwer, 2017. Recurso electrónico: LA LEY 15255/2017.

¹¹⁶ MORA GONZÁLEZ, V., “La no discriminación en el empleo de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico”, AA. VV. (PÉREZ BUENO, L. C., dir.) *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, CERMI, Madrid, 2012, pág. 327. Accesible en <http://riberdis.cedd.net/handle/11181/4274>.

¹¹⁷ DE LORENZO GARCÍA, R. *Discapacidad, sistemas de protección y trabajo social*, Alianza Editorial, Madrid, 2007, pág. 307.

¹¹⁸ DÍAZ VELÁZQUEZ, E., *Ciudadanía, identidad y exclusión social de las personas con discapacidad* Política y Sociedad, Vol. 47, Núm. 1, 2010, pp. 115-135, pág. 123.

artículo 23¹¹⁹. Para hacer efectivo este “derecho intrínseco e inherente a la dignidad humana”¹²⁰ nos encontramos con un primer escollo, el identificado al inicio de estas líneas, el carácter limitado o cuantitativamente insuficiente del empleo¹²¹. En este sentido, ya advertía ALONSO OLEA que “la situación crítica por la que atraviesan las relaciones sociales industriales y económicas de los países desarrollados, entre otras cosas, es una crisis de escasez o falta de trabajo en relación con las personas dispuestas a trabajar y con el sistema de necesidades que satisface el aparato productivo actual al que pretenden incorporarse¹²²”. Destacaba el profesor como posibles y principales causas los avances tecnológicos, la necesidad de satisfacción de necesidades y los efectos demográficos. Consecuentemente, percibido el empleo por parte de los ciudadanos como un bienpreciado y escaso, el mercado de trabajo se podría equiparar a una competición entre ellos por adueñarse de uno. Como es de imaginar, la lucha se recrudecerá en terrenos y momentos en que la porción de empleos disponible sea menor, como podría ser en épocas de recesión económica. A estos efectos, la visión o la perspectiva que tengan los empleadores respecto a las personas candidatas será esencial para otorgarles un puesto de trabajo, influyendo en ello factores como la capacitación en atención a los puestos a cubrir, u otros relacionados con el propio ser y tan heterogéneos como la edad, el sexo, la raza, y, más concretamente, la discapacidad.

Las personas con discapacidad no son ajenas ni a las virtudes ni a las vicisitudes del empleo y las reglas que rigen el mercado de trabajo. Al contrario, podríamos mantener que, debido a su posición histórica en la sociedad, las mismas se magnifican.

La problemática en cuanto al empleo de las personas con discapacidad se manifiesta tanto en el acceso como en las condiciones de trabajo a las que las mismas quedan sometidas en muchos casos. En otras palabras, “la discapacidad incide sobre las oportunidades para obtenerlo o mantenerlo y sobre su mayor o

¹¹⁹ “Toda persona tiene derecho al trabajo (...)”. Nuestra CE en su artículo 35 expresa que “todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo”.

¹²⁰ Vid. BIEL PORTERO, I., *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011 pág. 425.

¹²¹ Entiéndase que hablamos de empleo como la actividad realizada al amparo de un contrato de trabajo cuyo objeto es el intercambio de la simple prestación de un servicio personal a cambio de dinero, el salario, esta es la concepción del trabajo más expandida en nuestro contexto de capitalismo contemporáneo.

¹²² ALONSO OLEA, M., “El trabajo como bien escaso”, *Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales*, nº 33, 2001, pp. 17-32, pág. 19.

menor calidad¹²³". Puesto que la medida sobre la que profundizaremos aquí repercute directamente sobre el aspecto cuantitativo, nos centraremos en este.

La concepción del empleo como bien escaso unida a los factores que coadyuvan o excluyen la consecución del mismo ponen de manifiesto una desigualdad en su reparto que resulta patente en los datos esgrimidos por los distintos países y entes internacionales. Considerando únicamente las diferencias cuantitativas que afloran por la concurrencia en la persona de deficiencias de salud en relación con el entorno, lo que se conecta con la discapacidad, podríamos acudir al término discriminación para describir esta realidad. Si descendemos a estos índices, la OIT¹²⁴ calcula que, de los aproximadamente mil millones de personas con discapacidad en el mundo, 785 millones están en edad de trabajar y que la participación de estas en el mercado de trabajo es muy inferior a las de las personas sin discapacidad. Algunos índices que corroboran esta afirmación son las tasas de desempleo de países de nuestro entorno. En la UE, el 24% de la población de 16 años o más indicó que tenía limitaciones de larga duración en sus actividades habituales debido a problemas de salud en 2019, de los mismos el 6,9% informó de limitaciones de larga duración graves¹²⁵. Los últimos datos que proporciona Eurostat sobre el empleo del colectivo en el conjunto de la UE muestran que, de media, en el año 2011 tenían empleo el 47,3%¹²⁶ de las personas con discapacidad en edad laboral, frente al 64,1% de las personas sin discapacidad en la misma fecha¹²⁷. En España, en 2019, la población con discapacidad entre los 16 y 64 años representaba un 6,2% de la población total en dicha franja de edad¹²⁸, en esa

¹²³ Vid. PÉREZ BUENO, L.C. y ÁLVAREZ RAMÍREZ, G., "Derechos: prestaciones y obligaciones de los poderes públicos", en AA. VV. (DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L. C. dirs.) *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 333-379, pág. 342.

¹²⁴ OIT, Estrategia y plan de acción para la inclusión de la discapacidad 2014-17: un doble enfoque de acciones transversales y específicas para las personas con discapacidad, Organización internacional del Trabajo, Ginebra, OIT, 2015, pág. 1.

¹²⁵ EUROSTAT, *Estadísticas de limitaciones funcionales y de actividad*, 2020. Accesible en: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Functional_and_activity_limitations_statistics

¹²⁶ Los datos que se muestran en el gráfico, ordenados de mayor a menor, son los siguientes. Tasa de empleo: Suiza, 69,0; Islandia, 66,9; Suecia, 66,2; Luxemburgo, 62,5; Finlandia, 60,8; Austria, 60,3; Francia, 56,2; Alemania, 51,5; Portugal, 51,0; Letonia, 50,8; Estonia, 49,5; Reino Unido, 47,6; Eslovenia, 47,0; Dinamarca, 46,7; Chipre, 46,4; Italia, 45,6; España, 44,3; Países Bajos, 42,7; Turquía, 41,1; Bélgica, 40,7; Lituania, 40,4; República Checa, 38,6; Grecia, 35,5; Malta, 34,4; Polonia, 33,9; Croacia, 33,0; Eslovaquia, 31,9; Rumanía, 31,8; Bulgaria, 30,7; Irlanda, 29,8; Hungría, 23,7. La media de la UE-28 es de 47,3. Ordenación realizada por ODISMET, *Integración laboral y tendencias del mercado de trabajo*, 2019. Accesible en <https://www.odismet.es/banco-de-datos/1integracion-laboral-y-tendencias-del-mercado-de-trabajo>.

¹²⁷ EUROSTAT, Tasas de empleo por sexo, edad y ciudadanía, Eurostat, Luxemburgo, 2011.

¹²⁸ OED, *Informe Olivenza 2019, sobre la situación general de la discapacidad en España*, Observatorio Estatal de la Discapacidad, 2019, pág. 308. Accesible en: <https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/category/documentos/observatorio/informe-olivenza-observatorio/>

fecha la tasa de actividad del colectivo era del 34%, la tasa de empleo 25,8%¹²⁹ y la de paro un 23,9%¹³⁰.

Sin perjuicio del problema existente en cuanto a las distintas definiciones de discapacidad dadas por las legislaciones nacionales que tiene afectación tanto en las cifras de personas con discapacidad reconocida como a las de empleo en cada país y que inciden directamente sobre los resultados estadísticos¹³¹, es fácilmente apreciable una participación notablemente inferior y un desempleo mayor que nos conducen a la idea de discriminación, cuestión que viene siendo señalada desde tiempo atrás. Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ya señaló en 1994¹³², en su Observación general núm. 5, que

(...) la esfera del empleo es una de las esferas en las que la discriminación por motivos de discapacidad ha sido tan preeminente como persistente. En la mayor parte de los países la tasa de desempleo entre las personas con discapacidad es de dos a tres veces superior a la tasa de desempleo de las personas sin discapacidad. Cuando se emplea a personas con discapacidad, por lo general se les ofrece puestos de escasa remuneración con poca seguridad social y legal y a menudo aislados de la corriente principal del mercado del trabajo. Los Estados deben apoyar activamente la integración de personas con discapacidad en el mercado laboral ordinario.

La comparación entre estos dos índices, el desempleo y la inactividad, con relación a los mismos, pero respecto de personas sin discapacidad, manifiestan la presencia de barreras y obstáculos en el mercado laboral para el primero de los colectivos citados.

Centrándonos ahora en las cualidades del empleo, hemos aducido que su tenencia es fundamental para cualquier individuo. Pero, además, la integración laboral de las personas con discapacidad presenta significativos beneficios para la colectividad.

¹²⁹ Datos EPA 2019. La tasa de actividad es 43 puntos inferior a la ordinaria, la de empleo 41 puntos inferior y la de paro 10 puntos superior.

¹³⁰ En Reino Unido en abril/junio de 2019, el 53,6% de las personas con discapacidad estaban empleadas mientras que el porcentaje de las personas sin discapacidad era del 81,7%. Vid. POWELL, A., *Disabled people in employment*, Briefing Paper House of commons library, nº 7540, 2020, pág. 3, accesible en <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-7540/>

¹³¹ Así se pone de manifiesto en COMISIÓN EUROPEA, *Active Labour Market Programmes for People with Disabilities*, European-Commission, Bruselas, 2004, pág. 16. Véase en este sentido, SARGEANT, M.; RADEVICH-KATSAROUMPA, E. y INNESTI A., "Disability quotas: past or future policy?", *Economic and Industrial Democracy*, Vol. 39, nº 3, pág. 7. Accesible en: <https://eprints.mdx.ac.uk/18801/1/Disability%20quotasfeb1a.pdf>.

¹³² CDESC, *Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Observación general nº 5, Personas con discapacidad, U.N. Doc. E/C.12/1994/13, 1994.

Comenzando desde el plano individual, en la actualidad el trabajo tiene una valoración positiva por parte de la sociedad que redundaría en la persona, lo cual viene dado principalmente por las propiedades económicas que le son propias y, por otro lado, por las “cualidades socio integradoras” que le son atribuidas¹³³. Para las personas con discapacidad, las consecuencias de poseer un empleo también son perceptibles tanto desde el nivel psicológico o emocional como del económico o material, constituyendo una superación personal que puede –o debería– conllevar la independencia económica que tantos efectos positivos genera en la persona. De este modo, el ejercicio de este derecho “inherente a la dignidad humana” es una vía para incrementar su autonomía y participación en la sociedad¹³⁴, aunque estimamos que la relación inclusión-empleo se retroalimenta y, por ende, una inclusión social previa es un elemento importante a la hora de la búsqueda de empleo, en este sentido, se afirma en el *Informe Sobre Desarrollo Humano de 2016*¹³⁵ que la inclusión en la sociedad es esencial para empoderarlas a fin de que vivan de manera independiente, encuentren trabajo y contribuyan a la sociedad.

La aseveración de la doctrina *ut supra* mencionada se verifica en el informe *Eurofound: Quality of life*, que concluye a este respecto que, mientras que las personas con discapacidad que poseen un trabajo se sienten excluidas de la sociedad en un porcentaje del 8%, esta cifra se eleva al 31% respecto a las personas con discapacidad desempleadas por un largo periodo. Igualmente, las personas incapacitadas laboralmente se perciben en un 25% separadas de la vida social¹³⁶. La relación trabajo y participación en la sociedad es evidente.

Para el resto de la sociedad los beneficios tampoco son menores. El empleo de las personas con discapacidad y su integración redundaría en la evolución de la misma, toda vez que potencia el avance en la concepción de la discapacidad –que se percibe aún anclada en modelos pasados–, de forma que la insistencia en la importancia de la inclusión socio-laboral, contribuye a ampliar la concepción de diversidad humana y también, en términos

¹³³ VIGO SERRALVO, F. El derecho al trabajo, un primigenio y alternativo proyecto de estado social. Reflexiones para el debate sobre la cuestión social contemporánea. Aranzadi, Pamplona, 2019, pág 54 y 59: En la modernidad, el trabajo “se concibe como un mecanismo de realización moral del individuo y una vía a través de la cual este puede -o debe- contribuir al proyecto común de sociedad que comparte con sus semejantes”.

¹³⁴ BIEL PORTERO, I. *Los derechos humanos...*, op. cit. pág. 425.

¹³⁵ ONU, *Informe sobre Desarrollo Humano 2016 “Desarrollo humano para todas las personas”*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Nueva York, 2016, pág. 14. Accesible en: https://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/HDR/HDR2016/HDR_2016_report_spanish_web.

¹³⁶ AHRENDT, D., *Quality of life. Social and employment situation of people with disabilities*. Eurofound, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2018, pág. 11. Accesible en: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef18023en.pdf

productivos, posibilita un cambio de valores en la sociedad¹³⁷. Así, la relación personal en el espacio de trabajo es una importante fuente de socialización e integración, con repercusiones beneficiosas también para el resto de compañeros. En términos generales, la percepción de integración de la diversidad por parte de la sociedad contribuye a una sensación de certidumbre y protección ante imprevistos vitales que contribuye a la construcción del bien común.

Como tendremos ocasión de comprobar, el reconocimiento del derecho a trabajar de las personas con discapacidad es reiterado en las normas tanto internacionales como nacionales; sin embargo, atendiendo a las magnitudes aquí expresadas esto no basta. Esta cuestión, que es uno de los mayores desafíos actuales para las políticas sociolaborales¹³⁸, enfocada de acuerdo al modelo relacional de la discapacidad, deberá concentrarse en la eliminación de las barreras existentes para igualar las oportunidades del colectivo. Es por ello que, en el presente estudio, no solo nos centraremos en el análisis del plano normativo o las políticas existentes en la materia, el cual, pese a ser insuficiente, no parece el principal foco del problema. Al contrario, descenderemos a las conductas que se dan en la *práxis* entre los individuos que integran el mercado de trabajo, la génesis de la cuestión que a la postre es la causa de las situaciones concretas de discriminación y, a la vista de ello, revisada la concreta medida de la que nos ocuparemos con más detenimiento a la luz de la Convención Internacional, determinar si el camino emprendido mediante la misma es el óptimo para alcanzar el objetivo pretendido. Solo así estaremos en la posición de poder evaluar la eficacia de las mismas; concluir si los poderes públicos son diligentes con sus obligaciones constitucionales, y, según nuestro parecer, ofrecer propuestas de *lege ferenda* a propósito de lo anterior.

2.2. Aproximación a las causas y consecuencias de la discriminación en el empleo

Las causas de la exclusión de las personas con discapacidad del mundo del trabajo que, como apenas se ha anotado resulta estadísticamente probada, suponen una problemática compleja e, por su magnitud, inabarcable en este trabajo. Estas dificultades justifican que, en aras de ofrecer una alternativa cuya validez solo el lector podrá valorar, hayamos optado por señalar la existencia de autores que, desde el materialismo histórico, formulan las tales causas como

¹³⁷ En este sentido, DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.A., “El empleo de las personas con discapacidad”, en AA. VV. (DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.A., coords.), *Tratado sobre discapacidad*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 1.135-1.205, pág. 1138.

¹³⁸ Vid. FUCHS, M., *Quota Systems for Disabled Persons: Parameters, Aspects, Effectivity*. Policy Brief 3/2014, European Centre, Viena, 2014, pág. 6. Accesible en: <https://www.euro.centre.org/publications/detail/408>.

consecuencias, incluso del paradigma productivo en que se asienta el sistema económico capitalista, subrayando el papel clave que este juega en la producción de la propia categoría de discapacidad¹³⁹. Más concretamente, y dentro de este sistema productivo, tiene relevancia la generación de la “ideología de la normalización”¹⁴⁰, la cual implica valorar a las personas con discapacidad conforme a unos patrones y condiciones de vida estimados habituales o “normalizados”¹⁴¹. Esta teoría sienta sus cimientos, según se desprende de su propia definición, en un terreno cuanto menos inestable, como es la distinción entre lo normal y anormal. A nuestro juicio esta teoría, aun sin desconocer que podría ser válida para épocas pasadas y reconocer el importante papel que ha jugado en la desinstitucionalización¹⁴², hemos de acogerla como experiencia necesaria para avanzar en la idea de discapacidad que ha de regir hoy día¹⁴³ y sobre la que deben pivotar las políticas sociales, sin embargo, ha coadyuvado a la perpetuación de prácticas discriminatorias que, en todo Estado Social y de Derecho que se precie, no solo resultan reprochables, sino que han de ser desterradas. En este concreto sentido, para OLIVER “es la ideología (o una de las ideologías) que permitió que las personas fueran devueltas a la comunidad en el sentido de que se puede “normalizar” o, en su variante posterior, asignar roles sociales normales (valorados)”¹⁴⁴. Si asumimos que las causas son inherentes al sistema económico, debemos colegir que la

¹³⁹ En este sentido, OLIVER, M., “Capitalism, Disability and Ideology: A Materialist Critique of the Normalization Principle”, en AA. VV. (FLYNN, R. J.; LEMAY, R. A. eds.), *A quarter-Century of Normalization and Social Role Valorization: Evolution and Impact*, University of Ottawa Press, Ottawa, 1999, accesible en: <http://www.independentliving.org/docs3/oliver99.pdf>, pág. 3. El autor señala también las consecuencias que acarrea estas teorías de la normalización, la cual puede producir la “internalización de la opresión”, haciendo creer al individuo que es en base a sus deficiencias individuales por lo que no ha conseguido un empleo.

¹⁴⁰ Esta teoría parte del principio formulado por BANK-MIKKELSEN, N. como “La posibilidad de que los deficientes mentales lleven una existencia tan próxima a lo normal como sea posible”. Véase, BANK-MIKKELSEN, N., *El principio de normalización*, Revista Siglo Cero, N° 37, 1975, pp. 16 a 21. Nace a principios de los 70 en relación con la deficiencia mental y “se expande y aplica a todos los deficientes”. Vid. AGUADO DÍAZ, A., *Historia...*, op. cit., 222 y ss. Véase esta última obra para conocer un sucinto desarrollo de esta teoría y otros autores relevantes.

¹⁴¹ Advertimos sobre el parecido razonable entre esta “ideología de la normalización” y el procedimiento de reconocimiento de la discapacidad actual con relación a los baremos. Los baremos no son más que estándares normalizados sobre la funcionalidad de un determinado órgano o componente del cuerpo humano.

¹⁴² “La normalización implica que las personas con discapacidad tengan los mismos derechos que los demás miembros de la sociedad, y que, en la medida de lo posible, puedan utilizar los servicios que comúnmente emplean los demás”. Vid. PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social...*, op. cit. pág. 147.

¹⁴³ Recuérdese el tortuoso camino que ha acompañado a la noción de discapacidad a lo largo de la historia. Antes de este estadio que procura la “normalización”, el tratamiento era la exclusión, en el mejor de los casos mediante la marginación, en el peor mediante la extinción, aplicando la eugenesia.

¹⁴⁴ OLIVER, M., *Capitalism...* op. cit., pág. 6.

superación de la discriminación en este caso no se conseguirá, sino que con un cambio de sistema económico que provocaría la comprensión de la discapacidad fuera de las fuerzas sistémicas materiales que lo impiden ahora.

Para ARMER¹⁴⁵, la exclusión no se debe a estas fuerzas materiales, sino que la misma se han incrustado dentro de la cultura. En efecto, y en esto son coincidentes ambas teorías, tras la industrialización, el trabajo de las personas era “valorado según su capacidad de funcionar como máquinas¹⁴⁶”, lo que sin duda afecta de manera negativa a las personas con diferencias orgánicas, en un momento en el que la visión de la discapacidad era médico-rehabilitadora, y esto habría ocasionado en la cultura y en la conciencia social unos efectos peyorativos y minusvaloradores de la fuerza de trabajo de estas personas. El asociar la discapacidad con las “deficiencias”, y no con las barreras, conlleva una percepción de las personas con discapacidad como menos productivas –menos útiles– al entenderse que no conservan una fuerza de trabajo en la misma medida que las personas sin ninguna patología. Este modelo ha ido permeando en nuestra sociedad durante toda la historia y hasta épocas muy recientes. Producto de lo anterior y cuestión no baladí es que, aún en nuestros días la creación de los puestos de trabajo se realiza y organiza sin tener en cuenta la diversidad, con base en un modelo típico o “normalizado” de persona en perfecto estado de salud, lo que contribuye a la discriminación en el empleo del colectivo de personas con discapacidad y continúa incidiendo en la cultura y en la percepción de la discapacidad¹⁴⁷. Si bien hoy día en lo que respecta al diseño de los espacios físicos parece asumida la necesaria accesibilidad universal –gracias también a la fuerte presencia normativa– y en su virtud se omiten o se salvan las distintas barreras que puedan representar o representen

¹⁴⁵ ARMER, W. G., “In Search of a Social Model of Disability: Marxism, Normality and Culture”, en AA. VV. (BARNES, C. y MERCER, G. eds.), *Implementing the Social Model of Disability: Theory and Research*, Disability Press, Leeds, 2004, pág. 58. Accesible en: <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/Barnes-implementing-the-social-model-chapter-4.pdf>.

¹⁴⁶ RUSSELL, M. y MALHOTRA, R., “Capitalism and Disability”, *Socialist Register*, vol. 38, 2002, pp. 211-227. Accesible en: <https://socialistregister.com/index.php/srv/article/view/5784>. En el mismo sentido GLEESON, B, *Geographies of Disability*, Routledge, Londres, 1998, pág., 104 y ss. haciendo una descripción de los perjuicios que causan a las personas con discapacidad los cambios en la producción la revolución industrial y la mercantilización del trabajo tras el fin del sistema feudal: “Se exigió velocidad, destreza y obediencia a los trabajadores” (pág. 114).

¹⁴⁷ “De la misma manera que las feministas observaron que las mujeres seguirían estando en desventaja en el mercado laboral porque los trabajos se diseñaron en torno a las normas masculinas, las personas discapacitadas nunca lograrán un “ajuste” organizativo cuando los trabajos se diseñen en torno a la capacidad”. Vid. FOSTER, D. y WASS, V., “Disability in the Labour Market: An Exploration of Concepts of the Ideal Worker and Organisational Fit that Disadvantage Employees with Impairments”, *Sociology*, nº 47, 2013, pp. 705-721, pág. 718 y VILA TIerno, F., “Mujer y trabajo”, en AA. VV. (GÓMEZ SALADO, M.A., dir.), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, Murcia, 2019, pp. 13-30, pp. 14 y 15.

obstáculos insuperables para determinados miembros de nuestra comunidad, no ocurre lo mismo en el ámbito de la creación de puestos de trabajo.

Señaladas a grandes rasgos estas dos versiones y reiterándonos sobre la complejidad de atribuir el origen de la tradicional discriminación¹⁴⁸, resulta factible, y quizás de mayor utilidad a los efectos oportunos de este trabajo, manifestar las consecuencias más directas de la mentada discriminación. En este sentido, la primera de las referencias obligadas guarda relación con las ya aludidas virtudes economicistas del trabajo y, con ello, las posibilidades emancipadoras que otorga. A *sensu contrario* la imposibilidad de acceder al mundo del trabajo que pesa sobre muchas personas con discapacidad es una fuente de pobreza¹⁴⁹. En muchos casos, y desde luego en mayor proporción que las personas sin discapacidad, obliga a que estas tengan que vivir en la penuria y acudir a la mendicidad, sobre todo en países más pobres¹⁵⁰, donde la previsión social estatal no sea tan garantista como en países desarrollados. La discriminación a este respecto también se puede constatar con datos: En 2019, aproximadamente el 28,4% de la población de la UE con una discapacidad (de 16 años o más) estaba en riesgo de pobreza o exclusión social, en comparación con el 18,4% de las personas sin limitación. Sin embargo, de las personas ocupadas con discapacidad solo el 10,6% estaba en riesgo de pobreza¹⁵¹.

Por otro lado, el reparto desigual del trabajo y la exclusión del mismo a las personas con discapacidad en el contexto de las sociedades actuales trasciende de la inclusión vía independencia económica. La no participación en el mercado laboral es sinónima –para el resto de la población– de una vida ociosa, estando desvalorizadas las “vidas no laborales¹⁵²”. En este sentido, “disponer de un empleo supone desempeñar un rol socialmente valorado, ser reconocido como un sujeto de derechos y obligaciones, estar dentro del círculo

¹⁴⁸ Acoger una teoría que base la discriminación únicamente en el sistema de producción podría ser simplista ya que supondría que ante otro sistema de organización decaerían las actitudes y prácticas discriminatorias de la sociedad ante las personas con discapacidad algo, quizás, demasiado optimista.

¹⁴⁹ GAZTELU SAN PÍO, C., “Acción positiva, acceso y ajustes razonables para personas con discapacidad en el entorno laboral”, en AA. VV. (PÉREZ BUENO, L. C., dir.), 2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España, CERMI, 2012, pág. 303. Accesible en <http://riberdis.cedd.net/handle/11181/4274>.

¹⁵⁰ DESPOUY, L., *Human Rights and Disabled Persons*, Centre for Human Rights, Ginebra, 1993, punto nº 189. Accesible en <https://www.un.org/esa/socdev/enable/dispaperdes0.htm>.

¹⁵¹ EUROSTAT, *Indicador Europa 2020 de riesgo de pobreza o exclusión social (AROPE)*, 2021. Accesible en: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Disability_statistics_-_poverty_and_income_inequalities

¹⁵² En este sentido, ABBERLEY, P., *The Significance of Work for the Citizenship of Disabled People*, paper presented at University College, Dublin, 1999, pág. 11. Disponible en <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/Abberley-sigofwork.pdf> El autor propone a partir de las teorías feministas la superación de este modelo por uno más inclusivo, que estimamos que está lejos aún de conseguirse.

del bienestar social, mientras que no disponer de empleo es un factor de marginalidad y un riesgo de exclusión social”¹⁵³. De esta forma las personas que no participan en el mercado laboral quedan fuera del “círculo vicioso del sistema productivo”¹⁵⁴ que se utiliza como vara de medir para considerarlas vidas útiles y, por consiguiente, conforme a los estándares socialmente aceptados. Existe por tanto un vínculo entre el trabajo y el concepto de ciudadanía¹⁵⁵ favorecedor de la integración¹⁵⁶. La afectación se produce ahora en la esfera interna en el propio desarrollo y la realización personal y, en la valoración de la vida no laboral por el resto de la sociedad. En el mismo sentido las interrelaciones personales en el empleo, como venimos exponiendo, además de ser un factor importante de inclusión, repercute en el entendimiento de la discapacidad para terceras personas ajenas a la misma. Aún, por tanto, sin una privación material de recursos, la cual se podría obtener sustitutoriamente por prestaciones sociales, la falta de oportunidades en el empleo impide la inclusión en la sociedad.

2.3. Barreras y otros factores de influencia en el acceso al empleo

Los datos de empleo anteriormente expuestos ponen de manifiesto que dista de ser óptimo el número de personas trabajadoras con discapacidad insertas en el mundo laboral, lo cual, independientemente de que sean abundantes e importantes las otras repercusiones generadas directamente en los sujetos perjudicados e, indirectamente, en la sociedad que habitan, exige que, a partir de este momento, tratemos de identificar cuáles son las barreras concretas a las que se enfrentan estas personas a la hora de acceder a un puesto de trabajo y los factores que, sin poder considerarlos como barreras, inciden también en la probabilidad de acceder al mercado laboral¹⁵⁷. Las circunstancias que aquí

¹⁵³ MORA GONZÁLEZ, V., *La no discriminación...*, op. cit., pág. 327.

¹⁵⁴ DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA M.A., *El empleo...*, op. cit., pág. 1.140.

¹⁵⁵ Sobre el concepto de ciudadanía y su desarrollo, véase *in extenso*, MARSHALL, T. H. y BOTTOMORE, T.B., *Ciudadanía y clase social*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

¹⁵⁶ No es menos cierto que parece que este vínculo se va sustituyendo progresivamente hacia el consumo, “pasamos, pues, de la ciudadanía laboral a la ciudadanía del consumidor”, aunque tiene las mismas repercusiones discriminatorias para las personas con discapacidad que no pueden acceder en igualdad de condiciones a los bienes de consumo. Véase *in extenso* DÍAZ VELÁZQUEZ, E., *Ciudadanía...*, op. cit.

¹⁵⁷ Hacemos esta diferenciación puesto que en un inicio habíamos elaborado un listado completo de lo que denominábamos “barreras en el acceso al empleo” en el que incluíamos dificultades tales como los bajos índices de educación del colectivo u otras que se tendrá la ocasión de ver a continuación. Sin embargo, la reflexión sobre el particular nos llevó a entender que dichas barreras no estaban estrictamente relacionadas con el acceso al mercado laboral, sino que eran barreras en otros ámbitos, a las que se enfrentaban las personas con discapacidad en un estado previo a su intento de inclusión en el mundo del trabajo. Puesto que nos parecieron –y nos parecen– importantes, y que en cierta manera coadyuvan en la discriminación hacia el colectivo en este ámbito, la decidimos incluir en esta versión con el nombre de “factores de influencia”.

analizaremos son reveladoras de las carencias de la sociedad en el ámbito de la discapacidad y el empleo.

Como se podrá intuir, estos obstáculos a los que nos referimos son múltiples y de muy diversa índole, pudiendo llegar a afirmarse que el *quantum* y el *genus* de los mismos repercutirán proporcionalmente (en sentido de una reducción contra mayor sean) sobre las posibilidades para las personas con discapacidad de ejercitar el derecho al trabajo. La lista de aquellos, como decimos, puede ser muy amplia, comenzando por aspectos que tienen que ver con las primeras etapas de la vida de cualquier persona –v.gr. los educativos y formativos¹⁵⁸–, hasta llegar a los provocados por la extendida concepción social –y anclada en viejos paradigmas prejuiciosos– conectados con la idea de que las personas con discapacidad son menos productivas que el resto. Por supuesto debe hacerse alusión a las barreras de carácter físico que se hallan por doquier y no solo en acceso a locales privados y puestos de trabajo, sino a las propias vías públicas; e, incluso, factores relacionados con límites normativos que afectan al individuo con discapacidad, como pueden ser los efectos disuasorios que acarrea el cobro de prestaciones incompatibles con el trabajo o con la obtención de un determinado nivel de renta. En este sentido, obsérvese cómo de forma genérica se hace mención a los obstáculos en “la educación, la formación, el empleo, la protección social, la vivienda y la salud” en el *Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales de la Comisión Europea* y se alude a una nueva estrategia europea para hacer frente a los mismos¹⁵⁹. La *Estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012*¹⁶⁰ mencionaba el problema del empleo en general como:

(...) complejo, recurrente y con hondas implicaciones, que obedece a múltiples causas que afectan tanto a la oferta de trabajo (las barreras con que se topan las personas con discapacidad, las marcadas carencias educativas y formativas, los bajos salarios, las prestaciones económicas y ayudas que desincentivan la inserción laboral, el parco desarrollo de políticas activas de empleo, la escasa utilización del trabajo a tiempo parcial y de fórmulas flexibles de organización del tiempo de trabajo, las percepciones que del empleo tienen las personas con discapacidad), como a la demanda de trabajo (la persistencia de prejuicios infundados sobre el desempeño laboral de este colectivo, la inexistencia de una igualdad de trato real y efectiva, el insuficiente cumplimiento de la

¹⁵⁸ Los cuales son provocados por las deficiencias habidas hasta nuestros días en el sistema que dificultan el que estas personas adquieran aptitudes y conocimientos y que reduce en gran medida la probabilidad de encontrar trabajo para el colectivo. Reiteramos que estas circunstancias no nos parecen estrictamente barreras en el acceso al mercado de trabajo, sino un factor que relacionado con la discapacidad y a consecuencias de barreras del sistema en estadios previos, dificulta aún más el acceso del colectivo al mismo.

¹⁵⁹ COMISIÓN EUROPEA, *The European Pillar of Social Rights Action Plan*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2021, pág. 23.

¹⁶⁰ Véase la página 18.

obligación de la cuota de reserva para personas con discapacidad, la estructura actual de las ayudas y subvenciones a la contratación).

Puesto que lo que ahora nos ocupa merece una revisión con cierto detenimiento, pasamos a encuadrar estas barreras y factores que obstaculizan o influyen el acceso al empleo a las personas con discapacidad, siguiendo la distinción realizada por LEONOR LIDÓN¹⁶¹, en tres grupos: a) barreras y factores de incidencia jurídicos; b) barreras físicas y a la comunicación y, c) barreras y factores relacionales.

2.3.1. Barreras y factores de incidencia jurídicos

Esta tipología de barreras, que serían las que “vienen definidas por las normas”¹⁶², vendrán determinadas en relación con lo que nos ocupa¹⁶³ con la regulación del sistema laboral. Sin duda este, un factor clave en las posibilidades de empleo de las personas con discapacidad¹⁶⁴.

La principal barrera que identificamos en este grupo es la regulación del sistema de prestaciones y su compatibilidad o incompatibilidad con el trabajo. Nos encontramos ante un impedimento a valorar y así expresamente lo ha reconocido la UE, denominándolo como la “trampa de las prestaciones”, por la disuasión que produce en el acceso al mundo laboral¹⁶⁵. En el caso de nuestro país basta con revisar la configuración del abanico de prestaciones que tienen cierta relación con la discapacidad. La más paradigmática sería la invalidez no contributiva, la cual exige un grado de discapacidad del 65% y si bien es compatible con el trabajo de acuerdo con el artículo 366 LGSS, se exige a su vez la carencia de renta para ser beneficiario de la misma *ex* 363.1. d), lo que en la práctica conllevará que sus beneficiarios no opten por un puesto de trabajo con retribuciones superiores a ese mínimo establecido legalmente. Por otro lado, nos encontramos con la controversia aún no superada de la compatibilidad de

¹⁶¹ Vid. LIDÓN HERAS, L., “La otra mirada, presupuesto para la toma de conciencia sobre la dignidad y los derechos de las personas con discapacidad”, en AA. VV. (ALCAÍN MARTÍNEZ, E., dir.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 150-163, pp. 154 a 156.

¹⁶² *Ibidem*, pág. 154.

¹⁶³ Dejamos a un lado las posibilidades de negación de un derecho por motivos que pudieran aproximarse a la discapacidad como puede ser la incapacitación civil y que tiene también origen en normas jurídicas, pero que, como venimos aduciendo, no corresponde con el ámbito de análisis del presente estudio, que se limita a la discapacidad y, además, trascienden del objeto del mismo que trata de circunscribirse a la normativa socio-laboral.

¹⁶⁴ Vid. MORRIS, R., “Disabled people and employment: A UK perspective”, en AA. VV. (WATSON, N. y VEHMAS, S., eds.), *Routledge handbook of disability*, Segunda Ed., Routledge, Nueva York, 2020, pp. 250-264, pp. 252 y 253.

¹⁶⁵ Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras*, Bruselas, 15.11.2010 COM(2010) 636 Final, pág. 8.

pensiones de Incapacidad Permanente¹⁶⁶ que en la mayoría de los casos irán unidas a una discapacidad reconocida administrativamente y que causarán en la persona con discapacidad un efecto disuasorio al trabajo. En este sentido, estimamos que la compatibilidad o cuanto menos la aclaración legal indubitada al respecto de la compatibilidad, sería una opción que derribaría esta barrera y dejaría de desincentivar la opción laboral de estas personas. Además de lo anterior, existe una correlación probada entre prestaciones, crisis económica y, en general, situaciones de incertidumbre, que generan un aumento de las prestaciones que tiene relación con las deficiencias de salud en periodos posteriores a las crisis económicas, actuando estas prestaciones como un “sustituto de larga duración” de las prestaciones por desempleo¹⁶⁷.

La permisividad de compatibilización de prestaciones relacionadas con la discapacidad y el trabajo ayudaría a la inclusión laboral y social del colectivo. Ha de tenerse presente que en muchas ocasiones las prestaciones suponen un ingreso que alcanza poco más que para cubrir el sobre coste de la vida de una persona con discapacidad, siendo común el tener que acudir al auxilio económico de familiares para la realización de un plan de vida acorde con sus intereses y apartado de un contexto vulnerable. La compatibilidad nos acercaría a la superación de esta situación¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Los límites de la compatibilidad son enormemente difusos. Véase, entre muchos otros, DURÁN BERNARDINO, M., “La compatibilidad entre las prestaciones por incapacidad permanente y el trabajo”, en AA. VV., *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, 2017, pp. 715-722.

¹⁶⁷ OCDE, *Sickness, Disability and Work breaking the barriers, a synthesis of findings across oecd countries*, OCDE, 2010, pp. 32 a 34. Véase también, en este sentido, BOZZAO, P. *Incapacidad laboral... op. cit.* pág. 211 que destaca la configuración a “vasos comunicantes” de los sistemas de seguridad social, así, “en ausencia de medidas efectivas de integración en el mercado de trabajo para las personas con discapacidad, la agravación de los criterios de acceso a la protección, de carácter médico o económico y social, puede comportar un desplazamiento de los costes que comporta el tratamiento de la incapacidad a otros sectores de la seguridad social como el desempleo, la enfermedad, la jubilación anticipada y la asistencia social”.

¹⁶⁸ No nos referimos en este párrafo exclusivamente a prestaciones que tengan que ver con la incapacidad laboral. En estos casos, no somos completamente partidarios de la compatibilidad (teniendo en cuenta la naturaleza y el fin de la prestación) y sí estamos absolutamente convencidos de la necesidad de una reforma profunda del sistema hoy día incongruente entre la situación de entrada al régimen de Incapacidad Permanente (o la propia definición de IP) y los supuestos altamente interpretables de compatibilidad con el estado del inválido y el no representar un cambio en la capacidad de trabajo a efectos de revisión, entre otras. No obstante, asumimos la problemática comentada en el cuerpo y consideramos que, en muchas ocasiones para las personas con discapacidad, debido a las insuficiencias del sistema protector, las prestaciones de IP suponen en la *praxis* un subsidio de subsistencia, insuficiente para desarrollar una vida plena y necesariamente las han de complementar con un salario. La reforma por tanto habrá de realizarse del sistema en su conjunto, en coherencia entre el

Una vertiente trascendental del mismo la encontramos en lo que algunos autores denominan, no de forma muy precisa, como “flexibilidad de entrada” o “flexibilidad de salida” del mercado laboral, incidiendo la primera, en la posibilidad de contratar temporalmente y la segunda en las posibilidades de extinción¹⁶⁹.

La utilización de vínculos contractuales temporales es una vía de escape empresarial desde una “incierto seguridad” hacia la incertidumbre y la precarización, extendida en el panorama internacional y en nuestro país¹⁷⁰. Lacra, que en lo que a nuestra regulación se refiere, debemos no tanto a la regulación como al fraude de la misma existente en la utilización de estas modalidades contractuales, con el fin de eludir la contratación indefinida. En lo que concierne a la facilidad de la extinción, que es la causa que subyace en la celebración de contratos temporales, *a priori* podríamos deducir que, si en un determinado ordenamiento jurídico las normas reguladoras de la garantía de estabilidad del empleo son laxas, –esto es, el cese del trabajador no solo está permitido, sino que es meridianamente fácil y conlleva pocos costes–, el empresario podría tener mayor predisposición en la contratación de la persona trabajadora. Ello repercutirá de manera positiva en las personas con discapacidad, puesto que podría ser un factor que eliminase los prejuicios del empresario sobre el colectivo. Aceptando provisionalmente esta premisa, identificamos en el sistema español algunas circunstancias que pudieran resultar un obstáculo para la contratación de las personas con discapacidad, como es la posible protección ante el despido si se considera que su móvil es discriminatorio, de acuerdo con lo establecido en los artículos 55.5 ET y 108.2 LRJS¹⁷¹. A estos efectos, recordamos nuevamente la revolucionaria sentencia del

régimen asistencial y contributivo, teniendo presentes las diferencias entre discapacidad e incapacidad y dándoles el tratamiento que merecen, a su medida.

¹⁶⁹ Vid. CRUZ VILLALÓN, J., “La intervención de la Unión Europea en materia de despido”, en AA. VV. (CRUZ VILLALÓN, J., edit.) *La regulación del despido en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 14-36, pp. 25 y 26. Según el autor, opinión que compartimos, la problemática en ambos casos es la misma y queda fijada en la “flexibilidad de salida” ya que al fin y al cabo la contratación temporal lo que conlleva es una particularidad en cuanto a los motivos de la extinción de la relación laboral.

¹⁷⁰ A febrero de 2021 el porcentaje de contratos indefinidos celebrados en nuestro país fue del 10,20%. Vid. SEPE, *Datos nacionales de Contratos registrados*, 2021. En términos absolutos, en el año 2019, un 26,3% de asalariados tenían contrato de trabajo temporal en España, mientras que en la UE-28 el valor de este porcentaje en el año 2019 fue de 13,6%. Vid. INE, *Encuesta de población activa*, 2019.

¹⁷¹ Ambos preceptos establecen con el mismo tenor literal que: “será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”. Asimismo, asumidos los distintos planos donde se mueven la discapacidad y la incapacidad y su compatibilidad, huelga apuntar que en nuestro país las situaciones reconocidas de IPT, IPA o GI, son causa de extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.1.e ET, todo ello sin perjuicio de la reserva de puesto de trabajo (...)

TJUE de 1 de diciembre de 2016¹⁷² en la que el Tribunal considera discriminatorio por motivos de discapacidad el despido en un supuesto de incapacidad temporal duradera e incierta, por lo que ha de entenderse según nuestro ordenamiento la nulidad del mismo. Es importante tener presente la diferencia entre enfermedad y discapacidad. La enfermedad puede, a veces, conllevar –o ir unida a– la discapacidad, esto es, cuando se traten de deficiencias de salud a largo plazo que en interrelación con barreras actitudinales o del entorno que impidan una participación plena de la persona¹⁷³, cuestiones que, en el supuesto de la litis, a nuestro juicio concurrían.

Volviendo a lo que ocupa, y allende las particularidades de tutela constitucional en supuestos discriminatorios, lo cierto es que la legislación europea ha ido tornando desde los años 90, mediante “fórmulas de flexiseguridad”¹⁷⁴, hacia la degradación de la protección de las resoluciones contractuales sin que podamos deducir que las personas con discapacidad hayan percibido notables mejoras en lo que se refiere a su acceso al empleo, por lo que hemos de descartar la premisa antes acogida, por poco útil y además, en contrapartida, conductora hacia una reducción importante de los derechos de las personas trabajadoras y, por ende; a un trabajo más precario¹⁷⁵. Aun en estos supuestos seguirá imperando la cultura dominante que pretende el empleo de personas con unos atributos físicos impecables.

durante 2 años (plazo de suspensión contractual) desde la fecha de resolución de la IP en los casos en los que se prevea la reincorporación ex art. 48.2 ET.

¹⁷² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 1 de diciembre de 2016 (asunto C-395/15).

¹⁷³ Aclaración que como también vimos, ya había realizado con anterioridad el propio TJUE, por ejemplo, en la Sentencia de 11 de abril de 2013 (Asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11).

¹⁷⁴ Vid. CRUZ VILLALÓN, J., *La intervención...*, op. cit., pág. 31. Por su parte, la Comisión de las Comunidades Europeas (Bruselas, 22.11.2006 COM(2006) 708 final) en el libro verde, *Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI* (2.a.) señaló que: “las reformas de las legislaciones nacionales sobre protección del empleo iniciadas desde comienzos de los años noventa se centran fundamentalmente en la relajación de las normas vigentes para aumentar la diversidad contractual. El objetivo de estas reformas era aumentar la flexibilidad «en los márgenes», es decir, instaurar formas de empleo más flexibles acompañadas de una menor protección contra el despido, para facilitar el acceso de los solicitantes de un primer empleo y de los solicitantes de empleo desfavorecidos al mercado de trabajo y permitir, a los que lo desearan, disponer de un mayor número de opciones de empleo. Como consecuencia, los mercados de trabajo experimentaron una creciente segmentación.”

¹⁷⁵ En este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “El debate europeo sobre flexiseguridad en el trabajo (reflexiones en torno al «libro verde» de la comisión de las comunidades europeas)”, *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, Nbr. 16, enero 2007, pp. 171-243, pág. 181: “interesa destacar que –en el terreno político-jurídico– la teoría se ha utilizado, no tanto para idear estrategias de «integración» socio-laboral de los excluidos, sino para justificar la introducción de flexibilidad laboral al objeto de reducir el *gap* en los niveles de tutela al objeto de conseguir un pretendido reparto mas equitativo del empleo y abrir cauces que permitan «competir» a los excluidos con el núcleo de trabajadores estables.”

Por otro lado, la regulación de incentivos económicos para la contratación de personas con discapacidad o para la realización de los ajustes necesarios en los puestos de trabajo serían otros factores regulatorios que podrían beneficiar la entrada en el mercado laboral del colectivo. Nos detendremos en la configuración de los mismos en nuestro ordenamiento un poco más adelante.

2.3.2. Barreras físicas y a la comunicación

Esta tipología de barreras opera “en la definición de los entornos, productos y servicios y también incluye el ámbito de la comprensión de los mensajes”, en las que se incluirían las actitudinales¹⁷⁶.

En este apartado nos tenemos que trasladar al entorno laboral en el cual hemos de destacar como cuestión clave y de base la falta de información en cuanto a la discapacidad¹⁷⁷. En este sentido, la concepción que de la discapacidad se posee por parte del empresario es un factor importante que influirá en el acceso al empleo de este colectivo. La concepción socio-económica de las personas con discapacidad como menos válidas, *id est*, menos productivas, hará mucho más probable la contratación de personas que no tengan problemas de salud¹⁷⁸. Unido a ello, es evidente la insuficiente información sobre la discapacidad tanto en su vertiente conceptual como en la vertiente empresarial en lo referente a las posibles necesidades de la empresa al respecto y de las propias aptitudes de las personas con discapacidad¹⁷⁹. Todos estos prejuicios pueden también extenderse hacia a las demás personas trabajadoras de la organización, las cuales pueden tener preferencia por no compartir empleo con personas con discapacidad¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Vid. LIDÓN HERAS, L., *La otra mirada...*, *op. cit.*, pp 154 y 155.

¹⁷⁷ Para FOSTER, esta es la principal barrera que destaca en su investigación. Vid. FOSTER, D., “Legal obligation or personal lottery? Employee experiences of disability and the negotiation of adjustments in the public sector workplace”, *Work, Employment & Society*, nú. 21, 2007, pp. 67–84, pág 80.

¹⁷⁸ Para WADDINGTON, esta es la tónica habitual, que las personas con discapacidad sean tratadas como menos valiosas económicamente y menos productivas por parte de las empresas. Vid. WADDINGTON L., “Changing attitudes to the rights of people with disabilities in Europe”, en AA. VV. (COOPER, J., ed.), *Law, Rights and Disability*, Jessica Kingsley Publishers, Londres, 2000, pp. 33-58, pág 34.

¹⁷⁹ O'REILLY, A., *El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidad*, OIT, International Labour Office, Ginebra, 2007, pág. 73. También en este sentido CABRA DE LUNA, M.A., “Inclusión laboral de personas con discapacidad y nuevas políticas activas de empleo”, en AA. VV. (PREZ BUENO, L. C., dir.), *Derecho y discapacidad*, CERMI, Grupo Editorial Cinca, S. A., Madrid. 2012, pp. 119-126, pág. 122.

¹⁸⁰ En este sentido, DESPOUY, L., *Human Rights...* *op. cit.*, punto nº 184. En este mismo informe, en el punto 189 se incide sobre los prejuicios: “La Federación Mundial de Sordos observa que, además de la falta de asistencia técnica y de los servicios de interpretación necesarios, los (...)”

A ello se sumaría la preocupación empresarial por los posibles costos extra que pudieran acarrear accidentes de trabajo sufridos por personas con discapacidad¹⁸¹, originados por potenciales sobrecostos derivados de un mayor tiempo de baja requerido por este colectivo en comparación con el resto de personas trabajadoras.

Además de lo anterior, tenemos que ser conscientes de las barreras físicas que existen en muchos lugares de trabajo y el coste que tendría que soportar el empleador para su adaptación o la realización de ajustes razonables. La necesidad de realizar un ajuste o una modificación de algún elemento del puesto de trabajo ya es una modificación de lo estándar, de lo normal, que confronta directamente con la visión empresarial economicista.

Como se podrá imaginar, tendrá especial relevancia en este punto la naturaleza y la gravedad de las deficiencias concretas de la persona con discapacidad en cuestión¹⁸². Con base en ello y en contraposición al modelo médico-rehabilitador, tenemos que descartar que una persona con discapacidad sea por ello incapacitada para el ejercicio del trabajo, en muchos de los casos será el puesto de trabajo el incapaz de adaptarse a las necesidades y habilidades de la persona.

Otra cuestión importante que si se desprecia hemos de considerarla como barrera infranqueable es la consideración de que los útiles de trabajo estén diseñados teniendo presente todas y cada una de las posibilidades funcionales del cuerpo humano¹⁸³, ya que, de no ser así, se producirá una repercusión en la productividad por una falta de adaptación a los mismos de las personas con diferencias orgánicas. Las mismas podrían llegar en casos trágicos a producir efectos perniciosos incluso para la salud. Será por tanto fundamental garantizar la accesibilidad para todos de las herramientas de trabajo, las cuales han de estar diseñadas para la diversidad. En muchas ocasiones esta falta de accesibilidad es más cuestión de voluntad que de costes, piénsese por ejemplo en cuestiones actuales, en la facilidad de cobertura de la necesidad de las personas ciegas de que los programas informáticos utilizados tengan reproducción por voz y puedan ser controlados mediante la misma, o solventar

prejuicios en general son uno de los principales factores que dificultan o imposibilitan que las personas con discapacidad auditiva se integren plenamente en el mercado laboral”.

¹⁸¹ O'REILLY, A, *El derecho al trabajo...*, op. cit., pág. 72.

¹⁸² Recordamos la diferenciación entre las “deficiencias” –o diferencias orgánicas– y sus afecciones en la capacidad laboral. Estas últimas están ligadas al concepto de incapacidad, concepto distinto al que nos ocupa. Por la pérdida de esta capacidad laboral la persona tendrá expedita la vía protectora de la Seguridad Social en el acceso a prestaciones que para estas situaciones estén configuradas y a las que antes hemos hecho referencia.

¹⁸³ El “diseño universal” es uno de los fines de la CIDPD y, a su vez, principio de la LGDPD, (art. 2 y 3. i, respectivamente).

algunas barreras de personas con trastorno del espectro autista (TEA) mediante la inclusión de pictogramas en dichos instrumentos tecnológicos.

2.3.3. Barreras y factores relacionales

Independientemente de las nociones legales y de las concretas barreras físicas o actitudinales que puedan encontrarse en el centro de trabajo, las barreras y factores que impiden y dificultan el acceso al empleo de las personas con discapacidad se multiplican si en atención a su idiosincrasia descendemos al plano conductual y lo relacionamos con otros elementos conexos al empleo.

El trato que le proporcionen “los otros” en el entorno empresarial es un extremo relevante en el empleo como hemos tenido ocasión de apuntar, como también lo son las relaciones que entable la persona con discapacidad extra muros de la relación laboral. Nos referimos en este caso a las características del entorno familiar y comunitario (círculo más privado de amistad, vecindad...) y la concepción subjetiva anclada en dicho ámbito¹⁸⁴. Una visión demasiado paternalista o sobreprotectora hará que decaiga, desde la vertiente de la oferta, la posibilidad de inserción laboral. En el mismo sentido, la afectación de todas estas barreras indicadas y, con ello, el fracaso en la consecución de un empleo puede acarrear a la persona con discapacidad sentimientos de autoculpa, o la denominada “internalización de la opresión”¹⁸⁵, que tendrá efectos devastadores en la motivación de la persona con discapacidad y conducirá a la resignación con la situación de paro, al desistimiento en la búsqueda de empleo, al sentimiento de incapacidad laboral y al conformismo con una vida no laboral y de subsistencia con alguna prestación reconocida. Es a su vez digno de considerar, la posible reticencia de las personas con discapacidad a solicitar el reconocimiento de discapacidad¹⁸⁶ para optar a las medidas previstas legalmente y que podrían beneficiar su contratación en una empresa. Este efecto puede venir producido por la propia creencia de sentirse culpable al estar

¹⁸⁴ FUNDACIÓN FRANCISCO LARGO CABALLERO, El impacto de la negociación colectiva sobre los trabajadores y trabajadoras con discapacidad, 2012, pág. 65. En el mismo sentido, PÉREZ BUENO, L.C., Manual para la negociación colectiva inclusiva en materia de discapacidad, CERMI-Ediciones Cinca, Madrid, 2013, pág. 97.

¹⁸⁵ Véase nota al pie 139. Sobre el término opresión, que puede parecer demasiado enérgico o drástico, hemos de decir que esta íntimamente ligado a la discriminación en tanto que es esta última el principal factor que contribuye a la misma, pudiéndose afirmar que la discriminación conduce a la opresión. En este sentido, THOMPSON, N. *Promoting Equality, Challenging discrimination and oppression*, Palgrave Macmillan, New York, 2003, pp. 11 y 81 y ss.

¹⁸⁶ Es otra de las barreras identificadas por O'REILLY, A, El derecho al trabajo..., op. cit. pág. 73. En el mismo sentido, OIT, Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para las personas con discapacidad a través de la legislación, Segunda edición, OIT, Ginebra, 2014, pág. 54. “el estigma asociado con el sistema de registro puede repercutir negativamente en su autoestima y la imagen de sí mismos. El registro conlleva situar al individuo al margen del sistema «normal» de contratación y subraya las características que lo hacen «diferente»”

afectada por la incidencia social negativa o peyorativa respecto a la discapacidad y la interiorización de esa imagen negativa en contraposición del parámetro de “normalidad”, o por el miedo al rechazo y prejuicios y las consecuencias que ello le pueda acarrear a la persona¹⁸⁷. Esto iría unido a la existencia de falta de información general respecto a la discapacidad y a las oportunidades que se le podría brindar tras el reconocimiento administrativo de la misma¹⁸⁸.

Habría que hacer mención también a la concurrencia en una misma persona de otros factores de discriminación, como puede ser el género, la edad, la raza, la condición sexual, etc. Esta confluencia de más de uno de estos rasgos en la misma persona eleva proporcionalmente la barrera que ya *per se* alzaba en la orilla de la demanda, en la organización empresarial.

Nos centraremos para finalizar en dos factores que, sin ser estrictamente barreras en el mundo del trabajo para el colectivo, sí se presentan como cuestiones trascendentales que, relacionadas con la discapacidad, tienen una influencia notable en las posibilidades de inclusión laboral. Nos referimos a los *factores estructurales del mercado laboral* y a la *educación*.

Y es que, cualquier persona con discapacidad que quiera acceder al empleo en un determinado país se verá afectada por las circunstancias que afecten al mercado de trabajo del mismo y que puedan repercutir en esta de forma distinta a como lo hacen respecto a las personas sin discapacidad. Empezaremos con una manifestación realizada en el seno de la UE, concretamente la Comunicación de la Comisión sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía de 1996¹⁸⁹ *Una nueva estrategia comunitaria en materia de minusvalía*, donde se refiere lo siguiente:

(...) diversas estimaciones oficiales indican que las personas con minusvalía sufren tasas de desempleo dos o tres veces superiores a la media y que la duración de su desempleo es más larga que la del resto de la población. Además, es probable que los periodos de recesión económica les afecten de forma desproporcionada. Por lo tanto, sufren más que los otros ciudadanos los periodos de incertidumbre y de inestabilidad económica. Puesto que la independencia económica es fundamental para el ejercicio de otras libertades, esta forma de discriminación repercute seriamente sobre la calidad de vida de las personas con minusvalía. Esta situación no se corresponde con una falta de capacidad o de mérito. A menudo los empresarios tienden a considerar más la minusvalía en sí que la capacidad efectiva de la persona en cuestión y, consiguientemente, puede subestimarse el valor añadido que podrían aportar estas

¹⁸⁷ Vid. FOSTER, D., *Legal obligation...* op. cit., pág. 80.

¹⁸⁸ Barrera también apuntada por O'REILLY, A, *El derecho al trabajo...* op. cit., pág. 73.

¹⁸⁹ Bruselas, 30.07.1996 COM(96) 406 final 96/0216 (CNS). En el mismo sentido COMISIÓN EUROPEA, *Estrategia Europea...* op. cit.

personas a la empresa. Lugares de trabajo mal adaptados, una rígida organización del trabajo, así como la persistencia de la discriminación son factores que contribuyen al desempleo de las personas con minusvalía. Son insuficientes los esfuerzos realizados por parte de los empresarios para responder positivamente a las necesidades de los trabajadores con minusvalía.

Ciertamente esta declaración recuerda la importancia del empleo para el colectivo y las consecuencias de su exclusión, aludiéndose en ella a otros factores que ya han sido objeto de alusión en los epígrafes anteriores. Interesa subrayar ahora las primeras líneas que hacen referencia a los efectos más acuciantes y prolongados del desempleo sobre el colectivo, esto es: tasas de desempleo dos o tres veces superiores, duración del desempleo más larga, o la afectación desproporcionada de la recesión económica.

En efecto, a propósito de los ciclos económicos inherentes a la economía de mercado, son muchos los autores que mantienen que las crisis económicas¹⁹⁰ o, en particular, en situaciones en las que se produce un aumento del desempleo, afectan de forma más perjudicial a las personas con discapacidad¹⁹¹. Esta manifestación es extrapolable a que, en las áreas más deprimidas económicamente, donde el desempleo es estructural, las personas con discapacidad soportan mayores índices¹⁹². Como se observa, no estamos ante una aseveración controvertida, sino que las propias instituciones lo han reconocido desde hace algunas décadas, expresa o implícitamente¹⁹³. Ello

¹⁹⁰ “En una situación de crisis económica los fenómenos de discriminación en el empleo se agravan” Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Exclusiones, reservas y preferencias de empleo”, en AA. VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. IV, Madrid, 1983, pág. 460. En el mismo sentido, con relación a la crisis de los 70, TOHARIA, L.; FERNÁNDEZ MÉNDEZ DE ANDÉS, F. y GARRIDO MEDINA, L. J., “Empleo y paro en España, 1976-1990”, en AA.VV. (PRIETO RODRÍGUEZ, C. y MIGUÉLEZ LOBO F., coords.), *Las Relaciones Laborales en España*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 1991, pág. 44 (Citado por ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo...* op. cit., pág. 144). Igualmente, así se pone de manifiesto en OCDE, *Sickness, Disability...* op. cit., pág. 31.

¹⁹¹ En este sentido THORNTON, P., “Cuotas de empleo, contribuciones compensatorias y fondos nacionales para la rehabilitación de personas con discapacidad: guía practica”, en AA. VV. (MUÑOZ MACHADO, S. y DE LORENZO GARCÍA, R., dirs.), *Nuevas experiencias internacionales en materia de empleo de personas con discapacidad*, Escuela Libre Editorial - Colección “Nova Europa”, Madrid, 2000, pp. 93-209, pág. 184. Lo mismo se desprende del estudio de REY PÉREZ, J.L., “Propuestas para la plena integración laboral de las personas con discapacidad”, en AA. VV. (REY PÉREZ, J.L. y MATEO SANZ, L. edits.), *El empleo de las personas con discapacidad: oportunidades y desafíos*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 393-411, pág. 401.

¹⁹² Vid. BERTHOUD, R., *Trends in the Employment of Disabled People in Britain*, Institute for Social and Economic Research, Colchester, 2011, pp. 25 y 26. Accessible en: https://www.iser.essex.ac.uk/files/iser_working_papers/2011-03.pdf

¹⁹³ En los antecedentes de la Recomendación del Consejo de 24 de julio de 1986 sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad (86/379/CEE) se dice que: “Considerando que las acciones a nivel europeo y comunitario en una época de crisis económica no deben tan solo continuar, sino que (...)

resulta lógico, toda vez que en lugares donde existen mayores tasas de desempleo, –o mayor oferta de mano de obra–, los empleadores procuran ocupar a personas sin discapacidad que, a su juicio, resultan más productivas y a las que, con seguridad, no habrán de adaptar el medio para la prestación de los servicios. *Sensu contrario*, en lugares donde la mano de obra escasee, los empresarios, en pro de la productividad y de los beneficios económicos, están dispuestos a realizar cuantas adaptaciones resulten necesarias si el resultado final para sus arcas tiene signo positivo. Esta incorporación cuasi obligada de personas con discapacidad en países con tasas de desempleo muy bajas, tendrá como consecuencia ineludible –al menos, así lo entendemos– que las demás barreras progresivamente sean eliminadas e, incluso, de forma más acelerada. El contacto directo en el ambiente de trabajo de la persona con discapacidad con el resto de personas trabajadoras y las empleadoras, contribuirá de forma pragmática a la comprensión de la discapacidad.

Por otro lado, los cambios en la economía tornan hacia trabajos más cualificados y tecnológicos en detrimento de aquellos otros poco o menos cualificados¹⁹⁴, lo cual, puesto en relación con los déficit formativos y educativos generalmente sufridos por las personas con discapacidad –y a los que dedicamos el siguiente apartado– repercutirá negativamente en las opciones de este colectivo¹⁹⁵. La tecnología puede excluir a determinados grupos dentro del colectivo, precisamente este aspecto, la limitada accesibilidad a las herramientas TIC, ha sido puesto de manifiesto en la recién publicada *Estrategia para los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030: Unión de Igualdad*, de la Comisión Europea¹⁹⁶.

Con relación a lo anterior podría subrayarse, además, un cierto incremento de la intensidad y la exigencia de dedicación al trabajo, lo que, de nuevo, afectaría especialmente a las personas que padecen algún tipo de deficiencia de salud¹⁹⁷. En este sentido, la actuación de las fuerzas sindicales, orientadas a buscar cierto acomodo entre las condiciones laborales y la

deben intensificarse para conseguir una igualdad de oportunidades mediante políticas positivas y coherentes” o más recientemente en la introducción de COMISIÓN EUROPEA, *Estrategia Europea... op. cit.*

¹⁹⁴ La caída de los trabajos no calificados es una de las barreras que identifica O'REILLY, A, *El derecho al trabajo...*, op. cit. pág. 72. En el mismo sentido FUCHS, M., *Quota Systems...* op. cit. Pág. 1.

¹⁹⁵ “La tecnología no es neutral. Es creada por la misma sociedad opresiva que convierte a las personas con deficiencias en personas con discapacidad” SHELDON, A.: “Changing Technology”, en VV.AA. (SWAIN J., FRENCH S., BARNES C., y THOMAS, C. Eds.), *Disabling Barriers – Enabling Environments*, 3ª edición, SAGE, Londres, 2014, accessible en: <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/Sheldon-chapter-for-alison.pdf>, pág. 2.

¹⁹⁶ pág. 5.

¹⁹⁷ En este sentido OCDE, *Sickness, Disability...* op. cit., pág. 30.

dignidad del empleo o del trabajo desarrollado –muy específicamente nos referimos a los posibles riesgos psicosociales que tales niveles de exigencia puedan conllevar– podría contribuir a romper esta barrera para las personas con discapacidad. Sin embargo, resta fuerza a esta posibilidad la merma sufrida por este contrapoder empresarial¹⁹⁸ al verse sometido a constantes mociones de censura por parte de sus propios afiliados, a su incapacidad para movilizar actuaciones a nivel internacional o regional europeo –cuando es en estos lares en los que se deciden las reglas del juego económico– e, incluso, por el cada vez menor papel que está llamada a desempeñar la negociación colectiva de sector a favor del nivel empresarial y el escaso papel –del sindicalismo– en tales supuestos.

Siguiendo con estos factores subjetivos y su interacción hemos de barajar un gran escollo del sistema que pesa sobre el colectivo que nos ocupa, la educación. Según O'REILLY “en general, las personas con discapacidades en el mercado laboral suelen tener un nivel educativo inferior al resto”¹⁹⁹. Las bajas cualificaciones tienen una relación estrecha con la falta de empleo, no solo para el colectivo de personas con discapacidad sino en general. Si revisamos los estudios más recientes sobre la materia comprobamos las dificultades que se encuentran las personas con discapacidad en el ámbito educativo con unos índices de analfabetismo mucho más alto que lo que la población en general y con un “acceso a estudios de grado superior y universitario escaso”²⁰⁰. Respecto a este último nivel educativo, solo el 1,5% de estudiantes de las universidades españolas con respecto al total son personas con discapacidad²⁰¹. Del análisis se desprende a su vez que las personas con discapacidad intelectual o problemas de salud mental son las que tienen niveles educativos más bajos repercutiendo directamente en la inclusión laboral²⁰². La brecha educativa también resulta evidenciada en la Estrategia Europea de discapacidad 2021-2030²⁰³.

¹⁹⁸ Véase in extenso BAYLOS GRAU, A., *Cambios en el mundo del trabajo*, Fundación 1º de Mayo, Madrid, 2014. Accesible en: https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/4095/fi_1412540147-informe89.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

¹⁹⁹ Vid. O'REILLY, A, *El derecho al trabajo...*, op. cit. pág. 72. La UE reconoció en la *Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras*, Bruselas, 15.11.2010 COM(2010) 636 Final, pág. 8, que en “el grupo de edad entre dieciséis y diecinueve años, la tasa de personas con limitaciones importantes que no prosiguen sus estudios se sitúa en el 37%, frente a un 25% de las personas con ciertas limitaciones, y un 17% de las personas sin limitación alguna”.

²⁰⁰ OED, *Alumnado con discapacidad y educación inclusiva en España*, Observatorio Estatal de discapacidad, 2019, pág. 148.

²⁰¹ CERMI, *Universidad y discapacidad. La inclusión de las personas con discapacidad en la Universidad española*, CERMI, Madrid, 2020, pág. 6.

²⁰² *Ibidem*, pág. 8 y OED, *Alumnado con discapacidad...*, op. cit. pág. 148.

²⁰³ COMISIÓN EUROPEA, *Strategy for the Rights of Persons with Disabilities 2021-2030: Union of Equality*, Comisión Europea, Bruselas, 2021 [COM(2021) 101 final], pág. 18.

Asumiendo el bajo nivel de estudios de las personas con discapacidad si la comparamos con los índices de la población general, estimamos que las dificultades se acrecientan para las personas con discapacidad física sin educación superior. Estas, debido a la tipología de diferencias orgánicas o funcionales, se pueden encontrar impedidas para muchos trabajos de carácter físico al encontrar más barreras en el espacio donde se desarrollan estas actividades, por lo que serán mucho más atractivas para el mercado de trabajo en ocupaciones del sector servicios que suelen requerir de una mayor especialización educativa o mayor formación. Las personas con discapacidad psíquica o sensorial podrán sortear con menos inconveniente las barreras físicas y, por ende, tendrán más opción de incorporarse a este tipo de trabajos que suelen requerir menor nivel formativo, por lo que entendemos que el déficit de educación que soporta el colectivo respecto a las personas sin discapacidad le afectarán en menor medida. Estas barreras educativas también las tenemos que relacionar con los cambios tecnológicos habidos en las estructuras empresariales a las que se ha aludido anteriormente. Las empresas requieren para cubrir los puestos creados por estas nuevas formas de trabajo unos niveles de formación más altos, incrementando las barreras de empleo para las personas con discapacidad²⁰⁴.

2.4. El reconocimiento institucional de la problemática en el acceso al empleo de las personas con discapacidad

Pretendemos destacar en estas líneas la evidente conciencia de las instituciones internacionales y con ello de los países integrantes sobre el problema que se ha puesto de manifiesto en lo que antecede. No realizaremos aquí un análisis normativo detallado de las disposiciones que contienen alguna referencia al empleo del colectivo, cuestión que abordaremos con detenimiento más adelante en nuestro estudio, sino que nos limitaremos en este apartado a resaltar las que hemos considerado líneas maestras trazadas en política internacional al respecto²⁰⁵.

La preocupación sobre las oportunidades de empleo de las personas con discapacidad surgió durante la Segunda Guerra Mundial debido al gran número de personas que adquieren deficiencias físicas durante la misma²⁰⁶. Con el objeto de cubrir los puestos de trabajo vacantes tras el conflicto bélico se

²⁰⁴ En este sentido OCDE, *Sickness, Disability...*, op. cit., pág. 27.

²⁰⁵ Un análisis exhaustivo sobre toda la normativa internacional se puede encontrar en BIEL PORTERO, I., *Derechos humanos...*, op. cit., pp. 51 a 300.

²⁰⁶ Vid. O'REILLY, A, *El derecho al trabajo...*, op. cit., pág. 16. No obstante, finalizada la Primera Guerra Mundial se comenzaron a realizar estudios sobre el particular, alcanzándose resultados concretos con la *Recomendación sobre la indemnización por accidentes del trabajo (importe mínimo)*, 1925 (núm. 22), primer reconocimiento internacional de las necesidades profesionales de las personas con discapacidad.

elabora la *Recomendación sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz)*, 1944 (núm. 71) que dispone que “los trabajadores inválidos, cualquiera que sea el origen de su invalidez, deberían disponer de amplias facilidades de orientación profesional especializada, de formación y reeducación profesionales y de colocación en un empleo útil” y dedica, para su desarrollo, un capítulo completo, el X, intitulado “Empleo de trabajadores inválidos”, artículos del 39 al 44. La tendencia de esta organización fue continuista con el tratamiento de la problemática abordada, efectuándose, desde entonces, importantes avances normativos, tal y como supuso el *Convenio de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación)* de 1958 (núm. 111) y sobre el que volveremos más adelante.

Ya en 1971, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la *Declaración de los derechos del retrasado mental*²⁰⁷ desde la que se reconocía, en su artículo tercero, el “derecho, en la medida de sus posibilidades, a desempeñar un empleo productivo o alguna otra ocupación útil”. Seguidamente, la *Declaración de derechos de los Impedidos de 1975*²⁰⁸ en su apartado séptimo y en términos muy similares, estableció el derecho, “en la medida de sus posibilidades, a obtener y conservar un empleo y a ejercer una ocupación útil, productiva y remunerativa, y a formar parte de organizaciones sindicales”. Posteriormente, en el *Programa de Acción Mundial para los Impedidos de 1982*²⁰⁹ se reconoce el problema y se comienza a focalizar sobre el entorno: “La experiencia ha demostrado que es en gran parte el medio el que determina el efecto de una deficiencia o incapacidad sobre la vida diaria de la persona. Una persona es minusválida cuando se le niegan las oportunidades de que se dispone en general en la comunidad y que son necesarias para los elementos fundamentales de la vida, incluida la vida familiar, la educación, el empleo [...]”. En esta misma sede, antes de elaborarse la Convención Internacional de 2006 previamente citada, se adoptaron Las *Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad* de 1993²¹⁰, las cuales constituyen otro reconocimiento de esta problemática. En concreto, refiere su artículo 7 que “los Estados deben reconocer el principio de que las personas con discapacidad deben estar facultadas para ejercer sus derechos humanos, en particular en materia de empleo. Tanto en las zonas rurales como en las urbanas debe haber igualdad de oportunidades para obtener un empleo productivo y remunerado en el mercado de trabajo”. Más recientemente, en septiembre de 2015 se proclamó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible desde la que se establecieron los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU a alcanzar en

²⁰⁷ Proclamada por la Resolución 2856 (XXVI) de la Asamblea General de la ONU de 20 de diciembre de 1971.

²⁰⁸ Proclamada por la Resolución 3447 (XXX) de la Asamblea General de la ONU de 9 de diciembre de 1975.

²⁰⁹ Resolución 37/52 de la Asamblea General de 3 de diciembre de 1982.

²¹⁰ Resolución A/RES/48/96, 4 de marzo de 1994.

2030. Concretamente allí se contiene un objetivo, el octavo, titulado “promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos”. Dentro de este, la meta número cinco pretende “de aquí a 2030, lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, así como la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor”. Sin duda, y pese al amplio margen temporal, una meta demasiado halagüeña teniendo en cuenta, como se tuvo ocasión de comprobar, que la tasa de empleo no alcanza ni la mitad de dicha cifra²¹¹.

La Carta Social Europea²¹², aprobada en Turín el 18 de octubre de 1961, dedica el artículo 15 en exclusiva a la integración laboral de las personas con discapacidad, la cual, como se verá, tuvo su impacto en nuestro texto constitucional. Precisamente, en este mismo ámbito territorial, aunque en el seno de la UE, destacamos, sin perjuicio de su análisis posterior, la *Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*, instrumento importantísimo de derecho derivado con carácter jurídico vinculante que marca, desde entonces, la senda a seguir para los Estados miembros y la propia UE. Con posterioridad, la UE ha ejecutado numerosos planes y programas con la intención de hacer efectivo los derechos reconocidos a los grupos vulnerables como pueden ser el *Plan de Acción Europeo sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad* en el año 2003 o también, con especial mención al colectivo, la *Estrategia Europea de Empleo*, la cual se integra hoy día en la estrategia de crecimiento Europa 2020²¹³, o la *Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras*²¹⁴, en la que también se pone en liza la problemática del empleo y su importancia para la Unión: “Para alcanzar las metas de crecimiento que se ha propuesto la UE, es necesario que un número mayor de personas con discapacidad ejerzan una actividad laboral remunerada en el mercado de trabajo «abierto»”²¹⁵.

²¹¹ La meta 2 del objetivo número 10 (“reducción de las desigualdades”) también tiene mucho que ver con lo que nos ocupa, en ella se dice que: “De aquí a 2030, potenciar y promover la inclusión social, económica y política de todas las personas, independientemente de su edad, sexo, discapacidad, raza, etnia, origen, religión o situación económica u otra condición”.

²¹² Aprobada el 18 de octubre de 1961 en Turín y revisada el 3 de mayo de 1996.

²¹³ Comunicación [COM(2010) 2020 final] denominada *Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*.

²¹⁴ *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, pág. 7 [COM(2010) 636 Final].

²¹⁵ Véase también *El Pilar Europeo de los Derechos Sociales*, en el que, además de garantizar en su punto 3 el derecho a la igualdad de trato y oportunidades en relación con el empleo “con independencia de su género, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”, se fija como principio nº 17 el derecho de las personas con discapacidad a los “servicios que les permitan participar en el mercado laboral y en la sociedad, y un entorno

Por último, y en estrecha relación con el último de los documentos citados, haremos referencia a los pronunciamientos más actuales en el seno de la Unión sobre el problema que nos incumbe. En primer lugar a las consideraciones realizada en un documento reciente, la *Resolución del Parlamento Europeo sobre la Estrategia Europea sobre Discapacidad posterior a 2020*²¹⁶ desde el que se manifiesta que (Consideración W): “las personas con discapacidad siguen sin participar plenamente en la sociedad y sin disfrutar de sus derechos; que, de conformidad con el artículo 29 de la CDPD, la participación de las personas con discapacidad solo puede lograrse incluyéndolas en la vida política y pública, en la que a menudo están infrarrepresentadas”. En este documento se insta a la Comisión a la elaboración de una Estrategia Europea sobre Discapacidad posterior a 2020 desde la que se promueva en particular el acceso garantizado de las personas con discapacidad al empleo²¹⁷. En este sentido la *Evaluación de la Estrategia Europea sobre Discapacidad*²¹⁸ ha identificado el empleo como “uno de los cinco temas más importantes a considerar para la futura política”. Consecuentemente, continuando en la línea marcada, la nueva *Estrategia Europea sobre Discapacidad 2021-2030* pretende reforzar esta cuestión garantizando el cumplimiento de la normativa e instando a los países miembros a la adopción de medidas que permitan la igualdad de oportunidad²¹⁹.

Pese al reconocimiento reiterado del –en definitiva– derecho al trabajo en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad, “uno de los derechos en los que se han realizado mayores esfuerzos, sobre todo en el ámbito internacional”²²⁰, y que es garante del disfrute de una vida plena para las personas con discapacidad, debemos asumir que la situación está lejos de ser la óptima. Ello justifica que desde nuestro estudio reclamemos una más adecuada regulación del ejercicio de este derecho y su efectiva facilitación por parte de los Estados, de manera que no solo presenciemos su reconocimiento jurídico-

laboral adaptado a sus necesidades”. Vid. COMISION EUROPEA, *El pilar europeo de derechos sociales en veinte principios*, 2018, accesible en https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rightsbooklet_es.pdf

²¹⁶ Resolución de 18 de junio de 2020 [2019/2975(RSP)].

²¹⁷ Punto nº 20. De igual forma, toda la problemática que venimos aduciendo, así como medidas concretas emprendidas por distintos países de la Unión se puede apreciar en la *Propuesta de informe conjunto sobre el empleo de la Comisión y del Consejo que acompaña a la Comunicación de la Comisión relativa a la Estrategia Anual de Crecimiento Sostenible 2020* (Bruselas, 17.12.2019 COM(2019) 653 final).

²¹⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Evaluation of the European Disability Strategy 2010-2020*, European Commission, Bruselas, 2020 [SWD(2020) 289 final].

²¹⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Strategy...*, op. cit. pp. 13-15.

²²⁰ BIEL PORTERO, I., *Los derechos humanos...*, op. cit., pág. 426.

normativo, sino que “sea una realidad²²¹”. Los logros y avances normativos no se traducen en datos de empleo en la práctica.

En este sentido se haría preciso incidir en la articulación de medidas concretas de intervención en el mercado laboral. Lo propio se viene realizando desde el panorama internacional, pudiendo clasificarse los ordenamientos jurídicos que en este modo actúan conforme a una doble tipología si atendemos al modo de intervención. De una parte, hallamos ordenamientos jurídicos de corte más liberal y, por consiguiente, con menores restricciones a la libre voluntad del empresario²²². Este enfoque, característico de los países anglosajones de Europa, suele ser denominado como “legislación anti-discriminación” y, mediante el fomento de conductas antidiscriminatorias y el reproche de las conductas discriminatorias, busca o espera un comportamiento intencional del empresario o empleador tendente a alcanzar la igualdad material entre todas las personas trabajadoras. De otro lado, se distinguirán aquellos países caracterizados por una regulación más estricta de la actuación que se desarrolla en el mercado de trabajo, siendo ejemplo de ello los Estados de la Europa continental. Sus legislaciones compelen a los particulares hacia una determinada conducta con el objeto de alcanzar una igualdad real y efectiva. La imposición de la acción se lleva a efectos mediante mecanismos definidos como medidas de acción positivas, las cuales serán objeto de estudio en epígrafes posteriores, si bien en las líneas que siguen abundaremos en su fundamentación jurídica. Concretamente nuestro estudio se centra en el ordenamiento español, que podemos situarlo dentro del enfoque continental del tratamiento, siendo el fin de este trabajo el análisis pormenorizado de la regulación de una de estas medidas, la reserva de empleo de las personas con discapacidad.

²²¹ Vid. GAZTELU SAN PÍO, C., *Acción positiva...*, op. cit., pág. 302. En el mismo sentido BIEL PORTERO, I., *Los derechos humanos...*, op. cit., pág. 429.

²²² Vid. THORNTON, P., “Proyecto internacional de investigación sobre estrategias de conservación y reincorporación al empleo para personas con discapacidad”, en AA. VV. (MUÑOZ MACHADO, S. y DE LORENZO GARCÍA, R., Dirs), *Nuevas experiencias...* op. cit, pp. 273-399, pág. 287.

3. SOBRE LA IGUALDAD DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EL CONFLICTO CON EL TRATO DIFERENCIADO

3.1. El principio de igualdad y la acción positiva

3.1.1. Consideraciones generales sobre el principio de igualdad

No se libera a una persona atada a unas cadenas durante años, se le pone en la línea de salida de la carrera y se le dice: «ya eres libre de competir con los demás» y todo ello creyendo que se está actuando con justicia»²²³.

Queremos empezar con esta frase disruptiva pero tremendamente instructiva y clarificadora. Ahora invitamos a pensar sobre una de las conclusiones que se ha debido extraer de los epígrafes anteriores: los seres humanos somos diferentes o diversos²²⁴. Sendas expresiones se conciben mejor con esta cita de FERRAJOLI: “entre igualdad y diferencia(s) no solo no existe contradicción, sino que se da implicación recíproca. Pues el término que se opone a «diferencia» no es «igualdad», sino «desigualdad»”²²⁵.

La problemática que suscitan las posibles (veremos que no son reales) contradicciones o incoherencias entre lo que acabamos de ver y el principio de igualdad de derechos justifican este epígrafe previo, el cual debido a la complejidad de la cuestión se circunscribirá a realizar un breve análisis sobre la igualdad en relación con la afectación que ostenta para nuestro estudio, y es que, “ningún otro *grand récit* jurídico político como la igualdad es tan polisémico (al comprometer necesariamente una visión subyacente de la filosofía del Estado y del Derecho) y complejo(por la propia estructura del juicio de igualdad)²²⁶”.

²²³ Frase pronunciada por el presidente de los EEUU Lyndon B. Johnson en el discurso de graduación en la Universidad de Howard el 4 de junio de 1965: “You do not take a person who, for years, has been hobbled by chains and liberate him, bring him up to the starting line of a race and then say, “you are free to compete with all the others,” and still justly believe that you have been completely fair”. Vid. LYNDON, B. J., *Public Papers of the Presidents of the United States, 1965* Volumen II, entrada 301, Government Printing Office, Washington, D. C., pp. 635-640, 1966, pág. 636.

²²⁴ Vid. DE ASIS ROIG, R.; CAMPOY CERVERA I., y BENGOCHEA GIL, M^a. A., “Derecho a la igualdad y a la diferencia: Análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva”, en AA.VV. (DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA M.A. dirs.), *Tratado sobre... op. cit.*, pp. 115-141, pág. 115.

²²⁵ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ediciones Trotta (7^a ed., 2014), (trad, IBAÑEZ, P.A., GREPI, A.), Madrid, 1999, pág. 92.

²²⁶ Vid. REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Mc Graw hill, Madrid, 1995, pág. 39 y 40. El autor se traslada a la obra “Política” (1289a) de Aristóteles y a la idea allí expresada de “parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para (...)”

Para comenzar rememoramos también el imperativo artículo primero de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* que establece que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y su artículo segundo que reconoce que “toda persona tiene todos los derechos y libertades establecidos en esta Declaración, sin distinción de ningún tipo, como raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro tipo”. Sin embargo, la palabra igualdad sirvió de lema mucho antes para una de las grandes revoluciones de nuestra historia, la Revolución Francesa de 1789 que, cual revolución liberal, acogió y desarrollo este término y descuidó otra de sus invocaciones, la fraternidad²²⁷.

La igualdad como principio, primigeniamente y en este contexto, tuvo una visión generalista en lo que se ha denominado la “versión liberal”, que se circunscribía al reconocimiento de la igualdad ante la ley y con ello a la prohibición de diferencias formales. Lo que se pretendía en aquel entonces era la abolición de los privilegios consagrados en el Antiguo Régimen y que hoy día conocemos como principio de igualdad formal. El desarrollo de la noción de la igualdad ha ido de la mano de la evolución del concepto de ciudadanía²²⁸, que TURNER²²⁹ la conceptualiza en tres dimensiones:

- La ciudadanía civil: Referida a la igualdad ante la ley, libertad personal, derecho a la propiedad y libertad de expresión.
- La igualdad política: que implica el acceso de la ciudadanía a la política.
- La ciudadanía social: que se desarrolla en el siglo XX y tiende a garantizar un nivel básico de bienestar tanto económico como social.

Si tras esta primera aproximación volvemos a la cita con la que comenzamos este apartado observaremos que la percepción de la igualdad propia del modelo liberal no tiene cabida en nuestros tiempos puesto que no da solución a las necesidades sociales existentes en la actualidad y, más concretamente, respecto de las incardinadas en las situaciones de discapacidad. Además, esta concepción carece de sentido en un Estado social que ha de superar esa “escueta igualdad jurídica” y ha de orientar su actividad en la consecución de la igualdad real y efectiva²³⁰.

todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales” para hallar, respecto a su contenido, el punto de partida.

²²⁷ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, M^a L., *Igualdad y Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 2010, pág. 25.

²²⁸ Vid. TURNER, B., *Equality*, Tavistock y Ellis horwood, Londres, 1986, pág. 21.

²²⁹ *Ibidem*, siguiendo los trabajos de R. H. TAWNEY sobre igualdad y T.H. MARSHALL sobre ciudadanía.

²³⁰ Vid. GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado Social y democrático de Derecho*, Tecnos, 5^a ed., Madrid, 1992 (1^a ed. 1984), pp. 50 y 57. En sentido similar, CLERICO L. y (...)

La prohibición de la discriminación aparece garantizada en otros numerosos instrumentos internacionales²³¹ sobre los que haremos alusión en el epígrafe siguiente. Así, a modo ilustrativo, el artículo 14 del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (CEDH) de 1950, establece que “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. Sin perjuicio de que esta previsión pueda ser matizada en atención a su protocolo nº 12²³², lo cierto es que la igualdad allí reconocida se circunscribe a la vertiente formal, habiendo declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a este respecto que mediante dicho precepto “los Estados deben abstenerse de garantizar los derechos del CEDH de forma discriminatorio, pero no se encuentran obligados a tomar medidas que garanticen la igualdad²³³”. No obstante, como venimos exponiendo, esto resulta manifiestamente insuficiente a la hora de combatir los efectos de la discriminación social²³⁴. En palabras de FERRAJOLI²³⁵, haciendo referencia a la configuración del principio de igualdad en la Constitución Italiana, “el valor de la igualdad resulta confirmado y reafirmado, si bien en un sentido más complejo y articulado que el corriente, en virtud del análisis de la diferencia y de las implicaciones que de ella deben extraerse para una igual y efectiva valorización de las diversas identidades”.

Conscientes del valor de la diversidad, resulta necesario atender las particularidades de cada sujeto para asegurar la igualdad de los grupos más vulnerables. Partiendo de esta base, el debate que se abre ha de reconducirse en

MARTÍN A. “La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Año 9, Nº 1 2011, pp. 157-198, pág. 165 y 166: “Una interpretación meramente formal de la igualdad o incluso como igualdad jurídico-material tiene el defecto de esconder, tras el principio de igualdad ante la ley, una serie de desigualdades de orden material y simbólico que no se corresponden con los exigentes presupuestos normativos de la democracia, pero que a la vez, tampoco pueden ser resueltos dentro del estrecho marco de los derechos individuales”.

²³¹ A este respecto cobra importancia en el ámbito que nos ocupa la *Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación* a la que más adelante haremos alusión. Igualmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que establece la prohibición de discriminación en su artículo 21.

²³² Véase en este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G., “Prohibición de discriminación”, *Temas Laborales* núm. 145/2018, 2018, pp. 327-370, pág. 330.

²³³ *Ibidem*, pág. 329.

²³⁴ SIERRA HERNÁIZ, E., *Acción positiva y empleo de la mujer*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999, pág. 23.

²³⁵ FERRAJOLI, L., *Derechos... op. cit.*, pág. 91.

torno a la legitimidad del trato igual pero también del desigual²³⁶ que se ofrezca a los seres humanos y a su justificación, especialmente cuando el contexto jurídico que rodea a esta decisión es el diseño constitucional de un Estado de Derecho como sucede en el caso español. Para ALEXY “quien desee crear igualdad de hecho tiene que aceptar una desigualdad de iure²³⁷”.

Diferenciada así la tutela antidiscriminatoria del trato diferencial es hora de adentrarnos en este segundo aspecto. Para continuar con el estudio, provisionalmente y sin perjuicio de posteriores aclaraciones, denominaremos a estas acciones de trato diferenciado como medidas de acción positiva²³⁸ e incluiremos dentro de ellas a las cuotas de reserva de empleo. Pasaremos a revisar en primer término las previsiones habilitadoras del trato diferencial en el empleo de las personas con discapacidad en el ámbito internacional y supranacional, para posteriormente descender sobre la regulación constitucional de la materia.

3.1.2. La acción positiva en el empleo de las personas con discapacidad en el contexto internacional y supranacional

Reconociendo *ab initio* la falta de amplitud –y con ello de rigurosidad– que se podrá acusar a este epígrafe –dada la imposibilidad material de plasmar en un trabajo de esta índole dado el *maremágnum* de disposiciones al respecto existentes–, nos conformamos con presentar de forma cuidada, eso sí, una reflexión que recorra historiográficamente la evolución y plasmación de los principios informadores relacionados con las medidas de acción positiva, y la normativa de ámbito internacional y supranacional que los acoge.

Permítasenos anticipar también que, acorde con la asimilación que acabamos de hacer, no existe previsión normativa de eficacia directa que afecte a este ámbito territorial referida a la cuota reserva, aunque a la postre no obstaculice el que se contengan en este nivel alusiones directas a esta específica medida para su implantación en los diferentes Estados soberanos.

²³⁶ En este sentido DE ASIS ROIG, R.; CAMPOY CERVERA I., y BENGOCHEA GIL, M^a. A., *Derecho a la igualdad...* op. cit. pág. 115.

²³⁷ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, (GARZÓN VALDÉS, E., trad.), C.E.C., Madrid, 1993, pág. 404.

²³⁸ Este término se acoge de la traducción de “*affirmative action*”, procedente de Estados Unidos y aplicable en origen únicamente al ámbito de las relaciones laborales. *Vid.* REY MARTÍNEZ F., *El derecho fundamental...*, op. cit. pág. 57. Sobre el origen de la misma en el contexto internacional, se identifican los antecedentes de estas medidas en 1950 en la lucha contra la división de castas en la India para beneficiar a las castas y tribus registradas y que habían sido oprimidas u olvidadas durante siglos. En este sentido, BROWN, G. K., y LANGER, A., “Does affirmative action work?: Lessons from around the world, *Foreign Affairs*, 94, nº 2, 2015, pp. 49-56, y RUIZ MIGUEL A., *Discriminación inversa...*, op. cit., pág. 78.

A continuación, revisaremos las previsiones internacionales más relevantes con el objeto de aproximarnos más a la naturaleza de la figura objeto de estudio y el sentido que le viene dado desde estas esferas internacionales y supranacionales. Y, con esta finalidad, emprendaremos este estudio apoyándonos en periodos ordenados cronológicamente según han sido elaboradas las mismas, de modo que sea posible ubicar históricamente cada medida y hallar el contenido socio-político y económico que pudiera haber influido en su aprobación. Pese a ello reconocemos que, debido al *totum revolutum* de disposiciones –como se tendrá la oportunidad de comprobar–, la exposición puede convertirse en una maraña de normativas de la que será difícil escapar al entremezclarse disposiciones de diversos entes, aunque, piénsese, siempre estaremos ubicados en el tiempo –que no es poco–, algo que nos ayudará a conocer la evolución sobre la cuestión.

a) *Los primeros reconocimientos*

Como ya tuvimos ocasión de destacar en un apartado previo, fue la *Recomendación sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz)*, 1944 (núm. 71) la primera disposición internacional identificada que se ocupa directamente del empleo de las personas con discapacidad. Empero se hace preciso volverla a traer a este apartado para subrayar que el artículo 43 dispone la necesidad de:

(...) adoptar medidas especiales para garantizar a los trabajadores inválidos igual número de oportunidades para ingresar en un empleo que aquellas de que gocen otros trabajadores. Se debería inducir a los empleadores por medio de una amplia publicidad y por otros medios, e incluso obligarlos, cuando ello fuere necesario, a emplear un número razonable de trabajadores inválidos.

De este modo, al abogar por la igualdad de oportunidades, se realiza un llamamiento puro a los Estados para que pongan en marcha medidas concretas, centrándose especialmente en una, a saber: la obligación de emplear un número razonable de personas trabajadoras con discapacidad. Sobre su eficacia jurídica, hemos de decir que, pese a desplegar efectos desde su aprobación, no tiene eficacia directa ni carácter vinculante, cuestión que no resta importancia al dato de que se trata del primer reconocimiento y llamada a la acción positiva de carácter internacional, a la vez que supone una orientación para los legisladores internos, Gobiernos, y jueces y tribunales. El mismo, además, empodera al colectivo y lo apoya en su camino hacia la igualdad de oportunidades.

Posteriormente, también en el seno de la OIT, se aprueba la *Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos*, 1955 (núm. 99). Este es un instrumento que sigue la línea orientadora del anterior y, como es de prever dados los tiempos, mantiene una concepción de la

discapacidad eminentemente rehabilitadora²³⁹ y centrada sobre todo en la formación²⁴⁰. Sin embargo resulta trascendental para lo que nos ocupa la previsión contenida en su artículo 31 de la misma, que dispone que:

(...) cuando las circunstancias nacionales y los métodos aplicados en el país lo permitan, se debería fomentar el empleo de los inválidos mediante medidas tales como: (a) la contratación por los empleadores de cierta proporción de inválidos, en condiciones que permitan evitar el despido de trabajadores no inválidos; (b) la reserva de ciertos empleos determinados para los inválidos (...).

Posiblemente estemos ante el primer instrumento internacional que distingue entre una reserva de “ciertos empleos”, de la contratación proporcional de personas con discapacidad, aunque como hemos dicho, y sin dejar de reconocer su importancia, aborda la medida desde una óptica rehabilitadora.

Poco tiempo después se adopta el Convenio de la OIT nº 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958²⁴¹, cuyo artículo 5.2 establece que:

(...) todo miembro puede, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial²⁴².

²³⁹ Se definía el término “inválido” en su artículo 1b) como “toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar empleo adecuado se hallen realmente reducidas debido a una disminución de su capacidad física o mental.”

²⁴⁰ Con miras hacia la adaptación y readaptación de la persona con discapacidad al puesto de trabajo. Es paradigmático la labor de los entes encargados del tratamiento médico y de la adaptación y readaptación profesional con el objeto de, entre otras, art. 26.2 b) “ayudar a averiguar cuáles inválidos necesitan y pueden ser adaptados o readaptados profesionalmente”. Pese a ello, nos encontramos ante un instrumento trascendental en la materia puesto que de esta recomendación partieron las políticas nacionales en cuanto a la orientación y formación profesional, y colocación de las personas con discapacidad, en este sentido O'REILLY, A, *El derecho al trabajo...*, op. cit., pp. 5 y 25.

²⁴¹ Cabe resaltar que este instrumento normativo, cuando procede a enumerar las fuentes de discriminación en su artículo 1.1, no hace referencia alguna a la discapacidad, si no que recoge motivos de “raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social”, por lo que habremos de acudir a la cláusula de apertura que contiene el apartado segundo del precepto donde se extiende la misma a “cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación”.

²⁴² Este reconocimiento queda reforzado y hay que complementarlo con el *Convenio sobre desarrollo de los recursos humanos*, 1975 (núm. 142) y la *Recomendación sobre desarrollo de los recursos humanos* (núm. 150) de 1975 que ya sí reconoce a las personas con discapacidad como un “grupo especial (...)”

Ahora es la figura convencional la que abre la puerta, eso sí, si el Estado lo desea, al trato diferenciado.

Reduciendo el foco al continente europeo, la Carta Social Europea²⁴³ en su primera redacción, la de 1961, contenía ya el compromiso de los Estados miembros, *ex artículo 15.2*, a “adoptar las medidas adecuadas para proporcionar un puesto de trabajo a los minusválidos”, cuestión reflejada en su versión revisada de 1996 mediante el siguiente compromiso:

(...) promover su acceso al empleo mediante todas las medidas encaminadas a estimular a los empleadores para que contraten y mantengan empleadas a las personas minusválidas en el entorno habitual de trabajo y a adaptar las condiciones de trabajo a las necesidades de los minusválidos o, cuando ello no sea posible por razón de la minusvalía, mediante el establecimiento o la creación de empleos protegidos en función del grado de incapacidad.

Se denota aquí, en el mismo sentido de lo que venía sucediendo en la OIT, la pertinencia de las medidas de acción positiva, pero también la preferencia de actuación sobre el empleo ordinario, extremo que se consolidará en el futuro y que, como se tendrá la ocasión de comprobar a partir del tenor literal de la CIDPD, es el tipo de actuación más afín a la concepción actual de discapacidad.

b) *Décadas de los '70 y '80: Primeros programas internacionales y el comienzo del cambio de miras hacia la sociedad*

El año 1981 fue proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas como *Año Internacional de los Impedidos*, con el lema “Plena participación e igualdad”, en el que se pretendía desarrollar un programa mundial de acción relativo la igualdad de oportunidades, la rehabilitación y la prevención de la discapacidad. El mismo, el *Programa de Acción Mundial para los Impedidos*, se aprobó finalmente en 1982²⁴⁴, siendo el primer documento oficial que alude a la discapacidad en función de la relación de las personas y su entorno²⁴⁵. Concretamente, su punto séptimo preceptúa que:

de población” sujeto activo de este tipo de políticas (véase nota anterior). Véase en este sentido los artículos 45 y 53 de dicha recomendación.

²⁴³ Sobre el impacto de la Carta Social Europea en el sistema constitucional de nuestro país, véase *in extenso* TERRÁDEZ SALOM, D., *La carta social europea en el orden constitucional español*, Athenaica Ediciones, Sevilla, 2018.

²⁴⁴ Resolución 37/52 de 3 de diciembre de 1982 de la Asamblea General.

²⁴⁵ En esos términos se declara en el Anexo (punto sexto de la Introducción) de la *Resolución aprobada* por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/48/627)] relativo a las Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad de 4 de marzo de 1994.

La minusvalía constituye, por consiguiente, una función de la relación entre las personas impedidas y su ambiente. Ocurre cuando esas personas enfrentan barreras culturales, físicas o sociales que les impiden el acceso a los diversos sistemas de la sociedad que están a disposición de los demás ciudadanos.

Pese a ello, la definición que acoge es la dada en aquellos momentos por la O.M.S.²⁴⁶ que seguía manteniendo la comparación con el patrón “normal” de persona. Ciertamente, consideramos que los avances conceptuales y de tratamiento que se dan en este documento son importantes. Véase que en el punto F), intitulado “equiparación de oportunidades”, se vuelve a focalizar sobre el entorno y el medio, instando a que se identifiquen y eliminen los “obstáculos a la participación plena” incluso ejemplificando situaciones, como que “la enseñanza debe realizarse dentro del sistema escolar normal, el trabajo debe proporcionarse mediante empleo abierto, y la vivienda, en la misma forma que para la población en general”²⁴⁷.

Un año más tarde, se proclamó el período 1983-1992 el Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos²⁴⁸, intervalo en el que se produjo un avance considerable en cuanto al conocimiento de la discapacidad²⁴⁹.

En 1983 se publica el *Convenio de la OIT núm. 159 sobre la readaptación profesional y el empleo para personas inválidas*, norma que pivota sobre los conceptos de “readaptación profesional” e “igualdad de oportunidades” y recoge en su artículo 4 que “las medidas positivas especiales encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores

²⁴⁶ Esto es, conforme a lo expuesto en el apartado primero de este capítulo, la CIDDDM distinguía entre: discapacidad, entendida como “toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano”; y Minusvalía, “una situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol que es normal en su caso (en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales)”.

²⁴⁷ Igualmente, en su punto 27: “De las personas con incapacidades se debe esperar que desempeñen su papel en la sociedad y cumplan sus obligaciones como adultos. La imagen de los incapacitados depende de actitudes sociales basadas en factores diferentes, que pueden constituir la mayor barrera a la participación y a la igualdad. Solemos ver la incapacidad que acusa el bastón blanco, las muletas, las ayudas auditivas y las sillas de ruedas, pero no a la persona. Lo que se requiere es concentrarse en la capacidad del impedido, y no en su incapacidad.”

²⁴⁸ Proclamado por la Asamblea General en su *Resolución 37/53 de 3 de diciembre de 1982*.

²⁴⁹ Así mismo se reconoce por la propia Asamblea General en el preámbulo de las *Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad* de 1993 a las que posteriormente aludiremos. Se esgrime en el antecedente 21 a una profundización en esta década sobre los conocimientos y la comprensión de la discapacidad, reconociendo la necesidad en cuanto a la terminología “de tener en cuenta no solo las necesidades individuales (como rehabilitación y recursos técnicos auxiliares) sino también las deficiencias de la sociedad (diversos obstáculos a la participación)”.

inválidos y los demás trabajadores no deberán considerarse discriminatorias respecto de estos últimos". La *Recomendación sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas)*, 1983 (núm. 168), se encargaba de especificar las medidas sin hacer referencia alguna a la reserva de empleo.

En lo que respecta a la UE, años antes se adoptó la *Resolución del Consejo, de 21 de enero de 1974*²⁵⁰, relativa a un programa de acción social, que estipula "la realización de un programa para la reintegración profesional y social de minusválidos, que prevea sobre todo la promoción de experiencias modelo con objeto de reclasificar a los minusválidos en la vida profesional, o, llegado el caso, de su colocación en talleres protegidos, y proceder a un examen comparativo de las disposiciones legales y de las medidas previstas para esta reclasificación en el plano nacional". En su virtud, se elabora a los pocos meses un primer programa de acción comunitaria mediante la *Resolución del Consejo, de 27 de junio de 1974*²⁵¹, documento que, como los anteriormente citados, no es muy prolijo²⁵² y permanece basado en los rasgos propios del modelo médico-rehabilitador²⁵³. Es interesante cómo desde entonces se consideraba importante la toma de conciencia por parte de la sociedad, recogiendo entre una de las dos acciones paralelas del programa las "acciones de información destinadas al público en general, que tengan como objeto la integración social de los minusválidos".

En el año Internacional de los impedidos en la UE se emite la Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de mayo de 1981, sobre la integración económica, social y profesional de los minusválidos en la Comunidad en la que en su punto séptimo recomienda lo siguiente:

(...) que la Comunidad debería analizar el sistema de cuota para el empleo de los trabajadores minusválidos, en especial el existente en la R.F.A.²⁵⁴, y considerar la

²⁵⁰ Anteriormente, en la *Decisión del Consejo 63/266/CEE del 2 de abril de 1963 por la que se establecen los principios generales para la elaboración de una política común sobre formación profesional*, se abría la posibilidad a este tipo de medidas en esta área concreta, véase su décimo principio, en el que se establece: "En la aplicación de los principios generales de la política común de formación profesional deberá prestarse particular atención a los problemas especiales relativos a sectores específicos de actividad o categorías específicas de personas; podrán iniciarse acciones especiales a este respecto".

²⁵¹ Conocido como *Primer programa de acción a favor de los minusválidos (1975-1979)*.

²⁵² En el mismo no se recogen medidas específicas de empleo, estando más dirigido al ámbito formativo, en palabras de GARRIDO PÉREZ, E., *El Tratamiento comunitario...*, op. cit., pág. 167, "el programa denotaba una absoluta imprecisión y falta de claridad", teniendo la Comunidad al respecto "una posición de apoyo hacia los proyectos de los Estados miembros".

²⁵³ Véase las alusiones constantes al término readaptación, referida a la persona, o otras como "puestos de trabajos normales". Se aprecia su esencia rehabilitadora y su finalidad compensadora de la desviación de la "normalidad" de las personas con discapacidad.

²⁵⁴ En aquel entonces en la Alemania Federal la Ley obligaba a emplear a personas con discapacidad grave en una proporción del 6% de la plantilla a todo empleador con 16 puestos (...)

posibilidad de una Directiva dirigida a los Estados miembros sobre un posible sistema de cuota; y pide que la Comisión incorpore, en normas que regulen la concesión de ayudas y subvenciones, disposiciones que hagan que la concesión de ayudas o préstamos a las empresas se supedite al cumplimiento de la política de empleo de las personas minusválidas.

Es ahora la Unión la que sugiere el sistema de cuota, ojo, incluso solicitando a la Comisión la posibilidad de una Directiva *ad hoc* que trate el asunto. En ese mismo año, el Consejo en *Resolución del Consejo y de los Representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 21 de diciembre de 1981, sobre la integración social de los minusválidos*, insta a los Estados miembros a asegurar que las personas con discapacidad no sufran injustamente las consecuencias, en lo referido al empleo, de las dificultades económicas entonces vividas, invitando para ello, una vez más de forma ambigua y con carácter programático, “a intensificar sus acciones para promover la integración económica y social de los minusválidos, y permitirles aportar una contribución productiva y creadora a la vida en sociedad”.

En esta esfera comunitaria hemos apreciado hasta aquí un rol poco más que incentivador o de fomento para las acciones de ámbito nacional, sin concreción alguna sobre políticas de empleo específicas para el colectivo. Supone un cambio en cuanto a objetivos y contenidos²⁵⁵ la *Recomendación del Consejo de 24 de julio de 1986 sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad (86/379/CEE)*, mucho más coherente y concreta, la cual incide sobre: (1) el principio de trato equitativo²⁵⁶ de las personas con discapacidad; (2) la revisión y, en su caso, la intensificación de las políticas en favor del colectivo, tanto en la vertiente de eliminación de la discriminación negativa como, en lo que aquí más interesa, mediante las “acciones positivas en favor de los minusválidos” y, en particular, según el artículo 2. b). i.) “la fijación por los Estados miembros, si dicha fijación resultara apropiada teniendo en cuenta las diferencias existentes entre los diversos sectores y empresas, y previa consulta a las organizaciones de minusválidos y a los interlocutores sociales, de objetivos cuantificados realistas de empleo de personas minusválidas en empresas públicas o privadas, que tengan un número mínimo de asalariados, mínimo que puede situarse entre 15 y 50. Deberían adoptarse además medidas para hacer públicos tales objetivos y para poder alcanzarlos”; (3) el informe a

de trabajo o más. En caso de imposibilidad o incumplimiento se había de pagar una tasa compensatoria. Vid. THORNTON, P., *Employment Quotas, Levies and National Rehabilitation Funds for Persons with Disabilities: Pointers for Policy and Practice*, OIT, Ginebra, 1998, pág. 25. Accesible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---ifp_skills/documents/publication/wcms_106625.pdf.

²⁵⁵ Vid. GARRIDO PÉREZ, E., *El Tratamiento comunitario...*, op. cit. pág. 169.

²⁵⁶ Véase sobre la distinción entre igualdad y equidad BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L., *Igualdad y Constitución...*, op. cit., pág. 35 a 46. En este sentido, entendemos que lo que se recomienda es la búsqueda de la igualdad y no la equidad, la cual tiene como límite la propia ley.

la Comisión de las medidas adoptadas. En este instrumento, pese a que no se especifica claramente la medida de reserva de empleo, se establece la fijación interna de unos objetivos que han de ser publicitados y se incide sobre la necesidad de adoptar medidas para hacerlos efectivos. La asunción de este deber por parte de los Estados dependería de cuál fuera la meta propuesta por estos, aunque no tendría por qué conllevar la implementación de medidas de discriminación inversa para su consecución el simple hecho de la fijación de unos objetivos numéricos de empleo, hace pensar inevitablemente en la reserva de empleo debido a las características interventoras que le son propias. Resulta además llamativo, que los umbrales mínimos de personas asalariadas en plantilla recomendados para el establecimiento de los objetivos, se situaran entonces, en 1986, entre 15 y 50, puesto que es este el intervalo en que se mueven hoy los países que tienen en vigor medidas de reserva de empleo como comprobaremos.

La *Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores* de 9 de diciembre de 1989 también incluiría, en su artículo 26, la previsión de que las personas con discapacidad puedan “beneficiarse de medidas adicionales concretas encaminadas a favorecer su integración profesional y social”, aunque seguidamente parece que las mismas quedan limitadas a la formación, ergonomía, accesibilidad, movilidad, medios de transporte y vivienda²⁵⁷.

c) *Década de los '90: modificando los cimientos*

Un nuevo empuje se da al tratamiento de la discapacidad en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas mediante las *Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad* de 1993²⁵⁸. A partir de ellas se sigue la senda emprendida en Europa por la Recomendación de 1986 de la Comunidad europea, lo que supone –para nuestros intereses en este estudio– incidir en la prohibición de la discriminación (art. 7.1) y el apoyo a las políticas activas de integración (art. 7.2), el cual podría lograrse –siguiendo el tenor literal del texto– “mediante diversas medidas como, por ejemplo, la capacitación profesional, los *planes de cuotas* basadas en incentivos, el empleo reservado...”. Es significativa, en este mismo precepto, la llamada de la

²⁵⁷ Se establece en el segundo párrafo del citado precepto que “estas medidas de mejora deben referirse, en particular, según las capacidades de los interesados, a la formación profesional, la ergonomía, la accesibilidad, la movilidad, los medios de transporte y la vivienda”. Como se comprueba, no existe referencia alguna a que estas medidas puedan incidir sobre el acceso al empleo, sin embargo, cuestión que sí aborda el resto de la normativa de la Comunidad a la que venimos haciendo referencia.

²⁵⁸ Resolución A/RES/48/96, de 4 de marzo de 1994. Esta norma surgió después de que la Asamblea General no llegara a acuerdo respecto a la adopción de una Convención Internacional de las personas con discapacidad tras la finalización del Programa de acción mundial de 1987.

Organización a las empresas para la adopción de *ajustes razonables*²⁵⁹ que den cabida en ellas a las personas con discapacidad, como también lo es la clara apuesta que se realiza por el empleo ordinario, reconociéndose el carácter supletorio o extraordinario que ha de tener el empleo protegido²⁶⁰.

El *Tratado de Ámsterdam*²⁶¹ de 1997 constituye un “punto de arranque”²⁶² en las políticas comunitarias de discapacidad al introducirse un nuevo artículo 13 en el Tratado constitutivo referente a las acciones positivas²⁶³ y modificando el artículo 3 del mismo para el fomento de la coordinación entre las políticas en materia de empleo de los Estados miembros “con vistas a aumentar su eficacia mediante el desarrollo de una estrategia coordinada para el empleo”²⁶⁴, estableciéndose, en su virtud, una *Estrategia Europea del Empleo*²⁶⁵.

²⁵⁹ Será posteriormente la CIDPD la que “apueste por la obligación de realizar ajustes razonables como la medida principal de integración, a todos los niveles de este colectivo”. Vid. GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *La obligación de realizar...*, op. cit., pág. 450.

²⁶⁰ Dispone el artículo 7.7. que “el objetivo debe ser siempre que las personas con discapacidad obtengan empleo en el mercado de trabajo abierto. En el caso de las personas con discapacidad cuyas necesidades no puedan atenderse en esa forma, cabe la opción de crear pequeñas dependencias con empleos protegidos o reservados.”

²⁶¹ Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos (DO C 340, de 10 de 11 de 1997).

²⁶² Vid. GARRIDO PÉREZ, E., *El Tratamiento comunitario...*, op. cit., 175. También, en este sentido, CORDERO GORDILLO, V., *Régimen jurídico...* op. cit., pág. 29, que establece que la misma “supone la adopción de un nuevo enfoque en la intervención comunitaria en la materia”.

²⁶³ En este se establecía que “el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

²⁶⁴ Actualmente el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) dispone en su artículo 145 que los Estados miembros y la Unión se esforzarán por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo y en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico, con vistas a lograr los objetivos definidos en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE). El anterior artículo 13 TCE se ubica ahora en el artículo 19 TFUE, norma primordial de derecho originario que también recoge en su artículo 10 el compromiso de la lucha contra “toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

²⁶⁵ Con su aprobación se establece en el marco de la Unión Europea la Estrategia Europea de Empleo (EEE), la cual se integra hoy día en la estrategia de crecimiento Europa 2020, y que se estructura en cuatro pautas, siendo la cuarta la de equidad, lucha contra la pobreza y promoción de la igualdad de oportunidades para todos. En el seno de esta Estrategia se aprueban una serie de directrices por el Consejo, a propuestas de la Comisión que marcan las pautas a seguir por los Estados miembros, los cuales, tras un informe conjunto del empleo, presentan y ponen en marcha los Programas Nacionales de reforma (PNR). En este sentido, en las Directrices para el empleo del año 1999 se incluye una, la núm. 9, dedicada a las necesidades de las personas con discapacidad, que establece “la elaboración de medidas preventivas y activas que faciliten la integración de todos ellos en el mercado de trabajo”.

(...)

d) *El nuevo milenio: Desde la Directiva 2000/78 hasta la Convención*

Esta nueva formulación del derecho originario de la Unión propiciaría el nacimiento de la *Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000*²⁶⁶, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, norma primordial de derecho derivado en cuanto a las medidas de acción positiva y que constituye un enorme refuerzo de las mismas en materia de discapacidad y empleo. Prueba de ello es tanto el propio título del artículo 7 (“acción positiva y medidas específicas”), como su contenido, que se divide en dos apartados, ambos habilitadores de este tipo de medidas. El primero genérico, con el objeto de prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1²⁶⁷; el segundo dedicado en exclusiva a la discapacidad, a decir verdad reiterativo, por cuanto la discapacidad ya se incluía en los motivos del primer apartado, pero en cierto modo reconocedor de la importancia de la llevanza de este tipo de políticas en aras de la igualdad real y efectiva del colectivo en el empleo.

Por otra parte, la Carta de Derechos fundamentales de la Unión del año 2000²⁶⁸, fundada sobre el valor de dignidad humana²⁶⁹, establece de un lado, en su artículo 21, la prohibición de la discriminación por razón de discapacidad, y, por otro, posibilita (como ya viene siendo habitual en la normativa) la adopción de acciones positivas, estableciendo en el artículo 26 que “la Unión reconoce y

Siguiendo la misma, nace la Resolución del Consejo de 17 de junio de 1999 que nuevamente de forma ambigua pone su énfasis en la adopción de las medidas preventivas y activas apropiadas destinadas a fomentar de modo específico “la integración de los minusválidos en el mercado laboral en el sector privado...” y en el público. Desde entonces las alusiones a la discapacidad en las posteriores directrices y en general en el seno de esta estrategia han sido continuas. Véase a modo ejemplificativo la Decisión 2010/707/UE del Consejo que aspira “a construir una sociedad inclusiva en la que se capacite a las personas para que anticipen y gestionen el cambio y puedan participar activamente en la sociedad y en la economía”, o la inclusión como orientación (nº8) de los mercados laborales inclusivos, abiertos a todos, instaurando medidas para luchar contra todas las formas de discriminación establecida en la *Decisión (UE) 2018/1215 del Consejo de 16 de julio de 2018* relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros.

²⁶⁶ La cual se produce dentro del ambicioso programa emprendido por la *Decisión del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006) (2000/750/CE)*. Esta Directiva, como el resto del ordenamiento de la Unión, ha de interpretarse conforme a la Convención de la ONU, al ser esta parte de esta la UE mediante la decisión 2010/48, cuestión que ha recordado el TJUE en la Sentencia de 1 de diciembre de 2016 (asunto C-395/15), “en la medida de lo posible debe interpretarse de conformidad con esa misma Convención (véanse las sentencias de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartado 32, y de 18 de marzo de 2014, Z., C-363/12, EU:C:2014:159, apartado 75)”.

²⁶⁷ Motivos entre los que se encuentra la discapacidad.

²⁶⁸ (DO C 202 de 7.6.2016, pp. 389-405).

²⁶⁹ En su artículo 1 se consagra que “la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”.

respetar el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad²⁷⁰.

Ya han sido numerosas las ocasiones en las que nos hemos pronunciado en este estudio sobre la *Convención Internacional* de 2006, cuestión que queda justificada dada su trascendencia. Así, habiendo sido tratada en el primero de los epígrafes de este capítulo, nos remitimos a lo allí expresado en lo referente a la implantación del modelo relacional de la discapacidad. Toca ahondar en esta sede en el reconocimiento del derecho al trabajo de las personas con discapacidad que se realiza en la misma, no sin antes puntualizar sobre lo establecido en su artículo 5.4²⁷¹, precepto que habilita las medidas de acción positiva en las que debemos considerar incluidas la reserva de empleo de personas con discapacidad. Dicho esto, si lo complementamos con lo dispuesto en el artículo 27 (“Trabajo y empleo”), podemos admitir que más que la habilitación como posibilidad, se trataría de un compromiso adquirido por los Estados, puesto que el tenor literal de este precepto es claro al establecer que los mismos “salvaguardarán y promoverán el derecho al trabajo” y la forma de hacerlo que será “adoptando medidas”, e incluso llegando a detallarse posibilidades concretas²⁷². Se pretende asegurar con el precepto la igualdad de oportunidades tanto en el acceso, como en la conservación²⁷³ y la promoción²⁷⁴.

²⁷⁰ Como vimos, su antecedente, la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores adoptada en 1989, ya reconocía en el mismo artículo, el 26, y en similares términos, que “todo minusválido, cualesquiera que sean el origen y la naturaleza de su minusvalía, debe poder beneficiarse de medidas adicionales concretas encaminadas a favorecer su integración profesional y social”, sin embargo este precedente continuaba concretando estas medidas sin hacer especial mención al acceso al empleo, cuestión que queda solventada hoy día puesto que ese párrafo ha sido omitido en la actualmente vigente.

²⁷¹ Aquí se dispone que “no se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”.

²⁷² Algunos autores en momentos previos a la elaboración de la Convención estimaban necesario que la misma regulase medidas de acción positiva de carácter internacional, algo que como se comprueba, no se ha conseguido. *Vid.* GARCÍA AÑÓN, J., “Los derechos de las personas con discapacidad y las medidas de acción afirmativa en el ordenamiento jurídico español. Algunos apuntes con relación a la propuesta de Convención internacional amplia e integral para proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad”, en AA. VV. (CAMPOY CERVERA, I., coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 75- 112, pág. 80.

²⁷³ En el mismo precepto se dispone que las mismas habrán de adoptarse “incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo” y dentro de las medidas específicas encontramos presente este aspecto en el artículo 27.1 letra a).

²⁷⁴ Cuestión detallada en la medida recogida en el art. 27.1 e): “Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo”.

Podemos dividir el artículo 27 CIDPD en dos partes bien diferenciadas que se corresponden con sus dos apartados. Nos centraremos en la primera en tanto y en cuanto el apartado segundo se limita a reconocer el derecho de las personas con discapacidad a no ser “sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio”. El primero de los apartados, que reconoce el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, puede ser a su vez subdividido en otras dos partes. Un primer inciso que recoge el reconocimiento de los Estados partes del “derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad”; y por otro, un catálogo de medidas para hacerlo efectivo²⁷⁵. Centrándonos en la primera subdivisión destacamos en el reconocimiento de la igualdad en las condiciones de trabajo y, especialmente, la importante y controvertida previsión de la oportunidad de que el mismo se desarrolle mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y entorno abierto, inclusivo y accesible. Decimos controvertida puesto que de tal ordenación no se infiere con claridad si el empleo pretendido por la CIDPD para las personas con discapacidad lo es preferiblemente en un medio ordinario o, por el contrario, se admite en el mismo plano el empleo protegido, siempre y

²⁷⁵ “Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables; b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos; c) Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás; d) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua; e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo; f) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias; g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público; h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas; i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo; j) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto; k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.”

cuando se den las circunstancias allí recogidas (“abiertos, inclusivos y accesibles”). Al respecto existen autores que interpretan la perfecta compatibilidad del empleo protegido en esta previsión²⁷⁶. En contra, otros autores, con los que nos alineamos, entienden que este precepto “aboga por el empleo de este colectivo en el medio ordinario²⁷⁷”. Nos posicionamos junto a esta última postura por entender que la CIDPD pretende la inclusión en el empleo ordinario y para ello pretendemos apoyarnos en dos argumentos que estimamos de peso. El primero es la trayectoria marcada y decidida en la senda internacional en la prerrogativa hacia el empleo ordinario por los antecedentes de la Convención. Si nos dirigimos al instrumento específico precedente más relevante, aunque sin tener rango de norma jurídicamente vinculante, las

²⁷⁶ En este sentido MORA GONZÁLEZ, V. y CABRA DE LUNA, M.A., “Hacia una nueva regulación del trabajo de las personas con discapacidad”, *Anales de derecho y discapacidad*, Núm. 1, 2016, pp. 69-88, pág. 75: “El modelo de la Convención es compatible con la existencia de un ámbito de empleo protegido. Discrepamos de aquellos que han puesto en duda tal afirmación, sin argumentos fundamentados y únicamente basándose en que se habla de que los entornos laborales han de ser «abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad», lo que, a nuestro juicio, no excluye que existan empresas que primen de forma especial la participación de personas con discapacidad, siempre que cumplan esos requisitos, lo que ocurre de forma mayoritaria en nuestros centros especiales de empleo. La CIDPD introduce, entre sus principios generales, el de la «plena y efectiva participación e inclusión en sociedad» que implica que la sociedad en sus dimensiones públicas y privadas está organizada para posibilitar que todas las personas con discapacidad puedan participar plenamente”.

²⁷⁷ En este sentido: GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “El complemento por discapacidad y la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad en la negociación colectiva de los últimos años (2012-2014)”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 131, 2015, pp. 149-179, pág. 150. También, REY PÉREZ, J.L., *Propuestas... op. cit.*, pág. 395: “La realidad del empleo segregado parece no adaptarse bien a la finalidad no discriminatoria que preside la Convención”, no obstante este último autor matiza su afirmación al entender que este debate “no puede plantearse en términos de todo o nada, sino desde una perspectiva pragmática que tenga en cuenta la realidad del mundo del trabajo hoy en día” y manifiesta lo siguiente (pp. 398 y 399): “Sin embargo, sabemos que hoy en nuestro país, gran parte de las personas con discapacidad que tienen un empleo lo desempeñan en un CEE o en un enclave laboral. Por ello no parece oportuno, aunque solo sea por una cuestión de pragmatismo, prescindir de la labor que está desarrollando el empleo protegido. Lo que no quiere decir que no sean necesarias una serie de reformas en su regulación que estén orientadas a ir desdibujando las fronteras entre el empleo ordinario y el protegido, en concreto, que no haya diferencia en cuanto al reconocimiento de unos derechos laborales y salariales. Es decir, el grado de segregación que está asociado al modelo de CEE depende en gran medida de las condiciones de trabajo que se tienen en el CEE, que actualmente en ocasiones presentan salarios más reducidos, alta temporalidad, poca promoción o recorrido profesional, condiciones de trabajo que no son las propias del sector (ya que no se regulan por el convenio colectivo del ámbito de trabajo concreto). Si estas condiciones cambian y se mejoran, si se aumenta la calidad del empleo de los CEE, la diferencia entre empleo ordinario y protegido puede reducirse. Esto debe hacerse no solo mejorando el empleo en los CEE sino también modificando las condiciones del empleo ordinario que suponen barreras de accesibilidad a personas con capacidades diversas y diferentes”.

Normas Uniformes privilegiaban este tipo de empleo de forma más patente²⁷⁸ al fijar en su artículo 7.7 que “el objetivo debe ser siempre que las personas con discapacidad obtengan empleo en el mercado de trabajo abierto. En el caso de las personas con discapacidad cuyas necesidades no puedan atenderse en esa forma, cabe la opción de crear pequeñas dependencias con empleos protegidos o reservados”. De este precepto se debe entender que, al menos en dicha norma, un mercado abierto venía a equivaler con el medio ordinario puesto que seguidamente lo contrapone –para los supuestos en los que las necesidades lo impidan–, al empleo protegido. Pues bien, es el mismo término, “abierto”, el que utiliza la CIDPD en su artículo 27.1, pero es más –y enlazamos aquí con nuestro segundo argumento– su interpretación teleológica no puede conducirnos a otro destino cuando ninguna de las medidas concretas se refiere al ámbito del empleo protegido, haciéndose nuevamente alusión al trabajo en un mercado abierto (j)²⁷⁹ y promoviendo programas de *mantenimiento* del empleo y *reincorporación* al trabajo dirigidos a personas con discapacidad (k)²⁸⁰, lo que ha de entenderse referido al empleo ordinario.

Con base en lo anterior, el criterio que mantenemos no es contrario al empleo protegido, y tampoco creemos que la CIDPD niegue tal posibilidad, sino que estimamos que el derecho a la igualdad de oportunidades que en este sentido reconoce lo es en el medio de empleo ordinario. En este sentido, el empleo protegido habrá de ser extraordinario y principalmente dirigido a las personas que, por su grado de incapacidad laboral, no pueda prestar servicios en el medio ordinario.

Dejando a un lado la Convención para aproximarnos más a nuestros días, mencionamos la *Recomendación de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales*²⁸¹ que reconoce en su artículo 17 (“Inclusión de las personas con discapacidad”) que “las personas con discapacidad tienen derecho a una ayuda a la renta que garantice una vida digna, a servicios que les permitan participar en el mercado laboral y en la sociedad y a un entorno de

²⁷⁸ En territorio europeo, la Carta Social europea en su versión revisada de 1996 hacía una apuesta también por el empleo ordinario al contener el compromiso de los Estados partes, ex artículo 15.2 a promover medidas para que las empresas “mantengan empleadas a las personas minusválidas en el entorno habitual de trabajo y a adaptar las condiciones de trabajo a las necesidades de los minusválidos o, cuando ello no sea posible por razón de la minusvalía, mediante el establecimiento o la creación de empleos protegidos en función del grado de incapacidad”.

²⁷⁹ “(...) mantengan empleadas a las personas minusválidas en el entorno habitual de trabajo y a adaptar las condiciones de trabajo a las necesidades de los minusválidos o, cuando ello no sea posible por razón de la minusvalía, mediante el establecimiento o la creación de empleos protegidos en función del grado de incapacidad”.

²⁸⁰ “Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad”.

²⁸¹ Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión de 26 de abril de 2017.

trabajo adaptado a sus necesidades”. Esta previsión, a simple vista, con un marcado carácter prestacional, omite cualquier mención a las acciones positivas²⁸², aunque debemos considerarlas implícitas en el derecho a la participación en el mercado laboral y en un entorno accesible. Muy recientemente, en la Estrategia Europea de la Discapacidad 2021-2030²⁸³, se establece que, en 2022, la Comisión presentará un paquete para la mejora de los resultados del mercado laboral de las personas con discapacidad en el que promoverá “perspectivas de contratación a través de la acción afirmativa y combatiendo los estereotipos”.

3.2. El tratamiento de la igualdad y la discapacidad en la Constitución española

3.2.1. El mandato de igualdad –y de la diferencia– en la Constitución española

Nuestra carta magna realiza a lo largo de su articulado numerosas alusiones al concepto igualdad, si bien resulta especialmente relevante para este estudio la igualdad como principio jurídico y su relación con la discriminación. La Constitución española ya en su artículo inicial define a nuestro país como Estado social y democrático de derecho y, seguidamente, consagra a la igualdad –junto con la libertad, la justicia y el pluralismo político– como valor superior del ordenamiento jurídico²⁸⁴. Las repercusiones que ha de conllevar tal reconocimiento las hemos esgrimido *supra*, estando en la posición de admitir sin género de dudas que, como consecuencia de esta configuración, el Estado –social– ha de tener un papel protagonista en la consecución de la igualdad. A su vez, el reconocimiento de la igualdad como valor constitucional “la convierte en criterio general que inspira el ordenamiento en su conjunto y que sirve de criterio de interpretación e integración del ordenamiento y dentro de él de la propia Constitución²⁸⁵”, estando en íntima relación con la dignidad de la persona, fundamento del orden político y la paz social tal y como establece el artículo 10.1 CE²⁸⁶, el cual “configura un concepto constitucional de la persona

²⁸² Aunque reconoce el fomento de la igualdad de oportunidades (art. 3).

²⁸³ COMISIÓN EUROPEA, *Strategy...op. cit.*, pág. 14.

²⁸⁴ Podemos estimar este artículo 1.1 como el “sólido trasfondo social” de la inclusión de las personas con discapacidad en todos los ámbitos, también en el empleo. *Vid.* ESTEBAN LEGARRETA, R. *Contrato de trabajo...*, *op. cit.*, pág. 75.

²⁸⁵ *Vid.* RODRÍGUEZ PIÑERO M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 18 y 19. Véase en este sentido, GARRORENA MORALES, A., *El Estado español...*, *op. cit.*, pp. 48 - 75.

²⁸⁶ En este sentido, GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P., *El principio de igualdad y no discriminación: España*, EPRS, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, PE 659.297, 2020, pág. 72.

como sujeto en torno al cual gira la normativa constitucional, con el único límite del respeto a la ley y los derechos de los demás”²⁸⁷.

La cláusula general de igualdad se contiene en nuestro texto constitucional en el artículo 14 CE definiéndolo como derecho fundamental²⁸⁸ y subjetivo del individuo a ser *igual ante la ley*²⁸⁹, y a no ser discriminado por “razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, o lo que es lo mismo, *a la igualdad en la ley*. Determinados sectores de la doctrina reconocen en este precepto dos partes diferenciadas: la primera reguladora del principio general de igualdad, la igualdad formal *stricto sensu*, y una segunda que acoge el principio de no discriminación²⁹⁰. Esta prohibición de la discriminación puede contemplarse como el primer paso, ineludible, para la consecución de la igualdad material.

Sobre las circunstancias o motivos de discriminación recogidos expresamente en la norma, apreciamos a grupos de individuos que históricamente han sufrido discriminación social y que, por ello, han visto dificultado el disfrute de una vida plena, con limitaciones para su participación en sociedad. Debemos partir de la base que para la concepción de la igualdad habrá de realizarse siempre una comparación entre individuos o grupo de estos, es imposible identificarla en abstracto, teniendo que estar además proyectada sobre situaciones concretas²⁹¹. No obstante, como decimos,

²⁸⁷ Vid. ROCA TRÍAS, E., “Conferencia inaugural: discapacidad y protección de los derechos fundamentales”, en AA. VV. (SERRANO GARCÍA, I. y CANDAU PÉREZ, A., coords.), *Protección jurídica de la persona con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 15-34, pág. 15.

²⁸⁸ Así lo considera por ejemplo la STC 166/1985, de 9 de diciembre (RTC 1985\166) o la STC 91/2012, de 3 de julio (RTC 2012\91): “el art. 14 CE concreta la igualdad como valor superior del ordenamiento en un verdadero derecho fundamental vinculante y directamente aplicable por jueces y tribunales, que no es simplemente instrumental a los demás derechos fundamentales, sino que adquiere un contenido propio. En un Estado social y democrático de Derecho, como el que establece nuestra Constitución, el derecho a la igualdad no consiste meramente en una exigencia formal de trato equitativo, sino en una exigencia material de tutela que garantice la efectividad sustancial de la igualdad entre los individuos y los grupos, y que remueva los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”.

²⁸⁹ Así lo reconocía ya la STC 103/1983, de 22 de noviembre (FJ 5) (RTC 1983\103) al dictaminar que “el art. 14 de la Constitución, al consagrar el principio llamado de «igualdad ante la Ley», ha impuesto un límite a la potestad del legislador y ha otorgado un derecho subjetivo”. Esta manifestación, ya contemplada en la Constitución de 1812, tiene carácter “rupturista” respecto de la “época liberal de la igualdad” Vid. RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ M. F., *Igualdad...*, op. cit., pp. 19 y 20.

²⁹⁰ *Ibidem*. pp. 157-173. En el mismo sentido, MARTÍN VIDA, M^a. A., *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positivas*, Cívitas, Madrid, 2002, pp. 110 y 111. Destaca la autora que el primer inciso constitucionaliza el triple contenido del principio general de igualdad: “igualdad ante la ley, igualdad en la ley y igualdad en la aplicación de la ley”.

²⁹¹ GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P., *El principio de igualdad...* op. cit., pág. 72. En el mismo sentido, BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, Paidós I.C.E./U.A.B., Barcelona, 1993, pág. 53 y 54. Para este último autor, con relación a la igualdad, debemos estar en condiciones de saber de qué (...)

podríamos reconocer estas situaciones contempladas literalmente como *discriminaciones típicas*²⁹² o *rasgos sospechosos*²⁹³, grupos sobre los que pesa una desigualdad sistémica o estructural, que además puede ser probada estadísticamente, y que es inherente a la persona, esto es, un rasgo individual, normalmente natural o adquirido (como podría ser el caso de la discapacidad), del que no se puede separar por todo el empeño que se ponga. Sin lugar a dudas el supuesto que ha causado mayor litigiosidad no solo a nivel nacional sino también en las esferas judiciales internacionales, ha sido la discriminación por razón de sexo, cuestión que según BALAGUER CALLEJÓN²⁹⁴ puede deberse, en lo que se refiere a nuestro país, al retraso que nuestro sistema constitucional soportaba en relación con el ámbito europeo.

A este respecto, pese a que la discapacidad no viene reconocida expresamente como motivo de discriminación, el Tribunal Constitucional²⁹⁵ la ha considerado incluso en virtud de la cláusula de apertura del último inciso del precepto, algo lógico teniendo en cuenta la magnitud de los factores que implica la misma, como son, reiteramos, unos perjuicios que conducen a la inferioridad del colectivo y que son inmutables²⁹⁶.

entes se trata y respecto a qué cosa son iguales, es decir “a) ¿Igualdad entre quiénes? y b) ¿Igualdad en qué?”.

²⁹² Así los nombra la STC 103/1983, de 22 de noviembre (FJ 5) (RTC 1983\103).

²⁹³ Vocablo muy utilizado por la doctrina, véase TRIBE, L.H., *American Constitutional Law*, 2 ed., Mineola, New York, pág. 1602, (citado por DE ASIS ROIG, R.; CAMPOY CERVERA I., y BENGOCHEA GIL, M^a. A., *Derecho a la igualdad...*, op. cit. pág. 129). En este sentido, RUIZ MIGUEL, A., “Discriminación inversa e igualdad”, en AA. VV. (VALCÁRCEL y BERNALDO DE QUIRÓS, A., comp.), *El concepto de igualdad*, Pablo Iglesias, Madrid, 1994, pág. 80. El autor los identifica como rasgos que tienen la doble cualidad de, “por un lado, ser transparentes e inmodificables para los individuos que lo portan y, por otro lado, ser considerados por la sociedad -tendencial y generalmente, aunque no necesariamente-, de forma negativa, sea solo minusvaloradora o sea también despectiva y hasta estigmatizadora”. Véase también REY MARTÍNEZ, F., “¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n^o 45, 2011, pp. 167-181.

²⁹⁴ BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L., *Igualdad y Constitución...*, op. cit., pág. 141.

²⁹⁵ Véase la STC 269/1994, de 3 de octubre en su (FJ 4) (RTC 1994\269): “No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 C.E., es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación. Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la O.I.T.) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas”.

²⁹⁶ Vid. REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental...*, op. cit., pág. 61.

Podríamos concluir con este precepto haciendo indicación de que la redacción abierta²⁹⁷ del mismo en nuestro texto constitucional, ha permitido su adaptación e interpretación aplicativa a la luz de las disposiciones internacionales y supranacionales apenas referidas *ut supra*. Ahora bien, en concordancia con lo que se viene expresando, la proyección de la igualdad en el marco constitucional no puede agotarse ahí, sino que hay que complementarla con lo establecido en el artículo 9.2 CE.

Contiene el artículo 9.2 CE otra cara de la igualdad, el principio de igualdad material, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad, tanto en una vertiente individual (“entre individuos”), como colectiva (“de los grupos en que se integra”), sea real y efectiva. Dicho en otras palabras, se aspira a la remoción de los obstáculos que impidan esa igualdad material. Este precepto incide sobre la distribución de derechos y obligaciones del Estado Social, exigiendo la “transformación de la estructura productiva, económica y social” para “hacer frente, de esta forma, a todas las situaciones de desigualdad y a las causas que la provoca²⁹⁸”. Podemos identificar a este precepto como un criterio interpretativo que compele a todos los poderes públicos a la consecución de la igualdad real y efectiva, pero no constituye una exigencia al tratamiento diferenciado²⁹⁹.

La forma de alcanzar la meta de la igualdad material podrá serlo mediante un trato formalmente desigual, siempre que supere el *test de constitucionalidad*, cuando así sea considerado por parte de los poderes públicos³⁰⁰. No obstante, aludiremos aquí, que el propio Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente que estos tratamientos formalmente desiguales que tengan este fin, como puede ser en el caso que nos

²⁹⁷ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L., *Igualdad y Constitución...*, op. cit., pág. 109, que señala que nuestro artículo 14 CE se ha adaptado a todos estos cambios dada su estructura abierta.

²⁹⁸ Vid. SIERRA HERNÁIZ, E., *Acción positiva...*, op. cit., pág. 21.

²⁹⁹ Sí podríamos afirmar que es una exigencia a la eliminación de los obstáculos para alcanzar la igualdad real y efectiva. Vid. BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L., *Igualdad y Constitución...*, op. cit. pp. 32 y 33. Consecuentemente, y a diferencia de la vertiente de la igualdad establecida en el artículo 14 CE, no tiene acceso al recurso de amparo, como lo puso de manifiesto el TC en la Sentencia 120/1990, de 27 de junio (Fj. 4) (RTC 1990\12): “no reconoce derecho subjetivo alguno que sea susceptible de protección de amparo”.

³⁰⁰ Se expone en la STC 34/1981, de 10 de noviembre (Fj. 3) (RTC 1981\34) que “la apreciación de en qué medida la Ley ha de contemplar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente o, desde otra perspectiva, que no deben ser tratadas igualmente, queda con carácter general confiada al legislador. Pero tal valoración tiene unos límites, ya que no puede dar lugar a un resultado que vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución (art. 53.2) ni en general contra cualquier precepto o principio de la misma (art. 9.1 y 3, relativos a la sujeción a la Constitución de todos los poderes públicos y a la interdicción de la arbitrariedad); ni, como resulta obvio, contra la esencia del propio principio de igualdad que rechaza toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y, por ello, haya de calificarse de discriminatoria”

ocupa la cuota reserva prevista para un colectivo históricamente discriminado en el empleo, “constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 CE, en consonancia con el carácter social y democrático del Estado³⁰¹”.

En cuanto al test de constitucionalidad, que medirá el acomodo de un trato diferencial con nuestra norma suprema, tal y como ha establecido el mismo órgano:

(...) no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad no solo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada y razonable, sino también que esa diferenciación supere un juicio de proporcionalidad³⁰².

En palabras de RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “La legitimidad de tratamientos diferenciados igualadores no debe entenderse así en sentido absoluto y debe justificarse en cada caso. El fin no justifica todos y cada uno de los medios, y habrá de aplicar aquí la regla de la proporcionalidad³⁰³”. Con base en la evolución de la doctrina constitucional, cuya visión queda patente en este último pronunciamiento señalado, podemos sintetizar las condiciones constitucionales habilitantes para el trato diferente en: finalidad y proporcionalidad. La finalidad haría referencia a la razonabilidad de la medida que ha de ser acorde con un objetivo para nuestro Estado social, o lo que es igual, perseguir un fin constitucional, como es, la igualdad real y efectiva en el ejercicio de los derechos por parte de un colectivo desfavorecido históricamente. Por otro lado, la proporcionalidad enjuiciaría una triple relación, la existente entre: la finalidad, la diferencia de facto producida, y las consecuencias generales de la vigencia de la medida. El resultado del análisis tiene que ser proporcional, es decir, que exista un adecuado equilibrio entre el

³⁰¹ Véase la anteriormente citada STC 269/1994, de 3 de octubre en su FJ 4 (RTC 1994\269), sobre la que posteriormente volveremos dada su trascendencia en lo que nos ocupa por tratar por primera vez en nuestro sistema constitucional la reserva de empleos para las personas con discapacidad.

³⁰² Véase el FJ 9 de la STC 76/1990, de 26 de abril, (RTC 1990\76) tremendamente ilustrativo y clarificador de la interpretación conjunta que ha de realizarse sobre los preceptos constitucionales que versan sobre la igualdad. Por otro lado, haciendo referencia a estos preceptos, en la STC 81/1982, de 21 de diciembre, que versa sobre la legitimidad de una medida en favor de la mujer, se dictamina que (FJ 1) (RTC 1982\81): “La protección de la mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni es suficiente tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer en cuanto tal mujer, pues ello, en tales términos, es evidentemente contrario al art. 14”.

³⁰³ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *Discriminación...*, op. cit., pág. 92.

beneficio y el daño producido³⁰⁴, cuestión especialmente trascendente cuando dos derechos fundamentales han de ser sopesados³⁰⁵.

Consecuentemente, y cuando se den estos presupuestos, podemos afirmar que la concurrencia de los preceptos constitucionales expuestos no impide tratamientos diferenciados, sino solo los que no estén justificados por ser arbitrarios o discriminatorios³⁰⁶.

Conviene descender por un momento desde el contexto constitucional a la legalidad ordinaria, aunque sin salir del ámbito de las normas esenciales, para referirnos a la norma básica de las relaciones laborales, el Estatuto de los Trabajadores. Y es que en esta norma se encuentran reconocidos para este ámbito, por un lado, el derecho a la no discriminación *ex* arts. 4.2 c)³⁰⁷ y 17.1,

³⁰⁴ Vid. RUEDA MONROY, J.A., "La virtualidad jurídica de las reservas y preferencias en el empleo a favor de la mujer en el ordenamiento español", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho Del Empleo*, Volumen 8, núm. 4, octubre-diciembre de 2020, pp. 197-221, pág. 205. Véase sobre el juicio de proporcionalidad la STC 75/1983, de 3 agosto (FJ 2) (RTC 1983\75): "resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida".

³⁰⁵ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L., *Igualdad y Constitución...*, *op. cit.*, pp. 83 y 84. Obsérvese en este sentido, a modo ejemplificativo, la fiscalización realizada en la STC 12/2008, de 29 de enero (FJ 5) (RTC 2008\12) en referencia a la legitimidad constitucional de la composición equilibrada de las listas electorales, cuando para ponderar los intereses en conflicto y, concretamente, la intensidad del posible daño, se manifiesta que la medida "se limita a exigir una composición equilibrada con un mínimo del 40 por 100 y sin imposición de orden alguno, contemplándose excepciones para las poblaciones de menos de 3.000 habitantes".

³⁰⁶ GARRORENA MORALES, A., *El Estado español...*, *op. cit.*, pág. 51.

³⁰⁷ Establece el párrafo segundo que "Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate". Respecto a esta última apreciación, responde a la lógica que se puede dar en supuestos donde la discriminación por razón de discapacidad se produzca porque la persona no pueda realizar, a razón de las deficiencias de salud, las actividades que lleva implícitas el puesto de trabajo, a modo de ejemplo: para el ejercicio de la profesión de bomberos para una persona parapléjica. Es evidente que en estos casos esta persona con discapacidad podrá ser discriminada para el mismo. Sin embargo, aludimos, como lo haremos a posteriori en que debemos considerar a esa persona como incapacitada laboralmente para el puesto, noción distinta, aunque pueda estar relacionada, a la discapacidad. No obstante, en similares términos se recoge esta previsión en el art. 4.1 de la Directiva 2000/78/CE, admitiendo la discriminación por este motivo cuando "debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado", aclarando, en el considerando 23 que esta opción se podrá dar en "muy contadas circunstancias", admitiéndose también por motivos de religión, convicciones, o incomprensiblemente por la orientación sexual, siendo difícil imaginar cuando esta constituye un "requisito profesional esencial y determinante". En cualquier caso, según este considerando, "dichas circunstancias deberán figurar en la información que facilitarán los (...)

sancionando este último con la nulidad este tipo de actos; y la admisibilidad del trato diferenciado *ex art.* 17 apartados 3 y 4. En el apartado previo, el 2, el Estatuto realiza una reserva de ley para el establecimiento de “exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente” que posibilita la cuota reserva de la que nos ocuparemos aquí de forma principal³⁰⁸. Seguidamente, en el apartado tercero, se faculta al Gobierno para “regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo” y “otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo”, grupos entre los que se encuentran, como hemos constatado, las personas con discapacidad.

Es importante diferenciar en este punto del discurso la discriminación individual que puede proyectarse por vía directa o indirecta³⁰⁹, de la discriminación social. Nos encontramos ante elementos distintos. Mientras que las dos primeras tienen una incidencia individual, que haría posible la

Estados miembros a la Comisión”. Podría ser aplicable esta distinción a las fuerzas armadas, tal y como se recoge en el artículo 3.4 de la antedicha Directiva, supuestos de pilotos de aeronaves, etc. Sobre la aplicación de esta exclusión véase las recientes conclusiones del abogado general Sr. Henrik Saugmandsgaard presentadas el 22 de abril de 2021 ante el TJUE en el asunto C-824/19 en la que se desprende su aplicación restrictiva.

³⁰⁸ Vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo...*, *op. cit.*, pág. 98.

³⁰⁹ Respecto a estas dos formas de discriminación, la directa y la indirecta, ya se diferenciaban en el artículo 2.1 de la *Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo*, siendo aplicada esta diferenciación por el Tribunal de Luxemburgo en la STJUE de 31 de marzo de 1981 (asunto 96/80). Hoy quedan bien definidas en el artículo 2.1 de la *Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*, el cual expresa que existe *discriminación directa* “cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1”, motivos entre los que se incluye la discapacidad, siendo por tanto relevante: el trato diferenciado (menos favorable), como hemos puesto de manifiesto con anterioridad, la comparativa, y por último el motivo, que ha de ser uno de los motivos especificados. Por su parte, la *discriminación indirecta* se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas”, la diferencia entre una y otra estriba en que se desplaza “la atención desde el trato diferente hacia la diferencia en los efectos”, así se contiene en AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011, pág. 30. En nuestro país la discriminación indirecta fue tratada por primera vez en la STC 145/1991 de 1 julio (RTC 1991\145), referida a un supuesto de discriminación por razón de sexo a consecuencia de una diferencia salarial entre dos categorías con funciones homogéneas. Por su parte, normativamente se recogieron en el artículo 6.2 *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*.

identificación tanto de víctimas como de culpables, la última tiene carácter grupal y se manifiesta por la pertenencia a ese colectivo, es un desprecio al grupo basado en estructuras sociales petrificadas, por lo que en este supuesto quedan difuminados tanto los sujetos agresores como los agredidos³¹⁰. Las medidas de acción positiva se configuran como el antídoto a esta discriminación social³¹¹.

Antes de continuar con la exposición, consideramos conveniente realizar alguna breve apreciación sobre el término discriminación para, en cierta medida, despojarlo de las connotaciones negativas o peyorativas que se le suelen achacar³¹². Y es que, en el plano más prístino debemos entender la palabra *discriminación* como el reconocimiento de diferencias. Es cierto que, en la mayoría de los supuestos de utilización de la palabra, se le atribuyen connotaciones negativas por resultar de la asociación o vinculación a los referidos rasgos sospechosos, esto es: discriminación por razón de sexo, discriminación por razón de discapacidad, etc. Pero a veces, estas diferencias que quedan expuestas pueden ser positivas. Se verá cómo en ocasiones podemos considerar a la discriminación, asumiendo la contradicción terminológica, como un mecanismo que procure lo contrario, la realización de la igualdad real y efectiva, aunque ello sea, como hemos visto, a costa de comprometer la vertiente liberal del concepto, es decir, la igualdad ante la ley.

3.2.2. *El tratamiento de la discapacidad en la Constitución española bajo el paradigma de la CIDPD*

Fruto también de la configuración jurídico-política de nuestro Estado, en el texto constitucional se procura un radio integrador que abarque a todos los ciudadanos en la garantía de sus derechos, entre los que se encuentran, con mención explícita en un precepto dedicado en exclusiva, el artículo 49, las personas con discapacidad. Se establece en el mismo lo siguiente:

³¹⁰ Vid. SIERRA HERNÁIZ, E. *Acción positiva...*, op. cit. pág. 27. Pese a que coincidimos en tal afirmación, no debemos olvidar que una discriminación directa o indirecta siempre producirá una “injusticia intergrupal” puesto que se estará tratando injustamente por la pertenencia a un grupo minusvalorado, en este sentido, DE ASIS ROIG, R.; CAMPOY CERVERA I., y BENGOCHEA GIL, M^a. A., *Derecho a la igualdad...* op. cit., pág. 129.

³¹¹ Piénsese que las medidas de acción positiva, como veremos, no confieren a la persona con discapacidad la titularidad de algún derecho subjetivo. Al contrario, podríamos defender que la titularidad de la medida es colectiva y no es hasta cuando es efectiva o se ejerce, cuando se puede individualizar su “beneficiario”.

³¹² Este sentido peyorativo viene influenciado por el propio tratamiento constitucional e internacional, utilizado para describir situaciones “injustas o arbitrarias por basarse en concretas razones especialmente odiosas o rechazables al suponer la negación de la propia igualdad entre los hombres”, Vid. RODRÍGUEZ PIÑERO M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad...* op. cit., pp. 156 y 157.

Los poderes públicos realizarán 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.

Nos centraremos en los aspectos de fondo del artículo, puesto que hemos dado cuenta de la arcaica terminología utilizada en el mismo en el apartado introductorio de esta obra al que remitimos al lector y del que reiteramos la reclamación relativa a la necesidad de su perfeccionamiento léxico.

A propósito de los antecedentes de este precepto, el anteproyecto de la Constitución ya contenía una referencia similar en el artículo 42, que era, para algunos autores de referencia, de mayor precisión técnica, aunque no hubo disidencia alguna a la hora de la inclusión del actual en nuestra Carta Magna³¹³, siendo un aspecto relevante, toda vez que en esos momentos solo la Constitución portuguesa tenía un precepto similar³¹⁴, concretamente el art. 71.

La inclusión de este mandato a los poderes públicos dentro del capítulo 3º del Título 1º condicionaría enormemente su efectividad. Nos encontramos, por su ubicación, ante un principio rector de la política social y económica, norma por tanto de carácter programática, que necesitará desarrollo legal para recibir un amparo especial, lo que no obsta, eso sí, para que sirva de orientación de la actuación de los poderes públicos³¹⁵. La misma conclusión, permítase el paréntesis, podemos extraer del artículo 35CE, reconocedor del derecho al trabajo, dada su ubicación en la constitución, habiéndosele “caracterizado como un derecho impreciso y con escasas implicaciones prácticas”, salvo para los específicos ámbitos de la discapacidad, junto con el de la mujer y los penados, puesto que en ellos la citada imprecisión del derecho constitucional al trabajo ha sido objeto de concreción legislativa³¹⁶.

³¹³ “desde un puesto de vista de la arquitectura y la técnica de esta redacción inicial podrían considerarse mejores que los de la resultante final” Vid. VIDA SORIA, J., “Artículo 49. Protección de los disminuidos físicos”, en AA. VV. (ALZAGA VILLAAMIL, O., dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IV, Artículos 39 a 55, Editoriales de Derecho Reunidas Cortes Generales, Madrid, 1996, pp. 355-364, pp. 357 y 358.

³¹⁴ Vid. BIEL PORTERO, I., “La regulación jurídica de la discapacidad: la perspectiva de los derechos humanos”, en AA. VV. (BLÁZQUEZ PEINADO, M. y BIEL PORTERO, I., coords.), *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la Comunidad Valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 47-84, pág. 77. El autor destaca a su vez la influencia en la redacción del precepto de las Declaraciones de Naciones Unidas y el artículo 15 de la carta Social Europea. En el mismo sentido, VIDA SORIA, J., *Artículo 49...*, op. cit., pág. 359.

³¹⁵ Ello en virtud del art. 53.3 CE que establece: “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

³¹⁶ Vid. VIGO SERRALVO, F., “El fomento del empleo por cuenta ajena en el sistema ordinario de trabajo” en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M^a. N.; MÁRQUEZ PRIETO, (...)

Para RAFAEL DE ASÍS³¹⁷, la inclusión del artículo 49 –y su referencia a la discapacidad– en el precitado Capítulo 3º del Título I –capítulo en el que, dicho sea de paso, se recoge la mayoría de los derechos sociales– se derivaría de tres premisas: que “tiene su origen en la percepción de la discapacidad propia del modelo médico rehabilitador, que englobaba el discurso asistencial y prestacional”³¹⁸ y, la consecuencia natural, “que el discurso de los derechos haya provocado que estos se vean como derechos sociales”; la tendencia contemporánea a “utilizar un discurso basado en derechos colectivos específicos como vía para satisfacer los derechos sociales” y; en “una comprensión de la accesibilidad que se centra en el diseño de prestaciones y servicios por parte del Estado muy próxima a la idea de derechos económicos, sociales y culturales”.

Esta interpretación, junto con la naturaleza propia del precepto, justifica que se ponga necesariamente en relación con los artículos 41 y 43 del texto constitucional, estando referido el primero al sistema de seguridad social ante situaciones de necesidad y, el segundo, al sistema de salud. En este sentido, la disgregación realizada del precepto que nos ocupa con los señalados, y con ello la singularización³¹⁹ de esta problemática, nos conduciría a pensar que la intención del constituyente fue la de marcar un antes y un después en el tratamiento de la discapacidad y que, por ende, las políticas públicas que se destinasen a las personas con discapacidad no habían de limitarse a la rehabilitación y protección médico-sanitaria (art. 43) y a las prestaciones asistenciales (art. 41), sino que este modelo reclamaba su propia superación³²⁰, lo cual queda hoy traducido en el modelo relacional de la discapacidad y en la necesidad de la supresión de las barreras físicas y sociales que al interaccionar

A., et. al. dirs.), *La protección Jurídico-Social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Laborum, Murcia, 2021, pp. 453-476, pág. 454.

³¹⁷ Vid. DE ASÍS ORIG, R, *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 94.

³¹⁸ El enfoque médico-rehabilitador del precepto lo ha reconocido el propio legislador. En el preámbulo de la *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* se señala que: “El texto constitucional, al regular en su artículo 49 la atención a las personas con discapacidad, se inspiró en el modelo médico o rehabilitador, predominante en el momento de su aprobación, el cual consideraba la discapacidad como un problema de la persona, causado directamente por una enfermedad, accidente o condición de su salud, que requiere asistencia médica y rehabilitadora, en forma de un tratamiento individualizado prestado por profesionales”.

³¹⁹ En este sentido VIDA SORIA, J. *Artículo 49...* op. cit., pág. 359. Para el autor, esto mismo, hace que se potencie la fuerza normativa del precepto pese a su carácter programático (pág. 369).

³²⁰ Para DE ASÍS ROIG una interpretación conforme la Convención nos debería llevar a “entender que el tratamiento de la discapacidad no es solo una cuestión relacionada con políticas sanitarias y de seguridad social sino principalmente una cuestión de derechos humanos”. Vid. *Discapacidad...*, op. cit. pág. 48. En el mismo sentido, véase una interpretación de estos conceptos de conformidad con la CIDPD en CUENCA GÓMEZ, P., *Los Derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 110-121.

con las deficiencias, impiden la vida plena de las personas con discapacidad. Desde este fundamento básico y de acuerdo con la redacción del precepto, entendemos que cabrían políticas de “previsión” destinadas a la eliminación de estas barreras sociales, abandonándose por incoherencia los términos “tratamiento”, “rehabilitación”, “disminuidos” e “integración” dado su carácter restaurador y reparador³²¹. Unas finalidades estas, que, sin embargo, entendemos tendrían buen encaje con el resto del precepto cuando se articulan con otros objetivos orientados a promover la participación activa del colectivo en la vida laboral, económica y social.

Adentrándonos en su contenido, se observa *prima facie* que este precepto es un mandato de acción, puesto a cargo de los poderes públicos y con un triple contenido: desarrollar unas tipologías de políticas concretas, de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración; que presten una atención especializada y que permitan al colectivo el ejercicio de sus derechos³²². Como fácilmente se comprueba, la previsión contenida en el precepto no establece o reconoce ningún derecho nuevo o distinto que amplíe el catálogo de derechos de las personas con discapacidad. Más si cabe, atendiendo a lo que venimos considerando respecto a la igualdad, podríamos entender que estas previsiones también podrían derivarse de la lectura de los artículos 1.1, 9.2 y 14 CE antes mencionados. En este sentido, y pese al enérgico tenor literal del precepto, como ha señalado VIDA SORIA, J., su contenido bien podría calificarse de “voluntarista”, puesto que la meta propuesta no solo necesita de un apoyo social y cultural inexistente, sino que, además, se pretende alcanzar mediante un precepto sin fuerza normativa. Expresamente indica el autor:

*Este objetivo de sociedad solidaria que entienda implantar un determinado modo de convivencia posiblemente no pueda alcanzarse a través de ningún mecanismo normativo, siendo más que probable que solo una determinada cultura pueda dar respuesta satisfactoria a esta cuestión y a cuestiones semejantes (...). Si se pudiera alcanzar con un mecanismo normativo no lo sería con uno del tipo global que nuestra constitución consagra y que se basa en unos sistemas económicos y sociales globales no especialmente aptos para producir o incentivar esos mecanismos solidarios que se declaran*³²³.

³²¹ No obstante, estos conceptos podrían adecuarse al modelo actual de la discapacidad. En este sentido, DE ASIS ROIG, R.; CAMPOY CERVERA I., y BENGOCHEA GIL, M^a. A., *Derecho a la igualdad...*, op. cit., pp. 106 y 107.

³²² En este sentido, VÁZQUEZ GARRANZO, J., “Capítulo III: De los principios rectores de la política social y económica. Artículo 49”, en AA. VV. (CAZORLA PRIETO, L.M. y PALOMAR OLMEDA, A. dirs.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Thomson Reuters, 2018, recurso electrónico. En el mismo sentido DE LORENZO GARCÍA, R., *Reforma social...*, op. cit., pág. 22.

³²³ *Ibidem*, pág. 358.

Creemos que el cambio social y cultural al que se refería el Profesor ha echado a andar desde entonces, pero sigue siendo insuficiente³²⁴.

En el sentido que instaba el precepto, en el ámbito legislativo se ha producido un desarrollo normativo bastante disperso y abigarrado que dio inicio con la LISMI y su desarrollo mediante el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo sobre los que más adelante nos detendremos.

Las exigencias textuales del artículo 49 constitucional nos parecen obsoletas en atención al contenido y la regulación de la CIDPD. No obstante, la interpretación del precepto está altamente condicionada por el contenido de esta Convención, así como de los demás tratados internacionales ratificados por España de acuerdo con el art. 10.2 CE, lo que ocasiona una renovación implícita del mismo, así como que la legislación surgida en su desarrollo quede también supeditada a estos mecanismos internacionales³²⁵. En efecto, nos encontramos ante una norma de derecho interno “dotada de una especial fuerza pasiva” conforme al artículo 96.1 CE y, además, “una herramienta interpretativa que contribuye a delimitar la comprensión y el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en la norma constitucional”³²⁶. Este ensamblaje normativo nos ha de llevar, desde una concepción de derechos humanos, a entender del precitado artículo sobre la discapacidad la necesidad de “actuar sobre los factores que la crean, suprimir barreras que impiden a las personas con discapacidad ejercitar y disfrutar sus derechos en igualdad de condiciones con los demás”³²⁷, para lo que habrá de actuarse conforme al artículo 9.2.

En lo que respecta al ámbito judicial, “de manera lenta pero crecientemente positiva, nuestros tribunales y, especialmente, el Supremo y el

³²⁴ Más recientemente DE ASÍS, refiriéndose al calado de los nuevos modelos de la discapacidad en la sociedad y la cultura jurídica escribió que: “no puede decirse que estos dos modelos presidan el discurso jurídico de la discapacidad ni, tampoco, la imagen que de ella posee la sociedad. En efecto, a pesar de las normas enumeradas anteriormente, el discurso jurídico sigue anclado en otro modelo, el modelo médico-rehabilitador, que es también mayoritario en la sociedad en general. Para este modelo la discapacidad es una deficiencia personal y, así, está relacionada con la posesión de una serie de rasgos que dificultan la realización de una vida normal. Por eso, las políticas en materia de discapacidad deben estar destinadas a la «normalización» de estas personas, y a proporcionarles una asistencia que permita su rehabilitación y su integración en la sociedad”. Vid. DE ASÍS ROIG, R., *Discapacidad...*, op. cit., pág. 41.

³²⁵ En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑEIRO y BRAVO-FERRER, M., “Artículo 49”, en AA. VV. (RODRÍGUEZ-PIÑEIRO y BRAVO-FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M.E. dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, BOE-Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 1.404-1.416.pág. 1.405: “su texto se incluye una protección jurídica desde un enfoque de derechos que puede considerarse como una justificación implícita de una consideración «social» de la discapacidad, luego reconocida por la normativa internacional de derechos humanos y por la legislación interna que desarrolla el precepto constitucional y esa normativa internacional”.

³²⁶ Vid. CUENCA GÓMEZ, P., *Los Derechos fundamentales...*, op. cit., pág. 78.

³²⁷ RODRÍGUEZ-PIÑEIRO y BRAVO-FERRER, M., *Artículo 49...*, op. cit., pág. 1407.

Constitucional, comienzan a pronunciarse sobre la aplicación de la Convención en el derecho español, aunque todavía no disponemos de un corpus jurisprudencial suficiente”³²⁸. Sin embargo, esta irradiación de la Convención a nuestro ordenamiento interno nos parece aún insuficiente y consideramos recomendable una adaptación de nuestra Constitución al paradigma actual de la discapacidad³²⁹. A este respecto, el *Plan Anual Normativo* del año 2020 recoge la actualización de la redacción original de este artículo 49 CE, en el se señala que “precisa de una actualización a la normativa internacional y que la terminología que emplea no refleja ya los valores que inspiran la protección de este colectivo”. Asimismo, se hace alusión a lo que venimos aduciendo con base en otros estudios doctrinales, esto es, que “su contenido se basa en una concepción médico-rehabilitadora de la discapacidad³³⁰”. Pues bien, cabe mencionar que en cumplimiento del precitado plan, el 11 de mayo de 2021, el Consejo de Ministros aprobó un Anteproyecto de Ley para la reforma del artículo 49 de nuestra Constitución que vendría a subsanar estas cuestiones estéticas que venimos exponiendo, alineando en este sentido el precepto con el paradigma de la CIDPD. Se propone la siguiente redacción:

1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación.
2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad en los términos que establezcan las leyes. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.

³²⁸ DE LORENZO GARCÍA, R., *Reforma social...*, op. cit. pág. 32. Podemos ver cómo paulatinamente se va componiendo este cuerpo jurisprudencial. Véase en este sentido las anteriormente señaladas STC 3/2018, de 22 de enero, y la reciente STC de 15 de marzo de 2021 (recurso de amparo nº 2950-2018) (FJ 3): “La aplicación de la cláusula del artículo 10.2 CE conlleva que, en este tipo de casos, el Tribunal otorgue especial relevancia exegética a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006”.

³²⁹ En cuanto a la exigencia de esta modificación, que conduciría a un cambio paulatino de la cultura jurídica, DE ASÍS ROIG, R., *Discapacidad...*, op. cit., pág. 50.

³³⁰ MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES y MEMORIA DEMOCRÁTICA, *Plan Anual Normativo 2020*, pág. 34. Accesible en: <https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:7df7e523-7a89-47b2-8428-71e6fa878f8f/PAN-2020.pdf>

3. Se regulará la especial protección de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes.
4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España que velan por sus derechos.

Con todo, en diciembre de 2018 ya se aprobó un anteproyecto con una redacción casi idéntica que no se vio finalmente materializada³³¹.

Por último y para cerrar este análisis constitucional sobre la discapacidad, es necesario significar nuevamente el artículo 10.1³³², ya que entendemos guarda una relación fundamental para el tratamiento de la discapacidad en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, al establecer la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como sus “objetivos últimos”³³³ y que junto al artículo 9.2 ofrece un “enunciado constitucional coherente con el paradigma de la Convención”³³⁴. Podemos considerar estos objetivos como un llamado hacia la responsabilidad colectiva ya que supone “la posibilidad de que el respeto, reconocimiento y protección, por el cumplimiento de los planes de vida de terceros pueda, en ocasiones puntuales, exigir un sacrificio directo del cumplimiento de los propios planes de vida”³³⁵.

3.2.3. El acomodo constitucional de las reservas en el empleo: otros preceptos constitucionales en conflicto y la STC 269/1994

La reserva en el empleo para las personas con discapacidad es una forma de trato diferencial que encuentra fundamento, tal y como venimos exponiendo en este epígrafe, en la consecución de la igualdad real y efectiva. A partir del siguiente apartado tendremos ocasión de realizar una clasificación concreta de

³³¹ Véase la opinión de Rafael de Asís sobre el particular y sobre el resto de contenido que se pretendía modificar, así como propuestas sobre una necesaria modificación en DE ASÍS ROIG, R., “De nuevo sobre Constitución y discapacidad”, *Universitas*, nº 31, 2020, pp. 52-64, accesible en <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5137>

³³² Este precepto que abre el Título I correspondiente a los derechos fundamentales establece que “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

³³³ Vid. CAMPOY CERVERA, I., “La discapacidad y su tratamiento conforme a la Constitución Española de 1978”, AA. VV. (CAMPOY CERVERA, I. y PALACIOS RIZZO, A., coords.), *Igualdad, no discriminación y discapacidad una visión integradora de las realidades española y argentina*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 145-207, pág. 156. Para el autor, opinión que compartimos, el reconocimiento en este precepto a la inviolabilidad de los derechos y el respeto a los mismos y a la ley no es sino una garantía necesaria para la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad.

³³⁴ MÁRQUEZ PRIETO, A. y VILA TIerno, F. *Derecho a la vida... op. cit.*, pág. 209.

³³⁵ CAMPOY CERVERA, I., *La discapacidad...*, op. cit., pág. 191.

esta tipología de medidas que la terminaremos de perfilar en el último capítulo una vez hayamos realizado una revisión concreta de la regulación española al respecto. Ahora, toda vez que estamos inmersos en el tratamiento constitucional de la igualdad, habiéndonos ocupado de la interferencia de este principio con el tratamiento diferenciado, nos centraremos en señalar otros preceptos constitucionales que pudieran resultar comprometidos cuando entra en juego la medida de reserva. A tal efecto, haremos referencia a la ya aludida STC 269/1994, de 3 de octubre, que declara legítima una medida de tal índole en el acceso a la función pública.

Dedicándonos en primer término al análisis de otros preceptos constitucionales distintos a los configuradores del principio y derecho de igualdad en nuestro texto constitucional, hemos de destacar primeramente el artículo 38 CE, encargado de consagrar en nuestro sistema el principio de libertad de empresa y que ampararía el ejercicio empresarial de celebrar contratos –o no– con la persona que crea más adecuada³³⁶ con prohibición, eso sí, de llevar a cabo conductas discriminatorias. En efecto, es fácil apreciar cómo este principio puede resultar opuesto al de la igualdad en su vertiente material ante medidas que incidan directamente sobre la libertad contractual del empresario y que le obliguen a emplear a personas con unas características específicas. Ahora bien, no estamos ante un derecho absoluto o incondicionado, sino que –como todos–, estará sujetos a ciertos límites inherentes a las exigencias de la propia vida en sociedad. En este sentido, “las restricciones a que puede quedar sometida la libertad de empresa son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden, y, por indispensables, hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer para la esfera de libertad pública protegida un sacrificio mayor³³⁷”. Sería en este espacio donde operarían las limitaciones a la libre contratación que nos ocupan y que, en la legalidad ordinaria, hallan reflejo en el artículo 17.2 ET anteriormente señalado³³⁸.

³³⁶ Vid. ALAMEDA CASTILLO M^a. T., “Discriminación en el proceso de acceso al empleo. Dimensión sustantiva”, en ALAMEDA CASTILLO M^a. T., *Estadios previos al contrato de trabajo y discriminación*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2012, versión electrónica: BIB 2013\15122.

³³⁷ Auto del Tribunal Constitucional núm. 71/2008 de 26 febrero (FJ 3) (RTC 2008\71 AUTO). Véase en el mismo sentido Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 35/2016 de 3 marzo. RTC 2016\35: “la libertad de empresa «no es un derecho absoluto e incondicionado» y que su vigencia no resulta comprometida por el hecho de que existan limitaciones a su ejercicio”.

³³⁸ “Podrán establecerse por ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente”. No obstante, obsérvese que esta limitación no es absoluta. No estamos ante una imposición de contratar a una determinada persona, sino que la libertad de decisión empresarial queda salvaguardada con un notable grado de autonomía al poder elegir, de entre las personas con discapacidad, a la que considere más oportuna. En cualquier caso, la (...)

En lo que respecta al ámbito de la función pública, una medida de tal calibre que pretende reservar un número de plazas para un determinado colectivo, produce fuertes tensiones con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que han regido el acceso a este tipo de funciones según lo previsto en los artículos 23.2 y 103.3 CE. La legitimidad constitucional de este tipo de medida fue admitida en la STC 269/1994, de 3 de octubre 1994 por el intérprete supremo de nuestra Constitución, siendo esta la única ocasión en la que se ha pronunciado al respecto. En este litigio, donde se cuestionaba la validez de la reserva de tres plazas de administradores generales en la Comunidad Autónoma de Canarias para personas con discapacidad, la recurrente en amparo había obtenido mayor puntuación que una persona con discapacidad sensorial. Invocaba la actora la vulneración de los artículos 14, 23.2 y 103 CE, negando la justificación objetiva y razonable de la diferenciación de trato introducida en la legislación y, consecuentemente, reproducida en la convocatoria. El Tribunal Constitucional desestima el amparo al entender que “la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo, aplicada por la Comunidad Autónoma de Canarias, no vulnera el art. 14 CE, siendo por tanto perfectamente legítimo desde la perspectiva que ahora interesa, y que además constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 CE, en consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1 CE)³³⁹”. Con relación a lo dispuesto en el artículo 23.2 CE, dictamina que “los candidatos que podían optar a las plazas reservadas no fueron eximidos de acreditar su aptitud, superando las pruebas, y, sobre esta base común, el acceso de éstos a las plazas tuvo lugar por riguroso orden de puntuación³⁴⁰”, por lo que quedaban cumplidas las exigencias del citado precepto. Pese a que esta resolución judicial es clave para lo que nos concierne, la misma, no fue demasiado prolija en cuanto a la determinación de la naturaleza y el posible contenido de esta tipología de medidas lo que puede generar algún problema clasificatorio como comprobaremos en el último capítulo de este trabajo.

3.3. Diferenciación y categorización del trato diferenciado como pretexto para la igualdad material

La prohibición constitucional relativa a la existencia de tratos discriminatorios contrarios al principio de igualdad, como apenas se ha mencionado, contiene sus propias excepciones en la medida en que no toda desigualdad instituya una infracción de este principio consagrado en el artículo 14 CE, siendo que, incluso, en determinados supuestos podrán sostenerse al

limitación por parte del Estado se realiza al socaire de un fin constitucional que merece ser protegido.

³³⁹ FJ 4.

³⁴⁰ FJ 5.

amparo de nuestra norma suprema (art. 9.2) siempre que estén justificadas y superen el test de proporcionalidad. Precisamente, en estos casos, los poderes públicos son los únicos legitimados para intervenir, puesto que, como se ha mostrado en el apartado anterior, se les impone como acción de obligado cumplimiento para promover la igualdad real entre la entera ciudadanía³⁴¹. Pues bien, a su socaire, encontraremos diferentes tipologías de medidas, de diversa índole y justificación, cuyo deslinde será en ocasiones complejo puesto que comparten la finalidad materializada en la consecución de la igualdad real.

En efecto, no es tarea fácil realizar una clasificación de estas medidas desiguales amparadas en el mandato del art. 9.2 CE, efectuando la doctrina al respecto distinciones sin poder converger en una teoría inequívoca³⁴². Nosotros, en este punto preliminar, distinguiremos entre *medidas de igualación positiva* y *medidas de acción positiva*, aunque posteriormente precisaremos más sobre ellas³⁴³. La principal diferenciación existente entre ambas figuras será que las primeras, las medidas de igualación positiva, se fundamentan en una

³⁴¹ Traemos a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1987, de 16 de julio (RTC 1987\128) en la que se expone que “no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados, y por otro, que, como este mismo Tribunal ha sostenido, el tratamiento diverso de situaciones distintas «puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los Poderes Públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva» (STC 34/1981, de 10 de noviembre, fundamento jurídico 3º; doctrina reiterada, entre otras, en la STC 3/1983, de 25 de enero, fundamento jurídico 3º)”.

³⁴² En el argot de la doctrina más cualificada al respecto encontramos multitud de locuciones para identificar a tratamientos diferenciados y sus diferentes categorías, entre las que se encuentran: medidas de diferenciación, acciones afirmativas, de discriminación positiva, acciones positivas, igualación positiva, discriminación inversa, medidas de incentivación. Véase en este sentido, BOSSUYT, M., *El concepto y la práctica...*, op. cit. pp. 3 y 4. En este estudio distinguiremos en una primera clasificación los términos acción positiva y discriminación inversa acogiendo la terminología expuesta por REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental...*, op. cit., pp. 83 y ss. y por GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. Otras obras relevantes utilizan el término acción afirmativa, que según el informe previamente citado es sinónimo de acción positiva. A modo ejemplificativo, utilizando esta terminología encontramos a RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M., “Discriminación, igualdad de trato y acción positiva”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. ° 2, 1995, pp. 81-92. Por su parte, SIERRA HERNÁNIZ, E., *Acción positiva...*, op. cit., pág. 77, partiendo del reconocimiento de la confusión terminológica, distingue entre medidas de acción positiva y medidas de igualdad de oportunidades.

³⁴³ Para algunos autores todas estas medidas se podrían englobar en el concepto de medida de acción positiva como un derecho prestacional del Estado en contraposición de las acciones negativas, derechos de defensa del ciudadano frente al Estado. En este sentido, ROBERT, A., *Teoría...*, op. cit., pág. 419.

inferioridad objetiva del sujeto beneficiario, mientras que las segundas van dirigidas a un colectivo minusvalorado con base en sus rasgos específicos³⁴⁴.

Tenemos, por tanto, una clase de medidas que van dirigidas a individuos en particular y otras a un grupo. Las primeras fundamentadas en una realidad objetiva (la inferioridad), las segundas en una apariencia social (minusvaloración, o en casos más extremos menosprecio, por pertenencia al grupo). Siguiendo un ejemplo de GIMÉNEZ GLUCK³⁴⁵, podríamos encuadrar dentro de las medidas de igualación las becas destinadas a paliar situaciones económicas desfavorables de individuos con pocas rentas. A modo de apreciación y aún antes de abandonar este primer grupo, diremos que la fuente de generación de esas inferioridades –desde una perspectiva individual– será generalmente económica con lo que no resultará extraño, en consideración con lo que hasta aquí hemos podido observar, que, sobre una persona con discapacidad, se hayan de articular ambas tipologías de medidas para conseguir que la misma alcance una igualdad real y efectiva. A estos efectos, entendemos que, por ejemplo, una pensión de invalidez no contributiva se encuadraría dentro de esta tipología ya que trata de paliar una situación objetiva de inferioridad, la carencia de rentas, sin perjuicio de que esta derive, por estar así configurada, de una situación de discapacidad³⁴⁶. En torno a la problemática y la confusión que pueda existir sobre esta medida y la que trataremos a continuación, volveremos según esté más avanzado el estudio.

Toda vez que como se habrá percatado quien lee estas líneas, nuestro estudio incide sobre las personas con discapacidad y la problemática del colectivo en el acceso al empleo, hemos de centrarnos sobre el segundo grupo de medidas que recordemos, van dirigidas a un colectivo minusvalorado, cuestión que encaja a la perfección con la problemática que nos ocupa. A estos efectos, es vital en estos momentos estar situados en la concepción actual de la idea de discapacidad y su relación con el entorno, dejando atrás los modelos precedentes centrados en el individuo y sus deficiencias. Y es que, de acuerdo con lo que venimos esgrimiendo, las medidas de acción positiva han de tener como meta la eliminación de las diferencias entre colectivos mediante el

³⁴⁴ Esta clasificación y diferenciación es la realizada por la mayoría de la doctrina, a modo ejemplificativo, GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica...*, op. cit., pp. 58-75. En el mismo sentido RUIZ MIGUEL, A., "La discriminación inversa y el caso kalanke", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, 1996, pp. 123-140 accesible en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10467/1/doxa19_07.pdf

³⁴⁵ GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica ...*, op. cit, pág 58.

³⁴⁶ Según el artículo 363.1.d) del *Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social*, es requisito *sine qua non* para ser beneficiario de la pensión la carencia de rentas y ello pese a ser compatible con el ejercicio de una profesión de acuerdo con el artículo 366 de la misma norma. En efecto, esta prestación no lleva a la exclusión del mundo del trabajo.

reequilibrio de la desventaja social y estructural que poseen, o lo que es lo mismo, procurando la eliminación de las barreras físicas y sociales existentes en el entorno³⁴⁷. Así las cosas, podríamos definir a las mismas –y sin perjuicio de posteriores concreciones– como: “un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas específicamente a remediar la situación de los miembros del grupo a que están destinadas en uno o varios aspectos de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva”³⁴⁸. Los caracteres más significativos de esta primera definición son: el temporal, el grupal y el corrector. Evocando nuevamente el modelo relacional de la discapacidad y a la noción de persona con discapacidad, esta corrección habrá de hacerse no sobre el aspecto individual de la noción sino sobre el social, esto es, las numerosas barreras que impiden, al interaccionar con las deficiencias individuales, el disfrute de una vida plena, las cuales, llevadas al caso que nos ocupa, quedan traducidas en las dificultades con las que habrán de lidiar estas personas en el acceso al empleo. Esto último queda mejor expuesto en el siguiente designio de definición de las medidas de acción positiva: “El establecimiento de medidas temporales que, con el fin de establecer la igualdad de oportunidades en la práctica, permitan mentalizar a las personas o corregir, aquellas situaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales discriminatorios”³⁴⁹.

Huelga recordar que, en todo caso, al encontrarnos ante un trato diferencial, y por mucho que se haga en beneficio de unos colectivos tradicionalmente minusvalorados, habrá de superarse el test de constitucionalidad, para lo que habrá de acreditarse la racionalidad de la medida, lo cual se podrá realizar mediante índices que demuestren la situación de infravaloración del colectivo y la proporcionalidad³⁵⁰. Pese a la

³⁴⁷ Solo así se conseguirá a la postre la finalidad redistributiva de los bienes sociales escasos.

³⁴⁸ Vid. ONU. *El Concepto y Práctica...*, op. cit. pág. 5. Otra definición más reciente efectuada por la DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO, ASUNTOS SOCIALES E INCLUSIÓN (Comisión Europea), *International perspectives on positive action measures: A comparative analysis in the European Union, Canada, the United States and South Africa*, European Commission, 2009, pág. 11, accesible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/45515983-3e3e-4a24-bcbc-477f04f0ba04>: “medidas proporcionadas tomadas con el propósito de lograr la igualdad plena y efectiva en la práctica para los miembros de grupos que están social o económicamente desfavorecidos, o de lo contrario se enfrentarían a las consecuencias de la discriminación o desventaja pasada o presente”.

³⁴⁹ Véase CASAS, J. I., *Guía didáctica*, Ministerio de Asuntos Sociales (Instituto de la Mujer), Guía didáctica, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales s.f., pp. A-2 y A-5, citado por GONZÁLEZ MARTÍN, N., “Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas”, en AA. VV. (DE LA TORRE MARTÍNEZ, C., coord.), *Derecho a la no discriminación*, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, 2016, pág. 345. Accesible en <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/11225>.

³⁵⁰ La justificación de las medidas de igualdad resulta más sencilla toda vez que habrían de superar un “test ordinario de diferenciación”, ya que nos encontramos ante supuestos de hecho desiguales por naturaleza, mientras que las medidas de acción positiva deberán superar un test mucho más riguroso. En este sentido, GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica... op. cit.*, (...)

trascendencia del juicio de razonabilidad y proporcionalidad, lo cierto es que existe una “zona de penumbra”, sobre todo en lo relativo a las medidas de fomento de la igualdad entre sexos, a la hora de delimitar el cumplimiento o no del principio de igualdad que no ha sido clarificada por la doctrina constitucional³⁵¹.

Descendiendo un escalafón más, dentro de las medidas de acción positiva podemos diferenciar las que identificamos como medidas de *discriminación inversa* y *medidas de acción positiva moderadas*³⁵². Como en la propia denominación se vislumbra, las medidas de discriminación inversa son las más beligerantes, ya que parecen³⁵³ incidir directamente sobre el resultado, ocasionando perjuicios directos a los individuos que no se encuentren insertos en el grupo sobre el que aquellas se proyectan, el grupo en situación de “discriminación adversa”³⁵⁴. Las medidas que hemos denominado como moderadas, por el contrario, indican sobre la igualdad de oportunidades con la

pág. 59, con base a las SSTC 14/1983 FJ 3 y STC 86/ 1985 FJ 3. Véase también REY MARTÍNEZ, F., *¿De qué hablamos...*, op. cit., pág. 172.

³⁵¹ GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica...*, op. cit. pág. 52.

³⁵² Nuevamente aquí debemos realizar un apunte terminológico ya que parte de la doctrina entiende más adecuado nombrar a las medidas de discriminación inversa como medidas de *discriminación positiva*. Véase en este sentido, entre otros: RUIZ MIGUEL A., *La discriminación inversa...*, op. cit., pág. 129, y PÉREZ DEL RÍO, T., “Introducción. Principios de discriminación indirecta y acción positiva. Estructura y articulación de la negociación colectiva”, en AA. VV. (BALLESTER PASTOR, M. A. y PÉREZ DEL RÍO, T., coord.), *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Instituto de la mujer, Madrid, 1997, pp. 8-67, pág. 33. Nosotros nos decantamos por la denominación *supra* expresada siguiendo la clasificación efectuada por GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica...*, op. cit., pág. 77, donde distingue las acciones positivas moderadas. A favor de esta denominación: DE ASIS ROIG, R.; CAMPOY CERVERA I., y BENGOCHEA GIL, M^a. A., *Derecho a la igualdad...*, op. cit., pág. 136. Respecto al término “discriminación”, que compone el nombre otorgado a estas medidas, nos remitimos a lo expresado cuando exponíamos el pasaje constitucional relativo a la igualdad y la discriminación, donde propusimos la eliminación de la carga peyorativa que se le achaca al mismo. En este caso, al complementarse con el adjetivo que lo sucede, *id est*. “inversa”, se desprende la intención de remover una discriminación previa. Con relación a lo que ha de significar la palabra en este contexto, véase RUIZ MIGUEL, A., *La discriminación inversa...*, op. cit., pág. 129. Según este autor, como metáfora se podría argumentar que estamos ante “el antídoto que neutraliza otro veneno, o mejor, como el clavo que saca otro clavo”. En sentido contrario a la utilización de la palabra discriminación véase, BARRERE UNZUETA, M. A., “La acción positiva. Análisis del concepto y propuestas de revisión”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nº 9, 2003, pp. 22 y ss., accesible en <https://www.uv.es/CEFD/9/barrere2.pdf>, o SIERRA HERNÁNIZ, E., *La acción positiva...*, op. cit., pág. 75. En cuanto a la clasificación, PÉREZ PÉREZ, J., *Discapacidad y acción positiva: Incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2014, pág.197, reconociendo estas calificaciones realiza una interesante propuesta mucho más utilitarista, clasificar las medidas según su eficacia, entre eficaces y no eficaces, “considerando su capacidad para corregir situaciones de desigualdad de oportunidades”.

³⁵³ Veremos que es solo una apariencia.

³⁵⁴ Locución utilizada por PÉREZ DEL RÍO, T., *Introducción...*, op. cit., pág. 33.

pretensión de la eliminación de la minusvaloración social mediante el intento de corrección de esa conducta social. Estas otorgan beneficios a los integrantes de los grupos minusvalorados para que estén en igualdad de oportunidades que el resto. La forma más fácil de definirlas es por oposición a las de discriminación inversa.

Las medidas de discriminación inversa consisten básicamente en las reservas porcentuales o en las preferencias en el acceso a determinados bienes. Parece evidente la potencialidad efectiva de las medidas de discriminación inversa frente a las acciones positivas moderadas, sin embargo, se estima que las mismas tienen efectos negativos debido, entre otros, a las repercusiones que causan sobre el resto de la sociedad, lo que ha ocasionado que parte de la doctrina –la minoritaria– se posicione en contra de este tipo de acciones, centradas las críticas principalmente en las teorías de perpetuación de los estereotipos³⁵⁵. Según nuestro parecer las medidas de acción positiva moderadas resultan insuficientes para combatir las discriminaciones instauradas tan férreamente en las estructuras de la sociedad.

Sin perjuicio de acoger las críticas a las medidas de discriminación inversa, y aun reconociendo sus posibles efectos negativos, lo cierto es que pueden orquestarse actuaciones para paliarlos. Lo cual nos conduce a pensar que resultaría conveniente ponderarlos con sus beneficios, utilizando, por analogía, el mismo test de proporcionalidad empleado por nuestros tribunales a la hora de ponderar su razonabilidad y necesidad. De esta forma podríamos concluir que, en contadas ocasiones resultará necesario inferir en las esferas de los derechos de “los otros”, dado que la radicalidad de las medidas quedará justificada a partir de la radicalidad de los comportamientos que fundamentan su vigencia.

Una característica esencial de las medidas de discriminación inversa –que contribuye a distinguirlas frente a las medidas de acción positiva moderadas– está relacionada con su grado de eficacia en los ámbitos donde exista escasez³⁵⁶.

³⁵⁵ Véase un extenso argumentario sobre efectos adversos en RUIZ MIGUEL, A., *Discriminación inversa...*, op. cit. pp. 84 y ss., y PÉREZ LUÑO, A. E. *Reflexiones...*, op. cit., pág. 50. Este último autor vierte argumentos como el perjuicio a terceros, el establecimiento de “grupos-lumpens” o minorías parasitarias, incluso que provoca una degradación personal para los beneficiarios de la misma. En este mismo sentido, FISCUS, observa que los debates sobre lo adecuado o no de las acciones afirmativas giran en torno a cuestiones tales como la necesidad del programa; la selección de los grupos destinatarios; la equidad/injusticia del programa, etc. Vid. FISCUS, R., *The constitutional logic of affirmative action*, Duke University Press, Durham-Carolina del Norte, 1992, pág. 112.

³⁵⁶ Con relación a ello, ante recursos limitados, como es el empleo, se ha de plantear -y ha de resolverse por el Estado Social- el difícil problema de la “justa distribución de los bienes escasos” para el cumplimiento del plan de vida de cada individuo, Vid. ROSENFELD, M., “Conceptos clave y delimitación del ámbito de análisis de las acciones afirmativas”, en AA. (...)

De esta forma, el ordenamiento precisará de este tipo de medidas cuando intuya que los objetivos pretendidos no se pueden llevar a cabo con otras más laxas. Ejemplos de esferas donde existe escasez es el empleo, como anteriormente se argumentó, o también en la elección de los cargos públicos representativos, en la contratación pública, etc. Se trataría, al fin y al cabo, de situaciones donde se encarniza la competitividad entre candidatos y donde los colectivos minusvalorados juegan con desventajas³⁵⁷. Con base en lo anterior, resultaría admisible la utilización de medidas de discriminación inversa como *ultima ratio*, es decir, cuando se estime –prevea justificadamente– la inutilidad de las medidas positivas moderadas o cuando, previamente, estas no hayan dado frutos³⁵⁸.

Pese a que se afirme –y así lo hemos hecho nosotros– que las medidas de discriminación inversa inciden directamente sobre el resultado, ciertamente consideramos que, a la postre, modulan el propio ejercicio del derecho a la igualdad de oportunidades. Y es que aquellas medidas –las de discriminación inversa– al desplegar sus efectos sobre un grupo y no sobre un individuo concreto, permiten obtener “resultados globales” para los distintos grupos que en la praxis sufren un trato desigual. Consecuentemente los beneficios son globales, y, por ende, la finalidad alcanzada afecta directamente a la igualdad de oportunidades colectiva³⁵⁹. Piénsese que estas medidas, dentro del colectivo minusvalorado, no garantizan entre sus componentes individualmente considerados, la igualdad de resultados³⁶⁰.

VV. (SANTIAGO SUÁREZ, M., coord.), *Acciones afirmativas*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México D.F., 2011, pp. 11-64, pág. 28. En el mismo sentido RUIZ MIGUEL, A. *La discriminación inversa...*, op. cit., pág. 126.

³⁵⁷ En una sociedad donde existiese el pleno empleo y no exista “rivalidad” para la consecución de un puesto de trabajo, estas medidas carecerían de sentido, toda vez que los empresarios se verían obligados a la contratación del colectivo para la consecución de determinados logros económicos. Pero, es más, como anteriormente se adujo, en las sociedades donde existe menos escasez de empleo las probabilidades de que las empresas contraten a personas con discapacidad serán mayores, puesto que las empresas tendrán que acudir a personas con estos rasgos específicos conforme se hayan agotados las personas de “perfil estandarizado”.

³⁵⁸ En este sentido REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental...*, op. cit., pág. 86.

³⁵⁹ Vid. RUIZ MIGUEL, A., *La discriminación inversa...*, op. cit., pág. 138. Para GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica...*, op. cit., pág. 47, con relación a la mujer “la igualdad de resultado solo es un medio para conseguir el objetivo constitucional subyacente a la igualdad material: alcanzar la igualdad de oportunidades”.

³⁶⁰ Siguiendo a GIMÉNEZ GLUCK, D., *Ibidem*, y ROSENFELD, M., *Conceptos clave...*, op. cit., pág. 28, la igualdad de resultados significaría en lo que nos ocupa que cada persona con discapacidad acabaría con una cantidad igual de bienes distribuidos, en nuestro caso puestos de trabajo, y la igualdad de oportunidades, que cada persona con discapacidad, entre sí y respecto a los demás individuos, tiene las mismas oportunidades de conseguir un puesto de trabajo. En sentido similar, SIERRA HERNAINZ, E. *Acción positiva...*, op. cit., pág. 83, quien deduce que “la acción positiva no instaura la igualdad de resultados porque técnicamente es inviable al no existir bienes suficientes para cubrir todas las demandas”.

Así esgrimidas estas características, se podrán atisbar las dificultades que entrañan para las medidas de discriminación inversa superar el test de constitucionalidad, en la medida en que, para facilitar el acceso de unos a determinados bienes codiciados por su escasez, se limitan las posibilidades a otros, causándoles un daño directo, no de forma individualizada, pero sí al colectivo no beneficiario de la medida. Es uno de los motivos por los que se justifican las aclamaciones referidas a su utilización más comedida y por el que, en la práctica legislativa, son más profusas las medidas de acción positiva moderadas.

Dentro de las denominadas medidas de discriminación inversa GIMÉNEZ GLUCK³⁶¹ concreta aún más y distingue entre las medidas de *discriminación inversa en estado puro*, las cuales tienen un efecto directo y no contempla otros factores y, la *discriminación inversa racionalizada*, en las que se tiene en consideración el factor de pertenencia al colectivo estigmatizado, aun cuando no resulte determinante por la pervivencia de otros elementos igualmente esenciales, como podrían ser, para el caso que nos ocupa relativo al acceso al empleo, los condicionantes relacionados con el mérito y la capacidad³⁶².

En este sentido y sin perjuicio de un posterior análisis profundo al respecto en los capítulos que siguen, podríamos avanzar que las acciones que aquí abordaremos de forma principal, bien podrían ser incluidas entre las medidas de discriminación inversa en estado puro ya que los sistemas de cuotas o reserva son los ejemplos más paradigmáticos de estas³⁶³, aunque tal

³⁶¹ GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica...*, op. cit., pág. 83.

³⁶² Resulta interesante para diferenciar estas dos tipologías de medidas a discriminación inversa, realizar un análisis de la jurisprudencia del tribunal de Luxemburgo al respecto de este tipo de medidas a favor de la mujer. Véase en este sentido RUEDA MONROY, J.A., *La virtualidad jurídica...*, op. cit. A la vista de la misma se observa cómo parece descartarse la legitimidad de las primeras, las denominadas cuotas rígidas o automáticas o que otorgan una "preferencia absoluta" en el caso de la mujer. En base a esta interpretación y toda vez que nuestro TC no se ha pronunciado al respecto para el caso de la mujer, entendemos que las mismas tampoco tienen cabida constitucional, no pudiéndose aplicar, *mutatis mutandi*, la doctrina referente a la cuota reserva de personas con discapacidad. El tratamiento y desarrollo normativo que se le ha dado a las cuotas en favor de las personas con discapacidad en Europa es mucho más completo y dispone además de una previsión más rotunda en el apartado segundo del artículo 7 de la Directiva 2000/78/CE.

³⁶³ Otro tipo de medidas que podemos calificar como de discriminación inversa son las denominadas preferencias en el empleo que consisten en atribuir un trato preferente al colectivo al que van dirigidas en supuestos de igualdad de capacitación y que han sido validadas por el TJUE en el caso de la mujer para cuando las "respectivas capacitaciones no sean tan considerable como para que la aplicación de dicha regla vulnere la exigencia de objetividad en el momento de la contratación excepcionar la cuota en circunstancias individuales específicas" (Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de julio de 2000 en el asunto C-407/98 (asunto Abrahamsson)). Véase RUEDA MONROY, J.A., *La virtualidad jurídica...*, op. cit. Otros autores entienden que las medidas (...)

calificación no está exenta de dificultades, como comprobaremos más adelante. De igual forma justificaría esta clasificación la discriminación del colectivo al que van dirigidas, habiendo sido puesto de manifiesto por nuestra parte la reiteración en el tiempo de este trato durante el transcurso de la mayoría de nuestra historia, únicamente en fechas muy recientes, se ha concebido una concepción de la discapacidad acorde a los derechos humanos. Sin embargo, en este punto sería conveniente precisar alguna otra cuestión. Pese a que a consecuencia de lo anterior asumimos la posición de minusvaloración social de las personas con discapacidad y somos conscientes de las mayores trabas, dificultad o, si se quiere, discriminación en el acceso a los bienes escasos antes referidos, como sucede en el empleo, no podemos obviar que realmente existen personas con discapacidad que se encuentran totalmente impedidas para el trabajo o que poseen una reducidísima capacidad productiva laboral. A estos efectos, se hace necesario reiterar la aclaración para poder nombrar a esta distinta realidad con un mínimo de precisión y rigor, identificándola como distinta a la discapacidad y por ende relativa a la incapacidad. La situación de incapacidad que, como ya advertimos, puede concurrir o no con la discapacidad, precisa de acciones específicas, orientadas a la integración social de quien la sufre; lo cual quedaría materializado en medidas de igualación positiva³⁶⁴ –que no de acción positiva–, puesto que la misma se justifica en una inferioridad objetiva –la falta de capacidad laboral– y no en una discriminación sufrida por la pertenencia al grupo³⁶⁵. Sin embargo, en la medida que estas

de discriminación inversa son necesariamente mediante cuotas, visión que no compartimos puesto que consideramos que las preferencias también se dan ante situaciones de escasez y en perjuicio directo del colectivo que no tenga el rasgo sospechoso. Véase en este sentido RUIZ MIGUEL, A., *Discriminación inversa...*, op. cit., pág. 81.

³⁶⁴ Piénsese en medidas que podrían ir desde el empleo subvencionado, para compensar esa reducción de productividad o el empleo protegido, que posteriormente se analizará.

³⁶⁵ El autor GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica...*, op. cit., pp. 72 y 73, hace esta distinción de tratos preferentes sobre las personas con discapacidad, sin embargo, no tiene en cuenta que las primeras, personas con discapacidad incapacitadas laboralmente, concurre en ellas ambos extremos y se encuentran por ello ante dos dificultades de integración en sociedad, las cuales se habrán de solventar con medidas que pueden aplicarse de forma simultánea, mediante medidas de igualación positiva (ej. Pensión de incapacidad) y medida de discriminación inversa (cuotas reserva de empleo). Sin embargo, en ocasiones, puede ser que estas medidas sean incompatibles entre sí, como por ejemplo la incapacidad permanente total en relación con su trabajo habitual, lo que no impediría que accediese a otro empleo. En este caso, si accede al trabajo habitual se entiende que no ha perdido capacidad de trabajo y por tanto carecería de justificación esta concreta medida. Habrá ocasiones que esa persona con discapacidad acceda a un determinado puesto de acuerdo con su condición de persona con discapacidad y su contratación se realice a sabiendas de que no tiene capacidad plena para trabajar, en este caso se habrá derribado una barrera, esa persona habrá accedido a un puesto, pero la justificación de la medida por la que lo hizo no era esa. Será muy difícil distinguir en estos casos cuál ha sido el motivo de la contratación, si la minusvaloración o, sencillamente, el título que da origen a la contratación y lo reconoce perteneciente a un grupo minusvalorado, lo que se podrá admitir es que ambas están haciendo su cometido, la medida de igualación

acciones se pueden superponer, puesto que también se superponen discapacidad e incapacidad, será difícil distinguir cuándo estamos ante una u otra. Y, para contribuir a su deslinde, debemos centrarnos en su naturaleza y fundamento.

Dicho esto, en relación con las medidas de acción positiva y su acomodo constitucional, aunque como se ha visto ya se ha pronunciado el intérprete supremo, podemos inferir lo que sigue. En primer lugar, que, bajo circunstancias históricas de desigualdad acreditadas respecto a un grupo identificado, las personas con discapacidad (rasgo sospechoso), con perjuicio en el libre desarrollo de la personalidad, podría aceptarse la *justificación* de la adopción de este tipo de actuaciones. Precisamente ese, el *libre desarrollo de la personalidad* –entendido como fin último de nuestra Constitución según su artículo 10.1 y donde el empleo juega un papel esencial–, entendemos que debe ser el argumento justificativo de las medidas de discriminación inversa y que ampararía los perjuicios ocasionados a terceros. Sacrificio que ha de soportar el resto de la sociedad y que implica que las personas con discapacidad puedan desarrollar sus planes de vida en igualdad de condiciones que los demás. Concretando un poco más y como objetivo a alcanzar, siguiendo a GIMÉNEZ GLUCK que repasa las finalidades consideradas por la doctrina americana, entendemos que estas medidas deben responder a una necesidad redistributiva, la redistribución de los bienes sociales escasos, cuando, como en el caso que nos ocupa, esté fundada –la redistribución– en estadísticas e índices acreditativos de la existencia de discriminación³⁶⁶. Dicho esto, y como venimos manifestando, resultaría del todo trascendental que las medidas vayan encaminadas a la remoción de las barreras que impiden de facto esta distribución justa de bienes. Es lo que se conoce como “igualdad transformadora”, que tiene el objetivo de “alterar las estructuras generales que mantienen o perpetúan la desventaja³⁶⁷”. No queremos dejar pasar la ocasión, en tanto que hablamos a su vez de injusticias socio-económicas e injusticias culturales, la necesidad de poner en

supliendo una falta objetiva de capacidad y la segunda suprimiendo obstáculos o prejuicios por la discapacidad. Sobre este particular volveremos en el último capítulo de esta obra.

³⁶⁶ *Ibidem*, pág. 171, haciendo un recorrido también por el argumento compensatorio y el de la diversidad. También, sobre la finalidad distributiva de las medidas de acción positiva en el supuesto de discriminación por razón de raza o sexo véase HAWKESWORTH, M., “The affirmative action debate and conflicting conceptions of individuality”, *Women’s Studies International Forum*, vol. 7, Issue 5, 1984, pp. 335-347, pág. 344. Por su parte SIERRA HERNÁIZ, *Acción positiva...*, *op. cit.*, pág. 100, estima que hay que descartar posiciones extremas y que la figura se puede justificar desde argumentos distributivos o, también, compensatorios.

³⁶⁷ Vid. BRODERICK, A., *The Long and Winding Road to Equality and Inclusion for Persons with Disabilities. The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, School of Human Rights Research Series, Vol. 74, 2015, pág. 37.

valor tanto la redistribución como el reconocimiento, exigencias ambas simultáneamente contenidas en la idea de Justicia³⁶⁸.

En segundo lugar, la *proporcionalidad* habrá de estudiarse a partir de la configuración exacta de la medida. En cuanto a la discriminación inversa, será fundamental analizar, entre otras características, la obligatoriedad o no de la misma, en su caso, el porcentaje de reserva, los sujetos obligados.... Esta configuración, con base en lo esgrimido en el apartado anterior, habrá de pretender el equilibrio en la distribución entre colectivos de los bienes escasos. En lo que nos ocupa, aunque el momento de ahondar al respecto todavía no procede, parece que los porcentajes de reserva en nuestro país (2% en las empresas y 7% en las ofertas de empleo público), resultan incluso inferiores a la proporción de personas existentes en el colectivo. De lo que se infiere que, *a priori*, no es manifiesto el daño que pudiera estar infiriéndose al grupo no beneficiado, por lo que manejaríamos un motivo de peso para estimar cumplido el requisito de proporcionalidad en el daño³⁶⁹.

En tercer lugar, debe hacerse alusión a la necesaria *temporalidad* de las precitadas medidas y a cómo su vigencia ha de depender exclusivamente de la duración de la causa de origen, de modo que, una vez desaparezca, aquellas dejarían de gozar de justificación constitucional. Merece ser mencionado el diferente trato que se otorga a estas medidas cuando el objetivo que justifica su existencia es la igualdad entre sexos. Y es que, aún compartiendo las características de la acción positiva para el colectivo de personas con discapacidad, resulta especialmente llamativo que para aquel específico caso –la igualdad de sexos– la regulación internacional aluda expresamente al carácter coyuntural³⁷⁰ de las medidas –congénito a las mismas, como apenas se ha

³⁶⁸ Véase *in extenso*, FRASER, N., *Redistribución, reconocimiento y participación: hacia un concepto integrado de la justicia*, UNESCO, Informe Mundial sobre la Cultura, 2000-2001.

³⁶⁹ Esta cuestión, como detenidamente estudiaremos en el tercer capítulo queda especialmente salvaguardada en nuestro ordenamiento en el acceso al empleo público al requerirse el respeto al principio de mérito y capacidad, ya que la persona candidata con discapacidad habrá de superar unas pruebas de igual dificultad que las que realicen las personas candidatas ajenas al colectivo. Por tanto, han de concurrir en estas personas la capacidad precisa para desarrollar esa función, pese a que puedan existir otros con una teórica mayor capacitación, cuestión que ha de ceder proporcionalmente en beneficio de la consecución de la igualdad material. Esta cuestión, la exigencia y sometimiento al principio de mérito y capacidad, salvaría en cualquier caso la calificación de esta cuota de acceso al empleo público como de automática o rígida de acuerdo con la jurisprudencia europea comentada. Por otro lado, como así lo exponemos, consideramos que la existencia de motivos de excepcionalidad en la reserva de empleo en las empresas es otro elemento introducido en el mecanismo de la reserva de empleo que suaviza la misma y el perjuicio ocasionado a terceros.

³⁷⁰ Véase, entre otras la *Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* que fue aprobada por la Asamblea General en 1979, en la que en su artículo 4.1 reconoce, “la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación”

(...)

manifestado–, empero se guarde silencio al respecto de su temporalidad cuando los destinatarios son las personas con discapacidad. Lo cual nos lleva a reflexionar sobre la causa que justificaría tal trato desigual. Y, en este sentido, podrían facilitarse dos argumentos. De una parte, que el legislador europeo haya pensado que el objetivo de la integración de las personas con discapacidad es de más difícil consecución –por tanto, se aleja en el tiempo y exige de medidas indefinidas–. De otra parte y, tal vez de mayor trascendencia a nuestro criterio, aludiría a que el legislador europeo, de forma inconsciente haya fundamentado estas medidas, no en la minusvaloración del colectivo sino, en una falta de capacidad real para el empleo. Recordemos al respecto de esta conclusión que, si ese es el fundamento de las medidas, no podrían estimarse como medidas de acción positiva, sino más bien de igualación. Las cuales, motivadas por la insuficiente capacidad de la que adolece el sujeto, tendrán vocación de permanencia respecto a los que la padezcan. No obstante, y pese a que no se recoge normativamente esta necesaria temporalidad, como hemos apuntado, constituye un requisito *sine qua non*, que habrá de concurrir cuando se haya conseguido la finalidad para las que han sido creadas; un objetivo este, que por cierto bien merece la calificación de utopía dadas las importantes brechas existentes y apreciables en las estadísticas. Para FERRAJOLI, refiriéndose a la discriminación por razón de sexo, “la igualdad es siempre una utopía jurídica, que continuará siendo violada mientras subsistan las razones sociales, económicas y culturales que siempre sustentan el dominio masculino. Pero esto no quita nada de su valor normativo (...) el verdadero problema, que exige invención e imaginación jurídica, es la elaboración de una garantía de la diferencia que sirva de hecho para garantizar la igualdad”³⁷¹.

Por último, manifiestamente interesante sería puntualizar sobre la ilegalidad de las medidas de base paternalista que han sido configuradas para erradicar conductas discriminatorias hacia la mujer por partir, las mentadas medidas, de una concepción de inferioridad de sus beneficiarias –ya fuera esta de carácter físico, o social mediante la reafirmación de roles tradicionalmente asumidos–, pronunciándose el TC en el sentido de su ilegitimidad constitucional³⁷². Queremos subrayar, volviendo al plano de las personas con

añadiendo también que “estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”. En el ámbito de la discriminación racial también está así expresamente previsto, “este tipo de medidas no han de mantenerse en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se Tomaron”. Vid. ONU, *Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*. Comité Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Observación General N° 32. U.N. CERD/C/GC/32, de 29 de setiembre de 2009.

³⁷¹ Vid. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías...*, op. cit., pág. 92.

³⁷² Véase a modo ejemplificativo las SSTC 81/1982, de 21 de diciembre, y 7/1983, de 14 de febrero. Véase sobre el particular, GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica...*, op. cit., pp. 84, 159 y ss. y REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental...*, op. cit, pp. 25 y ss.

discapacidad, que, en la ejecución de las medidas de acción positiva en su favor, también puede rastrearse un sustrato paternalista en plano de la aceptación de la medida por el obligado a su cumplimiento y ello pese a que, desde el punto de vista constitucional, de acuerdo con su naturaleza, la medida no sea tal. Piénsese que el destinatario de la medida en su vertiente obligacionista será una tercera persona, habitualmente sin educación en discapacidad, la cual se verá concernido a contratar a una persona con estos rasgos. Volveremos más adelante sobre las posibles formas de asimilación de la reserva de empleo por parte de estas personas, pero ahora diremos que una de esas actitudes –y no la peor– puede ser la aceptación pacífica, pero en el convencimiento erróneo del rol inferior de la persona con discapacidad en la sociedad, entendiendo que la misma se encuentra imposibilitada para realizar un trabajo. Estimamos que, aun observándose el más estricto cumplimiento de las medidas, si este se basa en aquella concepción, poco estaremos consiguiendo ya que, como se ha repetido en este epígrafe, la fundamentación de estas medidas ha de focalizarse en la consecución de la igualdad material mediante la eliminación de las barreras del entorno, tanto físicas como sociales, y será esencial para ello el convencimiento de la comunidad sobre las posibilidades del colectivo para acabar con la cultura dominante.

Reflexión-Recapitulación

Hemos partido en este primer capítulo desde la idea de discapacidad y su configuración jurídica para presentar la situación de discriminación que encuentran en el mundo del trabajo las personas con discapacidad. Ha sido en este momento, en el segundo de los epígrafes, cuando nuestro estudio ha trascendido más allá de las normas e instituciones para adentrarse en otras dos dimensiones³⁷³: la del comportamiento o la conducta (la *reciprocidad* interactiva) y la de la *socialidad* (de relaciones y de cultura jurídica). El interés de distinguir estas dimensiones, junto con la institucionalidad, nos permite “indagar la realidad de la relación jurídica, en su orientación a la justicia o en su separación de ella”, identificando para ello “los vacíos de justicia³⁷⁴”. En este sentido hemos procurado poner de manifiesto cómo muchas personas con discapacidad, plenamente capacitadas para la realización de tareas productivas, quedan simplemente excluidas del mundo del trabajo por el simple hecho de pertenecer al colectivo. Como consecuencia, se les imposibilita la llevanza de una vida plena, lo que queda conectado con el fin constitucional del libre

³⁷³ Vid *supra* (epígrafe 1.1.3) acerca del enfoque tridimensional de la propuesta de justicia relacional, así como de la oportunidad de realizar, de forma separada al hilo argumental principal, una valoración desde dicho análisis, incorporando una reflexión recapituladora al final de cada capítulo.

³⁷⁴ MÁRQUEZ PRIETO, A., “Justicia Relacional: enfoque, línea y método”, AA. VV. (MÁRQUEZ PRIETO, A. coord.), *Justicia Relacional... op. cit.*.

desarrollo de la personalidad. Queda aquí identificado, por tanto, el principal vacío de justicia (exclusión de estas personas del mundo del trabajo, con todo lo que ello comporta también a nivel social, personal, familiar...), que tiene su explicación en vacíos más concretos que se identifican, sobre todo, en las dimensiones de la *reciprocidad* y la *socialidad*. Acerca de la *institucionalidad* la situación se muestra esperanzadora, pero con dudoso éxito por el momento como seguidamente expondremos.

Respecto a la primera dimensión, la *reciprocidad*, se ha podido corroborar la importancia clave del comportamiento interactivo de los integrantes de la relación laboral (desde el punto de vista de la orientación a la justicia). En efecto, recordamos la existencia de barreras y factores de influencia que partían de los propios sujetos de la relación jurídica, como, por ejemplo, sentimientos que impiden la activación y disponibilidad de las personas con discapacidad al trabajo o, en la parte empresarial, la negativa a emplear a personas del colectivo por considerarlos menos válidos u otorgarles unas condiciones de trabajo inadecuadas o incompatibles con sus diferencias orgánicas o funcionales.

Si nos centramos en la *socialidad*, la que alude no solo a la relación, “sino a todas las relaciones interconectadas, y a la inercia, cultura, valores del grupo o del contexto social³⁷⁵”, observamos –críticamente– que parece no ser la óptima. Precisamente, “la toma de conciencia de la sociedad”, viene siendo considerada fundamental y puesta de relieve por nuestras instituciones desde antaño³⁷⁶.

Volviendo a la dimensión normativa (*institucionalidad*), se ha destacado cómo el tema de la discapacidad ha adquirido especial trascendencia en las últimas décadas. Dado el enredo de disposiciones en el ámbito internacional y supranacional sobre la materia, nos detenemos sobre el particular con el objeto de clarificar finalmente el estado de la cuestión; y llamamos –nuevamente– la atención sobre la inexistencia de normativa internacional o supranacional relativa a medidas de acción positiva en el empleo a favor de las personas con discapacidad directamente aplicables en nuestro país debido a que la misma pivota sobre medidas antidiscriminatorias. Pese a ello, como se ha comprobado, hay que reconocer que en este plano de la institucionalidad sí se ha realizado, por parte de los niveles internacional y comunitario un esfuerzo legitimador y de fomento de las citadas medidas, entre las que debemos considerar incluso las cuotas reservas, existiendo luces y sombras al respecto.

³⁷⁵ CARO GÁNDARA, R., “Reconstrucción de la justicia contractual desde la justicia relacional”, *Ecerca, revista de pensament i anàlisi*, núm. 14 2014, pp. 93-116, pág. 104.

³⁷⁶ La importancia de esta cuestión se desprende de la *Resolución del Consejo*, de 27 de junio de 1974.

Entre las luces debemos mencionar que, cuando menos, desde 1955³⁷⁷, aunque centrados en un prisma médico-rehabilitador, se viene fomentando concretamente por parte de las instituciones internacionales los sistemas de reserva de empleo para personas con discapacidad. Si bien no son demasiado profusas las disposiciones que mencionan estos sistemas, podemos encontrar muestra de ello en tres disposiciones. Y, pese a que la acción positiva se regula normalmente mediante instrumentos de *soft-law*, en el marco normativo internacional puede apreciarse cierto avance al desarrollarse una clara labor incentivadora y de fomento de la adopción de las citadas medidas, tanto en el ámbito de la ONU como en el de la OIT y la UE, justificado en la consecución de la igualdad real de los colectivos desfavorecidos. Un logro este, materializado en dos objetivos: de una parte, hacer de la igualdad real de los colectivos desfavorecidos una meta a alcanzar transnacionalmente; de otra, incluir entre las acciones positivas las cuotas reserva de empleo a favor de personas con discapacidad.

Por otro lado, es también necesario reconocer sombras, porque, pese a los mencionados contenidos de justicia en los regímenes jurídicos internacional y europeo, existe al mismo tiempo una importante debilidad en la eficacia de dicha regulación normativa. Así nos encontramos con un abundante compendio de disposiciones internacionales difícil de asimilar ya que las mismas se concatenan y se superponen, proviniendo además de distintas organizaciones internacionales con ámbitos territoriales distintos. En esencia, podemos concluir que únicamente tienen aplicación directa los principios antidiscriminatorios, materializados en la prohibición de discriminación, siendo la discapacidad una de las causas generadoras de tal trato. Acerca de la UE, ciertamente de la propia evolución de sus instrumentos normativos se desprende la necesidad de mejora del nivel de empleo de las personas con discapacidad, así como el establecimiento de una estrategia coordinada en la materia, la cual sin embargo ha ido decayendo y parece que esté lejos de conseguirse, máxime cuando estas reivindicaciones han perdido fuelle. Atendiendo a la innumerable normativa producida, se demuestra que las medidas aisladas de los países sobre la materia no están llegando a alcanzar los resultados esperados. Por ello podemos afirmar que la efectividad de las medidas dependerá de la voluntad política de cada Estado y su actividad normativa interna por ser los únicos legitimados para ello. De modo que, puesto que no existen siquiera orientaciones a nivel europeo, se explica que se trate de actuaciones dispares, aisladas y sin coordinación alguna a pesar de hallarnos, ahora más que nunca, en una economía globalizada y un mercado de trabajo casi único.

³⁷⁷ Comprobaremos en el capítulo siguiente que las reservas de empleo se empezaron a implantar mucho antes.

CAPÍTULO SEGUNDO: LA RESERVA DE EMPLEO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA

1. LAS MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA

El objetivo de este epígrafe previo al estudio específico de la reserva de empleo es analizar de forma más concisa las medidas habilitadas y existentes en la actualidad en España sobre el mercado laboral que pretenden o intentan favorecer el acceso al empleo de las personas con discapacidad desde la perspectiva que ofrece el principio de igualdad de oportunidades. Aun reconociendo la problemática existente en la vertiente cualitativa del empleo, nos ocuparemos de las medidas que de alguna forma inciden en la vertiente cuantitativa, y ello puesto que la medida protagonista de la presente obra es una de ellas. La pertinencia de este apartado que se ocupa de mecanismos conexos al de reserva de empleo, y que serán estudiados de seguida, se justifica bajo la perspectiva de abundar en conocer el modo en que interactúan con este, a la vez que contribuyen a configurar el entramado nacional de acciones positivas. Esta visión ha de proporcionar a quien proceda a la lectura de este trabajo de investigación una panorámica completa de todas las medidas existentes en la actualidad que persiguen la igualdad material del colectivo, para así poder extraer unas conclusiones propias y en conjunto, sin perjuicio, todo ello, del análisis pormenorizado y preferencial de la reserva de empleo. Será esta la única forma de evaluar la trascendencia real de la medida que nos ocupa y poder pronunciarnos sobre si cumple la finalidad que se le supone aparejada. Es por ello que no nos ocuparemos ahora de esta medida, la cual tendrá un posterior tratamiento separado.

1.1. No discriminación y acción positiva en la LGDPD

La normativa de referencia en nuestro país en cuanto a las medidas de empleo para las personas con discapacidad es la LGDPD. En el texto las que predominan son medidas de corte económico dirigidas o en beneficio de los sujetos empleadores de personas con discapacidad. Solo se contempla la posibilidad de ayudas económicas directas a personas con discapacidad en el caso del fomento del autoempleo a tenor del artículo 47, cuestión que escapa del

alcance de este estudio³⁷⁸. Respecto a la citada Ley, resultan llamativos dos extremos. De una parte, cómo contempla una sección intitulada “medidas de acción positiva” dentro del Título I (“derechos y obligaciones”), Capítulo V, bajo la rúbrica “derecho a la vida independiente”; de otra, cuando se ocupa de las medidas de empleo, incluidas en el Capítulo VI del mismo Título, el hecho de no hacer referencia alguna a esta denominación. El artículo segundo, relativo a las definiciones, conceptúa la igualdad de oportunidades como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta y, se añade que “se entiende por igualdad de oportunidades la adopción de medidas de acción positiva”³⁷⁹. Consecuentemente, el artículo 35.5 sanciona con la nulidad toda discriminación en el ámbito del empleo³⁸⁰, estableciéndose en el artículo 63 que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad cuando “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”.

Con todo, vemos que no todas las medidas que se plasman en la LGDPD relativas empleo resultarían encuadrables –a nuestro juicio– en esta categoría de medidas de acción positiva, sino que otras se encuadrarán dentro de lo que denominamos como “legislación antidiscriminación” y otras garantizarán la igualdad material desde la perspectiva individual, teniendo, por tanto, la consideración de medidas de igualación.

³⁷⁸ Sí nos podremos encontrar en otros ámbitos ajenos al socio-laboral incentivos de carácter fiscal por la realización de trabajos por cuenta ajena, como son el aumento de la cuantía de los gastos deducibles como “otros gastos” en los rendimientos del trabajo a 3.500 euros anuales o 7.750 euros anuales, para las personas con discapacidad que acrediten necesitar ayuda de terceras personas o movilidad reducida, o un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento (art. 19.1 LIRPF). Indirectamente, el incremento con respecto al ordinario del mínimo personal por discapacidad (art. 60 LIRPF) es un incentivo a la obtención de rentas de estas personas, entre las que se encuentran las que se pudieran obtener vía relación laboral, esto es rendimientos del trabajo.

³⁷⁹ Como señala CABRA DE LUNA, M. A., “Discapacidad y aspectos sociales. La igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N° 50/2004, 2004, pp. 21-46, pág. 26: “No discriminación + Acción Positiva = Inclusión Social” fue el lema del Congreso Europeo de Personas con Discapacidad celebrado en Madrid los días 20 a 23 de marzo de 2002. De la misma se desprende la compatibilidad de estas distintas tipologías de acciones ambas conjugadas para un fin único, la inclusión social mediante la igualdad. El artículo 64.1 LGDPD también acoge de forma conjunta ambas posibilidades al establecer que “con el fin de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad, los poderes públicos establecerán medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva”.

³⁸⁰ Recuérdese lo expresado en lo referente a estas previsiones en el ET.

Centrándonos ahora en el artículo 39 de la referida Ley, el mismo se encarga de las “Ayudas a la generación de empleo de las personas con discapacidad”, definiéndose en el primer inciso su objetivo, relativo al fomento del empleo del colectivo mediante ayudas facilitadoras de la inclusión; mientras que, en el segundo apartado, se incluye una parca lista de posibilidades³⁸¹, como son:

subvenciones o préstamos para la contratación, la adaptación de los puestos de trabajo, la eliminación de todo tipo de barreras que dificulten su acceso, movilidad, comunicación o comprensión en los centros de producción, la posibilidad de establecerse como trabajadores autónomos, bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social y cuantas otras se consideran adecuadas para promover la colocación de las personas con discapacidad, especialmente la promoción de cooperativas y otras entidades de la economía social.

Nos encontramos claramente ante un *numerus apertus* que permitiría incluir –en este elenco– cualquier otra tipología cuya finalidad esté en armonía con las previsiones contenidas en los artículos 1.1, 9.2, 10.1, 35.1, 40.1 y 49 CE. A estos efectos, como veremos, ha sido diversa la normativa que complementa o desarrolla este genérico artículo 39 LGDPD, lo que justifica que los apartados que siguen se destinen al estudio, de forma sucinta, de las medidas de fomento vigentes y más relevantes para el colectivo en nuestro ordenamiento jurídico. El modo en que se presentan responde a una clara intención por nuestra parte de agruparlas atendiendo a la propia aparición contenida en el precepto normativo antes citado. De ahí que aludamos a incentivos económicos para empleadores, ajustes razonables, empleo con apoyo, servicios de empleo y empleo protegido. Recordamos que la reserva de empleo la dejaremos para un tratamiento posterior separado.

1.2. Incentivos económicos a empleadores

En este primer apartado hemos agrupado las medidas legalmente denominadas por el artículo 39.1 LGDPD como subvenciones, préstamos para la contratación y bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social, las cuales comparten la finalidad de incentivar económicamente la contratación de las personas con discapacidad, toda vez que repercuten de forma directa o diferida en el patrimonio de la empresa beneficiaria.

Separaremos a efectos expositivos las siguientes medidas que se encuentran en nuestro ordenamiento y que pueden ser calificadas como

³⁸¹ Pese a la pomposa redacción del precepto, nos encontramos con que enumera a duras penas tres, a lo sumo cuatro posibilidades. Mención especial merece la ayuda “posibilidad de establecerse como trabajadores autónomos”, como si existiera una imposibilidad *ex lege* previa al respecto.

incentivos a la contratación. Nos referimos expresamente a las subvenciones, bonificaciones de cuotas y, a las deducciones fiscales.

1.2.1. Subvenciones

Se prevé en el artículo 7.1 del *Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos*, que “las empresas que contraten por tiempo indefinido y a jornada completa a trabajadores minusválidos tendrán derecho a una subvención de 3.907 euros por cada contrato de trabajo celebrado”.

Es esta la única asignación pecuniaria directa que puede percibir una empresa por el simple hecho de contratar a una persona con discapacidad. Ahora bien, esa contratación habrá de formalizarse por tiempo indefinido y a jornada completa. Si se produce a jornada parcial, la cuantía de la subvención “se reducirá proporcionalmente a la jornada pactada³⁸²”.

En virtud del artículo 10 de la norma reglamentaria que nos ocupa, la subvención queda supeditada al mantenimiento en el empleo de la persona con discapacidad contratada por un mínimo de tres años. En caso de despido sin causa, que habrá de ser declarado como improcedente en sede judicial, habrá de restituirse la cantidad recibida. Por otro lado, la norma aclara que en caso de “despido procedente”, lo que debemos entender como despidos no impugnados o despidos impugnados y declarados procedentes, habrá de sustituirse a la persona con discapacidad, sin que quepa beneficiarse en esta segunda contratación de la subvención, la cual ya se otorgó por la persona sustituida. Lo que no especifica la norma son las consecuencias de un eventual desistimiento contractual de la persona trabajadora, cuestión que aclaró, con toda lógica de acuerdo con el principio de proporcionalidad, la STS de 14 de febrero de 1997, en contra del criterio de la Administración, indicando que la empresa solo deberá devolver la subvención en la parte proporcional del tiempo incumplido³⁸³.

³⁸² Segundo párrafo del artículo 7 RD 1451/1983.

³⁸³ En este sentido CORDERO GORDILLO, V., *Régimen jurídico... op. cit.*, pág. 176. No obstante, la autora señala que esta doctrina no es del todo consolidada ya que existe jurisprudencia (la cual refleja en su obra) de otros Tribunales Superiores autonómicos contradictoria. No obstante, aportamos algunos otros pronunciamientos judiciales más recientes en el mismo sentido expresado *up supra*, el que entendemos correcto y acorde con la forma de interpretar las normas jurídicas ex art. 3.1CC, y ello toda vez que las consecuencias restitutorias únicamente están previstas en la norma para los casos de despidos. Señalamos a estos efectos la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), núm. 326/2015 de 10 diciembre (JUR 2016\22847), en la que con base a la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1094) (Recurso de Apelación núm. 2974/1991), entiende la Sala que deba aplicarse un “criterio de proporcionalidad para la (...)

Otro supuesto problemático podría darse en caso de fallecimiento de la persona trabajadora. Para este, y otras circunstancias análogas, siguiendo a CORDERO GORDILLO³⁸⁴, habrá de estarse a la conducta de la empresa para ver si el incumplimiento le es o no imputable. Para el primero de los supuestos, la consecuencia habrá de ser la restitución; para el segundo, y allende los despidos procedentes donde hay que sustituir a la persona trabajadora, la cantidad a reintegrar tendrá que ser proporcional al periodo que reste para el cumplimiento completo de los tres años.

Resulta cuanto menos llamativo que la norma que regula estos incentivos esté vigente desde el año 1986 y que las únicas variaciones al respecto se hayan realizado con relación a su cuantía³⁸⁵. Hemos de decir que esta norma llegó a ser derogada por el *Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo*, que aprobaba la *Estrategia Española de Empleo 2012-2014*, desde el que se incrementaban las cuantías antes comentadas³⁸⁶. Sin embargo, la vigencia del RD en lo que nos ocupa fue efímera, quedando sin efecto unos meses después, tras la entrada en vigor de la disposición derogatoria única.1.h) y la disposición final undécima del *Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*. A partir de esta segunda norma, de nuevo se convirtió en medida estatal la contenida en el RD 1451/1983 en virtud de la disposición final duodécima a) del RD-ley 3/2012.

Por último, es necesario indicar las competencias que ostentan las Comunidades Autónomas con relación a la ejecución de las políticas de activación y fomento en el empleo conforme al artículo 149.1.7ª y 13ª CE. En ejercicio de estas competencias las Autonomías han realizado una intensa actividad para la complementación de estas subvenciones que por su extensión y número nos vemos obligados a omitir³⁸⁷.

resolución del litigio”, por lo que estima que la empresa incumplidora “no deba devolver la totalidad de las cantidades”, sino la parte proporcional al tiempo incumplido. En el mismo sentido, STJ de La Rioja, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) núm. 160/2016 de 19 mayo (JUR 2016\169129).

³⁸⁴ *Ibidem*, pág. 177.

³⁸⁵ El texto inicial contemplaba la subvención en cuantía de 500.000 pesetas, la cual fue incrementada a 650.000 pesetas en virtud del artículo único del Real Decreto 4/1999, de 8 de enero. Esta última ha estado vigente hasta la regulación de la cantidad actual por el artículo único del Real Decreto 170/2004, de 30 de enero.

³⁸⁶ A modo de ejemplo, se establecían por la contratación indefinida de personas con discapacidad en general una subvención de 4.000 euros; si se trataba de mujeres, 4.400 euros; o si eran personas con discapacidad con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo 8.000 euros o 8.400 euros si se trataba de mujeres.

³⁸⁷ A modo de ejemplo, en la Comunidad Andaluza “la ayuda a tanto alzado ascenderá a 4.750 E por cada contrato formalizado” en virtud del artículo 4.1 d) del Decreto 149/2005, de 14 de junio, por el que se regulan los incentivos a la contratación con carácter indefinido.

1.2.2. Bonificaciones de cuotas

Las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social están reguladas en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo³⁸⁸, que reconoce en su exposición de motivos la “especialmente elevada” tasa de desempleo “en el caso de los jóvenes, las mujeres y las personas con discapacidad” ofertando como paliativo la adopción de un programa específico de fomento del empleo. El artículo 2.2 es el que contiene el importe de estas bonificaciones desgradadas en los siguientes supuestos:

- *Contratación indefinida o conversión de contratos temporales de fomento del empleo o contratos formativos:* 375 euros/mes (4.500 euros/año) durante toda la vigencia del contrato. Ahora bien, esta bonificación alcanza los 425 euros/mes (5.100 euros/año) si el trabajador con discapacidad sufre parálisis cerebral, enfermedad mental o es persona con discapacidad intelectual y tiene un grado reconocido igual o superior al 33 por 100 o, si es persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por 100. Asimismo, si el trabajador con discapacidad tuviera en el momento de la contratación 45 o más años o si se trata de una mujer, sin que sea acumulable, la bonificación se incrementará, respectivamente, en 100 euros/mes (1.200 euros/año) o en 70,83 euros/mes (850 euros/año).
- *Contratación temporal:* 291,66 euros/mes (3.500 euros/año) durante toda la vigencia del contrato. En supuestos de persona trabajadora con parálisis cerebral, enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual con grado reconocido igual o superior al 33 por ciento o personas con discapacidad física o sensorial con reconocimiento de grado igual o superior al 65 por ciento, la bonificación será de 341,66 euros/mes (4.100 euros/año). Además, igual que en el supuesto anterior, si la persona con discapacidad tiene en el momento de la contratación 45 o más años, o si es mujer, la misma se incrementará en 50 euros/mes (600 euros/año), siendo en este caso, atención, compatibles entre sí³⁸⁹.

³⁸⁸ Con anterioridad, era el mismo artículo 7 RD 1451/1983 donde se contenía estos incentivos. Entonces consistían en porcentajes de bonificación respecto a las cuotas y se sustituyen ahora por cuantías fijas, excepto en la contratación de personas con discapacidad en los Centros Especiales de Empleo.

³⁸⁹ La regulación en este punto es incomprensible y ha propiciado críticas doctrinales como la de GORDILLO CORDERO, V., *Régimen jurídico...*, op. cit., pág. 181. Asimismo, el CERMI ha recomendado la modificación para que en los casos de contratación indefinida sea compatible la bonificación por ser trabajadora mayor de 45 años y mujer, Véase en este sentido CERMI, *Estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2007-2008. Propuesta Cermi*, Cinca, Madrid, 2007, pág. 129.

En todo caso, el artículo 2.2.5) de la norma que nos ocupa requiere el reconocimiento administrativo del grado de discapacidad de la persona trabajadora en un mínimo del 33 por ciento para que la empresa pueda acceder a tales bonificaciones, considerando incluidos *ex lege* a quienes tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, así como los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad³⁹⁰. En el caso de los Centros Especiales de Empleo, cuando contraten a estas personas, e independientemente de si la contratación es temporal o indefinida, se aplicarán las bonificaciones del 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta.

En las contrataciones a tiempo parcial, la bonificación resultará de aplicar a las previstas en cada caso un porcentaje igual al de la jornada pactada en el contrato al que se le sumarán 30 puntos porcentuales.

Es importante no descuidar una de las exclusiones previstas en el artículo 6.1, concretamente la recogida en la letra c) que impide su aplicación cuando las personas con discapacidad en los “veinticuatro meses anteriores a la fecha de la contratación hubiesen prestado servicios en la misma empresa, grupo de empresas o entidad mediante un contrato por tiempo indefinido” y también en supuestos de vinculaciones por sucesión empresarial en virtud del artículo 44 ET. Previsión incluida para evitar el fraude que sin embargo decae en los trabajadores con especiales dificultades para su inserción laboral (art. 6.3), esto es, personas con parálisis cerebral, enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual con grado reconocido igual o superior al 33 por 100 o; si es personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por 100.

1.2.3. Deducciones fiscales

El último de los incentivos de carácter económico del que se podría beneficiar la empresa por la contratación de personas con discapacidad repercutirá en su patrimonio, al igual que el anterior, como menor gasto, pero ahora en el plano de los tributos mediante el mecanismo de la deducción.

La deducción, que se contempla en artículo 38 de la *Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades*, es calificada de imprescindible en la

³⁹⁰ Resaltamos la importancia de esta equiparación *ex lege*, que habrá que ponerse en consideración con lo esgrimido en el capítulo primero con relación a los efectos de la misma y a necesidad de disociar discapacidad e incapacidad. Cuando nos adentremos en el ámbito subjetivo de la reserva de empleo abordaremos esta cuestión, la cual no es baladí y ha causado distintos pronunciamientos con una trascendencia práctica abrumadora.

configuración actual del Impuesto –sobre Sociedades– en su propia exposición de motivos. El incentivo consiste en una deducción de la cuota íntegra en la cantidad de 9.000 euros (art. 38.1) o 12.000 euros (art. 38.2), dependiendo de si la persona con discapacidad contratada tiene un grado reconocido, respectivamente, entre 33% y 64% ambos inclusive, o igual o mayor al 65%. Estas cuantías se pueden deducir por cada persona con discapacidad contratada que incremente la plantilla de personas con discapacidad durante el periodo impositivo y respecto a la plantilla media del periodo inmediato anterior.

Como se comprueba, la deducción a la que tendrá derecho el contribuyente no lo será por la contratación de personas con discapacidad, como lo era en los dos supuestos anteriores, sino que requerirá –y con ello se fomenta– el incremento de la plantilla de personas con discapacidad.

Esta deducción será aplicable tanto a los sujetos pasivos del Impuesto sobre sociedades contemplados en el artículo 7 de la Ley 27/2014, como a las personas físicas que obtengan rendimientos de actividades económicas y los determine por el método de estimación directa en virtud de los artículos 28.1 y 68.2 a) y c), *Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio*.

Si bien en este caso no nos encontramos ante una deducción, sí se mantiene en nuestra regulación un beneficio fiscal para las personas físicas que calculen sus rendimientos de actividades económicas por el método de estimación objetiva y empleen a personas con discapacidad. El mismo se regula anualmente en las *Instrucciones para la aplicación de los signos, índices o módulos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (Anexo II)* aprobados, en lo que respecta al ejercicio 2021, por la Orden HAC/1155/2020, de 25 de noviembre, por la que se desarrollan, para el año 2021, el método de estimación objetiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el régimen especial simplificado del Impuesto sobre el Valor Añadido y consiste en computar al 40 por ciento el personal asalariado³⁹¹ que trabaje a cuenta de la persona contribuyente cuando aquel tenga reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%³⁹².

³⁹¹ También se prevé reducción en el cómputo del personal no asalariado.

³⁹² Se reduce por tanto un 60% del cómputo del personal asalariado con discapacidad. Este porcentaje reductor, que viene siendo tradicional en las normas que desarrollan la determinación de los rendimientos de actividades económicas por el método de estimación objetiva, fue aumentado, a la cantidad vigente hoy día, para el ejercicio 2010 por la Orden EHA/99/2010, de 28 de enero, por la que se desarrollan para el año 2010 el método de estimación objetiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el régimen especial simplificado del Impuesto sobre el Valor Añadido. Con anterioridad el cómputo se realizaba al 60%.

1.3. Adaptaciones en el medio y ajustes razonables

Contemplaremos en este apartado las medidas previstas en el artículo 39 LGDPD con relación a la adaptación de puestos de trabajo y la facilitación del acceso, movilidad, comunicación o comprensión de las personas con discapacidad en los centros de producción.

En atención a la dualidad de medidas enunciada por la norma, nuestra primera reflexión gira en torno a dilucidar si existen o no diferencias entre ambas tipologías de medidas y, en todo caso, la justificación de esta distinción.

Entendemos que la respuesta tanto a la primera como a la segunda de las preguntas formuladas debe ser negativa, dada la necesidad de que un puesto de trabajo ofrezca condiciones suficientes –independientemente de cuáles sean estas– para que pueda desarrollar su labor la persona trabajadora. Por tanto, la contratación de una persona con discapacidad justificaría aún con mayor fortaleza la precisada adaptación e independientemente de en lo que esta consista, ya sea el acceso, la movilidad y la comprensión en el desarrollo de la concreta actividad laboral³⁹³. Sería esta la única interpretación válida desde una óptica garantista del derecho al trabajo, en general, y del destinado al colectivo de personas con discapacidad de acuerdo con el imperativo legal a la adaptación que se ordena desde el artículo 49 CE y se concreta en la obligación de realizar ajustes razonables *ex* artículo 40.2 LGDPD³⁹⁴. Precisamente este último dispone que:

Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

En palabras de GUTIÉRREZ COLOMINAS, “esta delimitación incluye prácticamente la totalidad de las vicisitudes de la relación laboral, y supone que

³⁹³ No debemos confundir *ajustes razonables* con *diseño para todos*, ya que estos últimos implican “el proyecto desde el origen de entornos, productos y servicios para que puedan ser utilizados por todas las personas”. Por el contrario, los ajustes razonables serán el resultado de, ante la falta de accesibilidad universal, la solicitud de una persona con discapacidad hacia la adaptación. En este sentido FONT GARCÍA, J., “Ajustes razonables en el ámbito laboral”, en AA. VV. (REY PÉREZ, J.L. y MATEO SANZ, L. eds.), *El empleo de las personas con discapacidad: oportunidades y desafíos*, Dykinson, Madrid, 2018, pág. 196.

³⁹⁴ Un exhaustivo estudio sobre ajustes razonables en GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *La obligación de realizar...*, *op. cit.* Véase también, OIT, *Fomentando la diversidad y la inclusión mediante ajustes en el lugar de trabajo: una guía práctica*, Oficina internacional del Trabajo, Ginebra, 2017.

podamos hablar de una caracterización permanente y dinámica de la obligación³⁹⁵”.

Expuesto lo anterior hemos de rememorar la importancia de los ajustes razonables a la luz de la CIDPD, tanto por su configuración³⁹⁶ como por su previsión expresa en el artículo 27.1 i) para los lugares de trabajo. Como se comprueba, esta medida queda supeditada en cualquier caso a la “carga excesiva”, para lo que habrá de tenerse en cuenta, según el propio artículo 40.2 LGDPD “si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa”.

No es objeto de este estudio el análisis de la obligación empresarial de adaptar el trabajo a la persona, principio de acción preventiva recogido en el artículo 15.1 d) de la *Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales*, y que con relación a los ajustes razonables encuentra un amplio grado de ambigüedad y unos “límites difusos”³⁹⁷. En realidad, nos encontramos ante esferas diferenciadas de tutela, una preventiva, en materia de salud y seguridad en el trabajo, y la otra centrada en la igualdad de trato³⁹⁸. Con todo, hemos de evocar, para mantener una correcta perspectiva del asunto, las nociones indicadas en el capítulo anterior respecto a la existencia de entornos de trabajo creados pensando en los estándares de “normalidad”, la cual se contrapone a la diversidad de las realidades humanas y al principio de que no existen discapacidades sino personas con discapacidad. Con la idea de buscar la armonía entre estos dos paradigmas, y quedando garantizado el derecho a la adaptación del puesto de trabajo también para las personas con discapacidad a partir de la normativa invocada con anterioridad, en el artículo 2 LGDPD se definen los que se consideran legalmente ajustes razonables –léase, los que debe asumir el empleador directamente y sin posibilidad de repercutirlos en la entera sociedad–, a saber:

(...) las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso

³⁹⁵ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *La obligación de realizar...*, op. cit., pág. 365.

³⁹⁶ Se definen en el artículo 2 como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Es especialmente relevante que en virtud del precitado artículo en conjunción con el 5.3, se entiende discriminatorio por motivos de discapacidad “la denegación de ajustes razonables”. Véase al respecto la ya aludida STC de 15 de marzo de 2021 (recurso de amparo nº 2950-2018).

³⁹⁷ Vid. RUIZ SANTAMARÍA, J.L. *Vacios e insuficiencias...*, op. cit., pág. 88.

³⁹⁸ En este sentido, GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *La obligación de realizar...*, op. cit., pág. 152.

particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.

Por tanto, estas medidas, que pretenden acomodar a la diversidad los entornos de trabajo al exigir del empleador tener en consideración las necesidades individuales de las personas contratadas –necesidades que son infinitas dada la infinitud de la riqueza de la diversidad–, abren ilimitadas posibilidades y combinaciones para dar cumplimiento a esta obligación. Sobre la tipología de las mismas, parece que van encaminadas a aspectos físicos o de accesibilidad y organizativos, aunque cabría incluir medidas con finalidades educativas³⁹⁹.

Y, dentro de esas innumerables formas de satisfacción de la obligación de adaptación del puesto de trabajo, relevante resulta que nos centremos en la posible dotación económica que pueda recibir la empleadora por la realización de esta acción ya que entendemos que las cantidades que se destinen a esta causa hará más fácil la rotura de esta barrera física que se interpone entre las personas con discapacidad y el empleo⁴⁰⁰. Precisamente en el precepto comentado se hace alusión, para el cálculo de la carga excesiva, a las ayudas o subvenciones públicas previstas para estos casos. No obstante, merece la pena reflexionar cómo esta obligación que según los principios básicos de la materia que acabamos de comentar ha de corresponder al empresario, se enmienda al realizarse una traslación de las cargas económicas desde esta esfera hacia la sociedad mediante la concesión de subvenciones a los obligados que a continuación exponemos. No obstante, la inexistencia de estas dotaciones o su insuficiencia podrían conllevar la falta de contratación de ciertos grupos dentro del colectivo de personas con discapacidad, de ahí su inclusión en este apartado de medidas de fomento del empleo.

Esa medida económica de fomento del empleo de las personas con discapacidad también se encuentra contemplada en el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de

³⁹⁹ *Ibidem*, pág. 370.

⁴⁰⁰ En sentido contrario FONT GARCÍA, J., *Ajustes razonables...*, *op. cit.*, pág. 196 que entiende que no debe ser considerada como una medida de fomento toda vez que “entran en juego cuando ya se ha dado el salto al empleo, cuando ya se ha conseguido un contrato laboral y la barrera de la accesibilidad ha sido superada” y ello porque es un derecho adquirido una vez perfeccionado el contrato laboral. Nos resulta especialmente interesante lo que se aduce con relación a que nos encontramos ante un derecho que nace con la relación laboral en vigor, sin embargo, estimamos que aún en un pequeño índice persigue el fomento del empleo, y ello se produce en la medida en que la realización de ajustes razonables está incentivada, o lo que es lo mismo –y por lo que le damos especial relevancia en estas líneas–, la medida de fomento es la subvención para acometer los ajustes razonables.

7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, que dispone en su artículo 12 lo siguiente:

Las Empresas que contraten trabajadores minusválidos podrán solicitar subvenciones con cargo al INEM que serán compatibles con los beneficios establecidos en los artículos anteriores, destinados a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales al trabajador minusválido contratado. La necesidad de adaptación o de medios especiales de protección personal deberá contar con el informe favorable da la Inspección de Trabajo.

Si la Empresa no solicitase esta ayuda podrá hacerlo el propio trabajador.

Para conocer el *quantum* de la subvención hemos de acudir a la *Orden de 13 de abril de 1994, por la que se regula la concesión de las ayudas y subvenciones sobre fomento del empleo de los trabajadores minusválidos que establece el Capítulo II del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo*, cuyo artículo 1.2 prevé un máximo de 150.000 pesetas (901,52€) por persona trabajadora con discapacidad contratada y previa “presentación de la correspondiente factura que acredite la referida adaptación o dotación y el informe favorable de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”.

Asimismo indicamos que esta regulación fue modificada a través del *Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo*, que aprobaba la *Estrategia Española de Empleo 2012-2014* e incrementaba esta subvención⁴⁰¹, sin embargo, al igual que ocurriera en el caso de las subvenciones por contratación, los efectos económicos de la crisis provocaron que la *Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, revocara los efectos de la derogación y se mantuvieran las medidas anteriores.

1.4. Empleo con apoyo

Ya a finales de los años 90, ESTEBAN LEGARRETA⁴⁰², considerando la experiencia del empleo con apoyo como muy positiva, se preguntaba si era

⁴⁰¹ En dicha modificación se contemplaba una subvención con un límite de 1.800 € y fue bastante aplaudida por la doctrina puesto que acababa con una diferencia legal criticable en relación con los Centros Especiales de Empleo, los cuales se beneficiaban, y mantienen, una ayuda por cuantía de 1.803,04€ por las mismas actuaciones, en virtud del artículo 4 de la Orden de 16 de octubre de 1998 por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las ayudas y subvenciones públicas destinadas al fomento de la integración laboral de los minusválidos en centros especiales de empleo y trabajo autónomo. Véase en este sentido CORDERO GORDILLO, V. *Régimen jurídico... op. cit.*, pp. 194 y 195.

⁴⁰² ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo...*, op. cit., pág. 212. Asimismo, el *Plan de Medidas Urgentes para la Promoción del Empleo de las Personas con Discapacidad* del Ministerio de Trabajo y el CERMI de 15 de octubre 1997 se comprometía con un medida de este tipo “con el fin de favorecer la integración de los discapacitados en el mercado ordinario de trabajo” que tendría las siguientes características, incentivos económicos, preparador laboral que tutele el (...)

necesaria o no una regulación de la figura, concluyendo que no era imprescindible siempre y cuando se definiera y acogiera bajo mínimos en la normativa y se subvencionara la técnica, cuestión esta última de mayor importancia debido a su inviabilidad si se atiende al coste que puede suponer. En la actualidad es el *Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo*, el que acoge esta modalidad de fomento y que como veremos, supera las expectativas de este autor.

La definición que se da por esta norma al empleo con apoyo es la acogida a posteriori por la LGDPD que, debido precisamente a su carácter de normativa básica, limita su ordenación del empleo con apoyo a dos sencillas actuaciones. De un lado, hacer un llamamiento a la regulación reglamentaria y, de otro, configurar el tal concepto en su artículo 41 LGDPD conforme al “conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades de inclusión laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes”. De esta concreta definición destacamos la referencia a los destinatarios de las medidas, “personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades de inclusión laboral” en el mercado ordinario. De forma concordante, el artículo 3.1 del RD 870/2007 circunscribe la aplicación de la medida a dos grupos de personas con discapacidad: por un lado, a personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual con un “grado de minusvalía” reconocido igual o superior al 33%; y por otro a personas con discapacidad física o sensorial con un “grado de minusvalía” reconocido igual o superior al 65%. Recordemos que son los mismos grupos de trabajadores, grupos con especiales dificultades para la inserción laboral, que mantenían ciertas particularidades en la regulación de las bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social. Sin embargo, no es esto lo que deseábamos destacar aquí en cuanto al colectivo destinatario. Al contrario, y aceptando la especial dificultad de acceso al mercado de trabajo de estos grupos, venimos a criticar la delimitación realizada por esta norma reglamentaria. Entendiendo el empleo con apoyo como un mecanismo óptimo para la inclusión laboral de las personas con discapacidad mediante el derribo de barreras existentes⁴⁰³, su

proceso de transición, limitación de su utilización en función de la plantilla, compromiso de contratación y posibilidad de retorno al C.E.E., etc”. *Vid.* MTAS Y CERMI, *Plan de Medidas Urgentes para la Promoción del Empleo de las Personas con Discapacidad*, 1997, pág. 10.

⁴⁰³ De las que hemos señalado en el capítulo anterior, se derribarían barreras relacionales y barreras físicas y a la comunicación, ya que el preparador laboral podría detectar adaptaciones necesarias del puesto de trabajo, así como cuestiones actitudinales negativas de todo el entorno laboral (empresario, compañeros de trabajo...). En este sentido, entre las acciones del empleo (...)

aplicación no se puede restringir o habilitar dependiendo del grado de discapacidad reconocido administrativamente, sino que habrá de estar a la casuística concreta y analizar, en cada caso, si una determinada persona con discapacidad de acuerdo a la concepción de la CIDPD, se encuentra tales barreras en el entorno, las cuales, no pudiendo ser eliminadas mediante otras medidas (como por ejemplo los ajustes razonables), requiere del empleo con apoyo para conseguir la inserción definitiva en el empleo ordinario⁴⁰⁴. Como decimos, esta delimitación, que en definitiva tendrá efectos a la hora de su financiación pública, pero que sin ella resulta inviable, no puede supeditarse a un determinado grado de discapacidad reconocido, por el contrario, dependerá de una multiplicidad de factores, entre los que se encuentran: las circunstancias relacionales de la propia persona, la tipología de sus deficiencias, la empresa, su entorno, el puesto de trabajo a desempeñar, etc.⁴⁰⁵

Otra de las características que se desprenden de la propia definición es que estas acciones de orientación y acompañamiento han de ser individualizadas, lo que debemos completar con que, sin duda, se refieren al apoyo humano, no tecnológico, el cual podría considerarse como una de las actuaciones incluidas en la categoría de adaptación del medio, comentada con anterioridad.

La finalidad de esta medida, identificada con la inserción final en el empleo ordinario, reforzaría nuestra idea de que el empleo protegido ha de circunscribirse como única opción para discapacidades graves, puesto que parte del convencimiento de que la generalidad de personas con discapacidad –con las herramientas adecuadas– pueden desempeñar un empleo en la empresa ordinaria⁴⁰⁶. Lo propio se debe entender si atendemos a la duración de los proyectos de empleo con apoyo, ya que nos da una idea de la coyunturalidad de la medida hasta la consecución de la integración total y que según la norma ha de estar comprendida entre seis meses y un año, prorrogable hasta otro año más. No obstante, para el caso de personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual con un grado de

con apoyo no solo encontramos ayudas en tareas eminentemente productivas, sino también “labores de acercamiento y mutua ayuda entre el trabajador beneficiario del programa de empleo con apoyo, el empleador y el personal de la empresa que comparta tareas con el trabajador con discapacidad” (art. 2.2. b. RD 827/2007) o el “apoyo al trabajador en el desarrollo de habilidades sociales y comunitarias, de modo que pueda relacionarse con el entorno laboral en las mejores condiciones” (art. 2.2. c).

⁴⁰⁴ A estos problemas se le suma el comentado deficiente sistema de reconocimiento del grado de discapacidad.

⁴⁰⁵ En sentido contrario CORDERO GORDILLO, V., *Régimen jurídico ...*, op. cit., pág. 221, quien contrariamente a lo que sostenemos valora positivamente esta distinción puesto que de no ser así se acabaría favoreciendo a las personas con discapacidad leve, quienes tienen menos dificultades de acceso al empleo.

⁴⁰⁶ ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo...*, op. cit., pág. 212.

minusvalía reconocido igual o superior al 33%, siempre y cuando “se detecten situaciones de especial dificultad que exijan necesidades específicas de apoyo”, se prevé que este plazo máximo de dos años se pueda prorrogar durante seis meses más.

Para que se puedan beneficiar las empresas de las subvenciones que se regulan por la adopción de este tipo de medidas, las cuales comentaremos a continuación, la contratación se ha de realizar por empresas del mercado ordinario mediante un contrato indefinido, o mediante un contrato de duración determinada como mínimo de seis meses. La jornada efectiva de trabajo ha de ser como mínimo del 50 por 100 de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable (art. 3.2).

Por último, nos ocuparemos de lo realmente trascendente, y es que, el empleo con apoyo se podrá practicar en cualquier organización sin el cumplimiento de los requisitos que aquí hemos expuesto y de los demás que prevé la norma reglamentaria. Y ello porque, siguiendo a ESTEBAN LEGARRETA, la clave de tales medidas no es la entidad que las materializa, sino su financiación, dado que, su coste las convierte en inviables para cualquier entidad perteneciente a la economía tradicional –entendida esta como especialmente interesada en la relación positiva entre beneficios y costes, frente a la centralidad del ser humano que se predica y practica por las pertenecientes a la economía social y de comunión–. Una financiación que, –como no podría ser de otra forma, y en tanto que esta subvención es compatible con los demás incentivos que venimos tratando en este epígrafe–, abarca los costes laborales y de seguridad social de los preparadores laborales designados para el proyecto. En concreto, tales cuantías, de conformidad con el artículo 8, ascienden a: (a) 6.600 euros anuales por cada persona trabajadora con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%; (b) 4.000 euros anuales por cada trabajador incluido en el apartado anterior, pero con un grado de discapacidad entre el 33% y el 64%, ambos inclusive y, finalmente, (c) 2.500 euros anuales por cada trabajador incluido en el apartado con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%.

Las subvenciones se reducirán proporcionalmente tanto si la duración del contrato de cada trabajador con discapacidad es menor al año, como en función de su jornada si la misma es a tiempo parcial. Respecto a las cuantías subvencionadas hemos de tener en cuenta que la condición impuesta para obtener la ayuda mentada es que el preparador laboral asista a la persona trabajadora con discapacidad, como mínimo en un tercio, un quinto o un octavo de la misma, según nos encontremos, respectivamente ante personas trabajadoras incluidas en las letras a), b) o c) antes señaladas (art. 7).

Se pueden beneficiar de las correspondientes subvenciones, además de las empresas del mercado ordinario, las asociaciones, fundaciones, otras entidades sin ánimo de lucro y los Centros Especiales de Empleo que suscriban el correspondiente convenio de colaboración con la empresa destinataria final y que cumplan con los requisitos que se establecen en el artículo 4 del Real Decreto citado.

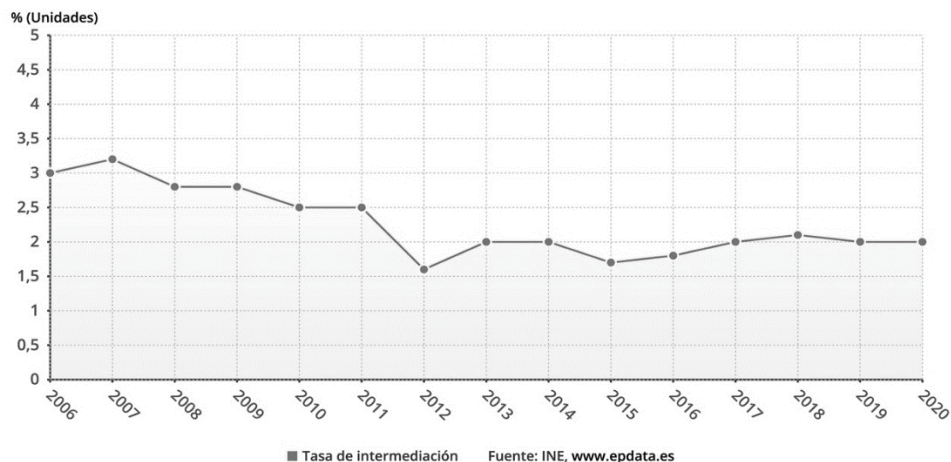
1.5. Servicios de empleo y formación para el empleo

Puede estimarse otro tipo de medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad la labor informativa y asesora sobre oportunidades de empleo que han de prestar los servicios públicos de empleo, de forma directa o a través de entidades colaboradoras, o las agencias de colocación debidamente autorizadas, tal y como se prevé en el artículo 38 LGDPD; puesto que a ellos les corresponde “la orientación y colocación en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad que se encuentren en situación de búsqueda de empleo” así como –en virtud del mismo precepto– la elaboración de un registro de demandantes de empleo específico para personas trabajadoras con discapacidad.

En lo que se refiere al citado precepto e independientemente de la valoración doctrinal que ha merecido la descentralización y apertura a entes privados con ánimo de lucro del sistema de colocación español –operado desde la *Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación*, y hasta su culminación en la *Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, que habilita a las ETT a desarrollar las funciones de agencia de colocación⁴⁰⁷– no por desmerecedora de atención, sino por exceder de nuestro objeto de estudio, debemos centrarnos en la funcionalidad del propio sistema público de empleo respecto del fomento del empleo de las personas con discapacidad. Permítase –eso sí– señalar los datos globales de consecución de empleo mediante las oficinas públicas que alcanzaron en el año 2020 un escueto 2%:

⁴⁰⁷ Antes, la *Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, había legalizado la intermediación privada y lucrativa. Con fines no lucrativos se permitió ya con la reforma laboral de 1994, actividad que hasta dicha fecha estaba monopolizada por el servicio público de colocación.

Porcentaje de asalariados contratados gracias a la intermediación de las oficinas públicas de empleo en España



Y es que, focalizando ya en las personas con discapacidad, sin lugar a dudas resulta esencial la labor que pueda desempeñar el servicio público, –ya sea en su vertiente de asesoramiento, información, búsqueda e intermediación– dada no solo la desinformación existente sino también la presencia de barreras que extremen la complejidad de la situación de desempleo en ambos lados de la orilla, tanto de la persona trabajadora como de la empleadora.

Aún con mayor énfasis deben resaltarse las cuotas de éxito alcanzadas por entidades privadas especializadas teniendo en consideración la efectividad de la intermediación pública. Es el caso, entre otras, de Inserta de Fundación ONCE, o los servicios de empleo de la Confederación Española de Personas con Discapacidad Física y Orgánica (COCEMFE), las cuales, no solo desarrollan funciones de intermediación, información y orientación, sino que son las únicas que ofertan actuaciones destinadas a la formación profesional de las personas con discapacidad; un aspecto este que, con base en las carencias formativas históricas del colectivo anteriormente referidas se revela como un recurso íntimamente relacionado con el empleo sobre el que repercute directamente.

Entendemos fundamental que en estas labores que ahora nos ocupan participen asociaciones y entidades representativas de personas con discapacidad, toda vez que son estas las que conocen de primera mano las dificultades y barreras que encuentra el colectivo en el acceso al empleo, ofreciendo, además, soluciones desde una perspectiva empresarial. Deseable, sería, sin duda, una mayor implicación y apoyo por parte del sector público en la línea y a las actuaciones desarrolladas por las precitadas entidades, puesto que relegar –rayano en el abandono– esta esfera básica del empleo a la iniciativa privada –tenga o no *animus lucrandi*– refleja el verdadero interés social –

colectivo– por las situaciones de discapacidad. Aunque sobre ello volveremos más adelante, resulta preciso dejar apuntado siquiera que, el apoyo, no solo económico sino institucional de los poderes públicos resulta fundamental para aunar fuerzas, por lo que consideramos oportuno la creación de un ente en el que, representado el colectivo, la Administración Pública y la parte empresarial, sea capaz de diseñar y adoptar medidas coherentes en la materia.

1.6. El fomento del empleo mediante la fórmula del empleo protegido

La evolución habida –y presentada el capítulo anterior– en el tratamiento de la discapacidad ha llevado a que debamos presumir de acuerdo con la normativa internacional que estaríamos ante opción más apropiada de empleo para las personas con discapacidad cuando esta se desarrolle en el contexto del empleo ordinario⁴⁰⁸. A nuestro juicio esta presunción resultaría aplicable hoy a nuestro país al socaire del derecho internacional ya que, a diferencia de lo que ocurría en la LISMI, no aparece formulada en el articulado de la LGDPD. Resulta cuanto menos significativo que aquella, en su artículo 37, contuviera como “finalidad primordial de la política de empleo de trabajadores minusválidos su integración en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto”, o sease, de forma subsidiaria y excepcional, “su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo protegido”⁴⁰⁹, y sin embargo la norma refundida omite tal principio, pese a que se establezca que la finalidad del empleo protegido es la transición al empleo ordinario (arts. 43 y 46 LGDPD). No podemos sino predicar del empleo protegido tal subsidiariedad de acuerdo con lo antedicho aun reconociendo que el empleo protegido resultaría ventajoso y necesario, pero en circunstancias excepcionales y estrictamente limitadas a supuestos en que las capacidades laborales de las personas con discapacidad estén mermadas.

⁴⁰⁸ Véase lo expresado en epígrafe 3.1.2 d) del capítulo primero.

⁴⁰⁹ Del mismo modo el artículo 41.1 de la LISMI circunscribía el empleo protegido para cuando “los minusválidos que por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no puedan, provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales”. Para DIAZ VELAZQUEZ, E., “El impacto de las políticas de empleo en la inclusión de las personas con discapacidad”, en AA. VV. (REY PÉREZ, J.L. y MATEO SANZ, L. eds.), *El empleo de las personas con discapacidad: oportunidades y desafíos*, Dykinson, Madrid, 2018, pág. 162, esto se debe al cambio de escenario actual con respecto al de 1982 y entre las causas se encuentra “el papel e importancia de los CEE en el tercer sector de la discapacidad” y la presión política que ejercen al respecto, “el peso de sus trabajadores sobre el total de ocupados con discapacidad (alrededor del 20%)”, y “las dificultades para conseguir la inclusión en el empleo ordinario de determinados perfiles”. Nos acercamos más a la postura de ESTEBAN LEGARRETA, R., *Puntos clave...*, op. cit., pág. 50, quien expuso que “el TRLGDPD sirve para blindar el empleo protegido como opción básica para la inserción laboral de las personas con discapacidad lo que implica, como veremos, una ruptura con una larga tradición de defensa normativa del principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario de trabajo, vigente en nuestro país desde la aprobación de la LISMI en el año 1982”.

Las modalidades de empleo protegido habilitadas en nuestro ordenamiento son los Centros Especiales de Empleo y los enclaves laborales. Sin entrar aquí en el fondo de la regulación de estas tipologías, diremos que los primeros tienen como objetivo el “realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado”⁴¹⁰, mientras que los enclaves laborales consisten en la contratación por una empresa del mercado ordinario a un Centro Especial de Empleo “la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquélla y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora”⁴¹¹.

Tomando en consideración todo lo anterior, y pese a que la LGDPD no es clara al respecto, deben circunscribirse las posibilidades del empleo protegido a personas con discapacidad cuyas posibilidades de acceder a un empleo ordinario resulten escasas debido a que la naturaleza de sus diferencias orgánicas o patologías reduzcan su capacidad de trabajo, o lo que es lo mismo, que la persona esté afectada de algún grado de incapacidad laboral, esté esta o no reconocida administrativamente⁴¹², ya que en otras circunstancias, al estructurarse el empleo de las personas con discapacidad en este ámbito, se estaría excluyendo a la misma de la integración completa en el medio ordinario⁴¹³.

⁴¹⁰ Ello se formalizará, entre el CEE y la persona con discapacidad, mediante una relación laboral de carácter especial de las reguladas en el *Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los Centros Especiales de Empleo*. Véase sobre los CEE, SALAS PORRAS, M., “Los centros especiales de empleo. Aproximación jurídico-laboral” en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M^a. N.; MÁRQUEZ PRIETO, A., et. al. Dirs.), *La protección Jurídico-Social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Laborum, Murcia, 2021, pp. 523 a 546.

⁴¹¹ Artículo 1.2 del *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*. Véase sobre esta modalidad de empleo protegido a GARRIDO PÉREZ, E., “Los Enclaves Laborales ¿una nueva modalidad de subcontratación de obras y servicios para trabajadores discapacitados?: comentario al RD 290/2004, de 20 de febrero”, *Iuslabor*, N^o. 3, 2005.

⁴¹² Ello queda patente si observamos lo dispuesto en el artículo 2.1 del *Real Decreto 1368/1985*, regulador de los sujetos de esta relación laboral, el cual establece que “son trabajadores las personas que, teniendo reconocida una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 y, como consecuencia de ello, una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje”.

⁴¹³ En este sentido PALACIO PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social...*, op. cit., pp. 87 y 88, destacando la gran utilidad de estos CEE en lo relativo al empleo de las personas con enfermedad mental desde la óptica del modelo médico-rehabilitador y la problemática de que finalmente se conviertan en “reglas permanentes”, motivado principalmente por “la creencia por parte de los empleadores de que las personas con discapacidad no se encuentran preparadas para realizar la mayor parte de los trabajos”.

Consideramos por tanto que si una persona con discapacidad, independientemente del grado reconocido, percibe dificultada su incorporación al mercado ordinario de trabajo únicamente por motivos de minusvaloración, la solución más plausible pivota sobre la eliminación de las barreras que impiden su acceso al mercado ordinario, *id est*, mediante una medida de acción positiva que actúe sobre el problema. Con base en estas apreciaciones el empleo protegido habrá de entenderse como una medida de igualación positiva, toda vez que beneficia a personas cuyas diferencias orgánicas o funcionales afectan directamente a su capacidad productiva, siendo que la medida debe actuar sobre esta concreta desventaja individual.

Por otra parte, la configuración del empleo protegido suscita numerosas críticas doctrinales, cuya motivación resulta necesario sea recogida en este estudio, en la medida en que sobre ellas podremos –o no– asentar nuestras propias reflexiones. En primer lugar, se pone en duda⁴¹⁴ su verdadera capacidad para materializar la principal de las finalidades que se les anuda, esto es, utilizarla no como fin en sí mismo sino como un instrumento de tránsito o vehicular hacia el empleo ordinario. Otro sector doctrinal focaliza su atención sobre las generalmente precarias condiciones de trabajo ofrecidas por este tipo de empleo, cuestión esta de fácil corroboración si se acude a la revisión de las condiciones pactadas en los convenios colectivos que les son aplicables, la temporalidad que afecta en estos centros al colectivo⁴¹⁵, o los salarios⁴¹⁶. Lo propio se pone de manifiesto por la ANED en el informe “Report on the employment of disabled people in European countries”⁴¹⁷. Estas diferencias

⁴¹⁴ Véase al respecto GAZTELU SAN PÍO, C., *Acción positiva...*, op. cit., pág. 310. En el mismo sentido, LLANO SÁNCHEZ, M., “El enclave laboral. Puntos críticos de una nueva herramienta de responsabilidad social corporativa”, en AA. VV. (VALDÉS DAL-RE, F. Dir.) *Relaciones Laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pág. 148, destacando que los mismos asumen funciones similares a las Empresas de Trabajo Temporal, “suministrando mano de obra temporal a las empresas ordinarias” sin que este sirva de “auténtica pasarela, ni el enclave puede garantizar la mejora de una experiencia profesional que no existe”.

⁴¹⁵ “Entre los ocupados en Centros Especiales de Empleo, más la mitad (54,8%) cuentan con un contrato indefinido, un porcentaje inferior al registrado por el total de asalariados con discapacidad en España (73,1%)”. Vid. ODISMET, *Número de Centros Especiales de Empleo y plantilla de personas con discapacidad*, 2019, Accesible en: <https://www.odismet.es/banco-de-datos/integracion-laboral-y-tendencias-del-mercado-de-trabajo>.

⁴¹⁶ Los cuales quedan fijados actualmente en el XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. Véase sobre la determinación del salario aplicable SALAS PORRAS, M., *Los centros especiales ...*, op. cit., pág. 536.

⁴¹⁷ ANED, *Report on the employment of disabled people in European countries*, Aned, 2007, pág. 7 (accesible en: https://sid.usal.es/ids/F8/FDO26329/Employment_report_%20I_Spain.pdf): “People with disabilities are mostly employed in sheltered workshops, and there is a clear dependency on the industrial sector for sheltered employment. Jobs at sheltered workshop have low salaries, reduced opportunities for career development or for transition toward open toward labour market. On the other hand, jobs at Sheltered workshops are full-time and non-temporary, as opposed to Supported (...)”

parece que se difuminan en algún grado si estamos ante CEE de carácter social centrados en la inclusión laboral del colectivo, los cuales pueden estar algo más en concordancia con la filosofía de la CIDPD⁴¹⁸.

Finalmente, querríamos hacernos eco de aquellas otras críticas que ponen el acento en la necesidad de exigir el reconocimiento administrativo de un grado mínimo de discapacidad a efectos de que los CEE contraten a personas con discapacidad. Con este requisito podría evitarse, entienden los autores que esgrimen el argumento, el que esas entidades acudan a este tipo de contratación con la sola finalidad de cumplir con sus porcentajes obligatorios, aun cuando realmente desarrollan actividades productivas ordinarias aprovechándose de una inexistente, pero presunta limitación, puesto que, al no existir tal condición –la relativa al grado de discapacidad– otorgan el trato de incapacitado laboralmente para el desempeño de funciones productivas a quien no adolece de él⁴¹⁹. A modo propositivo y reconociendo las dificultades de valoración de la disminución de la capacidad laboral, se podría optar por entender empleables en este medio a las personas con discapacidad con especiales dificultades de inclusión laboral que se fijan en otros pasajes normativos, verbigracia las delimitadas para las subvenciones del empleo con apoyo recogidas en el artículo 3.1 del RD 870/2007, *id est*, personas con discapacidad intelectual con un grado reconocido igual o superior al 33% y personas con discapacidad física o sensorial con un grado reconocido igual o superior al 65%.

1.7. Sucinta y preliminar valoración de las medidas de fomento del empleo en España

A efectos puramente introductorios y antes de ocuparnos de la medida que copará desde ahora en adelante nuestro estudio, estas líneas las destinamos a realizar una valoración genérica reflexiva del conjunto de medidas que hemos estimado que, de una forma u otra, fomentan el empleo de las personas con discapacidad.

Dejando a un lado el empleo protegido ya que, según nuestro criterio y como hemos fundamentado, debe ser una opción de empleo extraordinaria

Employment initiatives where part-time contracts and temporary jobs are more prevalent". En el mismo sentido, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ V.; MALO OCAÑA, M.A. y CUETO IGLESIAS, B., "Diferencias salariales por discapacidad y Centros Especiales de Empleo", *Cuadernos de economía*, vol. 35, n.º 98, 2012, pp. 100-116, estudio en el que se destacan, además de las diferencias salariales, mayor presencia de contratos temporales o personas trabajadoras con menor cualificación. En cierta medida estimamos que estas diferencias podrían ser lógicas si atendemos a que en los mismos han de emplearse personas trabajadoras con especiales dificultades debido a sus diferencias orgánicas.

⁴¹⁸ En este sentido, REY PÉREZ, J.L., *Propuestas...*, *op. cit.*, pág. 399.

⁴¹⁹ Estamos ante un requisito imposible de controlar y que "en la práctica no se ha tenido en cuenta la incidencia del menoscabo en la capacidad real del trabajador. Vid. ESTEBAN LEGARRETA, R. *Contrato de trabajo ...*, *op. cit.*, pág. 285.

para circunstancias especiales y objetivadas, en lo referente al empleo ordinario ha podido observarse que algunas de estas medidas actúan desde un momento previo a la perfección del contrato de trabajo –como son la subvención empleo con apoyo, la labor realizada por los servicios de empleo y otras entidades intermediadoras, y lo será también la reserva de empleo–, mientras que otras actuaciones, tales como los incentivos económicos o los ajustes razonables, precisan de la concertación de la relación laboral para producir efectos. Esta cuestión merece ser destacada puesto que resaltan las virtudes de la primera categoría de medidas al hacer fuerza e incidir –con mayor o menor vigorosidad– sobre una eventual predisposición negativa del empresario a contratar personas con discapacidad.

Desde la óptica economicista empresarial la valoración de los incentivos económicos permitiría concluir que estamos ante la medida de mayor atractivo a la hora de contratar personas con discapacidad dada la repercusión directa que supone su percepción en el patrimonio de la empresa, ya sea vía ingresos, en el caso de las subvenciones, o de reducción de gasto, en las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social y las deducciones fiscales. Esta cuestión es fundamental si tenemos en cuenta que uno de los principales motivos para la no contratación del colectivo es la creencia de los mayores costes que suponen⁴²⁰. Un punto importante a tener en cuenta es que los incentivos económicos en ningún caso están destinados a compensar al empleador de una hipotética falta de productividad de la persona con discapacidad empleada puesto que a la misma ha de suponerse plena productividad, sino como su propio nombre indica, un incentivo, es decir un estímulo, con una finalidad no de compensar y sí de recompensar. Con ello no estamos diciendo que no pueda suponer un sobre coste la contratación de una persona con discapacidad aun teniendo plena capacidad productiva, al contrario, esta podrá suponer un gasto adicional cuando sea preciso remover obstáculos físicos del entorno laboral para lo que habrá que acudir a otras de las tipologías aquí estudiadas. Se atisba ya, la distinta naturaleza de las mismas.

Debemos considerar que en el caso de los incentivos económicos estamos ante medidas de acción positiva⁴²¹ puesto que están dirigidas a la generalidad del colectivo y, *a priori*, no deben paliar situaciones individuales de inferioridad si nos atenemos a la concepción actual de la discapacidad. Por ende, las mismas deben ir dirigidas a la eliminación de las barreras u obstáculos del entorno que impiden la inclusión laboral plena del colectivo. Es por ello por lo que entendemos que es errónea su consideración como sustitutivas de la potencial falta de productividad de la persona con discapacidad. Si admitiésemos esto,

⁴²⁰ CORDERO GORDILLO, V., *Régimen jurídico...*, op. cit., pág. 169.

⁴²¹ Así los reconocía la LIONDAU en su artículo 9. La actual LGDPD no realiza ninguna calificación en este sentido respecto a las medidas de fomento del empleo.

estaríamos situándonos ante una medida de igualación que, en teoría, únicamente podría favorecer al empresario y a personas con discapacidad cuando estas últimas no tuviesen una capacidad productiva plena para desarrollar un determinado puesto de trabajo. En relación con esto último, llegaríamos a considerar que los incentivos económicos pueden no influir de forma particular en la eliminación de las barreras antes identificadas y que impiden el acceso al empleo del colectivo⁴²². Y esto debido a que la contratación, en muchos casos, se verá incitada y provocada por los referidos beneficios económicos y no por la convicción verdadera de materializar la igualdad. No obstante, a la larga se concluiría que las barreras –o prejuicios– empresariales previas a la contratación asentadas en una concepción errónea de la discapacidad serán objeto de superación cuando la contratación se realice en el contexto de la economía ordinaria y se desarrolle efectivamente el servicio para el que se ha sido contratado. Es justo este momento, el de la efectiva prestación de servicios, el que permite demostrar la capacidad real del trabajador y, por consiguiente, romper los prejuicios instalados –en ocasiones a causa de la pasividad pacífica de quien los sufre– en el imaginario social.

A priori, y puesto que las medidas de fomento del empleo comentadas no causan un efecto negativo directo a terceros, bien podrían resultar incluidas entre las denominadas medidas moderadas de acción positiva. Empero, el hecho de que recaigan sobre bienes escasos –como sucede con los puestos de trabajo–, conllevaría un replanteamiento de aquella aseveración aun cuando la afectación no sería tangencial. En efecto, en el caso del empleo y las medidas de fomento dirigidas a otorgar subvenciones, incentivos a la contratación o bonificación en las cuotas de la seguridad social, la persona empleadora puede optar por la contratación de una persona con discapacidad movida –o no– por la percepción de estos incentivos económicos y, consecuentemente, una vez ocupado el puesto de trabajo vacante, dejaría de contratar a una persona sin discapacidad. Se diluye, sin embargo, esta característica excluyente cuando el contenido de las medidas de fomento del empleo no afecta directamente a aspectos económicos de la empresa, –como sucede con empleo con apoyo o la intervención de los servicios de empleo–. Así, materializadas tales acciones en –por ejemplo– el desarrollo de labores de asesoramiento y apoyo sobre discapacidad, aunque se están ahorrando costes indirectos a la empresa, también se incide en barreras invisibles que por su propia configuración resultan más complicadas suprimir y superar.

⁴²² Para LAHERA FORTEZA, J., “Acceso al mercado laboral y contratación de los discapacitados”, en AA. VV. (VALDÉS DAL-RE, F. Dir.) *Relaciones Laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pp. 89-140, pág. 115: “El incentivo económico en la contratación de discapacitados es un instrumento de integración ordinaria que intenta superar las posibles reticencias empresariales en torno a estos trabajadores”.

En los supuestos de medidas relativas al empleo con apoyo y a la de ajustes razonables, consideramos que estaríamos más cerca de las estimadas como medidas de igualación, toda vez que se basan en condicionantes que las personas con discapacidad individualmente consideradas precisan para encontrarse en igualdad de condiciones en el empleo que el resto, lo que la excluyen del ámbito de las medidas de acción positiva. La desventaja de partida en estos casos no solo se produce por la minusvaloración del colectivo en el que se encuentran (cuestión que trata de paliarse con las medidas de acción positiva), sino por la existencia de circunstancias objetivas que le impiden, la adaptación social o laboral al medio de trabajo de acuerdo a sus diferencias orgánicas o funcionales –por tanto, habría de adoptarse la medida de empleo con apoyo– o bien dificultan el desarrollo del concreto puesto de trabajo porque el mismo no es accesible –de manera que los ajustes razonables sería el paliativo para tal situación–. La medida de ajustes razonables ha sido calificada como un tipo particular de medida antidiscriminatoria con entidad propia⁴²³ dada su inclusión en los instrumentos normativos de esta tipología normativa.

A las apenas citadas, bien podrían añadirse un elenco casi interminable de otras actuaciones que permitirían su ubicación conceptual en las medidas de fomento de empleo, siendo la cuestión numérica la que nos conjura para no aventurarnos en una referencia exhaustiva, sino, sencillamente, destacar las de más frecuente aparición, tal y como sucede con la ampliación del plazo de duración de los contratos formativos, la inexistencia de límite máximo de edad para su celebración (art. 11 ET), las bonificaciones de cuotas por celebración de contratos para la formación y el aprendizaje o contratos en prácticas (D.A. vigésima ET), las especialidades autonómicas en cuanto a las subvenciones, la recolocación de trabajadores con discapacidad sobrevenida (arts. 1 y 2 Real Decreto 1451/1983) o, incluso –aun siendo bastante extraño encontrarlas–, algunas otras posibilidades de carácter sustantivo que pudieran ser recogidas en normas convencionales⁴²⁴.

⁴²³ “(...) se trata, pues, de una obligación empresarial autónoma, con entidad propia, incardinada dentro de la tutela antidiscriminatoria”, GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *La obligación de realizar...*, op. cit., pág. 151. Sobre la imposibilidad de catalogarlos como medidas de igualación, lo que conllevaría identificarlo como un derecho autónomo, DE ASÍS ROIG, R., *Sobre la accesibilidad universal*, ponencia en Conferencia Internacional 2008-2013: Cinco años de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de casas” y CERMI, 2013, pág. 13. Accesible en: https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/eventos/Rafael_de_Asis_Accesibilidad_Universal.pdf

⁴²⁴ Véase en este sentido las distintas posibilidades en ALMENDROS GONZÁLEZ M. A., “Cláusulas de empleo para personas con discapacidad en la negociación colectiva”, en AA. VV. (LARA SAEZ, C., coord.) *La negociación colectiva tras las reformas legales. Especial referencia a Andalucía*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2017, pp. 441-474, Accesible en: https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/48353/AlmendrosGonzalez_DiscapacidadNegociacionColectiva (...)

Conviene precisar que todas las medidas comentadas son compatibles entre sí para el caso de que existiera una situación cuyas condiciones permitiera la aplicación conjunta de aquellas⁴²⁵, lo que nos conduce a reflexionar acerca de si, valoradas como un todo, permitiría concluir si fomentan, además de la mejora de los índices de empleo del colectivo, la superación de las barreras que impiden su efectivo acceso al empleo. La respuesta a esta cuestión debemos reservarla para los capítulos que siguen, una vez la reserva de empleo sea abordada con detenimiento.

2. LA RESERVA DE EMPLEO: CARACTERES GENERALES

Estudiados los fundamentos que amparan e incentivan el tratamiento diferenciado en determinados supuestos, en este capítulo nos dedicaremos en exclusiva sobre la medida de la reserva de empleo para personas con discapacidad. En este primer apartado nos adentraremos en sus orígenes caracteres principales para, posteriormente, descender de forma minuciosa sobre la configuración española de la medida. Este análisis nos brindará la oportunidad de hacer una revisión de la misma, para a partir de su naturaleza y configuración, confrontar la medida que nos ocupa con el modelo relacional de la discapacidad, así como realizar propuestas de *lege ferenda*.

Con el fin de ubicarnos, debemos dar un paso atrás, volver sobre el trato diferencial y su necesidad para la consecución de una igualdad fáctica, esto es, las medidas de igualación y las medidas de acción positiva, y rememorar que las primeras partían de situaciones individuales y objetivas de inferioridad y las segundas pretendían la remoción de una minusvaloración “ficticia” sobre el colectivo.

Sobre la definición de la figura de la reserva de empleo para personas con discapacidad podemos decir que es “un mecanismo de ecualización de oportunidades”⁴²⁶ para las mismas, puntualizando –nosotros– que se proyecta sobre la colectividad, consistente en la obligación de la parte contratante de emplear a un número determinado o a una proporción de la plantilla, o reservar un número o proporción de las plazas vacantes para un determinado grupo identificado de personas.

a.pdf?sequence=1&isAllowed=y y RIBES MORENO, M.I., “¿Cabe utilizar la negociación colectiva para integrar laboralmente a las personas con discapacidad? Una propuesta a la luz de la experiencia francesa”, *Lan Harremanak*, nº 35, 2017, pp. 358-388.

⁴²⁵ A excepción, como se expresó, de las bonificaciones de cuotas en la contratación indefinida cuando concurran en la persona trabajadora la circunstancia de que sea mayor de 45 años y mujer.

⁴²⁶ En este sentido THORNTON, P., *Cuotas de empleo...*, op. cit., pág. 186, que las define como “un mecanismo de ecualización de oportunidades de empleo para personas con discapacidad”.

2.1. Origen

Si dijimos cuando hablamos del empleo de las personas con discapacidad, que la preocupación de las instituciones internacionales al respecto se produjo a partir de la Gran Guerra⁴²⁷, otro hito desgraciado de nuestra historia fue el que originó la aparición de las cuotas reserva de empleo para personas con discapacidad, en este caso, la Primera Guerra Mundial⁴²⁸. Fue en 1919 Alemania el primer país que implantó un sistema de reserva de empleo para personas con discapacidad, seguido de Austria (1920), Italia (1921), Polonia (1921) y Francia (1923)⁴²⁹, alentados por las recomendaciones en la Conferencia Interaliada de Bruselas en 1920, apoyada, finalmente, por la OIT en 1923⁴³⁰. Las recomendaciones y el sistema propuesto en aquellos años y que constituyeron la base de los primeros sistemas de reserva, solo han sido modificadas mínimamente desde su implantación efectiva en los distintos países, y ello “a pesar del hecho de que las cuotas de hoy en día están operando en un entorno, económico, social y legal diferente y que las expectativas de las personas con discapacidad han cambiado radicalmente desde ese encuentro de los expertos⁴³¹”.

La ubicación temporal del nacimiento de la obligación de reserva es un hecho vital para conocer el razonamiento primigenio para su imposición que, como se vislumbra, fue compensatorio⁴³² y, consecuentemente, dadas también las fechas en las que ahora nos situamos, una medida configurada desde un prisma médico-rehabilitador de la discapacidad. La reserva de empleo se concebía originalmente, en épocas posteriores a la Primera Guerra Mundial, como medida voluntaria o meramente recomendada y fueron los enormes

⁴²⁷ Recuérdese que la necesidad de incorporación de los veteranos de guerra al mundo laboral y la vacante de puestos después de la misma hizo que se fomentara por primera vez en el seno de la OIT la colocación de personas con discapacidad. Véase la *Recomendación sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz)*, 1944 (núm. 71.)

⁴²⁸ WADDINGTON L., “Legislating to employ people with disabilities: The European and American way”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 1, n° 4, 1994, pp. 367-395, pág. 368.

⁴²⁹ Vid. HEYER, K., “Rights or quotas? The ADA as a model for disability rights” en AA.VV. (NIELSEN, L. B. y NELSON R.L. eds.) *Handbook of Employment Discrimination Research: Rights and Realities*. Springer Science & Business Media, Dordrecht, 2008, pp. 237-257, pág. 242.

⁴³⁰ WADDINGTON, L., *Legislating...*, op. cit., pág. 368. Véase OIT, *Employment of Disabled Men: Meeting of Experts for the Study of Methods of Finding Employment for Disabled Men (Geneva, 31 July, 1 and 2 August 1923) Report Submitted to the Experts, Minutes of Proceedings of the Meeting of Experts, Resolutions Adopted by the Experts*, OIT, Ginebra, 1923.

⁴³¹ WADDINGTON, L., *Legislating...*, op. cit., 369.

⁴³² Lo que se desprende del estudio de WADDINGTON, L., *Ibidem*: “dado el sacrificio que se considero que estos ex soldados habían hecho, muchos gobiernos consideraron que era inaceptable que ahora quedaran circunscritos a largos periodos de desempleo, y que existía una obligación moral de ayudar a los veteranos discapacitados a restablecerse como ciudadanos económicamente activos”.

índices de desempleo de veteranos de guerra con discapacidad, lo que hizo que se tornara a obligación en la mayoría de países occidentales después de la Segunda Guerra mundial, y que con posterioridad se ampliara el ámbito del colectivo beneficiario hacia la generalidad de la población civil con discapacidad⁴³³. Esta ampliación del colectivo al que iba dirigido la medida comenzará a difuminar el elemento compensatorio.

En la actualidad Dinamarca, Estonia, Finlandia, Islandia, Letonia, Holanda, Noruega, Suecia y Reino Unido son los países europeos que no tienen implantado, de una forma u otra, un sistema de cuotas de empleo para personas con discapacidad⁴³⁴.

2.2. Mecánica general de la medida

La obligación de reserva de empleo queda generalmente fijada por las legislaciones nacionales en cifras porcentuales que varían entre el dos y el siete por ciento de la plantilla de la empresa⁴³⁵. Asimismo, suele ser habitual que estos sistemas posibiliten al sujeto obligado dar un cumplimiento alternativo a la cuota mediante la contrata de servicios a determinadas entidades especiales o empresas ordinarias que empleen a un porcentaje alto de personas con discapacidad⁴³⁶, a trabajadores por cuenta propia con discapacidad⁴³⁷, etc. A esta posibilidad se le suele denominar “régimen de contribuciones especiales o de gravamen”.

Como regla general podemos admitir que la reserva no es solo una medida que facilita el acceso al empleo, sino que además la podemos considerar garante de conservación del mismo en supuestos de discapacidad sobrevenida⁴³⁸, ya que generalmente, y puesto que la misma actúa sobre el

⁴³³ Vid. SARGEANT, M.; RADEVICH-KATSAROUMPA E. y INNESTI A., *Disability quotas...*, op. cit., pp. 8 y 9.

⁴³⁴ GREVE, B., *The labour market situation of disabled people in European countries and implementation of employment policies: a summary of evidence from country reports and research studies report prepared for the Academic Network of European Disability experts*, ANED, 2009, pág. 14.

⁴³⁵ OECD, *Sickness, Disability...*, op. cit., pág. 96. Resulta especialmente ilustrativa la tabla A4.2 contenida en OECD, *Transforming disabilities into abilities*, OECD, Paris, 2003, pág. 210, donde se expresa de forma sintética la regulación dada en aquel entonces por más de diez países de la OCDE.

⁴³⁶ Es el caso de República Checa, donde se reduce el porcentaje de cuota si se adquieren bienes a empresas con más del 50% de trabajadores con discapacidad. Vid. GREVE, B., *The labour market...* op. cit., pág. 14.

⁴³⁷ En este sentido, OECD, *Sickness, Disability...* op. cit. pág. 96.

⁴³⁸ Sin perjuicio de las regulaciones específicas de cada país al respecto. Por ejemplo, en España, como veremos, esta cualidad solo podríamos predicarla respecto a la reserva de empleo en las empresas, ya que la reserva en la función pública se implementa sobre el acceso a la misma.

porcentaje de la plantilla de la empresa en cuestión, estas personas computarán como personas con discapacidad en la empresa⁴³⁹.

Dicho esto, el gran problema general de las cuotas viene siendo desde sus orígenes la baja tasa de cumplimiento. Pese a que mucho se ha escrito sobre el particular, escasean los datos empíricos sobre la materia. Podemos ver cómo los países de la OCDE con mayores tasas de cumplimiento rondan el 60%. Tal es el caso de Austria, Francia o Alemania⁴⁴⁰, lo que supone, según los estudios publicados que, asumiendo las dificultades de evaluar la efectividad de la medida⁴⁴¹, “solo conducen a pequeñas ganancias netas de empleo y, a veces, solo pueden justificarse por razones de equidad⁴⁴²”. Con relación a ello, WADDINGTON⁴⁴³ clasificó los sistemas de cuotas en tres según las consecuencias de tal incumplimiento. Los ordenaremos según el grado de confrontación con derechos de terceros, o lo que es equivalente, de menor a mayor rigurosidad:

- Recomendaciones legislativas sin sanción: Cuando no existe obligación alguna de contratación, sino que se está a una simple recomendación⁴⁴⁴.
- Obligaciones legislativas sin sanciones efectivas: Existente cuando pese a establecerse una obligación de contratar a un determinado número o proporción de personas con discapacidad no se considera infracción –y, consecuentemente no se prevé en el ordenamiento sanción alguna– o bien, aunque estén determinadas, las mismas no se materializan en la

⁴³⁹ Sin perjuicio de otras posibilidades en las regulaciones nacionales, en ningún caso nos estamos refiriendo a que la reserva de empleo implique una especie de protección legal contra el despido, y ello pese a que esta persona trabajadora quede protegida de actuaciones discriminatorias tal y como vimos en el capítulo anterior. En lo que respecta a la legislación española, lo allí expuesto con relación al despido se concreta en la nulidad del mismo en el caso ex artículo 55.5ET. No obstante, en ningún caso la vigencia de esta medida impedirá un despido como así lo recuerda el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 1314/2020 de 8 julio (JUR 2020\285386): “De ninguno de las normas antes reseñadas se desprendería el derecho de los trabajadores discapacitados a no verse afectados por el despido colectivo que se produjese en la administración pública en la que venían prestando servicios”.

⁴⁴⁰ Vid. OECD, *Sickness, Disability...*, op. cit., pág. 143.

⁴⁴¹ Recuérdese que la misma concurre en todos los ordenamientos nacionales con otro elenco heterogéneo de medidas de fomento del empleo del colectivo. Además, un análisis comparado resulta aun más arduo y carente de significado teniendo en cuenta las diferencias en cuanto a algo tan trascendental para la medida como es el concepto de discapacidad y con ello el ámbito subjetivo de la misma.

⁴⁴² FUCHS, M., *Quota Systems...*, op. cit., pág. 5.

⁴⁴³ WADDINGTON, L., *Legislating...* op. cit., pp. 370 a 375.

⁴⁴⁴ Ejemplo de esta práctica sería el sistema de los Países Bajos donde la cuota es voluntaria y, por ende, no existe sanción tras incumplimientos. Vid. O'REILLY, A., *El derecho al trabajo...*, op. cit., pág. 100.

práctica⁴⁴⁵. A su vez, podríamos incluir aquí regulaciones en las que la sanción sea tan ínfima que los empleadores, valorando el coste de oportunidad, prefieran satisfacer la sanción pecuniaria antes de emplear a personas con discapacidad. En estos casos, “la cuota seguirá siendo un impuesto por discapacidad de facto para los empleadores, en lugar de un incentivo para contratar a trabajadores con discapacidad”⁴⁴⁶.

- Obligaciones legislativas con sanción: Se produce cuando estando fijada la obligación de reserva, su incumplimiento tiene reproche por parte del Estado y esta se implementa generalmente mediante el pago de una multa que repercutiría en beneficio de las arcas del Estado que ejerce la potestad sancionadora o se destinará a un fondo nacional con el objetivo de fomentar el empleo de personas con discapacidad⁴⁴⁷.

Ante un panorama idílico, distinto al que nos encontramos, sería perfecto un modelo que funcionase bajo recomendaciones, esto es, facultativo, en el que las empresas, asumiendo su responsabilidad en la sociedad acerca del empleo y las preocupaciones sociales, cumplieran natural o instintivamente el consejo institucional. De esta forma, los efectos negativos que se le achacan a la cuota reserva, en su mayoría estigmatizadores para el resto de la sociedad, se esfumarían, puesto que, en estos casos, la adopción de la recomendación ha sido totalmente voluntaria por parte del empleador. Sin embargo, esta conjetura difícilmente se podrá dar en una sociedad que soporta un enorme peso de convicciones peyorativas y de minusvaloración respecto al colectivo⁴⁴⁸. Con relación a ello, deberíamos considerar si las meras recomendaciones pueden ser calificadas como medidas de reserva de empleo y más concretamente como medidas de discriminación inversa. Incluso en dichos supuestos, las recomendaciones irán basadas en objetivos o metas a conseguir, antes bien, lo que varía es la forma de llegar a los mismos, y con ello la opinión de la sociedad, ya que “en el contexto de la Affirmative Action, muchos creen que los objetivos son buenos, pero las cuotas son malas⁴⁴⁹”. A nuestro juicio las

⁴⁴⁵ En este sentido CORDERO GORDILLO, V. *Régimen jurídico...*, op. cit., pág. 90.

⁴⁴⁶ Vid. HEYER, K., *Rights or quotas?...*, op. cit., pág. 244.

⁴⁴⁷ Entre estos países se encuentran Francia, Alemania, Polonia o Austria. Vid. GREVE, B., *The labour market...*, op. cit. pág. 14. En el supuesto francés en la distribución de dichas cantidades intervienen los interlocutores sociales y los fondos pueden ser utilizados para actividades de financiación de formación, adaptaciones del medio, etc. Nos adentraremos un poco más sobre esta posibilidad en el apartado propositivo del siguiente capítulo.

⁴⁴⁸ Véase los resultados de esta experiencia en los Países Bajos en O'REILLY, A., *El derecho al trabajo...*, op. cit., pág. 100. En dicho país, en 1986 se implementó esta medida y en 1989 se registraba una tasa de trabajadores con discapacidad contratados de un 2,2%. En 1992 el empleo había caído al 2%.

⁴⁴⁹ ROSENFELD, M., *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Yale University Press, New Haven y Londres, 1991, pág. 45.

recomendaciones, que como decimos estarán basadas en objetivos o metas, no pueden tener la consideración de reservas de empleo ya que quedarán a la libre aplicación por parte de sus “obligados” estando aún más lejos la garantía de la consecución de esos objetivos.

Siguiendo con el argumento anterior y siendo a nuestro parecer, conforme a las características de las sociedades en que habitamos, más oportunas las alternativas obligacionales, estaríamos también bajo supuestos de ineficacia en los casos de cuotas sin sanción o de cuotas con sanción pero sin ser la misma efectiva. Con base en ello entendemos que “es fundamental que deban aplicarse sanciones significativas si no se respetan las cuotas⁴⁵⁰”. Aun en estos casos en los que las cuotas son imperativas, la misma se establecerá en función de unos objetivos inicialmente marcados, los cuales pueden o no estar señalados en las propias normas, pero “que este porcentaje numérico se exprese explícita o implícitamente no ha de llevar a concluir que en el primer caso estemos ante una cuota y en el segundo no. Cualquier planteamiento de un objetivo, por muy vago que parezca en principio, conduce irremediabilmente a su concreción en una cuota⁴⁵¹”. Con todo, como venimos diciendo, para que sean eficaces han de poder ser exigibles a los sujetos obligados estas medidas, así como sancionado su incumplimiento. Cuestión distinta será que las mismas sean flexibles –y de su configuración resulta que se pueda justificar de alguna forma su incumplimiento–, o rígidas e inmutables.

Dentro de estos tres grupos clasificatorios que se diferencian en cuanto a exigibilidad y punibilidad –reconducibles a solo dos si pensamos en recomendaciones y obligaciones–, las posibilidades de configuración del sistema de reserva son mucho más amplias. Atendiendo a lo esgrimido en el capítulo que antecede, no existe ninguna pauta a nivel internacional con relación a la reserva de empleo, por lo que concluimos que será cada país el que tome sus decisiones políticas en cuando a su establecimiento y la regulación concreta atendiendo a condicionantes históricos, evolutivos y de progreso. Veremos en el epígrafe siguiente cuál ha sido la opción española y en el capítulo tercero reflexionaremos sobre otras posibilidades de configuración.

⁴⁵⁰ CONSEJO DE EUROPA, *Employment strategies to promote equal opportunities for persons with disabilities on the labour market*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2000, pág. 16. En el mismo sentido OIT, *Lograr la igualdad...*, op. cit., pág. 51: “si se quiere que el sistema de cuotas tenga repercusiones significativas en la práctica, en los índices de empleo de las personas con discapacidad, debe preverse la creación de un mecanismo de ejecución”.

⁴⁵¹ GIMÉNEZ GLUCK, D., “La ausencia de límites constitucionales de las acciones positivas”, en AA. VV. (CAMPOY CERVERA, I., coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 113- 126, pág. 116.

3. LAS CUOTAS RESERVA EN ESPAÑA

3.1. Evolución histórica

3.1.1. Primeras manifestaciones de la reserva de empleo: la etapa franquista

Al igual que ocurría en el contexto internacional, en nuestro país las primeras medidas de reserva de empleo nacen como reparo a una tragedia, la Guerra Civil Española. En este contexto y antes de su finalización fue aprobado por *Decreto de 5 de abril de 1938* (BOE nº 540, publicado el 14 de abril de 1938) el *Reglamento del Cuerpo de Caballeros Mutilados por la Patria* en el que se recogía una prolija regulación⁴⁵² y relación de cargos y destinos reservados en el empleo público y privado, para, curiosamente, “los Mutilados de Guerra por la Patria que al término de su curación conserven capacidad de utilización para el trabajo manual o para el desempeño de destinos técnicos o burocráticos”⁴⁵³. Del propio tenor literal del entrecomillado se deriva, en esta primera medida de reserva, la exigencia de conservar la capacidad para trabajar, condición *sine qua non* para acceder a la misma.

A diferencia de lo que ocurría en el entorno internacional donde pocos años más tarde las miras se abrían hacia un reconocimiento genérico de la reserva a toda la población civil, en nuestro país la medida no solo se reducía a los “mutilados de guerra”, sino que esta categoría estaba circunscrita únicamente a un bando de los excombatientes, el franquista, o, tal y como se disponía, cuando los servicios militares hubieran “redundado en beneficio de la campaña, a juicio de la Dirección General de Mutilados”⁴⁵⁴.

Los artículos 30 a 32 de la norma que nos ocupa contenían la reserva en el acceso a la función pública central, regional, provincial y municipal en un porcentaje del 30% de las plazas y vacantes⁴⁵⁵. Por su parte, en el artículo 33 se preveía la reserva en el empleo privado cuando se tuviera alguna relación con el Estado “en concepto de auxilio, subvención, etc.”, así como a los bancos, instituciones públicas de beneficencia, Cámaras de Comercio, de la Propiedad y empresas de ferrocarriles, tranvías y metros, en una proporción de “una por cada siete puestos vacantes, o fracción de siete, en los empleos de carácter administrativo, y en los demás empleos subalternos el 20% de las vacantes”.

⁴⁵² La regulación de esta reserva se contenía desde el artículo 36 al 46 de la precitada norma.

⁴⁵³ Artículo 26 del citado reglamento.

⁴⁵⁴ Artículos 1 y 2 del citado reglamento.

⁴⁵⁵ Salvo en los denominados “Facultativos Técnicos” y de “Servicios especiales” en las diputaciones y Ayuntamiento donde se reservaba un 20% de las vacantes. En el caso de las plazas cubiertas por oposición o concurso oposición se preveía una reserva de un 20% de las plazas en virtud del artículo 46 y que posteriormente quedó reflejado en el artículo segundo de la *Ley de 25 de agosto de 1939 sobre provisión de plazas de la Administración del Estado con mutilados, ex combatientes y ex cautivos* (BOE de 1 de septiembre de 1939).

Asimismo, con carácter general, en el artículo 36 se contenía que “todo dador de trabajo, en general, colocará un Mutilado por cada veinte dependientes o trabajadores, o fracción de veinte superior a diez, aplicándose a los Mutilados que así resulten colocados las mismas normas de trabajo, jornales, seguros, etc., que tuvieren establecidas; teniendo en cuenta los patronos que, al no poderse exigir el mismo rendimiento a los Mutilados que a los demás trabajadores, esta circunstancia debe ser tenida presente para asignarles trabajo atemperado a su condición atenuada de trabajadores”. El incumplimiento de la medida tenía prevista una sanción de multas de hasta 10.000 pesetas según el artículo 67 del Reglamento.

Esta medida que ahora comentamos tenía carácter temporal, estableciéndose en el artículo 34, después de describir el procedimiento de reserva, que constituida la reserva existía la imposibilidad de que se cubriesen los puestos (se entienden que por personas sin la condición de mutilado) excepto de forma provisional, “hasta el día (que podrá ser próximamente un año, después de la terminación de la guerra) en que la Dirección de Mutilados anuncie públicamente haber quedado cubiertas las necesidades de los Mutilados”.

Por otro lado, el carácter compensatorio de la medida era obvio y queda expresamente reflejado en el artículo 37 que disponía que se trataba “no solo de colocar el mayor número de Mutilados, sino también procurar que, en funciones como las indicadas, en que se puede de tantas formas velar por la tranquilidad pública, sean eficaces colaboradores de la Autoridad personas que de tan señalada ciudadanía dieron testimonio”.

No es hasta 1970 cuando se produce en nuestro país una regulación de reserva de empleo de aplicación genérica al colectivo de personas con discapacidad, lo que se realiza con el *Decreto 2531/1970, de 22 de agosto sobre empleo de trabajadores minusválidos*⁴⁵⁶. La referida norma, bajo el rótulo de

⁴⁵⁶ Esta norma desarrolla en su artículo primero el primer concepto de discapacidad en España. Vid. THORNTON, P., *Cuotas de empleo...*, op. cit., pág. 100. Se dispone en el mismo lo siguiente: “A los efectos previstos en esta disposición, se consideran minusválidos las personas comprendidas en edad laboral que estén afectadas por una disminución de su capacidad física o psíquica en el grado que reglamentariamente se determine, sin que en ningún caso pueda ser inferior al treinta y tres por ciento, que les impida obtener o conservar empleo adecuado, precisamente a causa de su limitada capacidad laboral”. Asimismo, en su artículo 16.1 regulaba incentivos económicos en calidad de bonificaciones de cuotas cuando proporcionaran “empleo a los minusválidos en proporción superior a la exigida”. Posteriormente el *Decreto 1378/1975, de 12 de junio, por el que se da nueva redacción a los artículos 16 y 17 del Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores minusválidos* (BOE 26 junio 1975 nº 152) da una nueva redacción a este precepto y regula una bonificación para “las empresas con menos de cincuenta trabajadores fijos que contraten trabajadores minusválidos” que alcanzaban el 100% de las aportaciones durante el periodo de prueba y, después según la edad del mismo en la fecha de contratación: “Para los trabajadores menores de cuarenta años, el cuarenta por ciento; para los (...)”

“empleo protegido”, regula entre los artículos 10 a 15 la reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad que excede de lo que hoy conocemos como empleo protegido, ya que se fomentaba principalmente el empleo ordinario. Así las cosas, se preveía una doble vía de reserva: La primera, según el artículo 10, a determinación del Ministerio de trabajo “por ramas de actividad laboral y categorías profesionales” y que habrían de contenerse en las ordenanzas, reglamentos de trabajo y reglamentaciones internas; la segunda, regulada *ex* artículo 11 sin perjuicio de la anterior, la reserva de un 2% de la plantilla cuando la misma exceda de cincuenta trabajadores fijos. Esta última reserva, aplicable conforme se generasen vacantes en la empresa, era de carácter flexible, toda vez que se preveía su sustitución (reducción o anulación) por el pago de una compensación pecuniaria previa autorización del Ministerio de Trabajo en determinados casos: cuando así lo impusieran las “exigencias ineludibles del proceso laboral o la especial peligrosidad, toxicidad o peligrosidad del puesto de trabajo a desempeñar”. Es destacable de esta disposición que según su artículo 20 de las referidas medidas se podían beneficiar las personas declaradas en situación de invalidez permanente parcial o total para la profesión habitual, quedando excluidos por tanto de la misma los declarados en incapacidad permanente absoluta o gran invalidez salvo que no tuviesen derecho a prestación (art. 21). A pesar de la previsión apenas referida, el “talón de Aquiles” de su ordenación fue el incumplimiento sufrido y puesto de manifiesto por diferentes sectores: “las disposiciones legales como la ya citada cuota de reserva del 2 por 100 de plazas para minusválidos en las empresas de más de 50 trabajadores son pura y simplemente incumplidas⁴⁵⁷”.

Por lo que respecta al sector público, la Orden 11 de enero de 1974 de empleo de trabajadores minusválidos y mayores de 40 años por Entidades Gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y Mutuas Patronales de Accidentes de trabajo, dispuso en su artículo único la obligación para las Entidades Gestoras, los Servicios Comunes de la Seguridad Social y las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo la reserva “a los trabajadores que tengan la consideración legal de minusválidos y a los que sin tal calificación sean mayores de 40 años de edad el 75 por 100 de las vacantes que se convoquen a

que tengan de cuarenta a cincuenta años, el cincuenta por ciento; cuando tengan más de cincuenta y menos de cincuenta y cinco, el sesenta por ciento; y el ciento por ciento, si los trabajadores tienen más de cincuenta y cinco años”. De estas bonificaciones también se aprovechaban las empresas con cincuenta o más trabajadores “respecto de los que ocupen sobre el cupo de reserva establecido”.

⁴⁵⁷ Documento político sobre la marginación social (por una alternativa democrática): *Subnormales, minusválidos y enfermos psíquicos*. Documentación Social, Revista De Estudios Sociales y De Sociología Aplicada Núm. 28, Julio-septiembre 1977 pág. 245, así mismo se reivindica en el mismo documento, en el punto 7.11(pág. 250), la “regulación del empleo de minusválidos y subnormales capaces de trabajar. creación de reservas y puestos de trabajo para ellos en empresas ordinarias, exigiendo el cumplimiento de la reserva actualmente legislada”, pág. 250.

partir de la entrada en vigor de la presente Orden en las distintas categorías o puestos de trabajo comprendidos en los Grupos o Cuerpos de Personal subalterno". Tal y como ocurría con la norma anteriormente citada, fue sistemáticamente incumplida:

La aplicación de esta medida dio lugar a no pocas discrepancias entre, por una parte, los trabajadores discapacitados y su entidad valedora (el Servicio Social de Rehabilitación y Recuperación de Minusválidos) y, por otra, las entidades empleadoras. Algunas de éstas, especialmente el Instituto Nacional de la Salud, llegaron a experimentar problemas funcionales graves. Ello motivó, a no dudarlo, que se llegara a no aplicar la norma en cuestión⁴⁵⁸.

3.1.2. La regulación de la reserva de empleo en el marco constitucional

Dentro ya del marco constitucional, la normativa a la que nos hemos referido queda derogada por el *Real Decreto 1327/1981, de 19 de junio, sobre programa de empleo para trabajadores minusválidos*, que siendo el encargado de regular nuevas subvenciones y bonificaciones omitía cualquier mención a la reserva de empleo. No obstante, su artículo noveno contenía una cláusula de salvaguarda del empleo para los trabajadores con discapacidad contratados durante tres años que, en caso de incumplimiento, suponía la restitución de las cantidades percibidas⁴⁵⁹.

No tardaría mucho en aparecer de nuevo en el panorama normativo la reserva de empleo. Lo hizo en menos de un año, con la publicación de la LISMI, que contenía originariamente en su artículo 38.1 lo siguiente:

las Empresas públicas y privadas que empleen un número de trabajadores fijos que exceda de cincuenta vendrán obligadas a emplear un número de trabajadores minusválidos no inferior al dos por ciento de la plantilla.

Llama la atención la escueta regulación que se realiza de la medida en comparación con las regulaciones que la precedían en la etapa pre democrática. Aquella no era impecable, pero sí más minuciosa y daba respuestas a situaciones no contempladas por la norma que ahora se comenta. Con todo, podríamos afirmar que la obligación material principal es idéntica a su

⁴⁵⁸ CASADO PÉREZ, D., "Introducción. El programa por 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*, Real Patronato sobre discapacidad, documentos 13/2002, Madrid, 2002, pp. 7-22, pág. 10.

⁴⁵⁹ El artículo 9.1 establecía que "las empresas beneficiarias se comprometen a mantener la estabilidad en el empleo de los trabajadores contratados al amparo de la presente disposición por un tiempo mínimo de tres años, no pudiendo despedir sin causa justificada a estos trabajadores y en caso de despido procedente de extinción del contrato por causas objetivas, deberán sustituirlos por otros trabajadores minusválidos, beneficiándose en este caso solamente de la bonificación en la cuota de la seguridad social por los sustitutos".

predecesora, la obligación, para las empresas de más de 50 trabajadores, de que en sus plantillas se cuente con un mínimo de 2% de personas trabajadoras con discapacidad.

Esta norma de rango legal desde su promulgación y en lo que respecta al precepto que nos ocupa fue modificada en tres ocasiones por las pretéritas – afortunadamente erradicadas– y comúnmente conocidas como “leyes de acompañamiento”, que tenían periodicidad anual y nulo encaje constitucional⁴⁶⁰, lo que es muestra del nivel de preocupación del legislativo por la materia.

En este sentido, fue la *Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social* (disposición adicional 39.1) la primera en modificar la medida en los siguientes extremos⁴⁶¹:

- Ampliar la obligación a las empresas con 50 trabajadores⁴⁶².
- Eliminar el requisito de que el cómputo se realizara únicamente sobre trabajadores fijos y aclarar que el mismo se realizaría sobre la plantilla total de la misma con independencia del número de centros de trabajo.
- Añadir en determinados supuestos un cumplimiento alternativo a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva o por voluntad del empresario mediante la adopción de “medidas alternativas”.

Posteriormente la Disposición Adicional 11 de la *Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social* otorga una nueva redacción al segundo párrafo del precepto –que contenía la posibilidad de excepcionar la reserva–, para precisar que las medidas alternativas habrían de

⁴⁶⁰ Véase en este sentido las críticas a las mismas en épocas anteriores a que se abandonara su utilización en SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “El sistema de fuentes del Derecho en los primeros cincuenta años de vida de la Revista de Administración Pública (1950-1999)”, *RAP*, núm. 150, 1999, pp. 533-575, pp. 555 y ss.

⁴⁶¹ Quedaba redactado el precepto que nos ocupa de la siguiente forma:

Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores minusválidos. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquélla y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa.

De manera excepcional las 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, números 2 y 3, del Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, siempre y cuando aplique las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente.

⁴⁶² La regulación anterior establecía la obligación para aquellas que *excedieran* de dicho número.

aplicarse tanto en el supuesto de excepción vía convencional o por opción voluntaria del empresario⁴⁶³.

La última modificación producida en este precepto de la LISMI fue efectuada por la *Disposición Adicional 17 de la Ley 24/2001, 27 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*. En esta ocasión se modifica el cómputo de los trabajadores con discapacidad, para incluir y computar a los que estuviesen prestando servicios en la empresa obligada en virtud de contratos de puesta a disposición⁴⁶⁴.

En el ámbito de la función pública, no fue hasta 1988 cuando se adiciona⁴⁶⁵ a la *Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública* la disposición adicional decimonovena, en la que se contenía que:

En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al 3 por 100 de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad de grado igual o superior al 33 por 100, de modo que progresivamente se alcance el 2 por 100 de los efectivos totales de la Administración del Estado, siempre que superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el indicado grado de discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes, según se determine reglamentariamente.

Este porcentaje, antes de alcanzar al actual, se aumento al 5% tras la modificación introducida en el citado precepto por el artículo único de la *Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados*.

3.1.3. La plasmación de la reserva de empleo en la LGDPD

La llegada de la CIDPD y el cambio de paradigma en cuanto al tratamiento jurídico de la discapacidad hizo necesaria en nuestro país una norma que promocionara y asegurara, en concordancia con el artículo 4 de aquella, “el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad”. Con ese objeto, y con la aspiración de superar el modelo médico-rehabilitador que hasta ahora había impregnado nuestro tratamiento normativo de la discapacidad, se dictó la *Ley*

⁴⁶³ A nuestro juicio esta era la interpretación que habría de llegar con la regulación de 1997, sin embargo, no estaba de más su esclarecimiento, quedando redactado el último inciso del precepto de la siguiente forma: “y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente”.

⁴⁶⁴ En ese sentido se añade este último inciso al primer párrafo del precepto: “Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores minusválidos que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal”.

⁴⁶⁵ En virtud del artículo segundo de la *Ley 23/1988, de 28 de julio, de Modificación de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública*.

26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual contenía, en su disposición adicional segunda, un mandato al Gobierno para la elaboración y aprobación antes del 31 de diciembre de 2013⁴⁶⁶ previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, de un Texto Refundido en el que se regularizasen, aclarasen y armonizasen: la LISMI; la LIONDAU, y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Dando cumplimiento –en segunda instancia⁴⁶⁷– al plazo otorgado, el 3 de diciembre de 2013 se publica en el BOE el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 noviembre que Aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, texto que compendia las “tres leyes clave en lo que concierne al estatuto jurídico de las personas con discapacidad⁴⁶⁸” a las que en el capítulo primero nos hemos referido para exponer la problemática en cuanto a su ámbito subjetivo. Pese a que allí nos pronunciamos sobre algunas de las consecuencias y anomalías acaecidas de esta refundición normativa, a lo largo del estudio de la regulación de la reserva aparecerán otras. Dejamos apuntadas las dudas de oportunidad que plantea esta refundición⁴⁶⁹, pudiéndose haber aprovechado la ocasión para dar un tratamiento a la materia acorde con su trascendencia.

El artículo 42 se intitula “Cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad” y establece lo siguiente:

1. Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquélla 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 las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal.

⁴⁶⁶ Este plazo otorgado, que inicialmente fue de un año, fue ampliado hasta el indicado en virtud de la disposición final quinta de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

⁴⁶⁷ Véase nota anterior.

⁴⁶⁸ ESTEBAN LEGARRETA, R., *Puntos clave...*, op. cit., pág. 48.

⁴⁶⁹ *Ibidem*.

De manera excepcional, las 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 Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, 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.

2. 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.

Si comparamos este con el primer precepto regulador de la reserva en LISMI es fácil percatarse de un aumento en su extensión. Del mismo modo, se aprecia de una lectura rápida, que el contenido básico es idéntico a aquel. Sí podemos identificar la introducción de la reserva de plazas en el acceso al empleo público, cuestión que hasta entonces se mantenía en la norma reguladora de la función pública y no en una específica sobre discapacidad. El precepto que nos ocupa, y que iremos desgranando con posterioridad, ha mantenido su tenor literal hasta nuestros días.

3.2. Régimen jurídico de la reserva de empleo en las empresas

Puesto que en nuestro país la reserva de empleo de las personas con discapacidad se proyecta en dos ámbitos, el empresarial –público o privado– y el de la Función Pública, nuestra exposición se estructura en torno a estos dos bloques atendiendo, además, a sus diferencias regulatorias que, como se verá, son bastante importantes.

Nos ocuparemos en este epígrafe de la regulación de la reserva de empleo en las empresas. Esta alusión al término empresa no debe inducirnos a que se limita al ámbito de la empresa privada, al contrario, la misma será de aplicación a la empresa pública tal y como posteriormente precisaremos.

3.2.1. Ámbito subjetivo

a) Sujetos computables

Acogemos con el vocablo “sujetos computables” a las personas que, por haberlo previsto la norma, van a ser tenidas en cuenta a efectos de dar por cumplida la obligación por parte del sujeto obligado. Como hemos visto, el artículo 42 LGDPD hace mención a que el 2% de la plantilla ha de estar compuesta por “trabajadores con discapacidad”. A estos efectos, y puesto que el término “trabajadores con discapacidad” no se encuentra definido en la norma,

debemos entender en primer lugar que ha de tratarse de una persona trabajadora, lo cual debemos relacionar con el artículo 1.1 ET. Y, a su vez, que esa persona sea considerada persona con discapacidad.

Si bien a propósito del primero de los términos señalados nos podemos encontrar con algún problema principalmente derivado de la calificación de la relación jurídica que une a las partes de la misma y, concretamente, a la hora de delimitar si estamos ante una relación laboral en virtud del precepto antedicho o ante relación de carácter mercantil. Los problemas a la hora de precisar qué se ha de entender cuando la conjuntamos con la palabra “discapacidad” son mayores. Al no concretar este precepto quiénes son estos sujetos, nos reenvía al artículo 4 LGDPD que como expusimos delimita, no sin controversias jurídicas, a los “titulares de los derechos”. En este punto, como se recordará según las apreciaciones realizadas al inicio de este trabajo, se disponen tres vías para adquirir la condición de titular del derecho, esto es, persona con discapacidad: la primera vía, contenida en el apartado primero, aludía al concepto relacional de la discapacidad; una segunda que para las personas con reconocimiento administrativo de grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento y, una tercera que acude a la anterior por equiparación, respecto a las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, así como a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

En tanto que la medida de reserva de empleo en las empresas era una obligación contenida antes de la refundición normativa en la LISMI (art. 38), traemos a colación los argumentos invocados en el epígrafe 1.2 del primer capítulo de este trabajo para tachar como ineficaz en este supuesto la vía de reconocimiento fijada en el artículo 4.1 relativa a la definición relacional. En sentido contrario se expresa GUTIÉRREZ COLOMINAS quien entiende que “el cambio normativo del concepto de persona con discapacidad ha afectado a las personas trabajadoras que pueden ser contratadas por el empresario para cumplir con esta obligación. (...) En efecto, la configuración actual permite ya no solo la contratación de trabajadores que ostenten el reconocimiento administrativo de un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, sino también aquellos 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 demás⁴⁷⁰”.

⁴⁷⁰ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *La regulación española...*, op. cit., pág. 56. Recuérdese que esta era la tesis de MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. respecto al artículo 4 LGDPD, véase nota al pie nº 91.

En este punto hemos de estudiar la viabilidad jurídica de la equiparación introducida por la LGDPD, ya que hemos de tener presente que la misma era contenida en la LIONDAU, pero no en la LISMI. En efecto, antes de la vigencia de la LGDPD, estas dos normas contenían un ámbito subjetivo que parecía idéntico, “las personas con discapacidad”, sin embargo, una y otra entendían o reconocían como personas con discapacidad a sujetos con distintas características⁴⁷¹. La primera en su artículo 7.2 disponía que:

*el reconocimiento del derecho a la aplicación de los beneficios previstos en esta Ley deberá ser efectuado de manera personalizada por el órgano de la Administración que se determine reglamentariamente, previo informe de los correspondientes equipos multiprofesionales calificadores*⁴⁷².

Por su parte, la LIONDAU, posterior en el tiempo, estableció en su artículo 1.2 que:

*(...) a los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad*⁴⁷³.

Se observa que esta segunda norma acaba con la exclusividad que ostentaba el reconocimiento de grado para la obtención de la titularidad de derechos por la condición de persona con discapacidad según lo entendía la LISMI, al realizar una equiparación o asimilación entre el grado de discapacidad y situaciones de incapacidad o de pensionista de clase pasiva. Esta última previsión es la que se traslada a posteriori, de forma casi literal, a la LGDPD.

⁴⁷¹ La propia LIONDAU, posterior en el tiempo, reconocía en su Exposición de Motivos la importancia de la LISMI y su existencia como complemento y “renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad”.

⁴⁷² Esto derivó en la exigencia de que para ser considerado persona con discapacidad era necesario el reconocimiento –por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas– del grado mínimo del 33%, porcentaje que se introdujo en virtud del artículo primero del Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, en materia de reconocimiento de la condición de minusválido.

⁴⁷³ Esta norma fue desarrollada por el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, en la que se reiteraba el alcance de la disposición y se establecían las formas de acreditación del grado.

Ciertamente la controversia surge antes incluso de la refundición⁴⁷⁴. Ya con la aprobación de la LIONDAU, se plantea si esta equiparación realizada es aplicable a todo el ordenamiento jurídico o únicamente para las medidas contenidas en dicha norma⁴⁷⁵. El Tribunal Supremo en el año 2007⁴⁷⁶ se pronunció sobre el alcance de la cuestión en el sentido de limitar la aplicación de la asimilación a los efectos de la LIONDAU. En este sentido, el STS establece que “esa homologación automática del 33% solo surtirá efectos, sin ningún otro requisito administrativo o burocrático, cuando se trate de acceder a algunos de los supuestos o beneficios que de la Ley 51/2003 deriven”⁴⁷⁷. Los efectos de esta doctrina produjeron situaciones cuanto menos contradictorias y “socialmente injustificables” cuando, dentro de un mismo ámbito normativo, se acreditaba la condición de persona con discapacidad para algunos supuestos y no para otros⁴⁷⁸.

Sin embargo, esta doctrina del Tribunal Supremo parecía sucumbir ante la entrada en vigor de la LGDPD y un nuevo escenario de equiparación más asentado y firme en cuanto a sus fundamentos. Piénsese que ahora es el propio precepto el que reconoce expresamente la equiparación con la fórmula “a todos los efectos”, lo que nos llevaría a pensar que es expansible a todo nuestro ordenamiento. Con todo, el Tribunal Supremo se plantea la cuestión en sus sentencias nº 992, 993 y 994 de 29 de noviembre de 2018⁴⁷⁹, concluyendo que el precepto 4.2 ha vulnerado los límites extrínsecos al mecanismo de delegación, o

⁴⁷⁴ A modo ejemplificativo, véase a favor de la equiparación para todo el ordenamiento jurídico, entre otras, la STSJ de Extremadura de 21 de diciembre de 2006 (rec. 641/2006). En sentido contrario, entre otras, la STSJ de Navarra de 19 de abril de 2006 (rec. 26/2006).

⁴⁷⁵ Los pronunciamientos judiciales en cuanto a la interpretación del precepto eran contradictorios. Véase, a modo ejemplificativo, en sentido favorable a la equiparación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de fecha 7 febrero de 2005 (AS 2005\57) o la Sentencia Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de fecha 6 de febrero de 2006 (AS 2006\ 754) o la del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de fecha 16 octubre de 2006 (AS 2006\3087). En sentido contrario, con carácter ilustrativo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de fecha 20 junio de 2006 (AS 2006\2374). El CERMI, por su parte, mantenía la equiparación independientemente del ámbito en el que se tratara. Vid GARCÍA VALVERDE, M. D., “A los perceptores de pensiones de incapacidad permanente no procede atribuirles automáticamente la condición de minusválido. Interpretación del artículo 1.2 de la Ley 52/2003”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 49/2007, *Aranzadi S.A.U.*

⁴⁷⁶ Véase las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 21 de marzo de 2007 (RJ 2007 \3539 y RJ 2007\4999), que fueron seguidas por muchas más, entre otras, por las de 29 de mayo de 2007 (RJ 2007, 7568) o la de 19 de julio de 2007 (RJ 2007, 7395).

⁴⁷⁷ Sentencia de 29 de enero de 2008 (RJ 2008\2063).

⁴⁷⁸ Vid. PÉREZ PÉREZ, J., *Discapacidad y acción positiva...*, op. cit., pág. 176.

⁴⁷⁹ Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 29 de noviembre de 2018 núm. 992/2018 (RJ 2018 \ 5846); 993/2018 (RJ 2018 \ 5942); y 994/2018 (RJ 2018 \ 6053). Doctrina que a su vez ha sido reiterada por otras resoluciones como, la STS de 29 de febrero de 2020 (2020 \1141).

lo que es lo mismo, ha incurrido en *ultra vires*, por “modificar el contenido de las normas legales que debía integrar en el texto refundido”⁴⁸⁰:

El RD Legislativo 1/2013 ha incurrido en un exceso en el mandato de legislación delegada conferido al modificar el contenido de las normas legales que debía integrar en el texto refundido. Modificación que es de carácter sustancial puesto que llega hasta el punto de reconocer un grado de discapacidad del 33% “a todos los efectos” a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, y no exclusivamente a los efectos de aquella Ley, variando de esta forma y de manera esencial el mandato recibido del legislador.

En definitiva, el TS prohíbe la asimilación que la Ley realiza por haberla implementado el ejecutivo sin autorización legal y sustituyendo la frase “a los efectos de esta ley” por la de “a todos los efectos”. Para hacer efectiva su inaplicación, el Tribunal Supremo, apoyándose en la STC 47/1984, 4 de Abril de 1984, señala que según lo dispuesto en el artículo 86.2CE, “el control de los excesos de la delegación legislativa corresponde no solo al Tribunal Constitucional, sino también a la jurisdicción ordinaria”, y recuerda que estos tribunales ordinarios podrán identificar estos extremos y “atribuir valor de reglamento a la norma que sobrepase aquella habilitación y entrar a valorarlo para proceder a su inaplicación”⁴⁸¹.

Sobre los efectos que esta doctrina proyecta con relación a las personas que habían accedido a la condición de persona con discapacidad vía equiparación (sin reconocimiento administrativo) no se pronuncia el Tribunal pese a que podrían ser perjudiciales para las mismas⁴⁸². Al respecto de estas

⁴⁸⁰ En las referidas resoluciones se formula un voto particular de la Magistrada Excm. Sra. Doña Rosa María Viroles Piñol, al que se adhieren el Magistrado Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina y el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana, al considerar que no se incurre en exceso de delegación normativa en tanto que la finalidad de la Ley 26/2011 es la adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos con Discapacidad por tanto se da una autorización amplia para la refundición, máxime, además, “cuando el concepto de discapacitado no tiene una definición para las distintas ramas del Derecho”. En este sentido es cierto que la definición de discapacidad en la LGDPD, sin embargo, compartimos el sentido del fallo y la *ratio decidendi*, en tanto que el ámbito al que se extiende no tiene amparo en la CIDPD, ya que estamos ante una situación distinta a la incapacidad.

⁴⁸¹ En este sentido hemos de considerar que los Reales Decretos Legislativos son normas con fuerza o rango de Ley, pero no Leyes en sentido estricto, por lo que su valor de Ley es condicionado, así lo entiende SANTAOLALLA LÓPEZ, F., “Tribunal Constitucional y control le legalidad de los Decretos Legislativos”, *Revista de administración pública*, N° 132, 1993, pp. 218 y 219. Estos principios son los que fundamentan la inaplicación de la norma.

⁴⁸² Se estima que entre los años 2014 y 2015 había unas 400.000 personas con discapacidad censadas por el INE en virtud de la asimilación de la LGDPD, según las notas de prensa referidas a esos años del INE sobre “El Empleo de las Personas con Discapacidad”. Vid. GARCÍA SABATER, A., “El tribunal supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 221/2019, Estudios Editorial Aranzadi S.A.U., Cizur Menor, pág. 2.

situaciones sí tuvo que manifestarse la Administración, informando la Dirección General de Trabajo en fecha 11 de junio de 2019⁴⁸³, que el Servicio Público de Empleo Estatal, siguiendo el criterio de la Abogacía del Estado⁴⁸⁴, había considerado que:

las situaciones que ya fueran firmes en el momento de dictarse las sentencias no podrán revisarse, atendiendo al principio de seguridad jurídica. Por lo que, las personas que hubieran sido contratadas antes de las mencionadas sentencias del Tribunal Supremo atendiendo a su consideración como persona con discapacidad, en tanto fueran pensionistas de Seguridad Social titulares de una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, o pensionistas de clases pasivas con pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, deberían mantener la condición de persona con discapacidad a efectos de la percepción o concesión de las ayudas y subvenciones de fomento de empleo derivadas de esta contratación.

Es por ello que en el panorama actual nos podremos encontrar a personas que teniendo reconocida una de estas situaciones y que fueron contratadas para prestar servicios por cuenta ajena durante el periodo comprendido entre diciembre de 2013 y noviembre de 2018, computen como personas con discapacidad para todas las medidas recogidas en la LGDPD. Asimismo, después de estos vaivenes participados por nuestros poderes públicos (legislativos, jurisprudenciales y de doctrina administrativa), estamos en la posición de afirmar que para que una persona con discapacidad sea computable a efectos del cumplimiento de la obligación de reserva por parte de la empresa empleadora, a pesar del tenor literal del artículo 4 LGDPD, la misma ha de estar reconocida como tal por la Administración con base en el procedimiento reglado por el *Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía*.

Hemos de aclarar que esta doctrina expuesta no tiene efectos ni respecto a las medidas reguladas anteriormente en la LIONDAU, ni tampoco sobre las medidas que contengan regulación propia en lo referido a su ámbito subjetivo, como pudiera ser la ya mencionada *Ley 43/2006, de 29 de diciembre, de bonificaciones de cuotas*, norma que incluye su artículo 2.2.5) una equiparación

⁴⁸³ N.º ref. DGE-SGON-1396RA.

⁴⁸⁴ Anteriormente, en fecha 16 de mayo 2019, el SEPE previa consulta de la Abogacía del Estado, había emitido un informe sobre la aplicación de medidas de políticas activas de empleo a pensionistas de la seguridad social y clases pasivas titulares de pensiones por incapacidad permanente por equiparación a personas con discapacidad en el que considera inaplicable el Artículo 4.2 LGDPD por las Administraciones Públicas *“en supuestos similares a los de las sentencias, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se considera fuente complementaria del derecho.”*

idéntica a la del artículo 4.2 LGDPD⁴⁸⁵. No será esta la situación más llamativa y paradójica en la que se permite la equiparación, estudiaremos cómo ocurre *idem* en la regulación del cupo de reserva en el acceso a la función pública.

b) *Sujetos obligados*

En la otra cara de la obligación nos encontramos con los sujetos que deben emplear a las personas con discapacidad. El artículo 42.1 hace referencia a que serán “las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores”.

Centrándonos aquí en la tipología de la organización con relación a su titularidad, pública o privada, la previsión normativa es cuanto menos ambigua. Al igual que hicimos *supra* al tratar los sujetos activos de la medida, tendremos que acudir al ET, ahora al artículo 1.2, dado que nos encontramos inmersos en materia laboral, para concretar la circunscripción de obligados realizada legalmente. Hemos de considerar, además, que el acogimiento de otra acepción de empresa nos podría llevar a enormes disfunciones prácticas, como, por ejemplo, si nos trasladamos al ámbito mercantil, la necesidad de que se trate de una entidad mercantil o industrial, o que se dedique de manera habitual al comercio, dejaría extramuros de la obligación a entidades sin ánimo de lucro, en algunos supuestos personas trabajadoras por cuenta propia, etc.⁴⁸⁶ Es por ello, que debemos entender por “empresa” en este particular, a quien emplee a trabajadores por cuenta ajena conforme al artículo 1.2 del ET.

Centrándonos ahora en los calificativos “*pública*” y “*privada*” entendemos que las controversias se darán sobre el primer término, toda vez que la empresa privada a la que se refiere la norma será aquella que, atendiendo a la normativa laboral e independientemente de su forma jurídica, tenga titularidad particular o privada y supere el umbral al que posteriormente nos referiremos.

La cuestión se complica a la hora de determinar cuándo estamos ante una empresa pública. A estos efectos consideramos oportuno e ilustrativo confrontar la obligación que analizamos con la establecida en el apartado segundo cuando se establece que en “las ofertas de empleo público se reservará un cupo para ser cubierto por personas con discapacidad”. Entendemos que esta debe ser la linde que separe una y otra obligación, el régimen de contratación al que esté sujeto la entidad en cuestión. Queremos decir que, si una entidad ha de proveerse de fuerza de trabajo mediante normas de derecho público, le será de aplicación el apartado segundo. *A sensu contrario*, cuando la

⁴⁸⁵ En el mismo sentido la Disposición Adicional 1ª de la norma que nos ocupa en referencia a la regulación de los contratos temporales de fomento del empleo para personas con discapacidad.

⁴⁸⁶ Véase el artículo 1 del *Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio*.

contratación de esa empresa pública se realice con base en el régimen privado, habrá de cumplirse con la obligación de reserva del 2% que ahora nos ocupa. En palabras de PÉREZ PÉREZ⁴⁸⁷:

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.

Para precisar qué entidades públicas han de contratar en uno u otro régimen debemos acudir a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Al respecto se señala en el Criterio Técnico 98/2016 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que por empresa pública debemos entender en el ámbito de la Administración General del Estado a las entidades públicas empresariales, lo que nos puede llevar a algún problema si lo confrontamos con la conceptualización que realiza de estas el artículo 103 de la precitada Ley, que las define como:

entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión, que se financian con ingresos de mercado, a excepción de aquellas que tengan la condición o reúnan los requisitos para ser declaradas medio propio personificado de conformidad con la Ley de Contratos del Sector Público, y que junto con el ejercicio de potestades administrativas desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación.

Estas, según el artículo 104, “se rigen por el Derecho privado”, lo que se extiende al personal conforme al artículo 106 “El personal de las entidades públicas empresariales se rige por el Derecho laboral [...]”. Con todo, el apartado dos establece que el personal laboral “será seleccionado mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad”. Esta particularidad hace que entendamos que para las mismas sea aplicable la obligación establecida en el apartado segundo del artículo 42 LGDPD.

Con más motivo, debemos considerar como empresa pública a las sociedades mercantiles estatales, las cuales a nuestro entender sí quedarían sujetas a la reserva establecida en el apartado primero del artículo 42 LGDPD por regirse por el ordenamiento jurídico privado y no estar vinculada a las fórmulas

⁴⁸⁷ Vid. PÉREZ PÉREZ, J., *La discapacidad y el empleo...*, op. cit., pág. 70.

de acceso a la función pública⁴⁸⁸. En cualquier caso, insistimos en que resultará más útil estudiar en cada caso el ámbito de aplicación de los procesos selectivos regulados en el EBEP para, según el régimen de acceso aplicable, considerar afecta a la entidad a una u otra obligación. No obstante lo anterior, volveremos a tratar este asunto desde la perspectiva de la reserva en el acceso al empleo público más adelante, que nos servirá para tener una visión completa y más clara del asunto.

Igualmente, en el ámbito autonómico y local tendremos que estar al caso concreto, partiendo de la premisa de que se “considerarán empresas públicas aquellas en las que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón a la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen⁴⁸⁹”, y concretando si la provisión de personal se realiza bajo el régimen privado o público.

El otro requisito que han de reunir estas empresas según la opción recogida por el legislador estatal es relativo al *tamaño de la plantilla*, esto es, la cantidad de trabajadores que determinará el nacimiento de la obligación de reservar empleos para personas con discapacidad. El ya reiterado artículo 42.1 de la LGDPD establece que vendrán obligadas las empresas que “empleen a un número de 50 o más trabajadores”. A continuación, establece alguna otra regla para el cálculo de la plantilla, como es que el mismo se realiza sobre la totalidad de la plantilla con independencia de los centros de trabajo de la empresa y la modalidad de contratación⁴⁹⁰. Seguidamente se establece que se incluyen en el cómputo “a 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 las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal”.

La normativa legal, a consecuencia de su manifiesta renuncia a la precisión, deberá ser complementada –aun con las cautelas que posteriormente realizaremos– por lo dispuesto en la Disposición Adicional 1ª del *Real Decreto* 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter

⁴⁸⁸ El régimen regulatorio de estas entidades se contiene en los artículos 111 y ss. de la Ley 40/2015 y la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

⁴⁸⁹ Vid. Criterio Técnico 98/2016, antes señalado.

⁴⁹⁰ Recuérdese que dicha redacción fue introducida por la Disposición Adicional 17 de la Ley 24/2001, de 27 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, ya que en la regulación anterior se disponía el cómputo sobre los trabajadores fijos únicamente. Hemos de manifestar que los efectos de tal modificación repercuten positivamente en el colectivo de personas con discapacidad, en tanto en cuanto para el cómputo de la plantilla de la empresa se tienen en cuenta a todas las tipologías contractuales.

*excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad*⁴⁹¹, que establece lo siguiente:

Disposición adicional primera. Cuantificación de la obligación de reserva.

A los efectos del cómputo del dos por ciento de trabajadores con discapacidad en empresas de 50 o más trabajadores, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

- a. El período de referencia para dicho cálculo serán los 12 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.*
- b. Los trabajadores vinculados por contratos de duración determinada superior a un año se computarán como trabajadores fijos de plantilla.*
- c. Los contratados por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el período de referencia. Cada 200 días trabajados o fracción se computarán como un trabajador más.*

Cuando el cociente que resulte de dividir por 200 el número de días trabajados en el citado período de referencia sea superior al número de trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores.

A los efectos del cómputo de los 200 días trabajados previsto en los párrafos anteriores, se contabilizarán tanto los días efectivamente trabajados como los de descanso semanal, los días festivos y las vacaciones anuales.

Pese al título de la disposición transcrita, el cual consideramos que no guarda especial relación con su contenido, las reglas que ahí se establecen parecen estar dirigidas a determinar el número de personas trabajadoras sobre las que habrá de calcularse el porcentaje exigido, esto es, la plantilla empresarial computable. Lo propio se deriva de la interpretación del mismo y de las directrices marcadas por la ITSS⁴⁹². Según nuestro parecer y siguiendo el criterio de la ITSS, en primer término, se contabilizaría la totalidad de trabajadores en la empresa durante los doce meses “inmediatamente anteriores”, lo que habrá de realizarse de forma proporcional en función del tiempo trabajado (tiempo en alta) en dicho periodo e independientemente del tipo de jornada. Esta operación solo habrá de hacerse respecto a los trabajadores con contrato indefinido, ya que a los trabajadores vinculados con contrato de duración determinada les son aplicables las reglas b) y c) que de seguida

⁴⁹¹ Los criterios de cómputo establecidos en esta norma pueden resultar familiares, y es que son idénticos a los regulados en el artículo 72.2 ET para la determinación del número de representantes de los trabajadores de quienes presten trabajos fijos-discontinuos, o trabajadores no fijos.

⁴⁹² Así lo acoge la ITSS en el Criterio Técnico que venimos señalando a la hora de realizar los cálculos. Véase la pág. 7.

comentamos⁴⁹³. Según la ITSS⁴⁹⁴, el cálculo para conocer la proporción de trabajo en el año de cada persona trabajadora en la empresa se podrá realizar por días en alta o meses.

En el caso de los trabajadores con contrato de duración determinada, los que sean superior al año computarán como un trabajador fijo, y los que tengan término igual o inferior al año, lo harán de forma proporcional al tiempo efectivamente trabajado. Ahora bien, estos últimos cuando hayan trabajado más de doscientos días computarán como un trabajador más. El cálculo de esta última operación se realizará sumando los días en alta de todas estas personas trabajadoras contratadas por tiempo igual o inferior al año en los últimos doce meses y se dividirá entre doscientos. El resultado habrá que redondearse en exceso⁴⁹⁵.

Queda en el aire cómo han de computar los trabajadores contratados en virtud de contratos de duración determinada sin fecha de finalización, esto es contratos de obra o servicio determinado, o contratos de interinidad. Entendemos que de la literalidad del precepto se desprende que se habrán de regir por la regla del apartado c), es decir, de forma proporcional al tiempo trabajado. Al respecto de la última modalidad contractual señalada, el contrato de interinidad, reparamos que, en este supuesto, atendiéndonos al tenor literal de la norma, se podrá llegar a computar en plantilla tanto a la persona trabajadora sustituida como a la sustituta, una disfunción que creemos merece ser aclarada normativamente ya que parece que no es acorde con el espíritu de la misma. No obstante, podría ser aplicable, *mutatis mutandis*, la doctrina judicial existente respecto a las reglas de cómputo para estas tipologías contractuales establecidas en el artículo 72.2 ET a efectos de la elección del órgano de representación unitaria de las personas trabajadoras, encontrando mimbres jurídicos para mantener que “nunca pueden computarse cuando solo son contratados, vía interinidad o eventualidad para cubrir ausencias de trabajadores fijos en supuestos de enfermedad etc., ya que ello supondría llegar al absurdo de duplicar la plantilla a efectos electorales y la reducción a lo absurdo es la más importante de la interpretación lógica de las normas⁴⁹⁶”.

Otra cuestión que cabría preguntarse es si esta disposición reglamentaria desarrolladora en sus orígenes de la LISMI, en lo que respecta al cómputo de la plantilla, no es contraria en algunos aspectos a la obligación contenida en el

⁴⁹³ Criterio Técnico 98/2016 de 24 junio 2016 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: “la aplicación del promedio de trabajadores en los últimos 12 meses debe entenderse aplicable a los trabajadores indefinidos”.

⁴⁹⁴ *Ibidem*.

⁴⁹⁵ *Ibidem*.

⁴⁹⁶ *Vid.* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, núm. 309/2003 de 29 mayo (JUR 2003\152806).

artículo 42.1 LGDPD. Y es que, de la redacción de este último precepto se desprende una obligación constante o permanente en el sentido de obligar a la empresa a la cuota cuando esta emplee a 50 o más trabajadores. La misma no hace mención alguna a particularidades relativas sea al periodo de cómputo o a la duración del contrato. Al contrario, se llama al cómputo expresamente a todas las personas trabajadoras, “cualquiera que sea la forma de contratación”. Tampoco se prevé legalmente su desarrollo reglamentario. Con base en ello entendemos que el supuesto de hecho para la contratación tiene distinto sentido en la norma legal y reglamentaria, por lo que, siguiendo el principio de jerarquía normativa, este se produce en el momento en el que concurran los requisitos del artículo 42.1, esto es, emplear a 50 o más personas trabajadoras. Antes bien, acoger esta interpretación supondría enormes desequilibrios en la práctica que precisamente trata de corregir el reglamento en cuestión⁴⁹⁷. No obstante, y considerando más acertada para la organización empresarial la regulación reglamentaria, estimamos la necesidad de que estas reglas se traspasen y aclaren a la norma de rango legal o habilitar desde la misma el desarrollo reglamentario en el sentido mencionado. Sin perjuicio de lo anterior, el criterio de la Administración a efecto de realizar actuaciones inspectoras y sancionar un eventual incumplimiento es acorde con dicho desarrollo reglamentario. Parece ser esta la visión de la Administración si nos atenemos al Criterio Técnico que venimos comentando: “Cuestión diferente es el momento de cómputo en caso de actuaciones inspectoras, que deberá comprobar el cumplimiento al menos en los doce meses anteriores al de inicio de la misma”.

Prueba de lo anterior es la problemática que surge cuando las empresas emplean a más de cincuenta personas trabajadoras, pero llevan menos de un año aperturadas. Esta problemática, apuntada por PÉREZ PÉREZ⁴⁹⁸ es resuelta por el autor señalando lo siguiente:

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

⁴⁹⁷ Piénsese en contratos de duración determinada con muy poca duración que obligarían casi de forma inmediata a contratar a una persona con discapacidad en empresas que estén rondando el umbral de los 50 trabajadores. En este sentido creemos más práctica la regulación reglamentaria.

⁴⁹⁸ PÉREZ PÉREZ, J., *La discapacidad y el empleo...*, op. cit., pág. 75. Este autor identifica el problema a la hora de determinar la plantilla de la empresa en “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”.

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.

Estimando esta solución como válida, insistimos en que a la misma solo se podría alcanzar previa habilitación desde la norma de rango legal, y es que, como venimos aduciendo, esta no restringe la obligación mediante el cómputo de los últimos doce meses, eso lo establece *ex novo* la norma reglamentaria que de facto determina el nacimiento de la obligación no cuando una empresa alcanza los cincuenta trabajadores, “sino cuando el promedio de su plantilla en los doce meses anteriores fuera ese o superior⁴⁹⁹”.

Con lo apenas comentando, consideramos a modo de *lege ferenda*, una redacción más apropiada para la Disposición adicional 1ª del *Real Decreto 364/2005, de 8 de abril*, que podría ser: “para el cálculo de la plantilla a efectos del cómputo del 2%⁵⁰⁰”.

Con relación a la previsión legal de computar a las personas con discapacidad que se encuentren prestando servicios en la empresa en virtud de contratos de puesta a disposición, resulta necesario advertir de una aporía. Estas personas, según nuestro entender, con base a la redacción del precepto, computarán a efectos de la plantilla de la empresa usuaria, ya que nada se dice en sentido contrario. Si esto es así, y no se computan a las personas sin discapacidad en esta misma situación, los efectos producidos por esta previsión son perjudiciales para las personas con discapacidad. Elucubramos que quizás la intención del legislador era computar a estas personas únicamente a efectos del cumplimiento del 2% de trabajadores con discapacidad, y no para el cómputo de la plantilla, para así fomentar estas contrataciones vía ETT, sin embargo, de la literalidad de la norma interpretamos lo contrario o, cuando menos, lleva a equívocos. El Criterio Técnico de la ITSS asume esta última interpretación al establecer que: “en caso de que se pongan a disposición de las empresas usuarias, se computan a efectos del grado de cumplimiento en la empresa usuaria, como ya se ha señalado, pero no están integrados en su plantilla para determinar la existencia de obligación de reserva”. Esta interpretación administrativa también conlleva un menoscabo en el interés de las personas con discapacidad, toda vez que cuando se ejecute uno de estos contratos se estará computando esa persona con discapacidad a efectos del cumplimiento de la reserva tanto en la empresa usuaria como en la ETT, mientras que la medida redunda sobre una sola persona con discapacidad.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, pág. 76.

⁵⁰⁰ *Vid.* RUEDA MONROY, J.A., “Cuotas de reserva”, en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.ª. N.; MÁRQUEZ PRIETO, A., et. al. Dirs.), *La protección Jurídico-Social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Laborum, Murcia, 2021, pp. 425-452, pág. 433.

Por último, merece ser señalada la imposibilidad de considerar los grupos de empresa a efectos de los distintos cálculos de la obligación, esto es, ni en el que ahora nos ocupa, ni respecto al de personas con discapacidad en plantilla que expondremos a continuación. Así lo entiende la ITSS en el Criterio Técnico aludido que invoca el artículo 42.1 del Código de Comercio. Este concreto precepto establece que, para esta figura, no existe regulación en el ámbito laboral, “las obligaciones se deberán determinar en cada una de las empresas que lo integran consideradas de forma diferenciada”⁵⁰¹.

3.2.2. *Ámbito material*

La empresa pública o privada que emplee a 50 trabajadores o más computados estos conforme a las reglas esgrimidas en los epígrafes anteriores han de contar en su plantilla con un 2% de trabajadores con discapacidad. Este porcentaje habrá de aplicarse a la cifra resultante de las operaciones anteriores.

La norma en este aspecto vuelve a ser reduccionista y deja sin resolver algunas cuestiones de calado. El principal problema lo encontramos en la posibilidad de que por aplicación del porcentaje resulten decimales. En palabras de LAHERA FORTEZA, J.⁵⁰² cabrían tres interpretaciones:

En primer lugar, entender que el cálculo proporcional debe realizarse al alza, redondeando con discapacitados que deben ser contratados los posibles decimales resultantes. Como segunda tesis, sostener que la superación de 5 decimales obligaría a contratar 1 discapacitado. Finalmente, asociar la contratación de 1 discapacitado solo con los números enteros resultantes.

Con relación a esta problemática la ITSS⁵⁰³ mantiene la última de las opciones apuntadas por este autor, el redondeo al número entero por defecto, eliminando los decimales y ello bajo el amparo de una interpretación finalista de la norma. Apoyaría esta opción la tesis de que la intención del legislador era establecer una obligación por tramos de 50, aunque se llegaría al absurdo de que una empresa con 99 personas trabajadoras en plantilla tenga que emplear únicamente a una persona con discapacidad pese a que del porcentaje

⁵⁰¹ Se plantea el Organismo Autónomo la posibilidad de apreciación de la obligación en grupos de empresa de carácter patológico, estimando que en estos casos sí sería exigible. Sin embargo, nos parece extraordinario que, en un supuesto de fiscalización del cumplimiento de la medida, la ITSS proceda sin más a apreciar y constatar tal circunstancia, salvo que el procedimiento se haya iniciado a raíz de una denuncia en la que se pusiesen de manifiesto tales extremos. De hecho, desconocemos resoluciones judiciales en ese sentido, si bien en el Criterio Técnico reseñado, se menciona una consulta de la DGITSS en la que se admite la aplicación de medidas alternativas a un grupo de empresa (pág. 16).

⁵⁰² Vid. LAHERA FORTEZA, J., *Acceso al mercado laboral...*, op. cit., pág. 103.

⁵⁰³ Criterio Técnico de 24 junio 2016 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

establecido en la norma resulte la obligación de emplear a 1,98, erigiéndose así en la opción más perjudicial para el colectivo⁵⁰⁴.

Por el contrario, es defendible la interpretación del redondeo al alza en el cálculo si tenemos en consideración la expresión “al menos” utilizada por la norma legal⁵⁰⁵. Otro argumento favorable lo encontramos en que esta sería la única opción que en cualquier supuesto se respetaría el porcentaje del dos por ciento de cuota en sentido estricto, puesto que en las demás formas de redondeo cabrían fracciones que dejarían el mismo por debajo⁵⁰⁶.

En lo que respecta al redondeo por proximidad al número entero, opción que parece que aporta más equidad, ha sido prevista por alguna normativa sectorial, por ejemplo el artículo 3.3 del *Decreto 86/2015, de 2 de junio, de la Generalitat de Cataluña, sobre la aplicación de la cuota de reserva del 2% a favor de personas con discapacidad en empresas de 50 o más personas trabajadoras y de las medidas alternativas de carácter excepcional a su cumplimiento* que establece lo siguiente: “Cuando el número final que resulte de aplicar el 2% respecto del total de la plantilla de la empresa sea una fracción igual o mayor que 0,5, se redondeará al alza hasta la unidad”.

En cualquier caso, debido a la deficiencia normativa a este respecto, decidirse por una u otra opción es voluntarista y sin amparo jurídico firme, siendo necesaria la aclaración *ex lege* o en vía reglamentaria.

No caben equívocos en cuanto a que la norma compele al empleo de personas con discapacidad y no es una exigencia directa en cuanto a la contratación *ex novo*. En este sentido, el reconocimiento de discapacidad –sobrevenida– a personas trabajadoras previamente en plantilla, computará a los efectos del cumplimiento de la obligación⁵⁰⁷.

Al igual que ocurría a la hora del cómputo de la plantilla, a efectos de este 2% se contabilizará a la totalidad de personas con discapacidad contratadas, independientemente de su tipo contractual tanto con relación a su duración en el tiempo como a la jornada pactada. Este particular hace que el cumplimiento de la cuota sea meridianamente fácil para los sujetos obligados.

⁵⁰⁴ Algunas Administraciones mantienen la misma tesis. Así por ejemplo el documento del Servicio Vasco de Empleo en el folleto, *Cálculo de promedio de plantilla y de la cuota de reserva del 2%. medidas alternativas*, recoge que “Si el resultado de la aplicación del porcentaje al promedio arroja un número con decimales, se realizará el redondeo a la baja eliminando los decimales. (P. ej.: si se obtiene 5,75 se redondea a 5)”.

⁵⁰⁵ En este sentido, ESTEBAN LEGARRETA, R., “Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas”, en AA. VV. (ROMERO RODENAS, M.J., coord.) *Trabajo y protección social del discapacitado*, Bomarzo, Albacete, 2003, pp. 59-93, pp. 80 y 81.

⁵⁰⁶ En este sentido CORDERO GORDILLO, V. *Régimen jurídico...*, op. cit., pág. 100.

⁵⁰⁷ Vid. LAHERA FORTEZA, J., *Acceso al mercado laboral...*, op. cit., pág. 104.

La extrema flexibilidad del precepto en el extremo obligacional de la medida puede ser utilizada para fraudar la misma. En estos casos la única posibilidad que le queda a la Administración para controlar su cumplimiento será acudir a la figura del fraude de ley con todas las dificultades que ello plantearía para la acreditación de la intencionalidad empresarial de evadir la finalidad de la norma⁵⁰⁸. Recuérdese que, tal y como aducimos con anterioridad, se computarán a efectos del 2% a las personas trabajadoras con discapacidad que se hallen contratados mediante empresas de trabajo temporal con contratos de puesta a disposición.

3.2.3. La excepcionalidad y las medidas alternativas

a) Surgimiento

Cuando hicimos el repaso del itinerario legal de la reserva de empleo en nuestro ordenamiento jurídico advertimos de la importante modificación que se introdujo con la Ley de acompañamiento de los presupuestos de 1998⁵⁰⁹ y la introducción de las denominadas “medidas alternativas”, habilitadas hoy día en el segundo párrafo del artículo 42.1 LGDPD. Debido a la propia naturaleza de la disposición que introduce la reforma, las cuales acostumbraban a regular un importante número de heterogéneas medidas, no se encuentra mención alguna de su exposición de motivos sobre las mismas y su necesidad de incorporación. Algún rastro de la *ocasio* y la *ratio legis* encontramos en el entonces reglamento de desarrollo, el *Real Decreto 27/2000, de 14 de enero, por el que se establecen medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2 por 100 en favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores*, donde se reconocía expresamente la “necesidad de establecer medidas que potencien la aplicación de la cuota de reserva del 2 por 100 en favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más empleados, ante la constatación por ambas partes de su insuficiente grado de cumplimiento”⁵¹⁰. La referida reforma fue fruto del acuerdo de fecha 15 de octubre de 1997 que se suscribió entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el CERMI, denominado “*Plan de Medidas Urgentes para la Promoción del Empleo de las Personas con Discapacidad*”⁵¹¹ que propició la renovación de la LISMI en las sucesivas leyes de acompañamiento anteriormente referidas.

⁵⁰⁸ Así lo prevé la DGITSS en el Criterio Técnico de 24 junio 2016.

⁵⁰⁹ Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

⁵¹⁰ Para RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía”, *Revista Relaciones Laborales*, Tomo 1, 2000, pp. 51-62, pág. 54, la introducción de estas medidas supone un abandono del objetivo principal de la cuota reserva, el fomento del empleo ordinario, amparado por el notable grado de incumplimiento de la obligación.

⁵¹¹ El mismo se origina a partir de la aprobación por Acuerdo del Consejo de Ministros el 3 de octubre de 1997 de un plan específico en favor del empleo de las personas con discapacidad.

Aquel acuerdo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales “constata el insuficiente cumplimiento por parte de las Empresas y Entidades Privadas y Públicas de la reserva del 2%, considera que el objetivo primordial de la LISMI al fijar esta reserva sigue siendo plenamente válido para la creación de empleo ordinario de personas con discapacidad, y comparte que su cumplimiento debe ser exigido de manera efectiva”. Siendo esta última expresión la que legitimó las medidas alternativas como “vía de escape al cumplimiento directo de la cuota de reserva⁵¹²”.

b) Presupuestos

Del tenor literal de esta previsión, “excepcional” y “exentas” son las palabras más preponderantes del párrafo, sin embargo, se verá que ninguna es lo que parece. Ni lo que continúa será una situación excepcional o extraordinaria –por ende, no común o esporádica–, y tampoco los obligados quedarán dispensados de todo cumplimiento.

Centrándonos en la consecuencia, esto es, en la teórica exención, continuar con la lectura del precepto permite percatarse de que lo que se posibilita, cuando concurra la situación de “excepcionalidad”, es la sustitución de la obligación de reserva por otra *ex novo* y no, como parece que se presagiaba, una dispensa. Por lo tanto, no se está liberando a la empresa de una obligación y sí estableciéndose un modo alternativo de dar cumplimiento a la misma⁵¹³.

Son presupuestos para conmutar la obligación de reserva los siguientes:

- 1.º La situación de excepcionalidad.
- 2.º Acuerdo recogido en negociación colectiva, u opción voluntaria del empresario, en ambos casos previa comunicación a la autoridad laboral⁵¹⁴.
- 3.º La adopción de las medidas alternativas.

Nos ocuparemos seguidamente de los tres presupuestos, siendo las medidas alternativas en realidad la obligación adquirida por la concurrencia de los requisitos anteriores y la petición expresa de su aplicación.

⁵¹² PÉREZ PÉREZ, J., *La discapacidad y el empleo...*, op. cit., pág. 81.

⁵¹³ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *Centros especiales...*, op. cit., pág. 52.

⁵¹⁴ La interpretación de la Ley no es clara en este respecto. Parece que se requiere autorización únicamente en los casos de opción individual del empresario al hacer uso del singular, sin embargo, las dudas interpretativas se colmarán con la lectura del artículo 1.3 del RD 364/2005 que establece que “las empresas señaladas en el apartado 1 deberán solicitar de los servicios públicos de empleo competentes la declaración de excepcionalidad con carácter previo a la adopción de las medidas alternativas reguladas en este real decreto”.

c) *Las situaciones de excepcionalidad*

El desarrollo de esta previsión se realiza en la actualidad por el ya reseñado *Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad*⁵¹⁵. Será su artículo 1.2 el que recoja los supuestos de excepcionalidad, que se concretan en:

Se entenderá que concurre la nota de excepcionalidad en los siguientes supuestos:

a) *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 presentada después de haber efectuado todas las gestiones de intermediación necesarias para dar respuesta a los requerimientos de aquélla 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.*

b) *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. Como acreditación de dichas circunstancias, los servicios públicos de empleo podrán exigir la aportación de certificaciones o informes de entidades públicas o privadas de reconocida capacidad, distintas de la empresa solicitante.*

El autor ESTEBAN LEGARRETA, R.⁵¹⁶ diferencia entre una causa o situación “tasada”, la a), y otra “no tasada”, la b). Ambas situaciones responden a la imposibilidad empresarial de asumir a una persona trabajadora con discapacidad, aunque difieren en su causa original. Respecto a la primera, la misma implica la predisposición o la voluntad empresarial de incorporar a una persona con discapacidad. Se requiere que la oferta de empleo presentada ante el SEPE o a las agencias de colocación sea desatendida por la inexistencia de

⁵¹⁵ Este Reglamento vino a sustituir al *Real Decreto 27/2000, de 14 de enero, por el que se establecen medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del dos por ciento en favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores*, debido a “dificultades y disfunciones” que resultaban en la aplicación práctica del mismo y que aconsejaban “la simplificación y agilización de dichos procedimientos” tal y como se manifiesta en su exposición de motivos. Sin embargo, la primera norma reglamentaria, la del año 2000, se desarrolló mediante la Orden de 24 de julio de 2000, la cual no ha sido expresamente derogada ni sustituida, aunque eso sí, debido a las patentes contradicciones con el vigente Real Decreto, únicamente será aplicable en lo que no lo contravenga.

⁵¹⁶ Vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., “La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997- 2000)”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº1/2001, 2001, pág. 204.

demandantes de empleo para dicha ocupación o que estos no estén interesados en las condiciones ofertadas.

En la segunda situación es la empresa la que se opone al cumplimiento de la reserva y a la incorporación de personas con discapacidad, estando amparada tal negativa en razones que, según el precepto, pueden ser tanto productivas, como organizativas, técnicas o económicas. Estas causas, que han de ser acreditadas, las consideramos controvertidas. Es tal la ambigüedad e indeterminación de la norma que, bajo nuestro parecer, resulta complicado identificar los supuestos aludidos cuando se piensa en la necesaria conexión directa entre estos y la discapacidad. Cuestión distinta es que nos limitemos a acoger estas causas conforme a la descripción y contenido de los artículos 47.1 y 51.1 ET, puesto que para este viaje no habrían hecho falta tales alforjas. En este sentido, el precepto citado recoge expresamente que las mismas han de motivar “la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad”. Con todo, presumimos dificultosa una justificación amparada especialmente en causas económicas, productivas u organizativas ya que no encontramos relación entre estas y la discapacidad. Esto es, los resultados negativos de la empresa, el descenso en la demanda de los productos o servicios ofertados, los posibles cambios organizativos, etc., no pueden dar lugar a la negativa de emplear a personas con discapacidad y, por ende, no deben ser valorados por el servicio de empleo competente. Perseveramos, así en nuestro punto de partida, la discapacidad no implica falta de productividad. Por otro lado, comprendiendo la heterogeneidad de las situaciones individuales que puede originar la discapacidad y la infinidad de posibilidades de diferencias orgánicas, las causas técnicas que se podrían alegar parecen desvanecerse.

Debemos entender, dado el tenor del precepto, que estos supuestos son los únicos que permitirían sustituir la obligación de reserva de empleo por las medidas alternativas⁵¹⁷. En uno u otro caso y para hacer efectiva la adopción de estas medidas, se habrá de solicitar la declaración de excepcionalidad a los servicios públicos de empleo con carácter previo a la adopción de tales medidas alternativas, y este habrá de apreciar la concurrencia del motivo de excepcionalidad alegado⁵¹⁸. La falta de resolución en el plazo de dos meses,

⁵¹⁷ Precisamente lo contrario habría de entenderse vigente el RD 27/2000. Aquel artículo 1.2, regulador de las situaciones, comenzaba con esta dicción literal: “Se entenderá que concurre, entre otras causas, la nota de excepcionalidad...”. Con esta literalidad se validaba la posibilidad de otras causas de excepcionalidad. En este sentido lo entendían ESTEBAN LEGARRETA, R., *La reforma...*, op. cit., pág. 206 y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *Centros especiales...*, op. cit., pág. 59, aunque este último abogaba por una norma y una interpretación más flexible.

⁵¹⁸ La competencia se establece en el artículo 6 del RD 364/2005 otorgando la misma a los servicios de empleo autonómicos cuando la empresa se ubique en una sola comunidad autónoma o cuando la misma reúna en el territorio de la misma al menos el 85% de la plantilla, (...)

tendrá efectos estimatorios según lo dispuesto en el artículo 1.3 del Real Decreto que nos ocupa. La declaración de excepcionalidad tiene una validez de 3 años⁵¹⁹, por lo que, transcurrido dicho tiempo, y si persiste tanto la obligación de contratar a personas con discapacidad como alguna de las situaciones de excepcionalidad, habrá de realizarse una nueva solicitud.

Dicho esto, consideramos que la regulación reglamentaria encuentra grandes disfunciones en la práctica. A la ya comentada indeterminación de ambas y a la falta de correspondencia con lo que debemos entender por discapacidad de la segunda, se suman algunos reproches que se pueden realizar a la primera. Principalmente podemos argumentar de esta que, puesto que las condiciones de la oferta de empleo las habrá prefijado la empresa, dependerá de ella en gran medida su éxito o fracaso. Es decir, la empresa con el fin de no dar cumplimiento a la reserva y aplicar medidas alternativas puede formular la oferta con las expectativas de que los demandantes con discapacidad las rehúsen⁵²⁰. Esta regulación unida a la innecesaria justificación de causa, –ya que se presupone la voluntad empresarial de contratar a una persona con discapacidad– provocaría, tal y como ha apuntado la doctrina⁵²¹, que sea más fácil acceder al reconocimiento de esta primera causa de excepcionalidad, siendo además lo más común, dado el funcionamiento de los servicios de empleo y las deficiencias en torno al registro de empleo de personas con discapacidad, que la solicitud no encuentre respuesta y se obtenga una resolución estimatoria presunta que autorizaría tanto la situación de excepcionalidad como las medidas alternativas a adoptar⁵²². Recuérdese que la misma tendría una validez, nada más y nada menos, que de tres años. Como ya advertimos, lo que se predicaba como excepcional se asemeja en mayor medida a la alternatividad de acuerdo con la facilidad práctica de alcanzar esa situación que debiera ser extraordinaria. Aludiendo a esta pauta, tal y como brillantemente se recoge en la *Estrategia Global de Acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012*: “Ni lo transitorio puede convertirse en permanente ni lo excepcional puede llegar a ser nunca la regla general”.

correspondiendo en los demás casos al SPEE el dictado de estas resoluciones. Como se puede comprobar el mismo no está del todo claro, pudiéndose interpretar en diversos sentidos.

⁵¹⁹ El Real Decreto 27/2000 al regular este aspecto establecía que la duración de esta declaración era de 2 años ampliable a uno más en función de unas circunstancias concretas, opción que, sin duda, parece más adecuada atendiendo a la excepcionalidad de la medida y en consecuencia a la eventualidad que se le debe dar a su aplicación.

⁵²⁰ Piénsese por ejemplo en contratos a tiempo parcial con poco porcentaje de jornada y a jornada partida, etc.

⁵²¹ Vid. PÉREZ PÉREZ, J., *Discapacidad y acción...*, op. cit., pp. 475-476.

⁵²² Véase en este sentido las STSJ de Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8, núm. 599/2015 de 15 octubre [JUR 2016\379] y núm. 167/2016 de 31 marzo [JUR 2016\132787].

d) Vías de adopción

El artículo 42.1 LGDPD es meridianamente claro a la hora de reconocer los métodos de adopción de esta vía alternativa, al establecer que se podría realizar:

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 Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, bien por opción voluntaria del empresario.

La cuestión podría ser algo más conflictiva si tratamos de determinar si ambas opciones tienen el mismo rango o, por el contrario, la opción voluntaria por parte del empresario está supeditada a la inexistencia de acuerdos colectivos. Nuestra opción al respecto dada la redacción del artículo es acoger la primera, esto es, que se establece una relación alternativa entre ambas opciones, teniendo una y otra la misma validez y autonomía⁵²³.

En este punto resulta dificultoso pronunciarse sobre el contenido de esos acuerdos recogidos en negociación colectiva. Siendo conscientes de que la norma reglamentaria aporta una lista cerrada de supuestos de excepcionalidad que no admite causa distinta y que, en cualquier caso, además de alegadas han de ser acreditadas y valoradas por la Administración competente, el contenido efectivo de los acuerdos colectivos habrá de limitarse al reconocimiento de la posibilidad de adoptar esta decisión conforme a la normativa legal y reglamentaria⁵²⁴. Precisamente, la misma opción que tienen los empresarios que adopten de manera voluntaria tal decisión ya sea por falta de previsión en el convenio colectivo de aplicación o incluso cuando esta exista, por *motu proprio*. Sin perjuicio de lo anterior, y esforzándonos por dar contenido real a esta previsión, estimamos que en acuerdos colectivos de ámbito sectorial, se podría utilizar esta vía para amparar o recoger las circunstancias particulares de un sector económico que dificulta la incorporación de personas con discapacidad y, que tal previsión, sirva de desahogo o facilidad probatoria a las empresas que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación que deseen acogerse a las

⁵²³ Pese a que hemos transcrito el precepto legal, la norma reglamentaria establece la fórmula “bien, en ausencia de aquéllos, por opción voluntaria del empresario”. La introducción de la frase “en ausencia de aquellos”, coloca a la opción voluntaria del empresario en plano de subsidiaridad con respecto a los acuerdos de negociación colectiva, cuestión que confronta con la redacción legal y que, por ende, estimamos inválida.

⁵²⁴ Nos estamos refiriendo únicamente a los extremos del acuerdo de adopción de medidas alternativas. Evidentemente, mediante negociación colectiva se podrán regular otras variantes de las cuotas como podría ser un porcentaje superior de reserva o fijar un umbral inferior de plantilla para que entre en juego la obligación de reservar puestos de trabajo para personas con discapacidad. Sobre estas cuestiones nos ocuparemos en el último capítulo de esta obra, cuando analicemos la efectividad de la medida.

medidas alternativas por concurrir motivos de los establecidos en la letra b) del artículo 1.2⁵²⁵.

Por tanto, la empresa, exista acuerdo colectivo aplicable o no, y según la redacción dada *ex lege* tendrá siempre expedita la vía de solicitud de la excepcionalidad y la adopción de medidas alternativas, incluso en el supuesto que el acuerdo colectivo prohíba tal posibilidad, y ello, toda vez que consideramos la norma que nos ocupa como de derecho necesario absoluto, condicionando, bajo el principio de jerarquía normativa (art. 3 ET), la regulación de la norma paccionada que queda vinculada y condicionada a Ley conforme establece el artículo 85 ET⁵²⁶. El procedimiento y los motivos o circunstancias necesarias que han de concurrir será en ambos casos idénticos. Ahora bien, en los supuestos en los que la empresa ejerza su “opción voluntaria”, el acto volitivo se limitará en realidad a la solicitud, la justificación de la excepcionalidad y a la elección de las medidas alternativas, ya que la procedencia de las mismas tiene que ser apreciadas por la Autoridad Laboral y exige la actividad del Servicio Público de Empleo, de agencias de colocación, o de terceros certificadores; y es que, en palabras de PÉREZ PÉREZ, J., en el primero de los supuestos “la voluntad del empresario es justamente la contraria” puesto que requiere el ofertar el empleo “para precisamente contratar personas con discapacidad⁵²⁷”. Entendemos que incluso en la segunda causa de excepcionalidad la opción por las medidas alternativas no puede ser un acto de voluntad que sea determinado por el empresario. En este sentido, las causas habilitadoras no pueden ser provocadas buscando eludir la medida principal. Estaríamos en este caso, a nuestro parecer, ante un acto discriminatorio.

e) *Las medidas alternativas*

Declarada administrativamente la situación de excepcionalidad, ya sea de forma expresa o presunta, se habrá accedido a la posibilidad de sustituir la reserva de empleo de personas con discapacidad por la aplicación de las medidas alternativas “que se determinen reglamentariamente”. Dicha especificación se encuentra estipulada en el artículo 2.1 del Real Decreto 364/2005:

Las medidas alternativas que las empresas podrán aplicar para cumplir la obligación de reserva de empleo en favor de las personas con discapacidad son las siguientes:

⁵²⁵ Todo ello teniendo presente nuestra oposición a tales motivos a nuestro juicio contrarios al modelo relacional de la discapacidad como se justificará.

⁵²⁶ “Dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias...”.

⁵²⁷ PÉREZ PÉREZ, J., *La discapacidad y el empleo...*, op. cit, pág. 81.

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.*

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 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 aquéllas 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.*

Nos encontramos ante un *numerus clausus* de cuatro medidas que, a efectos ilustrativos, las podemos agrupar en tres: los contratos mercantiles o civiles celebrados con Centros Especiales de Empleo o con trabajadores autónomos con discapacidad; la realización de donaciones y acciones de patrocinio; y la constitución de enclaves laborales.

A tenor del artículo tercero de la norma reglamentaria la empresa habrá de proceder a la elección de la medida o las medidas, puesto que se podrán aplicar “alternativa o simultáneamente”, con “carácter previo a su aplicación, de forma conjunta con la solicitud de declaración de excepcionalidad”, por lo que habrán de ser resueltas ambas cuestiones en la misma resolución administrativa. Hemos de advertir que, en tanto en cuanto los efectos del silencio administrativo en estos supuestos son estimatorios de la solicitud, las resoluciones presuntas tendrán por estimadas las medidas propuestas por la empresa. No obstante, en estos supuestos cabría la revisión del acto administrativo, ya que en ningún caso se podrán validar medidas no contempladas en la norma reglamentaria⁵²⁸.

⁵²⁸ Vid. PÉREZ PÉREZ, J., *Discapacidad y acción...*, op. cit., pp. 476 y 477. Aunque, como este mismo autor anuncia, difícilmente se podrá sancionar a la persona empleadora en tanto que habría (...)

La solicitud podrá ser denegada, pero únicamente podrán ser dos los motivos de fondo: la inexistencia de circunstancias de excepcionalidad o su falta de acreditación, y la elección de medidas alternativas no previstas o, estándolo, sin cumplir con las premisas establecidas en la norma reglamentaria relativas al *quantum* de las mismas. En caso de denegación de la solicitud, deberá proceder la empresa al cumplimiento de la cuota reserva, sin perjuicio de que contra la misma quepan los recursos oportunos conforme a la *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*.

Expuestos estos aspectos generales, nos detendremos ahora en cada una de estas medidas previstas.

Los contratos mercantiles o civiles celebrados con Centros Especiales de Empleo o con trabajador autónomo con discapacidad:

Tal y como adelantamos, hemos agrupado aquí las dos primeras medidas recogidas reglamentariamente, la a) y la b) del artículo 2.1 del RD 364/2005. El tratamiento conjunto lo justificamos en que las medidas bien podrían considerarse una sola: la celebración de contratos civiles o mercantiles, diferenciándose entre una y otra, el objeto de estos pactos, el de la primera referido a bienes tangibles, “materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier otro tipo de bienes”, y el de la segunda a intangibles, “la prestación de servicios”. Con relación a ello, los bienes objetos del contrato deben ser “necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa que opta por esta medida”. Por el contrario, los servicios habrán de ser “ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa”. Nuevamente la ambigüedad normativa producida por la formulación de conceptos jurídicos indeterminados provoca en este terreno que se puedan celebrar una inmensidad de contratos y que sea, cuanto menos discutible, si se tratase de bienes o servicios necesarios o innecesarios para la actividad empresarial o ajenos y accesorios o similares y principales a la actividad normal de la misma. Sin perjuicio de lo anterior, estos extremos deberán ser revisados por la Administración ya que en la solicitud de la medida habrá de consignarse “el contratista, el objeto del contrato, el número de trabajadores con discapacidad a los que equivale la contratación y el importe y duración de la medida”. Mayores problemas existirán cuando estos contratos

que demostrar su dolo o intencionalidad, habiéndose producido una autorización, aunque presunta, por parte de un órgano Administrativo. No obstante, apuntada esta posibilidad, consideramos poco operativa la vía de la revisión toda vez que la administración habría que acudir al procedimiento de declaración de lesividad de actos anulables regulado en el artículo 107 de la *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, puesto que entendemos que no existiría causa de nulidad de pleno derecho conforme al artículo 47 de la misma norma. Parece que, dadas las características del procedimiento y las consecuencias que se pueden derivar de él, sería más oportuno prever en la norma un efecto del silencio en sentido negativo, esto es, desestimatorio de la solicitud.

se celebren con base en una resolución presunta y la posible fiscalización de la medida por parte del organismo correspondiente, esto es la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, se produzca pasado ya el primer año de aplicación de la misma.

En ambos supuestos, las partes del contrato serán las mismas. Por un lado, la empresa que opta por la aplicación de la medida alternativa, del otro, o un Centro Especial de Empleo o un trabajador autónomo con discapacidad. Respecto a este último, y puesto que no se define legalmente tal figura, surgen las dudas de que debemos entender aquí como autónomo con discapacidad. Si necesariamente esta persona ha de estar en posesión de una resolución administrativa que le reconozca un grado igual o superior al 33%⁵²⁹ o se amplía a las otras dos realidades contempladas en el artículo 4 LGDPD. En cualquier caso, la misma ha de ejercer una actividad laboral por cuenta propia conforme al artículo 1.1 de la *Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo*.

Conforme a lo estipulado en el artículo 2.2, el importe de estos contratos “habrá de ser, al menos, tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del dos por ciento”. En virtud de ello, y puesto que la *Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021*, revaloriza este indicativo a la cuantía de 6.778,80 €⁵³⁰, la cuantía anual de estos contratos ha de ser como mínimo de 20.336,40 euros⁵³¹ por cada persona con discapacidad dejada de contratar.

Tal y como ha apuntado la doctrina, difícilmente se podrá medir el grado de efectividad de esta medida sustitutoria y, con ello, la repercusión que tiene sobre el colectivo de personas con discapacidad, y es que todo apunta a que la misma es mucho menor que por la aplicación de la reserva de empleo. Si tenemos en cuenta que estos contratos se pueden limitar a la simple puesta a disposición de bienes o de la prestación de servicios que requieran mucho menos manos de obra que la de una persona (por ejemplo, servicios de mediación en operaciones⁵³²), o incluso que una sola persona autónoma podrá celebrar estos contratos y con ello eximir del cumplimiento de la cuota a más de una empresa o respecto de más de una persona trabajadora con discapacidad en

⁵²⁹ Realidad más segura a efectos prácticos, aunque en contraposición de la concepción relacional de la discapacidad de acuerdo con lo expresado en el capítulo primero.

⁵³⁰ Disposición adicional centésima vigésima primera.

⁵³¹ 6.778,89 x 3.

⁵³² En este sentido, el Criterio Técnico 98/2016 de 24 junio 2016 recomienda una modificación de la norma ya que en los “contratos de servicios y suministros en los que los CEE solo realizan una intermediación comercial, la DGE ha señalado que sería conveniente que se consideraran aplicables solo las cantidades correspondientes a la remuneración, beneficio económico o valor añadido que, realmente obtienen los centros por su intervención, cuyo destino final vaya a ir en beneficio de los trabajadores con discapacidad”.

una misma empresa⁵³³. En estos supuestos podremos afirmar que la finalidad de la medida prevista en nuestro ordenamiento habrá perdido su eficacia, ya que no se estará contribuyendo a ninguno de sus objetivos.

Con todo, debemos indicar que, según se establece en el artículo 4.1 del RD 364/2005, cuando estos contratos se suscriban entre empresas y CEE, estos últimos están obligados a “destinar los recursos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones relativas, además de a la prestación de servicios de ajuste personal o social que requieran sus trabajadores con discapacidad, a las precisas para desarrollar 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 éstos a las nuevas tecnologías”. Sin duda una obligación tan poco específica y coercitiva que se convierte en banal, siendo fácilmente mejorable con la exigibilidad de resultados al Centro Especial de Empleo en cuanto al tránsito de trabajadores hacia el empleo ordinario⁵³⁴.

La realización de donaciones y acciones de patrocinio.

La norma que nos ocupa parece concretar algo más cuando regula las denominadas “donaciones y acciones de patrocinio” en el apartado c) del artículo 2.1. El objeto de esta medida está constituido por destinar fondos, recalca el precepto que, de carácter pecuniario, para el desarrollo de unas determinadas actividades dirigidas sea a la inserción laboral, sea a la de creación de empleo de personas con discapacidad. Sus destinatarios pueden ser fundaciones o asociaciones declaradas de utilidad pública y han de tener como objeto social la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo en favor de personas con discapacidad y su integración en el mercado de trabajo.

En este supuesto, el importe mínimo anual de las operaciones que han de realizarse en virtud de estos pactos para exonerarse de la obligación de reserva coincide con la prevista en el apartado anterior, esto es, 20.336,4 euros, tres veces el IPREM anual por cada persona trabajadora con discapacidad dejada de contratar.

De forma análoga a lo que sucedía con los CEE, el artículo 4 del RD 364/2005 exige, como no podría ser de otra forma, que las entidades beneficiarias destinen las cantidades a los fines recogidos en el propio artículo 2.1.c). En este punto, la peculiaridad a destacar pivota sobre la referencia hecha

⁵³³ En este sentido, PÉREZ PÉREZ, J., *Discapacidad y acción...*, op. cit., pág. 503, aunque con razón, señala que la contratación de personal en estos Centros no tiene que ser el único fin de estas medidas que también podrían abarcar por ejemplo planes de formación, cumpliéndose los objetivos de la acción positiva.

⁵³⁴ Vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., *La reforma...*, op. cit., pág. 208.

en la norma a la “creación de empleo en favor de las personas con discapacidad que permita la creación de puestos de trabajo para aquéllas”, sin distinguir entre empleo ordinario o protegido, lo que, siguiendo la literalidad de la misma y en confrontación con las premisas recogidas en la Convención Internacional, permitiría que las empresas beneficiarias destinaran las cantidades en crear puestos de trabajo protegidos⁵³⁵, de nuevo en perjuicio del colectivo y a cambio del sacrificio del empleo ordinario, con la consecuente pérdida de eficacia de la medida.

La constitución de enclaves laborales.

En último lugar, la norma reglamentaria contempla en su artículo 2.1d) la constitución de enclaves laborales como medida alternativa, siendo esta la única de las medidas contempladas que difiere de las que originariamente contenía el Real Decreto 27/2000. Hemos de remitirnos en este punto a los breves comentarios que hicimos respecto a esta figura en el epígrafe 1.6 de este capítulo.

Como se aprecia, de modo paralelo a lo que acontecía en el primero de los supuestos analizados, la medida de reserva proyectada sobre el empleo ordinario se canaliza a través de unas causas de excepcionalidad hasta desembocar en otra distinta: la constitución de enclaves laborales, los cuales inciden sobre el empleo protegido. Observamos, según nuestro criterio, cómo con esta regulación se fraudan todos los principios generales en la materia y los compromisos adquiridos por nuestro país a nivel internacional.

En este supuesto, se le otorga una doble facilidad al empresario: por un lado y de manera transitoria podrá aplicar la medida alternativa en sí; por otro, se puede favorecer “la posterior contratación directa de los trabajadores discapacitados destinados en el enclave⁵³⁶”. Aunque con relación a esto último, huelga decir que la misma no esta garantizada, sino que es una posibilidad de acuerdo con el artículo 11 del *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*. Es cierto que normativamente cuenta con mayores beneficios empresariales si se canaliza la contratación de la persona con discapacidad vía CEE en contraste a si se contrata directamente⁵³⁷.

Respecto al objeto de la prestación entre la empresa (colaboradora) y el CEE, establece el artículo 1.2 de la norma anteriormente citada que corresponderá a “obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquélla y para cuya realización un grupo de trabajadores con

⁵³⁵ *Ibidem*.

⁵³⁶ Vid. LLANO SÁNCHEZ, M., *El enclave laboral...*, op. ci., t. pág. 146.

⁵³⁷ Véase artículo 12 del referido Real Decreto.

discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora”. Cabría plantearse el encaje que tiene esta circunstancia con que la empresa colaboradora haya accedido a la medida por hallarse ante la imposibilidad de encontrar a personas con discapacidad para un determinado puesto o por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Precisamente de la aplicación de esta medida alternativa se desprende que existen personas con discapacidad que pueden realizar algún tipo de función en la empresa. Del mismo modo se atisba la posibilidad tanto económica como técnica, organizativa o productiva de la misma. La motivación económica quedaría desvirtuada en estos supuestos dada la condición de que el importe de los contratos entre empresa colaboradora y CEE ha de ser de al menos, 20.336,4 euros por cada persona con discapacidad dejada de contratar, esto es, tres veces el IPREM anual. Las demás razones son patentes cuando se comprueban que van a prestar servicios en el centro de trabajo de la empresa personas con discapacidad con una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior al 33% para realizar tareas que se podrían encuadrar dentro de la “propia actividad” de la empresa principal. Paradójicamente, recordemos, esta cuestión quedaba vetada en la medida alternativa contemplada en la letra b), los contratos celebrados con CEE y trabajadores autónomos con discapacidad, a los que se requerían que su objeto fuera “ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa”. Esto permitirá que en la práctica se lleven a cabo las mismas actividades productivas en el enclave laboral que en la empresa, utilizando la organización mano de obra temporal y evadiendo la medida de la reserva de empleo. Como decimos, no encontramos motivos de excepcionalidad que justifiquen la inaplicación de la cuota reserva cuando a la postre se vaya a aplicar esta tipología de medida alternativa.

3.2.4. Obligaciones y aspectos formales de la reserva de empleo y las medidas alternativas

No podemos concluir este epígrafe sin hacer alusión a algunas obligaciones formales que son anejas a la reserva de empleo en las empresas y, con relación a estos formalismos, comentar y pronunciarnos sobre algunas cuestiones puramente casuísticas que pueden acaecer en la *praxis*.

La primera obligación de carácter formal que ha de ser mencionada es la recogida en el artículo 5 del *Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos*, al prever que “dentro del primer trimestre de cada año, con conocimiento de los representantes del personal, las Empresas que empleen un número de trabajadores fijos que exceda de 50 deberán enviar a la Oficina de Empleo del INEM 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 minusválidos y de aquellos que por sus características queden reservados a los mismos”. Esta comunicación facilitará a la Administración las tareas de control del cumplimiento de la obligación por parte de las empresas. La desactualización de esta previsión es evidente, dado que al hacer alusión al concepto “trabajadores fijos”, –mención eliminada de la norma con rango legal en el año 2001– llevaría en la actualidad a excluir a una parte de trabajadores, concretamente a todos aquellos cuyas relaciones contractuales no responda a aquel esquema. En este sentido, la ITSS⁵³⁸ mantiene que debe extenderse a toda la plantilla: “dado que es una obligación de comunicación referida a la obligación de contratación de personas con discapacidad, no debe entenderse limitada a las que tengan solo más de 50 trabajadores fijos sino a las que tengan 50 o más trabajadores en los términos regulados en la disposición adicional primera del RD 364/2005, tal y como se ha señalado en este criterio”. En idénticos términos, se suelen expresar los modelos normalizados que la Administración autonómica pone al servicio de las empresas⁵³⁹. Aquí manifestamos nuestras dudas, provocadas, una vez más, por las incongruencias entre la Ley y su desarrollo reglamentario. Si bien una interpretación sistemática sería acorde con la tesis de la Administración –dado el sistema de cómputo de plantilla vigente–, la realidad que encontramos es que la literalidad de la norma resulta contraria a dicha interpretación, por lo que estimamos difícil la sanción por un hipotético incumplimiento.

La adopción de medidas alternativas no excluye la obligación formal apenas comentada. En estos casos, habrá de indicarse su aplicación y, consecuentemente informar sobre la inaplicación, total o parcial, de la reserva de empleo. Por su parte, la *Orden de 24 de julio de 2000 por la que se regula el procedimiento administrativo referente a las medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2 por 100 en favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores, reguladas por el Real*

⁵³⁸ Criterio Técnico 98/2016 de 24 junio 2016.

⁵³⁹ Estos modelos suelen contener otras deficiencias. A modo ejemplificativo, en lo que respecta a la Comunidad Autónoma Andaluza, se contempla el cómputo de trabajadores por centro de trabajo, extremo irrelevante para la obligación, y sin embargo no se solicitan los trabajadores totales de la empresa, aspecto fundamental para realizar los cálculos conforme a la LGDPD y el RD 364/2005, de 8 de abril. Tampoco es frecuente encontrar referencias en estos modelos a la relación detallada de puestos “que por sus características queden reservados a los mismos”. Esta particularidad, que puede pasar desapercibida es, para nosotros, quizás, la previsión más acertada y valiosa de esta obligación formal. Significamos la misma puesto que esta implica para la empresa algo más profundo que el emplear a personas. Conlleva la necesidad de estudio y previsión sobre puestos en la organización y su acomodo para las distintas deficiencias que pueden dar origen a la discapacidad. Esto mismo provocará que las personas obligadas se pongan durante este proceso en el lado “del otro” y procure, o al menos imagine, la eliminación de toda barrera físicas existentes en el medio. Sin percatarse se estarán derribando a su vez barreras mentales.

Decreto 27/2000, de 14 de enero, parcialmente en vigor, regula una serie de obligaciones para las empresas que opten por las medidas alternativas. Destaca entre todas ellas, sin perjuicio de las ya comentadas con relación a la solicitud, la obligación de presentar memoria anual ante el servicio público de empleo competente en el que conste una descripción detallada del cumplimiento de la medida; de modo que, las empresas que apliquen medidas alternativas están obligadas a realizar dos tipos de comunicaciones.

Por otro lado, la doctrina se ha preocupado de ciertos silencios normativos que pueden ser de calado; por ejemplo, la posibilidad de modificar las medidas alternativas previamente solicitadas y estimadas por la Administración, los efectos que tienen sobre la excepcionalidad declarada y las medidas alternativas adoptadas los cambios en la plantilla que conlleven cambios (a menor o mayor) en la obligación de contratar a personas con discapacidad, etc. Sobre los mismos se pronuncia con detenimiento PÉREZ PÉREZ⁵⁴⁰, invocando, cuestión que compartimos, a la lógica y al sentido común y a la imposibilidad de rigidez administrativa en este sentido. A nuestro juicio, respecto a la posibilidad de modificar las medidas alternativas inicialmente adoptadas por el Servicio Público de Empleo y pese a que la norma reguladora guarda silencio al respecto, hemos de considerar que las mismas no pueden ser de ninguna manera rígidas o inalterables, toda vez que incluso pueden darse situaciones en las que la modificación de la medida venga condicionada por factores externos al empresario. Pensemos, por ejemplo, en la baja en la prestación de servicios y por tanto en el RETA del autónomo con discapacidad con el que se acordó, y así se resolvió por el SPEE, el contrato mercantil o civil para la aplicación de la medida alternativa. En supuestos como este o análogos, cuando exista justificación, se ha de ser flexibles y evitar la imposición del cumplimiento de la cuota, o una nueva solicitud de exención y medidas por parte de la empresa, sin perjuicio, claro está, de la comunicación a la Autoridad Laboral de cualquier modificación al respecto⁵⁴¹.

Con relación a lo anterior se recuerda que la cuota de reserva era una obligación dinámica, es decir, entra en juego en el momento en que se superen los umbrales establecidos, por lo que se podrá dar la situación en la que una empresa tenga concedida una exención total de la obligación y que *a posteriori* se convierta en parcial porque ha nacido la obligación de contratar a otra persona con discapacidad más. También es posible el caso contrario, es decir, que una empresa que aplique medidas alternativas vea reducida su plantilla a un número en el que desaparezca la obligación de contratación. En estos casos se habrá de comunicar a la Autoridad Laboral la tal inaplicación y obrar en

⁵⁴⁰ PÉREZ PÉREZ, J., *Discapacidad y acción...*, op. cit., pp. 496 y ss.

⁵⁴¹ *Ibidem*.

consecuencia: no aplicar la medida en caso de disponer de una plantilla menor a 50 trabajadores; o reducir proporcionalmente su aplicación atendiendo al número de trabajadores obligados a contratar⁵⁴². No obstante, con relación a la primera de las situaciones planteadas, no se puede aplicar la flexibilidad que predicamos. La ampliación de las medidas alternativas por el nacimiento de la obligación de contratar a más personas con discapacidad habrá de ser siempre resuelta por la Administración. Esta norma, por excepcional, se debe aplicar con rigidez a la hora de comprobar sobre todo la existencia de los motivos que dan origen a la conmutación de la obligación.

3.2.5. Régimen sancionador

a) Infracciones

Una vez así expuesta la regulación de la reserva de empleo en las empresas en nuestro país, y tal y como advertimos al inicio de este capítulo, resulta necesario –incluso fundamental si lo planteamos en términos de eficacia– reflexionar acerca del establecimiento de un régimen sancionador de la trasgresión empresarial de tal obligación para así compeler al sujeto obligado a su cumplimiento y alcanzar su efectividad⁵⁴³. Dicho esto, omitiremos aquí las referencias al reproche administrativo que acaecería a consecuencia de acciones discriminatorias por razón de discapacidad en el empleo que se podrían tipificar, según que casos, en los preceptos 8,12, 8.13 bis, 10.2.d) o 16.1 d) el *Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, (en adelante LISOS) y nos ceñiremos a las consecuencias punitivas por el incumplimiento de la reserva de empleo.

Centrándonos en la obligación de reserva y en las medidas alternativas, en nuestro derecho positivo se realiza lo propio en la norma sancionadora de referencia en el ámbito de las relaciones laborales, esto es, la LISOS. El artículo 15.3 de la misma tipifica como infracción grave “el incumplimiento en materia

⁵⁴² En el Criterio técnico de la ITSS de 24 junio 2016 se recoge la posibilidad empresarial de solicitar la “revisión de la autorización” en estos casos: “si la empresa, por razones de alteración sustancial de su plantilla o la concurrencia de otras circunstancias solicitara una revisión de la autorización y es tramitada por el servicio público de empleo modificando la misma y sus cuantías, hasta la fecha de la nueva resolución deberá aplicarse la anterior de forma proporcional al tiempo transcurrido del año en curso”.

⁵⁴³ En este sentido, OIT, *Lograr la igualdad...*, op. cit., pág. 51: “La experiencia de varios países indica que no basta con obligar, por ley, a los empleadores a que contraten a personas con discapacidad. Este tipo de sistemas de cuotas dependen, esencialmente, de la buena voluntad de los empleadores, y no incrementan considerablemente las oportunidades para las personas con discapacidad de encontrar un puesto de trabajo en el mercado laboral. Si se quiere que el sistema de cuotas tenga repercusiones significativas en la práctica, en los índices de empleo de las personas con discapacidad, debe preverse la creación de un mecanismo de ejecución”.

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”.

Si bien la tipificación legal realizada nos parece correcta con relación a la obligación de reserva, es cierto que, como ha apuntado la doctrina científica, únicamente queda circunscrita a dicha obligación principal y, por ende, a las medidas alternativas, dada su referencia genérica a la obligación, pero no en relación con las obligaciones formales que acabamos de exponer⁵⁴⁴. Podría plantearse la posibilidad de reconducir la infracción a las previsiones contenidas en el artículo 14.1 LISOS⁵⁴⁵, que tipifica como infracción leve el “no comunicar a la oficina de empleo las contrataciones realizadas en los supuestos en que estuviere establecida esa obligación”. Sin embargo, dado el tenor literal del mismo y atendiendo a los principios constitucionales que rigen la potestad sancionadora de la Administración, estimamos que esto no sería posible en tanto en cuanto no es objeto de la obligación formal que nos ocupa la comunicación de la contratación, sino la descripción del cumplimiento de la medida para su fiscalización por parte de la Administración.

Por último, y con relación a las medidas alternativas, resulta llamativa la tipificación efectuada en el artículo 16.1 g) LISOS referente a “la aplicación indebida o la no aplicación a los fines previstos legal o reglamentariamente de las donaciones y acciones de patrocinio recibidas de las empresas por fundaciones y asociaciones de utilidad pública, como medida alternativa al cumplimiento de la obligación de reserva de empleo a favor de las personas con discapacidad”. Decimos que es llamativa no por su prescripción⁵⁴⁶, que nos parece apropiada en razón a sus obligaciones como entidades beneficiarias de la aplicación de estas medidas, sino por la ausencia de previsión en esta línea para ilícitos cometidos por los Centros Especiales de Empleo, los cuales, en situaciones análogas a estas fundaciones y asociaciones, reciben cantidades de las empresas, eso sí, en virtud de contratos onerosos. No obstante, recuérdese en este sentido, que los mismos estaban obligados, en virtud del artículo 4.1 del RD 364/2005, a “destinar los recursos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones relativas, además de a la prestación de servicios de ajuste personal o social que requieran sus trabajadores con discapacidad, a las precisas para desarrollar acciones que promuevan su tránsito hacia el mercado de trabajo no

⁵⁴⁴ En este sentido, PÉREZ PÉREZ, J., *Discapacidad y acción...*, op. cit., pág. 528. Este mismo autor apunta muy acertadamente, bajo nuestro criterio, que únicamente se podrán sancionar el incumplimiento de la cuota legal y no una posible regulación convencional dada la redacción del precepto tipificador. A decir verdad, este particular hoy día carece de trascendencia práctica debido a la infra utilización de las normas paccionadas para regular estos aspectos.

⁵⁴⁵ *Ibidem*.

⁵⁴⁶ Introducción que se realiza en virtud de la disposición adicional decimocuarta de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

protegido, tales como la formación permanente de los trabajadores con discapacidad o la adaptación de éstos a las nuevas tecnologías". El incumplimiento de esta obligación, ciertamente ambigua como advertimos, no tiene prevista sanción alguna, lo que hace ver nuevamente, ahora desde la visión sancionadora, un trato normativo favorable o preferente respecto a otras instituciones.

b) *Sanciones*

Siendo la propia LISOS en su artículo 40 la que estipula y concreta las sanciones aplicables en razón a las tipificaciones en la misma norma realizadas, recoge como sanción para las infracciones graves la "multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros"⁵⁴⁷.

En sede de graduación de sanciones se estipula una particularidad importante en lo que nos ocupa. El artículo 39.2 recoge que "No obstante lo previsto en el artículo 41 de esta ley, 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". Esta previsión supone una modulación al alza de las reglas de la reincidencia contenidas en el artículo 41 LISOS que estimamos tiene la función preventiva de que el sujeto infractor adecue su conducta lo más rápido posible a la norma.

Corresponde la competencia sancionadora a los órganos pertinentes en cada Comunidad Autónoma a las que se le hayan traspasado estas competencias⁵⁴⁸, y ello, toda vez que nos encontramos en materia de empleo que queda amparada en la habilitación competencial ejecutoria de la normativa laboral establecida en el artículo 149.7º CE en concordancia con el artículo 48.2 LISOS.

A la par de estas sanciones directamente pecuniarias, el legislador ha previsto otra tipología de sanciones para la infracción de la obligación de reserva que nos ocupa, las cuales encuadramos dentro de las sanciones accesorias. Las mismas, que fueron introducidas por la Ley 26/2011⁵⁴⁹, se contemplan en el artículo 46 LISOS y consisten en:

⁵⁴⁷ Artículo 40.1 b) LISOS.

⁵⁴⁸ Todas excepto las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

⁵⁴⁹ Posteriormente el precepto ha sufrido varias modificaciones, la de más calado se produjo en virtud del artículo 4.9 de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.

- La pérdida automática de toda ayuda y bonificación derivadas de programas de empleo o formación profesional para el empleo desde la fecha de la comisión de la infracción. Esta pérdida –o disminución– se calculará de forma proporcional respecto al número de trabajadores afectados por la infracción.
- La posibilidad de excluir al sujeto sancionado del acceso, en el periodo máximo de dos años a este tipo de ayuda. Podríamos decir que estamos ante una facultad discrecional del funcionario actuante que habrá de valorar las demás circunstancias del caso a efectos de graduación de la sanción conforme se establece en el artículo 46.3 LISOS.

Nos gustaría finalizar este apartado puntualizando que únicamente nos hemos limitado a una revisión de lo estrictamente considerado como *ius puniendi*, advirtiendo que en nuestro ordenamiento encontramos una figura que, pese a no constituir materialmente una sanción, tiene consecuencias gravosas para la empresa por el incumplimiento de la obligación que nos ocupa. Nos referimos a la contratación en el sector público y la prohibición de contratar con entidades que, conforme al artículo 71.1 d) de la *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*, no cumplan “el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen”⁵⁵⁰. Esta restricción de la posibilidad de participar por las empresas incumplidoras en procedimientos de licitación tiene su amparo normativo en la *Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE*, instrumento que pese a no recoger esta particularidad, sí establece en su considerando 101 que “se debe dar a los poderes adjudicadores la posibilidad de excluir a los operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables, por ejemplo debido a que han

⁵⁵⁰ A este respecto, merece ser mencionado que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, se pronunció en 2019 (Expediente 109/18) en respuesta a una consulta planteada por la Confederación Nacional de la Construcción (CNC) para expresar que “a la hora de aparejar efectos desfavorables a las entidades licitadoras, bien para la declaración de la existencia de una prohibición de contratar por el órgano de contratación, bien para determinar si se cumplen las condiciones de selección del contratista o de ejecución del contrato que se hayan contemplado en la documentación contractual”, se tendría en cuenta “la interpretación contenida en el Criterio Técnico 98/2016 sobre actuaciones en materia de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”, reconociendo el carácter no vinculante del citado criterio para dicho órgano.

incumplido las obligaciones medioambientales o sociales, entre ellas las normas sobre accesibilidad para las personas con discapacidad⁵⁵¹”.

3.3. El cupo de reserva en el acceso al empleo público

Nuestro sistema de reserva en el empleo a favor de las personas con discapacidad no queda limitado a la esfera del empleo en las empresas, sino que se proyecta también sobre el empleo público. Esta particularidad parece la más razonable, justificando su conveniencia no solo por la importancia a escala cuantitativa del empleo público en nuestro país⁵⁵², sino como actitud ejemplificadora del compromiso con la consecución de la igualdad y de acuerdo con el especial deber constitucional de los poderes públicos en concordancia con los artículos 9.2, 10.1, 14, 35.1 y 49 CE. También hemos advertido de la confrontación de esta medida con los principios constitucionales consagrados sobre la materia, concretamente con los de mérito y capacidad del artículo 103.3 CE y el de igualdad del artículo 23.2 CE. A estos efectos, dispone el artículo 61.1 EBEP que “los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las *medidas de discriminación positiva* previstas en este Estatuto”, siendo estas las dos únicas excepciones al principio de libre concurrencia. Veremos en las líneas que siguen cómo se articula en nuestro ordenamiento la conjunción de estos preceptos, conociendo de antemano, desde la óptica constitucional, la legalidad de la medida de acuerdo con la Sentencia 269/1994, de 3 de octubre, anteriormente comentada.

Sin perjuicio de la referencia normativa sobre el particular en el artículo 42.2 LGDPD, el marco regulatorio básico de esta figura lo encontramos en el EBEP, cuerpo normativo este que resulta más preciso en comparación con la obligación contenida en la norma especial sobre discapacidad. La regulación estatal se completa con el *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*.

El EBEP dedica en exclusiva el artículo 59 a las personas con discapacidad, y dispone lo siguiente:

Personas con discapacidad.

⁵⁵¹ También, en el considerando 98 se dispone que “las condiciones de ejecución de un contrato pueden tender también a favorecer la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar, la protección medioambiental o animal, respetar en lo sustancial los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y contratar un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional”.

⁵⁵² Actualmente representa alrededor del 17,5% de empleo en nuestro país. Del total de puestos de trabajo existentes, esto es, algo más de 19,3 millones, 3,3 millones corresponden a empleo público. INE, *Ocupados por tipo de sector (público o privado)*, 4T 2020.

1. En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el apartado 2 del artículo 4 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, 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 dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública.

La reserva del mínimo del siete por ciento se realizará de manera que, al menos, el dos por ciento 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.

2. Cada Administración Pública adoptará 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.

Como se observa, el precepto trasciende de la regulación del cupo para ordenar otras medidas destinadas al fomento del empleo del colectivo. Así, en el apartado primero recoge la medida de reserva y, en el segundo, una serie de medidas que inciden sobre las pruebas evaluadoras y las adaptaciones de los puestos de trabajo una vez superadas aquellas. De entre estas medidas, centramos este estudio principalmente en las primeras por ser las que más incidencia despliegan en lo que nos ocupa, sin perjuicio de que dediquemos un apartado a exponer sucintamente las características principales de las segundas.

En todo lo referente a la ordenación del procedimiento de acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo en esta esfera resulta aplicable en el marco estatal el anteriormente citado RD 2271/2004, siempre que no resulte contradictorio con las previsiones contenidas en la LGDPD o en el EBEP, posteriores en el tiempo. La estructuración de esta norma reglamentaria es bastante ilustrativa de su contenido, dividiéndose en cinco capítulos que se intitulan: “disposiciones generales”; “reserva de plazas para personas con discapacidad”; “desarrollo de los procesos selectivos”; “puestos de trabajo”; y “otras medidas favorecedoras de la integración”.

3.3.1. Ámbito subjetivo

a) Potenciales aspirantes

A la hora de delimitar el ámbito subjetivo, *id est*, la identificación de los requisitos que han de cumplir las personas con discapacidad candidatas a una de las plazas reservadas, observamos que el artículo 42.2 LGDPD no contiene prescripciones al respecto. Por su parte, el artículo 59.1 EBEP que acabamos de

transcribir, sí acomete dicha delimitación mediante la técnica de la remisión, enviándonos al artículo 4 LGDPD, el cual, recordemos, resulta bastante controvertido debido a las disfunciones producidas sobre la delimitación subjetiva en la refundición. Hemos manifestado con relación a la reserva del empleo que la única condición válida para ser sujeto computable a efectos de la medida es la contenida en el artículo 4.2 LGDPD relativa al reconocimiento administrativo de grado igual o superior al 33%, descartando tanto la previsión del apartado primero como la equiparación con determinadas pensiones de IP y pensiones de clases pasivas, esta última tras la declaración del precepto como *ultra vires* por parte de nuestro Tribunal Supremo.

La declaración de *ultra vires* de esta equiparación “a todos los efectos” podría hacernos pensar que, al igual que ocurría con la reserva de empleo en las empresas, no resulta aplicable a lo que ahora nos ocupa. Sería lo más acorde; un igual significado jurídico de persona con discapacidad no solo en un mismo ámbito (en el de la discapacidad), sino incluso ante una misma medida (la reserva de empleo), aunque en esferas diferentes. Sin embargo, bajo nuestro criterio, la interpretación ha de ser distinta, es decir, a estos efectos la equiparación es procedente y ello con base en los siguientes motivos. En primer lugar, hemos de tener presente que el EBEP, al igual que la LGDPD, es un Real Decreto-Legislativo, con rango o fuerza de Ley y con un objetivo unificador de normas que en algunos casos permite “regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos”⁵⁵³. La norma principal que refunde el EBEP es la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que regulaba la reserva en el mismo precepto (art. 59) y con idéntico tenor literal al actual salvo un aspecto, –de ahí su trascendencia–, referido a considerar “persona con discapacidad” a “las definidas en el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”. Dicho esto, dado que la Ley 7/2007 se refería directamente a la LIONDAU, –norma con rango de Ley que introdujo la equiparación–, la reserva en el acceso al empleo público no queda afecta de las consecuencias excluyentes por exceso reglamentario que se derivan de la aplicación de la doctrina judicial a raíz de las anteriormente comentadas SSTs nº 992, 993 y 994 de 29 de noviembre de 2018, y ello puesto que ningún exceso en esta potestad se ha producido en relación con este aspecto concreto en el EBEP. Por tanto, a efectos del cupo en el acceso al empleo público se entiende persona con discapacidad tanto a las que hayan obtenido certificado administrativo tras el oportuno procedimiento reglamentario con un grado igual o superior al 33%, como las personas –con discapacidad o no– que “tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas

⁵⁵³ Artículo 82.5 CE.

de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”⁵⁵⁴.

Podemos decir que a partir de noviembre de 2018 se crea un escenario paradójico y contradictorio donde para una misma medida, dependiendo del ámbito en el que nos movamos, se entenderá como “persona con discapacidad” realidades distintas, motivo por el cual, desde estas líneas avanzamos una concreta propuesta: la imperiosa necesidad de acometer una regulación uniforme en el ámbito subjetivo de las medidas⁵⁵⁵.

b) *Sujetos obligados*

Algunos pasos hemos tenido oportunidad de dar ya en este estudio al respecto de la identificación de las entidades obligadas a reservar una porción de plazas en el acceso al empleo público para las personas con discapacidad. En concreto, tanto en el artículo 42.2 LGDPD como en el 59.1 EBEP solo puede hallarse mención expresa a la obligación de reservar plazas para personas con discapacidad “en las ofertas de empleo público”, por lo que habrá que estarse a qué entidades requieren de tal instrumento para cubrir sus necesidades de personal, si bien el cupo vendrá condicionado por el ámbito subjetivo de aplicación del EBEP. Esta norma, según su artículo 2.1 resulta de aplicación a la Administración territorial (estatal, autonómica y local), a los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, y a las Universidades Públicas.

Todas estas entidades estarían en cualquier caso sujetas al cumplimiento de esta reserva en las ofertas de empleo público que se realizaran con las características que iremos mencionando a continuación. Ahora bien, dada la necesidad de que las mismas se hayan de proveer de mano de obra dando escrupuloso cumplimiento a los principios constitucionales de igualdad, mérito

⁵⁵⁴ No podríamos admitir en este ámbito como sujeto titular del derecho a las personas con discapacidad conforme al artículo 4.1 LGDPD por los mismos argumentos que aducimos cuando tratamos esta cuestión en el ámbito de las empresas, a la que nos remitimos.

⁵⁵⁵ Las incongruencias no acaban aquí. Si nos atenemos al ámbito de aplicación que se auto atribuye la norma desarrolladora, el RD 2271/2004, comprobamos que dispone su artículo primero que “a los efectos de esta norma, se entiende por persona con discapacidad la definida en el artículo 1.2 de la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*, es decir, aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento”. La expresión “es decir” nos descoloca nuevamente, ya que precisamente esa Ley, la LIONDAU, estableció que, además de a las personas con reconocimiento administrativo, se consideraban como personas con discapacidad a las que tuviesen reconocida una pensión de incapacidad permanente en los grados más severos y a las personas pensionistas por clases pasivas. No obstante, consideramos esta errónea previsión como intrascendente a los efectos que nos ocupa puesto que regirá lo establecido en la norma de rango legal. La cuestión se reitera en el artículo 2.1 de la misma norma reglamentaria.

y capacidad, la regulación que les es propia impide categóricamente la aplicación de la reserva del 2% establecida en el apartado primero de la LGDPD. Sería totalmente incompatible la aplicación de estos principios con sostener la obligación de que las mismas hayan de emplear a un porcentaje mínimo de personas con discapacidad⁵⁵⁶. Obsérvese, aunque posteriormente volveremos sobre ello, que el propio artículo 59.1 LGDPD establece que la previsión se desarrollará “de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública”. Este objetivo o meta se marca de forma deliberada en el mismo porcentaje fijado para la reserva en las empresas, lo cual nos lleva a pensar que su inclusión está justificada en la ilegalidad que produciría el establecimiento de una cuota rígida de empleo en el empleo público.

No obstante, como ya nos pronunciamos, dada la complejidad del sector público institucional en nuestro país, la determinación de a qué tipo de obligación está sujeto cada ente, procederá de la forma de acceso en el empleo y su vinculación con los artículos 23.2 y 103.3 CE.

3.3.2. *Porcentaje de reserva*

Con relación a la configuración material de la reserva en este ámbito, la LGDPD se remite a los “términos establecidos en la normativa reguladora de la materia”. El porcentaje regulado en la norma específica, el artículo 59.1 EBEP, es de un 7%. Como se aprecia este porcentaje es cuantitativamente superior al regulado para las empresas, sin embargo, no puede descuidarse que se materializa sobre las ofertas de empleo, al contrario de lo que ocurre en las empresas en las que el citado porcentaje se computa sobre el empleo existente, es decir, en la plantilla. Esta diferencia, enlazada con lo concluido en el apartado anterior, es consecuencia lógica de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que han de regir estos procedimientos de provisión de mano de obra, y que requerirán en todo caso de la superación de los procesos de selección⁵⁵⁷. Podemos decir al respecto que ciertamente se prevén obligaciones distintas para los sujetos pasivos de uno y otro ámbito, puesto que, mientras que la cuota en las empresas actúa directamente sobre el empleo existente en cada momento, el cupo en la función pública se proyecta en la provisión de los puestos a cubrir.

⁵⁵⁶ Otros autores mantienen la aplicación a las empresas públicas de ambas normas, es decir, que vienen obligadas al cumplimiento tanto de la obligación de reservar este 7% en las ofertas de empleo, como, en el supuesto que estas tengan una plantilla de 50 o más personas trabajadoras, a contar con un 2% de personas con discapacidad. Véase en este sentido CORDERO GORDILLO, V., *Régimen jurídico...*, op. cit., pág. 152.

⁵⁵⁷ En este sentido LAHERA FORTEZA, J., *Acceso al mercado laboral...*, op. cit., pág. 106.

Este porcentaje de reserva, que como dijimos se instauró en 1988 con la *Ley 23/1988, de 28 de julio, de Modificación de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública* en una cuantía inicial del tres por ciento, se elevó con la LIONDAU al cinco por ciento y quedo fijado en la cifra actual en virtud de la modificación introducida en el 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*. Téngase de nuevo presente que su meta es la de que “progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública”, objetivo este al que se ha de aspirar mediante la puesta en práctica de todas las medidas de fomento del empleo ordenadas para este ámbito, y entre ellas, el cupo de reserva, y que lleva fijado e inalterado desde aquella primera regulación en 1988. Esto último, recalcamos, es un objetivo o meta, sin que en ningún extremo de nuestro ordenamiento se contemple “la obligación de que las administraciones públicas tengan en su plantilla un porcentaje mínimo del 2% de trabajadores discapacitados –antes al contrario, se trata de una finalidad a la que progresivamente deben ir adecuando sus plantillas las administraciones públicas–⁵⁵⁸”.

Es importante tener presente en este particular las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas sobre la materia. El contenido del artículo 6 EBEP y las referencias del artículo 55.2 del mismo texto normativo, habilitan a la regulación propia y al establecimiento de un marco procedimental particular dentro de su ámbito geográfico y funcional. Con todo, el EBEP “obliga a todas las Administraciones a alcanzar un mínimo común⁵⁵⁹”, el cual habría que completar con el enorme elenco de disposiciones autonómicas reguladoras de la materia. Para lo que nos ocupa, es importante destacar tanto el carácter supletorio del EBEP, en virtud de su artículo 2.5, como el de la norma que materializa los procedimientos específicos para aplicar las reservas, esto es, el RD 2271/2004, y según lo establecido en su Disposición Adicional Única.

Esta dispersión normativa y el detenimiento que exige abordar cada una de las previsiones autonómicas existentes al respecto justifican nuestra decisión, en esta obra, de limitar el estudio al nivel nacional, postergando tal vez para futuras indagaciones un exhaustivo análisis de las disposiciones de cada Comunidad Autónoma. Aunque así sea, como se verá, algunas referencias se incluyen a específicas medidas regionales españolas, las cuales nos servirán para mostrar los derroteros asumidos por este nivel administrativo. Valga

⁵⁵⁸ Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 1314/2020 de 8 julio (JUR 2020\285386).

⁵⁵⁹ MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A.J., “El acceso al empleo público de las personas con discapacidad en las Administraciones Públicas Autonómicas. Un diagnóstico normativo”, en AA. VV. (MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A.J., coord.) *El empleo público y las personas con discapacidad*, CERMI, Madrid, 2009, pp. 105-179, pág. 112.

destacar ahora el ejemplo de algunas Comunidades Autónomas que en el ejercicio de sus competencias sobre la materia han mejorado los porcentajes previstos en la normativa Estatal, como es el caso de: Andalucía, que reserva un cupo no inferior al 10% realizando dentro de este un doble desglose al reservar un porcentaje específico del 2% para personas con discapacidad intelectual y un 1% para personas con enfermedad mental⁵⁶⁰; Aragón, que aumenta el porcentaje genérico al 8% y realiza el mismo desglose específico que Andalucía para personas con discapacidad intelectual y enfermedad mental⁵⁶¹; Castilla y León, que reserva un 10%⁵⁶²; y Extremadura, con una reserva del 10%⁵⁶³.

Volviendo a la regulación estatal, es significativa la diferenciación o el desglose realizado respecto al porcentaje de reserva dependiendo del tipo de discapacidad, y es que, como se habrá apreciado, de este siete por ciento de cupo “al menos, el dos por ciento” habrá de reservarse para “ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual”. Por lo tanto, de la cifra inicial restará un cinco por ciento que habrá de ser reservada para personas con discapacidad que presenten deficiencias físicas, mentales o sensoriales, sin poder establecerse, entendemos, cualquier otra especificación al respecto salvo por norma de rango legal. Esta novedad fue introducida también por la *Ley 26/2011* derivada de la reivindicación que, a favor de la reserva específica, ha desarrollado el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad⁵⁶⁴.

Al igual que ocurría en la cuota de reserva en las empresas, la previsión del porcentaje ha de entenderse como un *umbral mínimo*⁵⁶⁵. En este sentido, la frase “se reservará un cupo no inferior al siete por ciento” así parece

⁵⁶⁰ Artículo 28 de la *Ley 4/2017*, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía.

⁵⁶¹ Artículo 27 de la *Ley 5/2019*, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón.

⁵⁶² Artículo 4 del Decreto 83/2008, de 23 de diciembre, por el que se regula el acceso de las personas con discapacidad al empleo público, a la provisión de puestos de trabajo y a la formación en la Administración de Castilla y León en relación con el artículo 27 de la *Ley 2/2013*, de 15 de mayo, de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad.

⁵⁶³ Artículo 5 del Decreto 111/2017, de 18 de julio, por el que se regula el acceso de las personas con discapacidad al empleo público de la Comunidad Autónoma de Extremadura y medidas favorecedoras de la integración de los empleados públicos con discapacidad.

⁵⁶⁴ Véase en este sentido la propuesta del CERMI de modificación de la *Ley 7/2007*, de 13 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y de la Disposición Adicional Decimonovena de la *Ley 30/1984*, en su redacción dada por la *Ley 53/2003*, en relación con el cupo de reserva de empleo público para personas con discapacidad de julio de 2008. Accesible en: <https://sid.usal.es/ids/F1/ACT31415/Propuestamodificacinempleopubldiscap.pdf>

⁵⁶⁵ Así lo entiende PÉREZ PÉREZ, J., *La discapacidad y el empleo...*, op. cit., pág. 48: “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”.

establecerlo, y es que no encontramos ningún aspecto que impida su ampliación⁵⁶⁶. Algunos autores por el contrario entienden que se podría considerar un límite máximo la cifra del diez por ciento, teniendo en consideración lo establecido en el artículo 3.2 *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*⁵⁶⁷. Este precepto, que regula los supuestos de acumulación de plazas reservadas en caso de que queden desiertas, establece que “si las plazas reservadas y que han sido cubiertas por las personas con discapacidad no alcanzan la tasa del tres por ciento de las plazas convocadas, las plazas no cubiertas se acumularán al cupo del cinco por ciento de la oferta siguiente, con un límite máximo del 10 por ciento”. Según nuestro parecer, acoger esta tesis sería realizar una interpretación extensiva y, por ende, restrictiva de los derechos de las personas con discapacidad puesto que el precepto tiene otra finalidad distinta a la de recoger un máximo absoluto de reserva, cual es el establecimiento por imperativo de un límite ante la posible acumulación en el supuesto de plazas no cubiertas. Dicho esto, ciertamente podríamos situar esta cifra o una similar como referencia, por analogía, para medir la posible proporcionalidad de la medida a efectos de su amparo constitucional atendiendo al menoscabo que se podría ocasionar al colectivo de personas sin discapacidad si se estableciera un porcentaje desorbitado, conculcándose así el derecho fundamental de estos al acceso a la función pública *ex art. 23.2CE*⁵⁶⁸.

Las dificultades en cuanto a la –más que probable– aparición de decimales en las operaciones realizadas para calcular la reserva en este ámbito

⁵⁶⁶ Véase a modo ejemplificativo el artículo 28.1 de la *Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía*, en el que se establece un cupo para las ofertas de empleo público y bolsas de trabajo temporal “no inferior al 10% de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, reservando dentro del mismo un porcentaje específico del 2% para personas con discapacidad intelectual y un 1% para personas con enfermedad mental que acrediten un grado de discapacidad igual o superior al 33%”. Del mismo modo, el criterio de nuestro Tribunal Supremo parece que va en ese sentido, así en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 28 febrero 2012 (RJ 2012\3352) dispone lo siguiente: “Pues bien, el tenor literal de dicho precepto - que emplea el modo imperativo «se reservará» - es claro y no deja lugar a dudas. Se pretende por el legislador que dicha reserva de un mínimo porcentual de plazas -porcentaje que nada impide pudiera ser mayor-”.

⁵⁶⁷ En este sentido SOLER ARREBOLA, J. A., “Particularidades en el acceso al empleo público de personas con discapacidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num.6/2009, parte Estudio Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2009: “En principio parece que el mismo se encontraría en el 10% ya que el último párrafo del artículo 3.2 del RD 2271/2004 (RCL 2004, 2605) indica que el límite de plazas no cubiertas podrá acumularse en la oferta siguiente hasta un máximo del 10%”.

⁵⁶⁸ Lo cierto es que este límite de acumulación ha sido aumentado al 12% por la Comunidad Autónoma de Galicia en virtud del artículo 48.2 de la *Ley 2/2015, del 29 de abril, del empleo público de Galicia*.

son idénticas a las acontecidas en el ámbito empresarial ya que la norma no se pronuncia en cuanto al redondeo. Dada la incertidumbre normativa, los motivos expresados *ut supra* con relación a esta cuestión se podrán aplicar aquí *mutatis mutandi*.

En este caso y centrándonos en el ámbito de la Administración General del Estado, será lo frecuente que las ofertas públicas de empleo contabilicen en su haber una cantidad importante de plazas, por lo que el redondeo al alza o incluso a la baja no afectará de forma sustancial a la proporción total de plazas reservadas y al derecho del colectivo afectado. Sin embargo, cuando la cuestión del redondeo se plantee en OEP con un inferior número de plazas parece lógico intuirse la aparición de inquietantes problemas ocasionados por la falta de establecimiento de reglas que lo solventen. Yéndonos al extremo podríamos pensar en una oferta de empleo público en la que se oferte una, dos o tres plazas. En estos casos el reservar la única plaza o alguna de ellas para personas con discapacidad confrontaría directamente con los derechos constitucionales de los candidatos sin discapacidad, pero el no reservarla supondría no velar por los derechos del colectivo socialmente discriminado. Además, esta técnica podría ser hábilmente utilizada para sortear la obligación de reserva. A falta de previsión legal al respecto, una solución a esta problemática podría ser la apuntada por el Real Patronato sobre Discapacidad, que propone la posibilidad de agrupar plazas en ofertas de empleo sucesivas⁵⁶⁹.

Con todo, existen ejemplos de normativas autonómicas que han salido al paso para dar solución a esta laguna legal. En este sentido, tanto Galicia⁵⁷⁰ como La Rioja⁵⁷¹ optan por el redondeo al exceso, mientras que Canarias⁵⁷² se decanta por el redondeo por proximidad al número entero⁵⁷³. Independientemente de la opción elegida, sea más beneficiosa o menos para el colectivo, se está dotando al ordenamiento de algo tan trascendental como es la seguridad jurídica, de la que carece –en este sentido particular– la norma estatal. Dicho esto, debemos entender que una regla distinta a la del redondeo en exceso conculca el porcentaje de reserva *ex lege*, puesto que las plazas

⁵⁶⁹ Véase, REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD, *Pautas para una correcta aplicación de las medidas relativas al acceso de las personas con discapacidad al empleo público*, Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2003, pág. 8.

⁵⁷⁰ Artículo 48.2 de la *Ley 2/2015, del 29 de abril, del empleo público de Galicia*.

⁵⁷¹ Artículo 3.2 del *Decreto 51/2008, de 5 de septiembre, para el acceso al empleo público de las personas con discapacidad*.

⁵⁷² Artículo 4.2 del *Decreto 8/2011, de 27 de enero, por el que se regula el acceso de las personas con discapacidad al empleo público, a la provisión de puestos de trabajo y a la formación en la Administración pública de la Comunidad Autónoma de Canarias*.

⁵⁷³ Se dispone que: “Si de la aplicación del porcentaje de plazas reservadas al cupo de discapacidad resultase una fracción decimal igual o superior a 0,5 se computará como una plaza a incluir en el mismo”.

definitivamente reservadas quedarían en cualquier caso por debajo del porcentaje previsto⁵⁷⁴. Si bien es cierto que si aplicamos un redondeo en exceso el porcentaje efectivo sería mayor, no debemos olvidar que estamos ante una norma con carácter de mínimos⁵⁷⁵.

3.3.3. *La Oferta de Empleo Público*

Los porcentajes que referimos en este apartado, tanto el genérico del siete por ciento como los específicos del cinco y del dos por ciento, habrán de aplicarse sobre la totalidad de plazas convocadas por la Administración en una oferta de empleo público.

Será por tanto la oferta de empleo público la que determine y –entendemos– distribuya dentro de cada cuerpo, escala o categoría cuántas plazas quedarán reservadas para personas con discapacidad según los términos establecidos en el artículo 2.1 RD 2271/2004; si bien, según el artículo 3.1, se realizará “la distribución de la reserva de plazas dando preferencia y mayor cupo de reserva a las vacantes en cuerpos, escalas o categorías cuyos integrantes normalmente desempeñen actividades compatibles en mayor medida con la posible existencia de una minusvalía”. Cuestión importante será la forma de reparto de las mismas. Entendemos que en la reserva se debería procurar la afectación proporcional de todos los puestos ofertados, teniendo en cuenta que las diferencias orgánicas de las personas con discapacidad pueden ser de distinta índole y por tanto las “actividades compatibles” serán, bajo nuestra opinión, todas las ofertadas⁵⁷⁶. Resultaría interesante a estos efectos,

⁵⁷⁴ Imagínese, una OEP de 48 plazas. Según el porcentaje fijado en el artículo 59 EBEP, habría que reservar para personas con discapacidad 3,36 plazas. Si se procede al redondeo a la baja o al redondeo por proximidad al número entero se reservarán 3 plazas, lo que equivale a una reserva efectiva del 6,25%, porcentaje que es inferior al 7% legal. Es cierto que si realizamos un redondeo al exceso y se reservan 4 plazas el cupo efectivo es del 8,33%, pero no se está produciendo ninguna vulneración al tenor literal de la norma, ya que ese 7% es el “cupos no inferior” a reservar.

⁵⁷⁵ Véase en este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de julio de 2007 (JUR 2007\236879) que se pronuncia a favor del redondeo al alza manifestando que: “lo cierto es que el art.3.2 de la ley 16/2001 de 16 de noviembre, satisfaciendo el mandato constitucional previsto en el art.49 de la CE, e igualmente recogido en la Disposición Adicional 19ª de la ley 30/1984 de 2 de agosto de medidas de reforma de la función pública, -introducida por ley 23/1988 de 28 de julio - establece una reserva de plazas a favor de los minusválidos con el carácter de mínimas”.

⁵⁷⁶ Señala ESTEBAN LEGARRETA, R., que “Obviamente, cabe advertir el peligro de que, ante la sobreincentivación de la contratación de trabajadores con disminución con mayores cualificaciones, se potencie desproporcionadamente la colocación del subcolectivo con menores dificultades en su integración. No obstante esta posibilidad, no podemos menospreciar los efectos reflejos beneficiosos para el conjunto del colectivo que podrán derivarse del acceso de algunos trabajadores con discapacidad a «los puestos de influencia» lo cual puede comportar a posteriori, consecuencias muy positivas con un alcance general para todo el colectivo”. Vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo...*, op. cit., pág. 110.

para un adecuado reparto, un estudio previo que permita tener un conocimiento lo más aproximado posible de las personas con discapacidad que puedan ser aspirantes a cada uno de estos puestos con relación a sus aptitudes y capacidades. De la misma forma, habrá de contarse con una programación previa y adecuada de los puestos a cubrir, de modo que fuera posible abundar en el tipo de discapacidad que permitiera prestar el servicio⁵⁷⁷.

No obstante, en cualquier caso, se valorará a posteriori la compatibilidad de la discapacidad con el desempeño de las funciones y tareas del puesto de trabajo conforme a los artículos 59.1 EBEP y 10.1 del Real Decreto 2271/2004, eso sí, teniendo en consideración para ello, tal y como prevé este último precepto, “las adaptaciones que se puedan realizar en él”⁵⁷⁸. Ha de tenerse presente que tanto el sistema de reparto de plazas reservadas como la posible exclusión de alguna categoría específica se gestan como potestad discrecional de la Administración y, por ende, ambos habrán de justificarse en caso de reclamación⁵⁷⁹.

⁵⁷⁷ Todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3.4 Directiva 2000/78/CE.

⁵⁷⁸ Véase en este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 5ª), núm. 916/2002 de 22 octubre (JUR 2003\77921) en el que se niega esta compatibilidad una vez superado el proceso selectivo: “La desestimación de las pretensiones del demandante no vulnera el art. 4.2.c) del ET que veda la discriminación laboral por razón de disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales, pero siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate, pues un conductor de Metro no solo ha de permanecer sentado frente al cuadro de mandos del tren, sino que además ha de resolver las incidencias que no requieran el encierre del tren, debiendo tener el conductor la movilidad y agilidad necesaria no solo para bajar de la cabina de conducción, sino también para acceder a la maquinaria situada en los bajos y comprobar, cuando menos, el estado de las electroválvulas, como concluye con acierto la Juez a quo”. Con relación a la compatibilidad del desempeño de las funciones, pese a no ser el objeto principal de este trabajo, suscribimos las palabras de CASADO PÉREZ, D., *Introducción...*, *op. cit.*, pág. 11: “Cabe entender que la LISMI niega el principio de igualdad que afirma porque, en el procedimiento común de selección para la función pública se viene previendo la acreditación de los requisitos que se exigen con posterioridad a la superación de las pruebas. El segundo párrafo del artículo 38.3 transcrito revela ingenuamente, por lo demás, el supuesto de que las pruebas selectivas no servirán para evaluar la aptitud de los candidatos con minusvalías. Dicho de otro modo, «el equipo multiprofesional competente», en virtud de una valoración que no pasa de ser una hipótesis sobre capacidades/discapacidades -nunca sobre aptitud-, puede cerrar el paso a personas dispuestas a someterse a las pruebas selectivas acordadas para el común de los aspirantes, y que han de suponerse más conclusivas que cualquier apreciación de gabinete”.

⁵⁷⁹ En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª) de 28 febrero 2012 (RJ 2012\3352): “Sin embargo, del análisis de la documentación obrante en actuaciones no se aprecia que tales circunstancias concurran en el presente caso toda vez que, por un lado, el número de plazas convocadas para la categoría estatutaria de Técnico Especialista de Radiodiagnóstico sí permitía aplicar el porcentaje de reserva y porque, de otro y tal y como invoca la parte recurrente, en el expediente administrativo la Administración no ha explicado ni justificado la concreta distribución que de tal cupo de plazas llevó a cabo, ni el porqué la referida categoría de Técnico Especialista de

En lo que al modo de reparto de plazas se refiere, resulta esencial destacar la importancia de respetar los porcentajes antes indicados. Con ello no queremos indicar que exista una obligación en cada convocatoria de cumplir con estos porcentajes, sino que han de establecerse y repartirse en la oferta pública y se irán asumiendo por cada convocatoria que parta de la misma, sin que como decimos, la misma tenga que guardar respeto a los índices establecidos en la Ley. En este sentido, el Tribunal Supremo resuelve que:

Las Ofertas de Empleo Público contienen la inicial delimitación de plazas dotadas presupuestariamente que, por estar vacantes, pueden ser ofrecidas durante el ejercicio, pero no albergan la convocatoria de dichas plazas, por lo que no se puede sostener que dicha obligación impuesta por el artículo 30.6 quede satisfecha mediante la reserva de plazas en tales ofertas, sino que va más allá y exige que se haga efectiva en las convocatorias publicadas. Esta interpretación, además de ser la que más se ajusta al tenor literal de la norma, es la más razonable y la que más favorece a la finalidad que, como veíamos, trata de cumplir dicha medida de reserva de plazas, y evita, por otro lado, dejar en manos de la Administración la facultad de distribuir las plazas entre los distintos grupos profesionales y categorías existentes, sin necesidad de mayores motivaciones o justificaciones. El proceso de distribución de la reserva porcentual de plazas para las personas con discapacidad debe ser, por tanto, el inverso al realizado en este caso que se analiza de manera que, en principio, en cada convocatoria de plazas para las distintas categorías debe reservarse ese mínimo porcentual, tal y como exige el artículo 30.6 de la Ley 55/2003, salvo que ello no resulte posible, bien porque el escaso número de plazas que sean ofertadas en la convocatoria imposibilite la reserva de dicho cupo o bien porque se esté ante una categoría cuyo desempeño profesional sea incompatible con la presencia de una discapacidad, lo cual se deberá motivar suficientemente por la Administración⁵⁸⁰.

Radiodiagnóstico era de las que no podía ser objeto de una reserva porcentual de plazas para personas con discapacidad [...] Por el contrario y según afirma la recurrente, no parece que el desempeño profesional de dicha categoría estatutaria sea incompatible con la existencia de una discapacidad ya que la propia recurrente viene prestando sus servicios en tal categoría, a pesar de tener un grado de minusvalía acreditado del 36%, en un Hospital de Servicio Cántabro de Salud desde el 28 de mayo de 2007". En el mismo sentido, Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección1ª) Sentencia núm. 309/2020 de 22 junio (RJCA 2020\1299): "Por otra parte, frente a la alegación de la Letrada de la Xunta de que no existe una obligación legal de reservar como mínimo una plaza para el turno de discapacidad en cada una de las categorías/especialidades que se convoquen, procede argumentar que lo que sí existe es la obligación legal de motivar la exclusión (artículo 35 de la Ley 39/2015 (RCL 2015, 1477) cuando existe una reclamación, sobre todo si, como en este caso, la reclamante es la misma persona que ya en el año 2013 planteó esta cuestión frente a una convocatoria en que tampoco se había incluido ninguna plaza para el turno de discapacidad, y por ello hubo de acudir a la vía judicial, donde fue acogida su pretensión".

⁵⁸⁰ Véase la anteriormente señalada Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección7ª) de 28 febrero 2012 [RJ 2012\3352]. En el mismo sentido, Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección7ª) Sentencia de 29 octubre 2015 [RJ (...)]

A modo ejemplificativo de lo que venimos esgrimiendo, señalamos la última oferta de empleo público, correspondiente al año 2020, aprobada por el *Real Decreto 936/2020, de 27 de octubre, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2020*, cuyo artículo 4.8 remite a los anexos en los que figuran las plazas reservadas, y se emplaza a cada convocatoria para la inclusión, en sus bases específicas, de ese número de plazas. Con relación a la forma de reparto de las plazas reservadas en los distintos puestos ofertados, será competente en el ámbito Estatal, el Ministerio de Política Territorial y Función Pública, “dando preferencia a las vacantes en Cuerpos y Escalas cuyas funciones resulten compatibles con la existencia de una discapacidad”⁵⁸¹.

A nuestro juicio, el proceder correcto para salvaguardar los derechos de las personas con discapacidad aspirantes ha de ser la delimitación y especificación de las concretas plazas reservadas en la OEP para que a posteriori sean las distintas convocatorias las que las recojan. Si se ejecuta sin concretar en la OEP las plazas reservadas se genera inseguridad e indefensión a las personas con discapacidad a la hora del ejercicio de su derecho, al desconocer estas a cuáles plazas reservadas pueden concurrir y, en caso de incumplimiento, se hace casi impracticable el ejercicio de la impugnación de las convocatorias concretas por parte de los interesados debido a tal incertidumbre⁵⁸².

3.3.4. La convocatoria de las plazas: convocatoria general o turno independiente

El artículo 2.2 RD2271/2004 establece dos posibilidades para, una vez aprobada y anunciada la oferta de empleo público conforme a lo antedicho, se

2015\5518]: “En consecuencia, no se trata de que la reserva haya de hacerse en todas las categorías, sino si la Administración puede de forma discrecional excluirla de una categoría, cuando ni existen motivos objetivos que impidan la práctica de esa especialidad médica por personas discapacitadas, como lo prueba el hecho de que la solicitante estaba prestando esa función, ni se justifica que siendo nueve las plazas convocadas en psiquiatría no se observe la reserva legalmente establecida en esta especialidad, ni una vez impugnada la convocatoria, se justifique por la Administración la negativa a incluir la plaza solicitada en el turno de discapacidad”.

⁵⁸¹ Según lo establecido en el artículo 3.1 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, y Apartado primero del artículo duodécimo de la Orden HFP/688/2017, de 20 de julio, por la que se establecen las bases comunes que regirán los procesos selectivos para el ingreso o el acceso en cuerpos o escalas de la Administración General del Estado.

⁵⁸² Se puede observar un ejemplo de esta práctica que consideramos contraria al espíritu de la norma en la Oferta de Empleo Público del Excmo. Ayuntamiento de Valencia para el año 2020 (BOPV 14 de enero de 2021), en la que se establece lo siguiente: “Segundo. - Reservar el 7% del total de plazas ofertadas para ser cubiertas por personas con un grado de discapacidad igual o superior al treinta y tres por ciento. La concreción se verificará en las bases de las correspondientes convocatorias de los procesos selectivos, sin que pueda efectuarse la reserva en los procedimientos selectivos para el Cuerpo de la Policía Local y el de Extinción de Incendios”.

efectúe la reserva de plazas, estas son: la inclusión “dentro de las convocatorias de plazas de ingreso ordinario” o la convocatoria en un turno independiente. La normativa reglamentaria describe, en sus artículos 3 y 4 respectivamente, cómo ha de procederse en cada uno de estos supuestos. Lo que resulta en uno y otro caso indispensable es la manifestación por parte del candidato de concurrir a las plazas reservadas conforme a lo preceptuado en el apartado primero de la disposición referida, lo cual “habrá de formularse en la solicitud de participación en las convocatorias”. La falta de emisión de dicha voluntad con los requisitos exigidos conllevará la imposibilidad de participación en el proceso selectivo para optar a una de esas plazas reservadas⁵⁸³.

En el caso de la reserva en las *convocatorias ordinarias*, se incluyen en el artículo 3.2 dos mecanismos garantistas de los derechos de las personas con discapacidad: la permeabilidad de convocatorias y la acumulación de plazas. Expresamente se manifiesta que su objeto es “avanzar en el propósito de conseguir la igualdad de oportunidades”.

Por un lado, se prevé la *permeabilidad* entre el sistema de acceso reservado y el ordinario al establecerse 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, será incluido por su orden de puntuación en el sistema de acceso general”. Por otro, se fija unas reglas de *acumulación*: “si las plazas reservadas y que han sido cubiertas por las personas con discapacidad no alcanzarán la tasa del tres por ciento de las plazas convocadas, las plazas no cubiertas se acumularán al cupo del cinco por ciento de la oferta siguiente, con un límite máximo del 10 por ciento”.

Con relación a este último mandato, subyace el problema de la desactualización de la norma reglamentaria en cuanto al porcentaje de reserva y su relación con los límites que establece. A nuestro juicio, la norma fue pensada y desarrollada bajo un porcentaje de reserva del cinco por ciento, estableciéndose unos límites de acumulación del diez por ciento cuando no se hubiesen cubierto en la anterior un mínimo del tres por ciento. Ello genera

⁵⁸³ Véase la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 18 abril 2012 [RJ 2012\4863]: “el incumplimiento de los requisitos imperativos para la participación a pruebas selectivas de acceso a la función pública, seguidas y respetadas por la generalidad de aspirantes, no suponen el incumplimiento alguna de precepto constitucional de protección a minusválidos, sino por el contrario, la defensa del más adecuado respeto a los principios rectores de estos procedimientos, entre los aspirantes del turno libre y entre los aspirantes del turno restringido”. En el mismo sentido, declarando la imposibilidad de cambiar del turno libre al de discapacidad en momento posterior a la finalización del plazo de solicitud, la STSJ Galicia, sentencia núm. 239/2013, de 20 marzo (JUR 2013\138535).

ciertas dudas relativas a cómo acoger esos números cuando la norma legal ha aumentado el porcentaje de reserva al siete por ciento y ha subdividido el mismo en dos porcentajes con relación a la tipología de discapacidad. Intentar buscar una solución bajo el paraguas de este desarrollo normativo es inviable. Proponemos, mediante una interpretación teleológica, que el límite del diez por ciento se considere fijado en el catorce, el doble de la reserva prevista, y la referencia al mínimo para la acumulación, en el cuatro por ciento. De esta forma se respetarían las proporciones iniciales, y el precepto quedaría con la siguiente redacción: “si las plazas reservadas y que han sido cubiertas por las personas con discapacidad no alcanzarán la tasa del cuatro por ciento de las plazas convocadas, las plazas no cubiertas se acumularán al cupo del siete por ciento de la oferta siguiente, con un límite máximo del catorce por ciento”. Integrar en el mecanismo de acumulación el desglose por tipología de discapacidad resulta tarea imposible, puesto que, para ello, habría de diferenciarse ambas acumulaciones, manteniéndose la regulación de la reserva general, la del cinco por ciento, tal y como se encuentra en la norma reglamentaria. No obstante, dicho lo anterior, nos oponemos al límite mínimo regulado para que se proceda a la acumulación, dado que no hallamos en él significado u operatividad alguna. Consideramos que cualquiera de las plazas reservadas y no cubiertas en una cierta convocatoria, debería acrecentar las de ofertas siguientes, sin perjuicio de que en aquella sí se establezcan unos límites máximos de acumulación.

Por su parte, el artículo 4 crea *ad hoc* una convocatoria especial en la que solo los aspirantes con discapacidad pueden participar, denominada en la norma reglamentaria como “*turno independiente*”. En este precepto no se recoge ninguna de las medidas protectoras previstas para los casos en que la reserva se realiza en la convocatoria general. Si bien la primera de ellas, *id. est.*, el traspaso o permeabilidad hacia el sistema de acceso general cuando se obtenga mayor calificación que la de algún aspirante incluido en el mismo resulta totalmente impracticable, toda vez que esta vía de acceso es exclusiva y restringida para personas con discapacidad. La segunda de ellas, la acumulación, sí tendría encaje. En estos supuestos, cuando quedasen plazas desiertas en este turno independiente, se acrecentarían en el mismo número las plazas ofertadas para personas con discapacidad en la oferta pública ulterior. Ciertamente, de la redacción actual no podemos aseverar la exclusión de esta posibilidad. Pese a que se encuentra prevista en el artículo 3, regulador de las convocatorias ordinarias, el apartado que introduce este mandato no lo circunscribe a esta tipología de convocatorias, pudiéndose mantener, por tanto, que la acumulación es aplicable a las convocatorias ordinarias y a las de turno independiente.

Estas diferencias regulatorias hacen que nos inclinemos a favor de la reserva en convocatorias ordinarias a razón de los mecanismos habilitados en estas. En los supuestos que se establezca esta escisión de convocatorias, “parece ser recomendable que las personas con discapacidad [...] se postulen en ambos turnos”, así se conseguiría la misma eficacia de la medida, aun con el perjuicio de que se tengan que presentar y, por ende, preparar dos pruebas distintas, aunque, como veremos, con el “mismo” contenido⁵⁸⁴. Esta posibilidad parece contemplarse en el artículo 4 del RD 2271/2004 al establecer que la convocatoria al turno independiente no queda supeditada a la ordinaria. No obstante, podría ocurrir que ambas pruebas se fijaran en el mismo día y se impidiesen a las personas con discapacidad la participación de facto en las mismas. En estos casos habrá de estarse a la verdadera identidad de las pruebas, así como a la buena fe de la Administración convocante. Al respecto se pronunció el TSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección2ª) en la interesante Sentencia núm. 150/2015 de 12 febrero (RJCA 2015\418). En ella se analiza esta problemática en un supuesto en que la Administración había convocado un turno independiente, aunque de facto, se estaba llevando a cabo una convocatoria ordinaria conforme al artículo 3 de la norma reglamentaria, apreciando el Tribunal para ello: la prohibición expresa de concurrir a ambas pruebas, la semejanza de las pruebas en contenido y dificultad, la simultaneidad de las mismas y la identidad de tribunales. Al concluirse por el Tribunal que no estamos ante una independencia real, estima que no eran pruebas independientes, por lo que considera aplicable el trasvase de notas de la del turno de personas con discapacidad al turno libre y, consecuentemente, la obtención de la plaza para el aspirante con discapacidad⁵⁸⁵.

⁵⁸⁴ RUEDA MONROY, J.A., *Cuotas de reserva...*, op. cit., pág. 449.

⁵⁸⁵ *“el problema que plantea el actor se resume en el hecho de que se han convocado dos procesos selectivos al unísono, con desarrollo simultáneo y paralelo, con idéntica dificultad y el mismo tribunal de las pruebas y prohibición de presentarse a ambos. Uno de ellos pretende facilitar a los discapacitados el acceso al impedir que personas no discapacitadas, aunque obtengan nota superior a la de los discapacitados, puedan obtener las plazas que se reservan a estos últimos. Ahora bien, resulta que el diseño de las bases, que no prevé la permeabilidad inversa (esto es, del turno de discapacitados al libre) deja sin plaza a un discapacitado que obtuvo mejor nota que muchos de los que por el turno libre sí entraron. Hemos de señalar antes de nada que al Sala desearía sin más el alegato del interesado no solo en caso de que los procesos selectivos hubieran sido distintos en su diseño y grado de dificultad (lo que no es posible según la normativa de aplicación, como vimos) sino también meramente si, por ejemplo, los tribunales de valoración hubieran sido distintos, pues ya hemos dicho en otras ocasiones (sin necesidad de que se trate de los turnos libre y de discapacitados) que cuando hay varios tribunales de oposición, no es posible pretender utilizar la nota dada por uno de ellos para hacerla valer y compararla en la lista del otro, dado que los criterios de asignación de notas, la severidad en la valoración de los aspirantes, etc, puede variar entre unos y otros tribunales, y resultaría perturbador e injusto introducir la nota dada por un tribunal en competencia con las dadas por otros. Ahora bien, ya hemos dicho que en el presente caso la simultaneidad e identidad fue completa. Hemos visto cómo en pruebas selectivas de otras administraciones, e incluso en normas reglamentarias que tratan de trasponer una Directiva comunitaria (el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre (RCL 2004, 2605), por el que se regula el (...)*

En ambas tipologías de convocatorias y en concordancia con los principios constitucionales que reiteramos, se garantiza la *igualdad de contenido* en las pruebas con respecto a los aspirantes del turno ordinario. Con todo, la redacción de los artículos 3 y 4 es ligeramente diferente en este punto. En este sentido, cuando se regula la reserva mediante convocatoria ordinaria se alude a que “las pruebas selectivas tendrán *idéntico* contenido”, en cambio, si la convocatoria se lleva a cabo en turno independiente “tendrán el *mismo contenido y grado de exigencia*”. Como se aprecia existen matices entre ambos mandatos. Diremos en primer lugar que, salvo que las pruebas se realicen en el mismo día y a la misma hora⁵⁸⁶, el contenido de las celebradas para el turno ordinario no podrá ser idéntico al del turno con discapacidad para no menoscabar el éxito de las mismas por razones evidentes de acceso y conocimiento previo de su contenido. A esto se puede deber el cambio del adjetivo “*idéntico*” por “*mismo*”, aunque entendemos que uno es sinónimo del otro y por tanto el significado es también idéntico. En este sentido, quizás hubiese sido preferible utilizar otro término como pudiese ser “*similar*” o “*análogo*”, o simplemente suprimirlo para recoger únicamente la referencia al mismo “*grado de exigencia*”. Por otro lado, en ambos supuestos se trata de garantizar los principios de mérito y capacidad, empero, esta rigidez podría suponer un escollo para las personas con discapacidad intelectual, a las que le resultará enormemente difícil superar algunas pruebas aun con las adaptaciones necesarias como apuntan ciertos autores conscientes de que las pruebas en muchos casos “no sirven para valorar la aptitud para desempeñar muchos puestos de trabajo”⁵⁸⁷.

Este requisito de identidad de contenido también es predicable respecto al proceso selectivo, sin poder existir diferencias relacionadas con las exigencias entre los distintos turnos. En este sentido dictamina nuestro Tribunal Supremo lo siguiente:

acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad) se establece precisamente la regla de que aunque las listas del turno de discapacitados son impermeables, las del turno libre son permeables, precisamente como medida para garantizar la igualdad (con el fin de avanzar en el propósito de conseguir la igualdad de oportunidades, dice el RD mencionado). Pues bien, efectivamente entendemos que, como vamos a razonar seguidamente, lo que la Administración presenta como dos convocatorias distintas e independientes en realidad es una misma convocatoria con dos turnos; y que siendo así, el art. 23.2 CE (aparte de normas de inferior rango tales como el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, como veremos) no toleran que el discapacitado no pueda hacer valer su nota en el turno libre”.

⁵⁸⁶ Cuestión que desaconsejamos por lo antedicho con relación a la imposibilidad de que las personas con discapacidad puedan concurrir a sendas pruebas.

⁵⁸⁷ En este sentido CORDERO GORDILLO, V., *Régimen jurídico...*, op. cit., pág. 157, haciendo referencia a las pruebas memorísticas, las cuales, además, “no sirven para valorar la aptitud para desempeñar muchos puestos de trabajo”.

(...) todos deben ser tratados en el proceso selectivo bajo el mismo criterio, es decir si hay nota de corte lo es igual para todos los turnos (libre discapacitados y promoción interna), si no hay nota de corte no la debe haber para ninguno de los turnos. Así pues el Tribunal se decanta en ese sentido porque los recurrentes sufrieron un trato desigual y contrario los principios de igualdad mérito y capacidad, por aplicarles unos criterios para acceder a la fase de concurso, no se aplicaron en el resto de los turnos del proceso [...]. Lo que en realidad resuelve dicha Sentencia es, en definitiva, mantener el mismo principio que los recurrentes vienen postulando a lo largo de este proceso cual es que resulta totalmente contrario a los principios constitucionales que rigen el acceso a la función pública (Art. 23.2) que se establezca en una misma oposición para una misma categoría profesional, distinto nivel de exigencia para superarla, dependiendo del turno por el que se participe. El nivel de exigencia debe ser idéntico para todos los aspirantes⁵⁸⁸.

3.3.5. La reserva de plazas en la promoción interna y en la contratación temporal

Los artículos 5 y 6 del RD 2271/2004 se encargan de regular las particularidades de la reserva con relación a la promoción interna y a las convocatorias de personal temporal sobre las que el EBEP no se pronuncia pese a su importancia.

En cuanto a la promoción interna rige sin fisuras la reserva, aunque hay que tener en consideración una vez más la desactualización en cuanto a los porcentajes de la misma. Pese a ello, se prevé la particularidad de la acumulación con las del turno ordinario cuando las mismas queden desiertas. Es decir, en esta sede, y derivada de su expresa supresión, no opera la acumulación de plazas prevista en el artículo 3.2. Con todo, habrán de reservarse las plazas porcentuales correspondientes para la promoción interna cuando esta concurra en una misma oferta con plazas de nuevo ingreso. Al respecto se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo dictaminando que:

la reserva es aplicable a las plazas de promoción interna y en el presente caso esa obligación no se ha cumplido, ni se ha ofrecido justificación alguna de la exclusión, con

⁵⁸⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección1ª), Sentencia de 5 octubre 2009 [RJ 2009\5659]. En el mismo sentido, Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección7ª), Sentencia de 18 marzo 2016 [RJ 2016\3056]: “no se debían tratar de distinta forma a los aspirantes de una misma categoría profesional derivada de un mismo proceso selectivo en virtud del turno por el que participaran en el proceso (discapacitados. promoción interna o libre). Lo que dice el Tribunal es que el trato ha de ser igual para todos, pues de otra manera se quiebran los principios de igualdad, mérito y capacidad que vienen establecidos con rango constitucional en el Art. 23.2. en relación con el 103 [...] La conclusión final que deriva de las premisas anteriores es que, no ofrecida por la Administración una justificación convincente sobre el diferente régimen que la convocatoria litigiosa establece para el acceso de los aspirantes a la fase de concurso, ha de coincidirse con el recurso en que esa diferencia de trato resultaba contraria al mandato del artículo 23.2 de la Constitución”.

*lo que, aunque se haya respetado el porcentaje general de reserva general, se ha incumplido la obligación de aplicar la reserva a las plazas de promoción interna, con lo que la reserva se "ha distribuido mal". En realidad, no ha habido distribución de la reserva, sino exclusión pura y simple de ésta en las plazas de promoción interna para "concentrar" la totalidad del porcentaje en las plazas de nuevo ingreso en los términos ya examinados. La exclusión no puede justificarse por el efecto de concentración, si no existe una razón adicional*⁵⁸⁹.

En lo que concierne a la contratación temporal la reserva queda condicionada por lo establecido en el artículo 6.1. Para que opere la reserva en este tipo de contratación se requieren dos circunstancias: por un lado, que la convocatoria incluya fase de oposición y por otro, que se convoque un número mínimo de veinte plazas. Sin duda estos requisitos cuantitativos y cualitativos obstaculizan el acceso al empleo público temporal de las personas con discapacidad. La circunscripción material a convocatorias en las que se incluya fase de oposición convierte en impracticable la medida teniendo en cuenta el inusitado uso de este procedimiento para cubrir puestos temporales en parte de nuestras Administraciones, sobre todo las de ámbito territorial más reducido. Tampoco encontramos sentido al establecimiento de un número mínimo de plazas convocadas, y mucho menos que el mismo haya de ser tan elevado. Ambas previsiones hacen difícil que la Administración quede obligada a respetar el cupo reserva respecto a la contratación temporal. No obstante, en lo que respecta a la regulación andaluza de la materia, se establece de forma novedosa la reserva porcentual del 10% para personas con discapacidad en las bolsas de trabajo temporal⁵⁹⁰, una medida que a todas luces parece lógica pero que la regulación estatal no solo no la contempla, sino más bien la excluye.

En esta hilatura de ideas, parece razonable que la reserva deba operar también en las formas de contratación distintas a las que incluyan fase de oposición –como así lo hace la regulación andaluza–. Del mismo modo, resultaría aconsejable suprimir el límite cuantitativo o, si se estima más conveniente, proceder a la acumulación de plazas en posteriores convocatorias, de tal forma que se respete la reserva del siete por ciento establecida por Ley. De lo contrario, el vigor de la norma se disiparía por la facilidad para eludirla, como sucedería cuando la Administración se limitara a ofertar contratos de duración temporal en cuantía inferior a veinte plazas. Otra cuestión que nos afecta debido a la obsolescencia reglamentaria es la relativa al porcentaje de reserva, ya que parece que la norma con esta previsión intenta salvar para personas con discapacidad una plaza por cada veinte, esto es, un cinco por ciento, aunque el porcentaje actual de reserva está fijado en un siete por ciento.

⁵⁸⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 5 octubre 2009 [RJ 2009\5659].

⁵⁹⁰ Artículo 28 *Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía*.

Ello supone que aboguemos porque el requisito cuantitativo en vigor quede fijado en catorce, para que cuando se llegue a ese umbral y se aplique el porcentaje del siete por ciento actual, opere la obligación de reservar una de estas plazas para personas con discapacidad, dando cumplimiento a la fracción recogida por el legislador.

3.3.6. Breve referencia al desarrollo de los procesos selectivos y a la adjudicación y adaptación de los puestos de trabajo

Para concluir con las medidas legalmente previstas para las personas con discapacidad en el acceso al empleo público, nos referiremos al segundo apartado del artículo 59 EBEP, que como se transcribió instaba a las Administraciones públicas a realizar adaptaciones y ajustes razonables en los tiempos y medios dentro del proceso selectivo y a las adaptaciones del puesto una vez superado el mismo y valorada positivamente la compatibilidad en el desempeño de las funciones. Si bien el objeto de este capítulo es el análisis de los pormenores de la reserva de empleo en nuestro país, resulta interesante, si se quiere, aludir a estas medidas conexas que facilitan el empleo del colectivo en el ámbito del empleo público.

Centrándonos ahora en las que se despliegan en el seno del proceso selectivo, estas tienen la misión “de ajustar los procesos selectivos a las peculiaridades que puedan presentar las personas con discapacidad, de modo que éstas puedan concurrir en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos a las funciones y cargos públicos⁵⁹¹”. Las mismas se podrán accionar una vez convocada la plaza e independientemente del sistema de acceso (general o personas con discapacidad). En este sentido estimamos que para la realización de alguna petición relacionada con esta medida no se ha tenido por qué manifestar la opción de participación a las plazas reservadas conforme a lo establecido en el artículo 2.1 del Real Decreto 2271/2004, sino que es una medida exigible por todas las personas con discapacidad, incluso si únicamente se presentasen por el sistema de acceso general.

Las adaptaciones de medios y ajustes razonables consisten, como dispone el artículo 8.4 de la norma reglamentaria en “la puesta a disposición del aspirante de los medios materiales y humanos, de las asistencias y apoyos y de las ayudas técnicas y/o tecnologías asistidas que precise para la realización de las pruebas en las que participe, así como en la garantía de la accesibilidad de la información y la comunicación de los procesos y la del recinto o espacio físico donde estas se desarrollen”. Por su parte, en lo que respecta a las adaptaciones

⁵⁹¹ Vid. ESTEBAN LEGARRETA R. y PÉREZ PÉREZ, J., “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 AA. VV. (MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A.J., coord.) *El empleo público y las personas con discapacidad*, CERMI, Madrid, 2009, pp. 13-104, pág. 25.

de tiempo, que consistirán en la disposición de un tiempo adicional para ejecutar la prueba, rige actualmente en el ámbito estatal⁵⁹² 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*. En ambos casos, la discapacidad ha de guardar relación directa con las adaptaciones solicitadas y las pruebas a realizar, “correspondiendo a los órganos de selección resolver la procedencia y concreción de la adaptación en función de las circunstancias específicas de cada prueba selectiva⁵⁹³”.

La otra tipología de medidas, las de adjudicación y adaptación de puestos, se materializan en la posibilidad de, una vez superado el proceso selectivo por una persona con discapacidad, solicitar en caso de convocatorias ordinarias la alteración del orden de prelación para la elección de plazas, que deberá ser adoptada siempre y cuando se acrediten y queden justificadas, dependencia personal, dificultades de desplazamiento u otras análogas. También, los empleados públicos con discapacidad podrán pedir la adaptación del puesto o de los puestos de trabajo correspondientes.

Reflexión-Recapitulación

En el presente capítulo nos hemos centrado en el análisis normativo de los mecanismos correctores de las diferencias existentes en el ámbito del empleo para las personas con discapacidad. Como no podía ser de otra forma, el protagonismo lo ha asumido la medida de reserva en el empleo prevista para el colectivo, tanto en el ámbito de las empresas como en el acceso al empleo público.

Merecen subrayarse las continuas deficiencias técnico-legislativas referentes a las ambigüedades o incluso contradicciones entre las normas de rango legal y su desarrollo reglamentario. Algo lógico si tenemos en cuenta que los segundos fueron elaborados para ordenar leyes pasadas ya derogadas, habiendo sido –en mayor o menor medida– modificada la regulación legal en algunos aspectos, lo que provoca hoy una situación de descoordinación que se traduce en inseguridad jurídica.

Sin perjuicio de ahondar sobre el particular más adelante, estamos en disposición de denunciar la insuficiencia de la *dimensión institucional* para otorgar una respuesta dentro de unos estándares de justicia adecuados al problema del acceso al empleo de las personas con discapacidad.

⁵⁹² Con carácter supletorio para el resto del sector público.

⁵⁹³ Artículo 8.4 del Real Decreto 2271/2004 y apartado quinto 2 de la Orden PRE/1822/2006.

CAPÍTULO TERCERO: CONSIDERACIONES VALORATIVAS SOBRE LA RESERVA DE EMPLEO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA

Una vez centrados los fundamentos y habiendo descendido al detalle de la regulación del mecanismo de reserva de empleo de las personas con discapacidad en España, corresponde poner en conjunción ambos bloques y afrontar este capítulo de análisis crítico en el que pretendemos cuestionar la medida que nos ocupa desde el punto de vista del modelo relacional de la discapacidad y teniendo como referencia las consideraciones doctrinales existentes al respecto. También reflexionaremos sobre la eficacia de la medida atendiendo a los factores concurrentes en el mercado laboral español, los índices de su observancia por los obligados a ello, y su presencia en la negociación colectiva. Con base a lo anterior, formularemos algunas propuestas que, en concordancia con la concepción actual de la discapacidad y coherentes con las disposiciones normativas de aplicación, a nuestro juicio, pueden servir para aumentar las posibilidades de eficacia de la medida en cuestión.

1. SOBRE EL ENCAJE CONCEPTUAL DE LA MEDIDA

1.1. La cuota reserva en España ¿una medida de acción positiva?

Desde el capítulo primero de esta obra y hasta estas líneas, siendo también lugar común para la mayoría de la doctrina⁵⁹⁴, hemos calificado la reserva de empleo como una medida de acción positiva y, dentro de estas, específicamente, como una de discriminación inversa, –recuérdese, las más enérgicas por sus efectos directos negativos a terceros y finalidad de erradicación de la discriminación al colectivo–. Todo ello al amparo de la

⁵⁹⁴ Citaremos algunos ejemplos: ESTEBAN LEGARRETA, R., *Contrato de trabajo...*, op. cit., pág. 98, o explícitamente abordando la cuestión que nos ocupa THORNTON, P., *Employment...*, op. cit., pág. 7: “Actualmente existe un consenso generalizado en que la cuota es una forma de acción afirmativa”. En el ámbito normativo encontramos muestras de admisión expresa de tal categoría, véase en este sentido, a modo de ejemplo, el Preámbulo del Real Decreto 2271/2004, o en el ámbito autonómico, la *Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía*, en la que en el artículo 28.1 se establece que “se regularán las medidas de acción positiva que sean necesarias, entre las que se incluirán (...)la reserva de plazas en las ofertas de empleo público”.

normativa constitucional invocada en el capítulo anterior y de las cláusulas de igualdad en ella contenidas.

Pretendemos en este epígrafe, pues, ahondar sobre la naturaleza de la figura siguiendo las dudas planteadas por GIMÉNEZ GLUCK a partir de la STC 269/94 de 3 de octubre, consistentes en determinar si el trato preferente que dispensa se realiza en virtud de una falta de capacitación plena del individuo en el desempeño de una actividad o, por el contrario, por la pertenencia a un grupo minusvalorado al que, por ese motivo, le son negada sus posibilidades en el mundo laboral. El referido autor finalmente concluye que nos encontramos ante un “híbrido con elementos tanto de discriminación inversa como de igualación positiva”, dependiendo de si el individuo beneficiado por las mismas tiene una desventaja natural, “un disminuido psíquico, por ejemplo” o se trata de “una persona minusválida pero capaz de realizar el trabajo al 100% de productividad⁵⁹⁵”. La primera dificultad que reconocemos al respecto es el embrollo clasificatorio existente en el panorama y al que en el capítulo primero hemos hecho referencia⁵⁹⁶.

Ciertamente, el debate planteado tendría su relevancia, puesto que la justificación constitucional de las medidas de igualación positiva resulta más simple que las de discriminación inversa, ya que únicamente deben superar un “test ordinario de diferenciación”, debido a que nos encontraríamos ante supuestos de hecho desiguales por naturaleza y no habría que acreditar el trato diferencial en la desventaja social y acomodarlo a un fin constitucional (juicio estricto de constitucionalidad)⁵⁹⁷. No obstante, y como se ha podido comprobar, respecto a la admisibilidad de la medida que analizamos ha tenido oportunidad de pronunciarse nuestro TC, por lo que la cuestión dogmática que aquí planteamos carece hoy día de relevancia práctica. Traemos a colación nuevamente el criterio utilitarista de PÉREZ PÉREZ, J., en el sentido de que puede ser más interesante realizar una clasificación de las distintas medidas “considerando su capacidad para corregir situaciones de desigualdad de oportunidades⁵⁹⁸”.

Para adentrarnos en la problemática, hemos de rememorar el origen de esta medida y en la coyuntura en la que se produjo su desarrollo y expansión, esto es, respectivamente, en el periodo de entreguerras y tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial. En aquella época, como expusimos, las medidas de reserva estaban respaldadas bajo la “filosofía del modelo médico, basadas en la

⁵⁹⁵ Vid. GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica...*, op. cit., pp. 200-205.

⁵⁹⁶ Véase epígrafe 3.3 del capítulo primero. En este sentido se pronuncia, DE ASIS ROIG, R.; CAMPOY CERVERA I., y BENGOCHEA GIL, M^a. A., *Derecho a la igualdad...*, op. cit., pág. 135.

⁵⁹⁷ En efecto, las medidas de igualación debido a que la diferenciación se fundamenta en situaciones objetivas naturales quedan sometidas al “test ordinario de diferenciación”.

⁵⁹⁸ PÉREZ PÉREZ, J., *Discapacidad y acción positiva...*, op. cit., 197.

idea de que las personas con discapacidad no pueden competir por un trabajo por sus propios méritos⁵⁹⁹. A todas luces, en este estadio, desde una visión compensadora, la razón de la reserva era la falta de habilidades para asumir un puesto de trabajo, lo que nos llevaría directamente a clasificarla como una medida de igualación positiva⁶⁰⁰. Por tanto, para en los momentos actuales admitir la calificación como medida de acción positiva debemos asumir que sus fundamentos han cambiado y son otros, ligados a la igualdad en una vertiente colectiva, a la igualdad de oportunidades de un grupo minusvalorado que procura un fin constitucional: el libre desarrollo de la personalidad. De no ser así, y si nos aquietamos con la finalidad compensadora basada en una condición individual y objetiva de inferioridad, tendríamos que seguir admitiendo la calificación de la medida como de igualación positiva.

Entendemos que esta dificultad de encuadramiento con relación a la reserva de empleo para el colectivo viene arrastrada desde la génesis del problema, esto es, los motivos de discriminación. Conviene aclarar que parte de la doctrina estima que la discriminación por discapacidad no es del todo equiparable a la producida por la raza y el sexo con base a que aquella (según estos autores) “no se basa (o no solo) en un estereotipo negativo (del tipo de los prejuicios racistas o sexista), sino en una diferencia objetiva que impide a las personas discapacitadas el acceso en condiciones de igualdad a ciertos servicios y bienes públicos, incluida la posibilidad de desarrollar una carrera profesional en idénticas condiciones que las personas no discapacitadas⁶⁰¹”, de esta forma,

⁵⁹⁹ CORDERO GORDILLO V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 127.

⁶⁰⁰ Con relación a la visión de las medidas de acción positiva y de discriminación inversa bajo el modelo médico, PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social...*, op. cit., pág. 88: “en el caso de la discapacidad se apelaba a cuestiones más relacionadas con la solidaridad hacia un colectivo que –se suponía– no podría cumplir con los requisitos de aptitud necesarios, que a principios de igualdad y de una historia de discriminación estructural, como en los casos de género o raza”.

⁶⁰¹ Vid. REY MARTÍNEZ, F., “Marco conceptual de las acciones y discriminaciones positivas” en AA. VV. (SANTIAGO JUÁREZ, M. coord.) *Acciones afirmativas*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México D.F., 2011, pp. 65-125, pág. 66. En el mismo sentido, GIMENEZ GLUCK, D., “Las medidas a favor de las personas con discapacidad”, en AA. VV. (SANTIAGO JUÁREZ, M. coord.), *Acciones afirmativas*, op. cit., pp. 153-176, pág. 162. Este autor distingue que en algunos casos “La discapacidad como factor de desigualdad de oportunidades no se manifiesta por la pertenencia a un grupo sino por la creencia -que tiene su base en una forma productiva de concebir la realidad social que va a ser muy difícil de cambiar- de que para alcanzar determinados bienes sociales, por ejemplo, ejercer determinados empleos, se necesita estar en plenitud de facultades físicas o psíquicas”. Entendemos, que aun en este caso donde el autor se basa en comportamientos producidos por estigmas, la fundamentación de la medida ha de conllevar la eliminación de esa concepción social y estructural errónea, en sus propias palabras, la “creencia”. Aunque sea difícil de derribar, es el objetivo, y, por tanto, puesto que se basa en esto, en algo subjetivo frente a un colectivo, entendemos que se trata de una medida de acción positiva. Continúa este último autor (pág. 163): “sin embargo, prácticamente siempre habrá determinados empleos, o bienes sociales en general, a los que determinadas personas, en

la creación de tratos preferenciales sobre el colectivo “tienen un origen, una evolución y una capacidad conflictual completamente diferentes de los que afectan a las mujeres y las minorías raciales⁶⁰²”. En definitiva, entienden que concurren causas naturales de desigualdad junto con las estructurales, *id est*, la discriminación social. En este sentido, la derogada LIONDAU en su artículo 8.1 definía las medidas de acción positiva como “aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad”. Resulta relevante para lo que nos ocupa preguntarnos a qué tipo de desventajas se refería la precitada disposición para justificar tales medidas, concretamente, si eran de carácter social, lo que estaría configurando a estas medidas como medidas de acción positiva, u objetivas o naturales y, por tanto, merecedoras de la calificación de medidas de igualación. Ciertamente, del tenor literal de la norma se puede inferir que las desventajas referidas vienen determinadas por las condiciones individuales de la persona destinataria de la medida. Ello, junto con la aceptación de que la discriminación por motivos de discapacidad se produce con base en la minusvaloración, pero también en circunstancias objetivas, nos llevaría a acoger la tesis propuesta por GIMENEZ GLUCK relativa a la clasificación de la cuota reserva como medida híbrida.

Con todo, consideramos que esta tesis resulta contradictoria con el modelo relacional de la discapacidad. Bajo este modelo y, como se ha expuesto previamente, no cabe una desigualdad objetiva basada únicamente en

virtud de su propia discapacidad, no podrán aspirar en condiciones de igualdad, por lo que las medidas a favor de estas serán siempre necesarias [...]. La única sociedad en la que no sería necesario utilizar este tipo de medidas sería aquella en la que factores como eficacia, eficiencia o productividad en el empleo disociaran de la capacidad física o psíquica para llevarlo a cabo, primando más, por ejemplo, la diversidad en las empresas”. La claridad de exposición del autor nos lleva a identificar el problema como un supuesto de incapacidad, cuestión que, atendiendo a la concepción actual de la discapacidad, hace que debamos refutar esta afirmación. Entendemos que este punto de partida en nuestros días es erróneo, puesto que la eliminación de las barreras del entorno en el puesto de trabajo permitiría solventar los problemas que se enfrentan las personas con discapacidad. Ahora bien, ciertamente en algunos casos el empleador vería necesaria la realización de posibles adaptaciones físicas para eliminar esas barreras del entorno que conllevarían un coste económico y harían decaer las posibilidades de acceder a este empleo. Es decir, la ineficiencia teóricamente objetiva quedaría constituida por un mundo normalizado o estándar construido por la sociedad sin tener en cuenta la diversidad humana, lo que nos lleva a concluir que no estamos ante tal falta objetiva, sino una falla constituida sobre razonamientos sociales subjetivos. Dicho esto, las mismas se podrían combatir con otra medida –más cercana a la igualación–, la de ajustes razonables. Esta, en el caso que se encontrara subvencionada eliminaría los costes empresariales. Solo en este último escenario se igualaría las opciones de empleo de esta persona con discapacidad si obviamos las razones estructurales o sociales, las cuales siempre existen.

⁶⁰² GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica...*, op. cit., pág. 71.

deficiencias. La desigualdad vendrá provocada por la interacción de estas y de elementos impeditivos existentes en el entorno. De este modo, no existiendo *a priori* circunstancias objetivas de inferioridad –salvo que concurran junto a la discapacidad otras realidades⁶⁰³–, los posibles comportamientos discriminatorios asentados sobre estos ideales obedecen a una creación social que los eleva a la categoría de estereotipos y vienen a desembocar en la discriminación hacia el colectivo. La lucha contra estas barreras se realiza mediante las medidas de acción positiva.

Esta aseveración que presentamos quedaría reforzada con la definición actualizada de medidas de acción positiva que aporta hoy la LGDPD (art. 2 g). De la misma se desprenden importantes diferenciaciones con respecto a la regulación anterior, al señalarse que son:

(...) aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad.

Los cambios producidos resultan bastante clarificativos para lo que nos incumbe. El motivo principal lo es por un refuerzo del modelo relacional de la discapacidad al asumirse y reflejarse normativamente que las desventajas del colectivo vienen provocadas por la discapacidad, esto es, por la interrelación de las deficiencias de salud con las barreras. Con anterioridad, solo se hacía referencia a las “desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad”, sin establecerse la procedencia de estas, lo que podía dar lugar a pensar que lo eran por condiciones objetivas. Igualmente, la eliminación de la palabra “apoyo” –conscientes de que las medidas de acción positiva trascienden de meros apoyos⁶⁰⁴–, la sustitución de la palabra “prevenir” por “evitar” –puesto que las barreras seguirán existiendo hasta en tanto no se remuevan– y la inclusión de los ámbitos educativo y social, debe llevarnos a confirmar la adecuación del concepto de medidas de acción positiva con el modelo relacional de la discapacidad. Con base en este modelo debemos asumir que, si las mismas medidas están previstas para el colectivo, no pueden ir destinadas a compensar deficiencias objetivas en tanto que, si no existiesen barreras, no se podría dar la interrelación que exige el concepto de persona con discapacidad, siendo en este hipotético supuesto la capacidad de la persona plena. Esta es una realidad que se desprende fácilmente en el ámbito de la función pública del requisito establecido en el artículo 56.1.b) EBEP que viene a

⁶⁰³ Piénsese en la incapacidad laboral.

⁶⁰⁴ No obstante, en el artículo 9.1 se ampliaba a “apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables”.

exigir la suficiencia en el desarrollo de la prestación del servicio al indicar que la persona ha de “poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas”, y que queda concretado aun más para las personas con discapacidad en el artículo 59.1, con la necesidad de acreditar “la compatibilidad con el desempeño de las tareas”, y que por tanto impedirían el acceso a la función pública a personas que no tengan capacidad laboral suficiente.

Dicho esto, y como venimos poniendo de manifiesto, dentro del colectivo de personas con discapacidad habrá individuos que a la par puedan ser considerados con una capacidad laboral limitada, los cuales, sin estar cualificados para el puesto en cuestión, pueden ser beneficiarios de la medida⁶⁰⁵. Pero ello no nos puede llevar a confundir la finalidad y, por ende, la naturaleza de la medida. Y es que lo mismo podría acontecer respecto de otros colectivos similares. Piénsese en el caso de las preferencias de empleo a la mujer previstas en nuestro ordenamiento y admitidas válidas por el TJUE⁶⁰⁶. En este caso, si mediante la misma accediera a un puesto una mujer la cual hallase limitada en algún grado su capacidad laboral, no pensaríamos que estamos ante una medida híbrida porque de ella se pueden beneficiar mujeres que “no son plenamente productivas”. Al contrario, consideraríamos que es una medida de acción positiva pura porque lucha contra la minusvaloración del colectivo. A la misma conclusión hemos de llegar cuando pensemos en la medida destinada al colectivo de personas con discapacidad, “aquí hay una analogía entre el feminismo y la distinción entre sexo biológico (hombre y mujer) y el género (masculino o femenino). Como el género, la discapacidad es un fenómeno cultural e histórico, no una esencia universal e inmutable⁶⁰⁷”. Admitir hoy día que estamos ante una medida híbrida sería asumir el modelo médico rehabilitador por admitir causas objetivas de inferioridad, esto es, poner el foco en el elemento individual y no en el social.

Aún así, podríamos preguntarnos por qué las reservas de empleo absolutas o automáticas a la mujer no son admitidas por el TJUE⁶⁰⁸ y las de personas con discapacidad sí. Evidentemente no creemos que esta diferenciación de trato se deba a que la medida destinada a las personas con discapacidad esté fundada en causas naturales individuales⁶⁰⁹. Entendemos que la diferencia entre la admisibilidad de una y otra puede estribar en el juego entre la racionalidad y la proporcionalidad de la misma. Si nos atenemos a los

⁶⁰⁵ En este sentido, CORDERO GORDILLO V., *Igualdad y no discriminación...*, op. cit., pág. 132.

⁶⁰⁶ Véase, in extenso, RUEDA MONROY, J.A. *La virtualidad jurídica...*, op. cit.

⁶⁰⁷ SHAKESPEARE, T., *The Social Model ...*, op. cit., pág. 216.

⁶⁰⁸ Véanse notas número 362 y 363.

⁶⁰⁹ Por el contrario, GIMENEZ GLUCK entendía que “la constitucionalidad de las medidas de igualación positiva a favor de las personas con discapacidad no tiene ningún límite, debido a la naturaleza individual de la desventaja social”. Vid. GIMÉNEZ GLUCK, *Las medidas a favor...*, op. cit., pág. 165.

índices de exclusión del mercado laboral de las personas con discapacidad vemos como son más notables que los de las mujeres⁶¹⁰. Pese a ello, la diferencia de trato a favor de la mujer supera el requerimiento de razonabilidad bajo una finalidad constitucional legítima y loable amparada por unos supuestos de discriminación histórica debidamente constatada. Sin embargo, estimamos que el problema se magnifica en las consecuencias del establecimiento de la medida y su sometimiento al juicio estricto de constitucionalidad, en el que habrá de sopesarse el adecuado equilibrio entre el beneficio y el daño a terceros y que impedirían el paso por este filtro de una cuota a favor de la mujer en la que no se tuviese en cuenta otras circunstancias más que el género⁶¹¹. Con las cautelas oportunas diremos que el sacrificio que en el supuesto del género se impondría sobre los principios de igualdad, mérito y capacidad resultaría excesivo atendiendo a la situación actual de la problemática y con relación a las repercusiones positivas que acarrearía sobre el fin constitucional, por lo que parece más adecuado la adopción de otra tipología de medidas más flexibles⁶¹².

Reforzaría nuestra tesis –relativa a que nos encontramos ante una medida de acción positiva pura– el análisis de otro de los parámetros característicos de su naturaleza, el referido a la temporalidad⁶¹³. Observamos cómo desde la introducción de la reserva en nuestro ordenamiento de la función pública⁶¹⁴ quedó expresamente señalado su objetivo identificado con que “progresivamente se alcance el 2 por 100 de los efectivos totales de la Administración del Estado”; meta que se sigue manteniendo hoy inalterada en

⁶¹⁰ En el año 2019 el porcentaje de mujeres desempleadas rondaba el 15,5% mientras que el de las personas con discapacidad era del 23,9% (Datos EPA 2019). Estos datos representan una “franca situación de desventaja” frente al colectivo de mujeres que también padece dificultades en este ámbito. Vid. ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PÉREZ, J., *La situación actual...*, op. cit., pág. 55.

⁶¹¹ Esta afirmación se ha de asumir con cautelas tendiendo en cuenta la antigüedad de las resoluciones en este sentido del TJUE y la falta de pronunciamiento al respecto de nuestro TC.

⁶¹² En el sentido de lo que venimos argumentando y sin devaluar la magnitud del problema en el empleo concerniente al género, la STC 269/1994 de 3 octubre (RTC 1994 \ 269) en su FJ 4 puso de manifiesto que: “frente a las a 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”.

⁶¹³ Respecto a esta cualidad entiende GIMENEZ GLUCK que: “aunque en el futuro no exista discriminación social del colectivo de personas con discapacidad y convivan en un plano de igualdad con otros colectivos, las medidas que favorezcan su integración social y laboral compensando su discapacidad no podrán considerarse en ningún momento inconstitucionales”. Vid. GIMENEZ GLUCK, *Las medidas a favor...*, op. cit., pág. 168.

⁶¹⁴ Recuérdese que fue en virtud del artículo 2 de la Ley 23/1988, de 28 de julio, de Modificación de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública el que contenía la medida y la añadió en la disposición adicional decimonovena de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

el artículo 59 EBEP. Se desprende de esta dicción literal que el legislador ha pensado en una medida temporal, por lo que no puede, bajo ningún concepto, pretender compensar cuestiones objetivas de inferioridad individual, las cuales, por su propia naturaleza y definición, no desaparecerían, precisando, además, medidas permanentes. Si bien en el ámbito de la empresa no encontramos previsión similar, entendemos que no es más que porque la configuración –la de la medida– no implica un beneficio o prioridad en el acceso, sino que se proyecta como medida dinámica. De modo que, cuando los sujetos obligados en este ámbito hayan alcanzado la cota prevista legalmente del 2%, la medida de acción positiva deja de surtir efectos en lo que refiere a nuevas contrataciones, salvo que aumente el número de personas trabajadoras en plantilla. Aún así, como hemos planteado en los capítulos pasados, la situación de supresión de la discriminación parece más bien utópica, por lo que quizás sea este el motivo –el no atisbar la meta fijada– lo que ha llevado al legislador a no establecer en la norma un límite temporal aplicable a las empresas. En este sentido, consideramos que los autores que estiman la temporalidad de la medida⁶¹⁵ lo hacen conscientes de que la reserva es una medida de acción positiva y no de igualación, ya que, si estuviésemos ante estas segundas su vigencia habría de ser, por naturaleza, indefinida.

Por último, debemos señalar que, bajo nuestra consideración, la medida de reserva no está configurada en nuestro país, en ninguna de sus vertientes, como una medida de discriminación inversa “rígida” o en “estado puro”⁶¹⁶. En el supuesto de la reserva en el acceso a la función pública creemos que ello no es así por el necesario respeto a los requisitos constitucionales de igualdad, mérito y capacidad recogidos en los artículos 23.2 y 103.2 CE⁶¹⁷. Con relación a ello hemos de advertir, además, sobre la dudosa relación entre las aptitudes o capacidades de la persona aspirante al puesto que afronta la prueba y los parámetros que realmente mide la misma. Estamos ante una cuestión importante ya que entendemos que respecto a este particular deberían medirse otras cuestiones. En palabras de GIMENEZ GLUCK:

(...) el mérito no solo se ha de medir en aptitudes demostradas en determinadas pruebas, sino también en el esfuerzo empleado para conseguir ese resultado. Quizás en la concepción del criterio del mérito del artículo 103.3 constitucional también deberían incluirse factores como el beneficio que supone para la administración contar con una

⁶¹⁵ Otro ejemplo, que remarca el carácter temporal que ha de tener la misma, DE ASIS ROIG, R.; CAMPOY CERVERA I., y BENGOCHEA GIL, M^a. A., *Derecho a la igualdad...*, op. cit., pág. 137.

⁶¹⁶ Véase la clasificación de las medidas de acción positiva en el epígrafe 3.3 del capítulo primero.

⁶¹⁷ La fijación de una medida que no contemple el respeto a estos preceptos plantearía problemas constitucionales. En este sentido, medidas fijadas con el objeto de emplear a personas incapacitadas por razón de sus diferencias orgánicas, si bien es cierto que conduciría a la solidaridad, estarían procurando la igualdad desde una visión compensadora.

función pública tan diversa como la sociedad a la que tienen que servir. En definitiva, algo de este tenor se debería haber argumentado «el autor hace referencia a la STC 269/94 de 3 de octubre» para justificar que una persona accediera a la función pública con peor calificación en las pruebas selectivas que otra que se presentó a la misma oposición sin que ello entre en contradicción con el principio de mérito o capacidad⁶¹⁸.

En lo que respecta al ámbito de las empresas, el cauce de la excepcionalidad y la aplicación de las medidas alternativas flexibiliza sin duda alguna la vigorosidad de la medida de reserva. De no existir estaríamos ante una “cuota rígida”, sin embargo, la inexistencia de personas con las cualidades laborales exigibles, la falta de interés de los candidatos, o las causas objetivas previstas para sujetarse a esta modalidad excepcional conforme a lo establecido en el art. 1.2 del RD 364/2006, posibilita la valoración de factores distintos a la discapacidad. En ambos estadios, con la regulación de estos aspectos queda garantizado que la persona que acceda al puesto tenga una capacidad laboral adecuada para desempeñar las funciones propias del mismo, lo que nuevamente refuerza la postura de que nos encontramos ante medidas de acción positiva y no ante otra cosa.

1.2. La reserva de empleo desde el modelo relacional de la discapacidad

Nuestra intención en este apartado es doble. Por un lado, examinar la concordancia material entre el mecanismo general de reserva de empleo para personas con discapacidad con el modelo relacional de la discapacidad, respecto a lo que adelantamos que, bajo nuestro criterio, resulta perfectamente admisible⁶¹⁹. Este aspecto lo analizaremos fundamentalmente en el segundo de los apartados⁶²⁰. Por otro, señalar y profundizar sobre los aspectos de nuestra regulación concreta que, a nuestro juicio, consideramos contrarios a este modelo con base al instrumento que lo acoge y acomoda jurídicamente, la Convención Internacional de 2006, y que, por ende, necesitan ser reformulados.

⁶¹⁸ GIMENEZ GLUCK, *Las medidas a favor...*, op. cit., pág. 168.

⁶¹⁹ No obstante, un análisis con argumentos en contra de la compatibilidad de la institución con la Convención Internacional en GUTIÉRREZ COLOMINAS, D. *La regulación española...*, op. cit., pág. 41. Haremos a lo largo de este epígrafe numerosas alusiones a este estudio por ser el único, salvo error u omisión, que ha ahondado específicamente sobre esta cuestión en nuestro país.

⁶²⁰ Realizaremos el análisis en este orden puesto que consideramos pertinente tratar en primer lugar las disfunciones existentes en nuestro ordenamiento jurídico respecto a la Convención Internacional en relación con su ámbito subjetivo, para posteriormente pasar al ámbito objetivo que es donde se pueden plantear problemas entre la reserva de empleo y el modelo relacional de la discapacidad.

1.2.1. Ámbito subjetivo: Las disfunciones del procedimiento de reconocimiento de la discapacidad y sus consecuencias sobre la medida de reserva en el contexto del modelo relacional de la discapacidad

El punto de partida para la confrontación entre el ámbito subjetivo de la medida de reserva y la CIDPD, cuestión a la que se ha aludido ya en alguna ocasión en este trabajo, no puede ser otro que el acaecido con el modelo relacional de la discapacidad y la concepción causal de la misma a consecuencia de los factores sociales y la relación entre estos y determinadas deficiencias de salud de un individuo, todo ello tal y como se infiere del artículo primero de la Convención. Sin embargo, y como hemos tenido ocasión de exponer a lo largo de este trabajo⁶²¹, el concepto de persona con discapacidad recogido en el artículo 4 LGDPD, precepto encargado de la delimitación del sujeto titular de los derechos en dicha norma contemplados, presenta algunas deficiencias, derivadas de que, como argumentamos, a efectos del cumplimiento de la reserva de empleo, solo se consideraran como tal a las personas con reconocimiento administrativo de grado superior al 33% y, por equiparación, para el caso del cupo en las ofertas de empleo público, además, a “los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

Como se desprende, a la hora de la aplicación de la medida de reserva se desvirtúan claramente las nociones de persona con discapacidad que presenta la CIDPD. No obstante resulta importante recordar lo manifestado en el capítulo precedente referente a la necesidad de que, ante una medida como la que nos ocupa y a diferencia de lo que puede ocurrir en medidas antidiscriminatorias, ha de existir un procedimiento previo del reconocimiento del supuesto de hecho que posibilite y reconozca el acceso a la medida de reserva. Sobre ello se ha pronunciado WADDINGTON, L.: “las definiciones de discapacidad utilizadas a los efectos de la ley de no discriminación, en la medida en que existan, son diferentes de las definiciones de discapacidad utilizadas para determinar la elegibilidad para el empleo bajo un esquema de cuotas, siendo este último de alcance mucho más limitado. Para entrar en un esquema de cuotas, las personas deben estar formalmente reconocidas y registradas como discapacitadas, lo que requiere una definición formalizada y un procedimiento de evaluación⁶²²”. Ahora bien, esgrimimos en el capítulo

⁶²¹ Vease: Capítulo I, epígrafe 1.2 y Capítulo segundo, epígrafes 3.2.1.a) y 3.3.1.a).

⁶²² Vid. WADDINGTON, L., *The Relationship between Disability Non-Discrimination Law and Quota Schemes: A Comparison between Common Law and Civil Law Jurisdictions in Europe* Forthcoming, en (HAVELKOVÁ, B. y MÖSCHEL, M. edits.) *Anti-Discrimination Law in Civil Jurisdictions*, TBD, Accesible en: <https://ssrn.com/abstract=3246883>, pág. 23.

primero que el procedimiento de reconocimiento administrativo de grado en nuestro país no obedece al concepto dinámico e interrelacional de persona con discapacidad que predica el modelo relacional e incorpora la Convención, ya que el mismo se basa en la aplicación de unos baremos que se reducen a estándares normalizados sobre la funcionalidad de los componentes del cuerpo humano, por tanto, íntimamente ligado al modelo médico-rehabilitador. Es por ello que estimamos deficiente la regulación legislativa y reglamentaria respecto a la delimitación de las situaciones de hecho que permiten lucrar la posibilidad de ser “beneficiario” como “persona con discapacidad” a la reserva de empleo y, así como, en general, el disfrute de los demás “beneficios” consagrados en nuestras leyes.

Las consecuencias que se derivan del predicado fáctico no son menores. En primer término, porque puede ocurrir que no todas las personas con un grado administrativo de discapacidad reconocido superior al 33% encuentren las barreras sociales intrínsecas a la misma teniendo en cuenta el actual sistema de reconocimiento. Nos encontramos aquí con un problema, según los postulados de TUSSMAN y TENBROKEN⁶²³, de clasificación legislativa entre “rasgo” y “daño”, ya que todos los individuos integrantes del colectivo reconocido como personas con discapacidad no compartirán el daño al que la ley pretende responder. Siguiendo a estos autores, existiría en estos casos una relación *Over-inclusive*, beneficiándose y privilegiándose en el acceso a un bien escaso a personas que no han sufrido discriminación⁶²⁴. Pero, es más, dada la configuración actual de este reconocimiento, se puede dar perfectamente la situación contraria, más grave aún: que existan individuos que encontrando barreras sociales por motivos de discapacidad en el acceso mercado de trabajo no entren dentro de los estándares fijados reglamentariamente para el reconocimiento del “título” de persona con discapacidad. Téngase en cuenta, además, que ello no solo ocasionaría la negativa al disfrute de unos derechos, sino el sufrimiento de la repercusión del daño o los efectos negativos de toda discriminación inversa a las personas del colectivo no beneficiario, rebajando notablemente sus posibilidades de encontrar empleo. En este segundo supuesto hablaríamos de una clasificación *Under-inclusive*. Ciertamente, siguiendo a SCHAUER, “el predicado fáctico de una regla preceptiva es probablemente solo una especie de generalización probabilística⁶²⁵” que, relacionado con la preocupación de la misma, “abre la puerta a la posibilidad de que en casos particulares la conexión entre la justificación y la consecuencia este ausente⁶²⁶”.

⁶²³ TUSSMAN, J. y TENBROEK, J., The Equal Protection of the Laws. *California Law Review*, vol. 37, núm. 3, 1949, pp. 341-381, pp. 346-353.

⁶²⁴ En sentido similar, SIERRA HERNÁNIZ, E., *Acción positiva...*, op. cit., pp. 116-120.

⁶²⁵ SCHAUER, F., *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*. Clarendon Press, Oxford, 1991, pág. 32.

⁶²⁶ *Ibidem*.

Pero, en el caso que nos ocupa, la puerta es demasiado grande y las probabilidades de consecuencias injustas demasiado altas.

Con todo, recuérdese que la acción positiva está pensada para producir sus efectos sobre un colectivo y no sobre la persona que lo integra individualmente considerada (aunque realmente sobre la persona que finalmente se proyecta será beneficiaria directa). Estos beneficios, proyectados sobre el colectivo en cuestión, quedan salvaguardados aun en los supuestos de *over-inclusive* y *under-inclusive*, lo que no colma el vacío de justicia existente y su repercusión sobre el individuo afectado.

La discordancia, por tanto, se produce tanto en la fase de la delimitación del colectivo como en su reconocimiento. Tanto en el contorno grupal como en el individual, y en el de la puerta de acceso a las medidas.

Si trasladamos esta polémica al terreno de la justificación constitucional de la medida, podemos encontrar serios inconvenientes. Así, “para la consecución de una sociedad justa que exige el disfrute igual de las libertades y derechos básicos”, en el supuesto que se amparen desigualdades de trato, las mismas “solo deberán favorecer a aquellos sujetos colocados en posición social más desventajosa (principio de la diferencia, elemento social para la consecución del estado social)⁶²⁷”. Con relación a lo que nos incumbe el juicio de razonabilidad de la medida se ha fijado en una situación de desventaja tradicional o histórica por motivos de discriminación en el empleo de personas con discapacidad. El ámbito subjetivo de aplicación de la medida ha de ser precisamente este: la persona con discapacidad, y la *ratio legis* se habrá de centrar en la remoción de las barreras que encuentre el colectivo. En este sentido, entendemos que la medida sería justa, correcta o razonable, es decir, superaría el primer filtro del “test de constitucionalidad”, exclusivamente si en ella se incluyen a las personas que se enfrentan a esta discriminación social. Es, por tanto, necesaria y fundamental la actividad legislativa y reglamentaria sobre la materia para “fundamentar racionalmente los juicios de valor necesarios dentro del marco de la máxima igualdad⁶²⁸”. Se precisa reformular quién es persona con discapacidad a la hora de aplicar la reserva de empleo, siendo totalmente caducos los estándares prefijados actuales. Admitimos, en este sentido, la dificultad de alcanzar una relación perfecta⁶²⁹, que se daría en nuestra regulación si existiese coincidencia absoluta entre los individuos reconocidos administrativamente como persona con discapacidad y las

⁶²⁷ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *El valor de la igualdad y el derecho al trabajo*, Comares, Granada, 2020, pág. 11, haciendo alusión a las premisas de Rawls.

⁶²⁸ ROBERT ALEX, *Teoría...*, op. cit., pág. 388.

⁶²⁹ En este sentido, BOSSUYT, M., *El concepto y la práctica de la acción afirmativa. Informe final presentado por el Sr. Marc Bossuyt, Relator Especial, de conformidad con la resolución 1998/5 de la Subcomisión, ONU, E/CN.4/Sub.2/2002/21*, Nueva York, 2002, pág. 13: “puede resultar difícil determinar quién forma parte de un grupo beneficiario”.

personas que, por razón de la conexión entre sus diferencias orgánicas o funcionales a largo plazo con diversas barreras, hallan impedida su participación en el mercado de trabajo. Empero, dada la lejanía en la que nos encontramos actualmente, precisamos de otras fórmulas para acercarnos a aquel grado de equilibrio.

1.2.2. *Ámbito objetivo: La pertinencia de la reserva dentro del modelo social de la discapacidad*

Si abandonamos el espinoso ámbito subjetivo de la medida, a nuestro juicio defectuosamente tratado, y nos adentramos en la cuestión de fondo, podemos encontrar algunas opiniones que ponen de manifiesto la falta de compatibilidad de una medida como la reserva de empleo con el modelo relacional de la discapacidad.

Una de ella es la de GREVE, que plantea dos dilemas en relación con la cuota. El primero consistente en el riesgo de tratamiento desigual de los empleados con discapacidad. El segundo relativo a las tensiones que provocaría la idea de la cuota con la concepción social de la discapacidad⁶³⁰. En línea de este segundo planteamiento, FUCHS aborda la problemática desde la perspectiva de que los sistemas de cuotas se basan en el concepto de capacidad y acentúan la limitación ocasionada por la descoordinación existente entre las habilidades de las personas con discapacidad y las exigencias competitivas impuestas en un mercado de trabajo abierto, siendo esto contradictorio con el principio de igualdad de acceso y con el modelo social de la discapacidad⁶³¹.

Con respecto al tratamiento desigual al amparo del principio de igualdad, hemos de remitirnos al capítulo primero en el que lo tratamos profundamente, comprobando cómo, incluso las medidas de acción positiva, entre las que mencionamos las referidas a discriminación inversa, inciden sobre el principio de igualdad de oportunidades, es decir, no solo que no son contrarias al mismo, sino que se establecen precisamente para su consecución. En relación con que las cuotas pueden ser contrarias a la concepción actual de la discapacidad estamos de acuerdo, pero esto no tiene por qué ser así. Justamente este es uno de los aspectos a resolver en este estudio respecto a la regulación española: comprobar en qué medida es respetuosa con aquella visión de la discapacidad y, en caso que no lo sea en alguno de los aspectos –como ya hemos verificado–, buscar posibles vías de acomodación. Desde luego que el

⁶³⁰ GREVE, B., *The labour market...*, op. cit., pág. 14.

⁶³¹ FUCHS, M., *Quota Systems...*, op. cit., pág. 3. En el mismo sentido, HEYER, K., *Rights or quotas?...*, op. cit., pág. 240, refiriéndose al modelo social: “consecuentemente, se opone a las cuotas de empleo como otra forma estigmatizada de trato especial”. También (pág. 242) sobre el origen de las cuotas: “por primera vez, las personas con discapacidad se convirtieron en titulares de derechos, en términos de derechos de bienestar, pero al precio de la exclusión”.

fomento del empleo de las personas con discapacidad no puede limitarse a la regulación de la reserva de empleo de forma aislada, tal y como originariamente de estableció, pero tampoco su finalidad ha de ser el cumplimiento de unas metas de empleo del colectivo en un determinado porcentaje⁶³².

Por su parte, GUTIÉRREZ COLOMINAS⁶³³ presenta en un reciente estudio sus dudas en cuanto a la compatibilidad de la cuota con la CIDPD con base en dos argumentos principales: Por un lado “el absoluto silencio que guarda CIDPD en relación con esta institución”; por otro, siendo este la consecuencia de aquel, que “el modelo de tratamiento social, del que es tributario la CIDPD, apuesta por la adaptación del puesto de trabajo como mecanismo estándar para lograr la plena inclusión de las personas con discapacidad”, lo que “simboliza la innecesaridad de una medida de acción positiva como la cuota de reserva en un contexto en el que el modelo social de tratamiento de las discapacidad sea una realidad”. Añade que en este contexto no se “requeriría una contratación obligatoria *ex lege*, ya que se eliminarían, mediante la accesibilidad universal y la adaptación del puesto de trabajo, los principales obstáculos para la plena integración del colectivo en el mercado de trabajo”. No obstante, aclara que, debido a la escasa implementación de los ajustes razonables en la actualidad, “la desaparición de la cuota de reserva no parece aún una solución eficaz”. Resulta muy sugerente la postura del autor, sin embargo, como seguidamente expondremos, entendemos que los efectos de la cuota pueden ir en distinto sentido de los que se pueden alcanzar con los ajustes razonables y, consecuentemente, a nuestro juicio, su supresión solo será plausible cuando se erradique de la sociedad la estigmatización del colectivo. Hasta entonces, y en esto coincidimos con su posición, “sería recomendable conectar el cumplimiento de la cuota de reserva con la obligación de realizar ajustes razonables⁶³⁴”.

Habíamos referido con anterioridad que a nuestro juicio la reserva de empleo no podía ser considerada y regulada de forma aislada. Antes bien, entendemos que, en una regulación coherente, un sistema de cuotas de empleo ha de estar complementado con otras medidas de fomento que puedan servir como medio de corrección de la discriminación existente. En efecto, venimos exponiendo que bajo nuestra consideración las medidas de acción positiva, como generadoras de un entorno de igualdad material, deben influir sobre los obstáculos o barreras que impidan una participación plena en la sociedad de las personas con discapacidad. Se trataría de un paso ineludible para conseguir la

⁶³² Entiéndase que esto sería una buena noticia, pero no es un indicativo del éxito de la medida si esta no ha conseguido eliminar obstáculos a las personas con discapacidad en el empleo.

⁶³³ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *La regulación española...*, op. cit., pág. 57.

⁶³⁴ *Ibidem*, pág. 58.

meta de la igualdad, en nuestro caso, en el acceso al empleo. Es aquí donde se encuentra el problema de la discriminación de las personas con discapacidad, en la interacción de los productos de la sociedad con sus diferencias orgánicas o funcionales. En este sentido, “el pensamiento del modelo social ordena la eliminación de barreras, las legislaciones anti-discriminación, la vida independiente y otras respuestas a la opresión social⁶³⁵”. De no ser así, el objetivo de la medida de acción positiva se circunscribiría a conseguir un número adecuado de personas con discapacidad en el empleo dejando intacto el problema de base generador de las desigualdades de oportunidades. Pues bien, consecuentemente, estimamos que el aparato de medidas que han de incidir en la supresión de las barreras ha de extenderse sobre todos los aspectos, siendo fundamental actuar sobre la “limitación artificialmente impuesta⁶³⁶”, a nuestro juicio las más difíciles de detectar y revocar: la estigmatización del colectivo que pesa sobre el imaginario social. Según nuestro parecer, en nuestro ordenamiento actual, la reserva de empleo es la medida que más influencia puede ejercer sobre esta barrera por su precisión y obligatoriedad⁶³⁷. Amparamos esta afirmación en una consideración recogida en el Informe Sobre Desarrollo Humano de la ONU de 2016 que entiende que “medidas como el establecimiento de cuotas no solo reservan puestos de trabajo para las personas con discapacidad, sino que también ofrecen la oportunidad al resto de la sociedad de observar las capacidades y los logros de estas personas, modificando los prejuicios, las actitudes y las normas sociales⁶³⁸”. Aquí se encuentra la razón de su oportunidad. Esta es la pretensión a la que ha de aspirarse a largo plazo y que, a la par, fundamentaría con mayor rigor la separación de la medida con respecto al principio de igualdad formal⁶³⁹.

Siguiendo con lo anterior, es imprescindible dejar atrás cualquier concepción compensadora de esta medida y buscar una reformulación de la misma para, de acuerdo con el modelo relacional, poder avanzar en la transformación de la sociedad respecto a la discapacidad. En este sentido, al contrario de lo que considera GUTIÉRREZ COLOMINAS, entendemos que la medida de ajustes razonables no puede por sí sola atacar a este aspecto estructural. La misma tendrá una vigorosidad mucho mayor que la cuota con relación a la reducción o eliminación de barreras del entorno de tipo físico u organizativas en el empleo, sin embargo, respecto al cambio actitudinal de la sociedad, la reserva de empleo será inmensamente más efectiva por varios motivos. Volviendo a lo que nos ocupamos en el primer epígrafe de este

⁶³⁵ SHAKESPEARE T., *The Social Model...*, op. cit. pág. 216.

⁶³⁶ ROSENFELD, M., *Conceptos clave...*, op. cit., pág. 58.

⁶³⁷ Esto no quita que se deba llevar a cabo una política cultural de base complementaria que pretenda la comprensión de la discapacidad.

⁶³⁸ ONU, *Informe sobre Desarrollo...*, op. cit. pág. 119.

⁶³⁹ En este sentido, MARTÍN VIDA, M^a. A., *Fundamentos...*, op. cit., pág. 134.

capítulo, consideramos la cuota reserva como una medida de discriminación inversa, cuyo fundamento se encuentra en la minusvaloración del colectivo. Por contra, como expusimos en el capítulo anterior, los ajustes razonables están más cerca de las medidas de igualación que de la acción positiva, y ello, toda vez que se proyectan sobre aspectos individuales de desventajas objetivas de la persona con discapacidad en comparación con otras, surgiendo el derecho cuando esa desventaja sustancial aflora⁶⁴⁰. Debemos tener presente que estos últimos entrarán en juego una vez iniciada la relación laboral, por lo que no tendrán impacto sobre esa primera barrera que se encontrarán las personas con discapacidad. Sin embargo, la cuota, favorecedora directa del acceso y el mantenimiento del empleo, al actuar desde un momento previo al vínculo contractual y compeler a una tercera persona, “la obligada”, a la contratación, influye sobre la persona reticente a la contratación de personas con discapacidad, quien deberá contratar en contra de sus perspectivas iniciales, a pesar de los prejuicios estigmatizadores que posea y a causa de los cuales –*a priori*–, si no existiera el mecanismo en sí, no procedería a la contratación. En este sentido, PATRICIA THORNTON señaló en 1998 que “la cuota puede contrarrestar la discriminación negativa, alentando a un empleador a extender una oportunidad a una persona calificada que de otra manera sería ignorada únicamente por motivos de discapacidad⁶⁴¹”. De esta forma, mientras progresivamente asuma que su punto de partida es erróneo, se derribará una barrera que impedía el acceso al trabajo del colectivo. Otro reproche a los ajustes razonables es su ambigüedad, cuestión que queda salvaguardada con la obligación de reserva, mucho más concreta y que dota de mayor seguridad jurídica a la cuestión que nos incumbe. Dicho esto, para conseguir la máxima eficacia de la medida consideramos necesario complementarla con otros mecanismos que incidan sobre este particular, a los cuales nos referiremos en el último epígrafe de este trabajo.

Por otro lado, en el caso del acceso a la función pública puede presentarse más difusa esta característica de la medida de reserva, aun así, estimamos que se produce. En este ámbito, al igual que ocurre en la empresa, la inclusión en el entorno de trabajo ordinario de una persona con discapacidad fomentará la interacción entre la diversidad humana y con ello se potenciará la valoración positiva que de ella se posea, trasformando así los patrones sociales referidos.

Entendemos, en virtud de lo anteriormente expuesto, que con una medida de reserva adecuadamente ordenada se da cumplimiento a las

⁶⁴⁰ No obstante –como dijimos–, para DE ASÍS ROIG, los ajustes razonables no deben identificarse con estas tipologías de medidas: “El derecho al ajuste razonable no es un trato privilegiado ni un trato preferente, tampoco posee una dimensión temporal ni puede ser considerado como una simple medida”. *Vid.* DE ASÍS ROIG, R., *Sobre la accesibilidad universal...*, *op. cit.*, pág. 13.

⁶⁴¹ THORNTON, P., *Employment Quotas...*, *op. cit.*, pág. 7.

obligaciones jurídicas contenidas en la Convención, por ser perfectamente conforme al modelo relacional y avanzarse con ella de forma más decidida sobre la eliminación de las barreras mayormente preocupantes y cuya identificación resulta más compleja: las culturales. No estimamos que la falta de mención expresa en este instrumento de Derechos Humanos sea un óbice a su implementación, haciendo referencia en la misma a las medidas de acción positiva *ex* artículo 5.4 CIDPD.

A partir de estos efectos directos de la medida de reserva, perceptibles desde la valoración de su capacidad redistributiva que posibilita el acceso a un bien escaso como es el empleo y que permite la satisfacción económica e interna de la persona, hemos considerado que se progresa hacia la eliminación de las barreras relacionadas con las posturas culturales devaluadoras de las capacidades de los individuos con discapacidad. Lo propio, junto a la supresión de las de carácter físico, llevaría a alcanzar la meta final, quizás utópica, referida a la interacción de los individuos diversos en un plano de igualdad, lo que enlazaría con nuestro objetivo constitucional relativo al libre desarrollo de la personalidad. Premisa que estimamos sigue siendo válida más de cuatro décadas después de la declaración de UPIAS. En este sentido, y como se ha hecho alguna referencia, la revalorización de la discapacidad ha de partir desde la educación de la sociedad, no obstante, la visibilización del colectivo en el centro de trabajo y la interacción productiva con el resto de la sociedad entendemos que es un elemento favorecedor de la caída de los estigmas sociales.

1.2.3. Las medidas alternativas: la huida desde el empleo ordinario hacia el empleo protegido

Un último aspecto considerable en la regulación española de la medida comentada es el relativo a que, a nuestro juicio, se evade del espíritu de la CIDPD y del modelo relacional de la discapacidad. Nos referimos a la actual configuración de los motivos de excepcionalidad y las medidas alternativas. Con ello no queremos decir que estimamos improcedente esta vía. Al contrario, como se justifica, entendemos necesario el establecimiento de una regla que otorgue flexibilidad a la medida, la cual, sin embargo, ha de estar prevista única y exclusivamente para motivos extraordinarios acreditados, y no convertirse, como ocurre en la actualidad, en una vía alternativa y a elección del obligado para fomentar el empleo protegido y previo abono de una cantidad pecuniaria en muchos casos.

Como hemos expuesto en el capítulo oportuno, lo que prevé la norma como “excepcional” se ha convertido en cuasi opcional. Las dos vías de excepcionalidad que posibilita el artículo 1.2 RD 364/2005 lo son por causas ajenas a la voluntariedad del sujeto pasivo de la medida, sin embargo ambas se

encuentran viciadas por elementos facilitadores que, al fin, perjudican el objeto de la medida. La recogida en la cláusula a), aplicable por inexistencia de demandantes de empleo con discapacidad o que los mismos estén desinteresados en la oferta, se encuentra condicionada y perjudicada, como se expuso, por el mal funcionamiento de los servicios de colocación y por la posibilidad de que el obligado ofrezca condiciones poco llamativas con la intención de su posterior rechazo por parte de la persona con discapacidad. La opción b) la tildamos como contraria al modelo relacional de la discapacidad. Y ello porque entendemos que, bajo la consideración actual de la discapacidad, en una empresa no pueden existir motivos de índole económica, técnicos, organizativos o productivos que dificulten la incorporación de una persona con discapacidad. Por tanto, la única vía admisible de excepcionalidad ha de ser la imposibilidad de encontrar personas con discapacidad para emplear, siempre y cuando se hayan agotado todas las opciones posibles. Respecto a esto, en el último epígrafe, proponemos dos medidas que deben complementar a la reserva y que pueden jugar un importante papel a la hora de otorgar la excepcionalidad. Una es el plan de gestión de la discapacidad, que consideramos debe ser preceptivo para las empresas con obligación de emplear a personas con discapacidad y, en cualquier caso, para acogerse a la vía de excepcionalidad. En él se habrán de determinar las posibilidades de empleo de personas con diferencias orgánicas o funcionales en los diferentes puestos de la empresa. Otra alude a la configuración de un ente público especializado en el empleo de personas con discapacidad que gestione de forma eficiente y eficaz, entre otras, las ofertas y demandas del y para el colectivo. Como decimos, abundamos en sendas ideas en el último epígrafe de este capítulo.

De retorno a la sencillez del reconocimiento de la excepcionalidad⁶⁴², a esta particularidad hemos de sumarle que las medidas alternativas actualmente reguladas, presentan importantes deficiencias. Ocupándonos principalmente de lo relacionado con el fundamento de la reserva, diremos que, a nuestro juicio, se produce a su través una defraudación de los objetivos que pretende la CIDPD y que, antes de esta, la LISMI recogía expresamente, *id est*: la finalidad de integración del colectivo en el “sistema ordinario de trabajo”⁶⁴³. Como hemos expuesto con anterioridad⁶⁴⁴, entendemos que el empleo que pretende garantizar la Convención en su artículo 27 es el empleo ordinario, “exponente de la inclusión de la persona con discapacidad en el entorno económico productivo general”⁶⁴⁵ y que se priorizaba por un enorme elenco de normativa

⁶⁴² Del cual recordamos las deficiencias en cuanto al requisito de temporalidad o los posibles efectos de la inactividad administrativa a la hora de dictaminar sobre la excepcionalidad y la aplicación de las medidas alternativas.

⁶⁴³ Artículo 37 de la derogada LISMI.

⁶⁴⁴ Véase epígrafe 3.1.2 d) del capítulo primero.

⁶⁴⁵ PÉREZ BUENO, L.C. y ALVAREZ RAMÍREZ, G., *Derechos: prestaciones...*, op.cit., pág. 344.

internacional, supranacional y también nacional, entre estas últimas el artículo 37 LISMI. Así lo ha venido a recordar la ANED respecto a nuestro país, al indicar que la política pública “solo enfatiza continuamente sobre este tipo de empleo segregado (refiriéndose al empleo protegido)⁶⁴⁶”. Por otro lado, la reciente *Estrategia Europea del Empleo 2021-2030* reconoce que entre las acciones contenidas en este tipo de empleo “no todos garantizan condiciones de trabajo adecuadas o derechos laborales para las personas con discapacidad, ni vías de acceso al mercado laboral abierto⁶⁴⁷”. Cuestión esta última que queda evidenciada en nuestro país.

Asumiendo que el objetivo de la medida de reserva en concordancia con los postulados de la CIDPD es incrementar el empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario, se comprueba cómo las medidas alternativas no repercuten en la misma proporción sobre aquel. En este sentido, recordamos las dudas de oportunidad que afloraron respecto de las medidas alternativas desde su vigencia, fundamentalmente por no solventar los “déficits estructurales que afectan al empleo ordinario de las personas con discapacidad⁶⁴⁸”. En efecto, la contratación de unos servicios, la compra de bienes, o la contribución pecuniaria a determinadas causas, relacionadas –más directamente o menos– con el empleo de personas con discapacidad, no beneficiará en la misma medida la inclusión profesional de las personas con discapacidad en el empleo ordinario. Al contrario, repercute positivamente en el empleo protegido, “lo cual origina dos efectos perversos, consistentes en la progresiva desaparición del empleo de personas con discapacidad en el ámbito ordinario, contraviniendo lo dispuesto en el art. 27 de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad, y el fomento indirecto de la contratación de personas con discapacidad en centros especiales de empleo⁶⁴⁹”. La problemática se recrudece si advertimos que las medidas alternativas más aplicadas por parte de las empresas son las contrataciones con los Centros Especiales de Empleo⁶⁵⁰.

⁶⁴⁶ ANED, *European Semester 2018/2019 country fiche on disability*, ANED, pág. 3, Accesible en: https://sid.usal.es/idocs/F8/FDO27488/European_semester_2018_2019.pdf. Se manifiesta en este informe lo siguiente: “*Sheltered employment has increased even during the years of the economic crisis, and public policy is only emphasizing this kind of segregated employment continuously. It is not enough to develop sheltered workshops or special employment centres. So, a proper application of Article 27 of the Convention (CRPWD) of United Nations requires offering opportunities to work in an open, inclusive and accessible environment. Some policies and specific measures should be oriented towards this goal. In other words, more support to other employment initiatives such as Supported Employment should be reinforced*”.

⁶⁴⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Strategy for the Rights...*, op. cit., pág. 13.

⁶⁴⁸ MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, *Estrategia global de acción...*, op. cit., pág. 22.

⁶⁴⁹ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *El complemento...*, op. cit., pág. 169.

⁶⁵⁰ A falta de datos oficiales, así se viene manifestando por parte de la doctrina o en informes oficiales. Véase en este sentido: MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, *Estrategia global* (...)

Con todo, la excepcionalidad es un elemento que resta rigidez a la cuota reserva en el caso de las empresas. Si estas no existieran estaríamos ante una cuota absolutamente rígida que por desproporcionada podría ir en contra de la jurisprudencia del TJUE. En nuestro sistema, tal y como concebimos la discapacidad y a esta medida, no cabría bajo ningún concepto la obligación de emplear a personas trabajadoras con discapacidad de forma obligatoria si no existiese demanda de empleo o la que existiese correspondiesen a personas que no tengan capacidad productiva. El establecimiento de excepciones particulares en estos casos concretos es admisible e incluso recomendable, ahora bien, debemos asegurarnos que su utilización se produzca en estos casos puntuales y no como vía de escape genérica a la obligación principal.

Estas consideraciones nos llevan a manifestarnos sobre la necesidad de la supresión de las medidas alternativas. Estimamos únicamente admisible dentro del modelo relacional de la discapacidad una vía de excepción: la imposibilidad material de contratar a personas con discapacidad en la empresa por inexistencia de candidatos. Cuando esta circunstancia acontezca, la empresa no ha de estar sujeta a condición alternativa alguna, no tiene sentido. Ha intentado incorporar a personas con discapacidad y en contra de su voluntad no le ha sido posible. De hecho, consideramos la actual regulación de las medidas alternativas una especie de penalización pecuniaria para la empresa cumplidora de esta vía alternativa que viene a reconocer la insuficiencia del sistema para fomentar finalmente el empleo protegido, sin que ni siquiera se sepa cómo repercute o puede repercutir en el empleo ordinario del colectivo. En este sentido, si la empresa obligada agota el cartucho de la búsqueda mediante un sistema de colocación reglado y homogeneizado a nivel estatal, del que trazaremos sus líneas maestras en el último epígrafe, el obligarla a contratar con un CEE, autónomos con discapacidad o destinar cantidades a asociaciones o fundaciones de utilidad pública, trasciende de los fines de medida de acción positiva original y de la que cabría incluso plantearse su acomodo constitucional.

2. OPCIONES REGULATORIAS Y VÍAS DE SOLUCIÓN A LAS DEFICIENCIAS TÉCNICO-LEGISLATIVAS

Habiendo quedado señaladas en el capítulo anterior un buen elenco de deficiencias en la regulación de la reserva de empleo en nuestro país, procedemos en este epígrafe, dentro de cada uno de los ámbitos más destacados de la medida de reserva, a aquilatar otras posibles configuraciones de la norma y hacer mención a las deficiencias técnico-legislativas que se han puesto de

de acción... op. cit. pág. 22; PÉREZ PÉREZ, J., *Discapacidad y acción positiva...*, op. cit., pág. 491 y CORDERO GORDILLO, V. *Régimen jurídico...*, op. cit., pág. 131.

relieve en el capítulo anterior y que merecen su ordenación si pretendemos una norma depurada y uniforme.

2.1. Destinatarios directos

Las condiciones subjetivas previstas en nuestro ordenamiento que han de concurrir en un individuo para ser beneficiario de la medida o, dicho de otra forma, a quienes habrán de contratar los empleadores, sujetos pasivos de la misma, para dar por cumplida la obligación, difieren entre la reserva prevista para las empresas –públicas o privadas– y la reserva en el acceso a la función pública. En el primero de los casos, en virtud del artículo 42 LGDPD y en concordancia con la interpretación que hemos realizado del artículo 4 del mismo cuerpo legal, solo computarán las personas con grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%. En el segundo supuesto, además de este colectivo, podrán concurrir a oposición o concurso-oposición vía reserva, los pensionistas por IP y clases pasivas de acuerdo al artículo 4.2 LGDPD. Entendemos que esta es la principal disfunción regulatoria con respecto al ámbito subjetivo. La misma, sobrevenida tras la interpretación y declaración de *ultra vires* por parte del TS del citado precepto en sus Sentencias nº 992, 993 y 994 de 29 de noviembre de 2018, no tiene razón de ser en la regulación actual. Es inadmisibles que dependiendo de en qué ámbito nos movamos se proteja a unas personas u otras dentro de un colectivo que viene a denominarse como de “personas con discapacidad” y ni siquiera se acomoda al concepto de la CIDPD, tal y como hemos expuesto ya en el epígrafe 1.2 a) de este capítulo. Es urgente que mediante la actividad legislativa se corrija esta importante contradicción interna dentro de la misma medida.

Con relación a estos destinatarios directos cabrían otras opciones de regulación teniendo en cuenta circunstancias referidas al tipo de diversidad orgánica que presente dicha persona y con la severidad de las mismas en conexión con las barreras del entorno. Esta medida que actualmente abarca a todas las tipologías de deficiencias contempladas en la definición de discapacidad dada tanto por la CIDPD como la LGDPD, podría ser limitada a una o alguna de ellas en concreto, ya sean físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. En cualquier caso, habrá de exigirse su repercusión en mayor o menor medida sobre las barreras existentes en el entorno y que con base en ello que “puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Consideramos que, puesto que la discriminación social se produce sobre todas, la regulación debe contener, tal y como lo hace, una expresión genérica y no limitarse a reconocer circunstancias concretas.

Con todo, se plantea el problema de que el empresario, con el objeto de cumplir la obligación, pretenderá emplear a las personas que, siendo computables a efectos de la obligación, sean bajo su percepción más

productivas, produciéndose así los efectos de la discriminación dentro del propio colectivo de personas con discapacidad. Aquí comprobamos que el legislador no ha sido especialmente cauteloso al señalar el gravamen requerido en cuanto a la interacción de las deficiencias con las barreras y la partición en la sociedad. Se produce la adopción de un criterio laxo, “personas con un grado reconocido igual o superior al 33%”, lo que no solo nos lleva a que se produzcan incorporaciones al mercado laboral por esta vía de personas que no debieran ser consideradas como personas con discapacidad –debido a las disfunciones del sistema de reconocimiento administrativo del grado–, sino que, de entre quienes han sido reconocidas como tal, se beneficiarían por igual independientemente de la severidad de la situación individual. Dicho esto, consideramos que en este aspecto no debe discriminarse con relación a las circunstancias individuales de cada sujeto. Recuérdesse que nos encontramos ante una medida de acción positiva que combate una discriminación social sobre un colectivo, es por ello, que, en este aspecto, tampoco deberíamos entrar, siempre y cuando delimitásemos correctamente el grupo discriminado, las personas con discapacidad⁶⁵¹.

2.2. Configuración del porcentaje de reserva y cómputo de los trabajadores con discapacidad

El legislador español ha tenido a bien establecer un porcentaje del 2% de personas con discapacidad en las empresas y una reserva de plazas de acceso a la función pública estatal en cuantía del 7%. Mientras que el segundo ha sufrido alguna modificación al alza, el primero continúa inalterado desde 1970⁶⁵². Pese a que este mayor porcentaje en el ámbito de la función pública nos parece correcto –considerando el especial papel protagonista que ha de tener en el fomento del empleo del colectivo–, existen además “claras ventajas si el sector público se compromete a cumplir el objetivo de empleo ya que puede dar un buen ejemplo al sector privado⁶⁵³”. Dicho esto, no podemos obviar que lo que se pretende en este último supuesto es alcanzar un 2% de efectivos en el ámbito de las Administraciones Públicas, por lo que la intensidad de la medida es –obviando el requisito del umbral mínimo de plantilla– incluso mayor en el caso de la obligación impuesta a las empresas.

Ocupándonos en primer término de lo que respecta al *quantum* de la medida, hemos hecho referencia en el capítulo anterior a que los porcentajes actuales en Derecho comparado están situados entre un dos y un siete por

⁶⁵¹ No obstante, apunta ESTEBAN LEGARRETA que esta previsión sí se podría tener en cuenta a efectos de cómputo de trabajadores, pasando así a “valorar la modulación del cumplimiento de la cuota en función de la severidad y tipo de discapacidad del trabajador con discapacidad contratado”. Vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., *La reforma...*, op. cit., pág. 39.

⁶⁵² Artículo 11 del Decreto 2531/1970, de 22 de agosto sobre empleo de trabajadores minusválidos.

⁶⁵³ THORNTON, P., *Employment Quotas...*, op. cit., pág., 65.

ciento de la plantilla de la empresa, de lo que podríamos preguntarnos acerca de la fórmula de la que se deriva este cálculo. Si acogemos los datos más prudenciales respecto a las personas con discapacidad de la UE encontramos que el 6,9% de las personas en edad de trabajar declaran tener deficiencias a largo plazo y limitaciones en sus actividades habituales⁶⁵⁴. Si nos atenemos a dicho índice parece que los porcentajes más altos que se están regulando en el entorno de la UE coinciden con el porcentaje de personas con discapacidad en activo, por el contrario, los porcentajes por debajo del 5 por ciento están lejanos a esta cifra. Entendemos que no podemos caer en la apresurada afirmación de que la cuota tiene que rondar o ser similar al porcentaje de personas con discapacidad en activo en cada país puesto que ello dependerá de otros muchos factores, como pudiera ser la existencia o no de otras medidas de fomento del empleo dirigidas al colectivo. Dado que en ninguna región esta medida de acción positiva se va a aplicar de forma autónoma, habríamos de valorar un conjunto de variables para poder pronunciarnos sobre la adecuación del porcentaje, teniendo siempre en consideración los límites de la proporcionalidad de la medida. En el caso concreto de nuestro país, nos situamos en el límite más bajo de entre los que tienen prevista esta obligación en lo referido, lo que nos invita a pensar que sería recomendable un incremento de este porcentaje⁶⁵⁵.

Por otro lado, el porcentaje de reserva puede ser distinto dependiendo del sector económico en el que nos encontremos y de la proporción de personas con discapacidad que ya se empleen en él o de las dificultades –incapacidades laborales– que puedan presentar las personas con discapacidad en algún determinado sector más específico. Esto último estará íntimamente ligado al tipo de deficiencia. Así, a modo ejemplificativo, por lo general las personas con discapacidades físicas que presenten movilidad reducida tendrán más dificultades en cuanto a productividad y empleabilidad en tareas que requieran determinadas cualidades físicas, sin embargo, la productividad podrá ser plena en puestos del sector servicios. Entendemos que, establecido un mínimo *ex lege*, estas particularidades resultan interesantes que se contemplen en el ámbito de la negociación colectiva dada la configuración de dicho límite como de derecho necesario relativo, siempre y cuando se respete la proporcionalidad de la

⁶⁵⁴ Los datos en España son muy similares, representando este porcentaje un 6,2% en 2017 según el Observatorio Estatal de la Discapacidad, Informe Olivenza 2019, sobre la situación general de la discapacidad en España, pág. 308, accesible en: <https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/category/documentos/observatorio/informe-olivenza-observatorio/>. Vid. OED, *Informe Olivenza...*, op. cit., pág. 39. Asumimos que estos datos no tienen por qué corresponder exactamente con el concepto de la CIDPD de personas con discapacidad, sin embargo, son los datos que más se pueden acercar al mismo.

⁶⁵⁵ En este sentido, REY PÉREZ, J.L., *Propuestas para la plena integración laboral de las personas con discapacidad*, op. cit. pág. 406, proponiendo que esta cifra “no puede ser inferior, por lo menos, al 5%”.

medida. Sin embargo, las previsiones al respecto en estos instrumentos son muy escasas como tendremos la ocasión de comprobar.

En lo que respecta al porcentaje previsto, resulta necesaria la previsión legal o reglamentaria de la fórmula del redondeo tanto en la obligación contendiente a las empresas como al sector público para así evitar la incertidumbre existente al respecto. Consideramos oportuno que la misma se realice mediante un redondeo en exceso como así ha sido configurado normativamente en el ámbito del empleo público en las CCAA de Galicia y La Rioja⁶⁵⁶.

Por último, la forma de computar a las personas trabajadoras con discapacidad requiere una enmienda para impedir que su excesiva flexibilidad reduzca la eficacia normativa por la facilidad de evasión de la medida. El cómputo por igual de contratos a tiempo completo y parcial, independientemente del porcentaje de jornada, admite soluciones como: requerir un mínimo de coeficiente de parcialidad –si se estima– con relación a la media de la plantilla total; una mayor rigidez normativa tanto en el cómputo de la plantilla como en los trabajadores con discapacidad a emplear, para que, por ejemplo, estos cálculos den como resultado un porcentaje de jornada concreto a cubrir con personas con discapacidad, etc.

2.3. Sujetos obligados y cómputo de la plantilla total

En el caso de la reserva de empleo el sujeto sobre el que recae el cumplimiento de la obligación es una tercera persona, física o jurídica, distinta a la persona con discapacidad y, como se aduce, en la mayoría de los supuestos sin una educación adecuada en materia de discapacidad. El legislador nacional, al igual que ocurre en la mayoría de países, ha optado por realizar una limitación de los obligados en función del tamaño de la plantilla, así, si la misma no iguala o supera los 50 trabajadores, no habrá obligación alguna de emplear a personas con discapacidad.

En los países de la OCDE estos umbrales suelen oscilar entre 15 y 50 trabajadores⁶⁵⁷. Nuevamente la legislación española se sitúa en el límite menos

⁶⁵⁶ Artículo 48.2 de la *Ley 2/2015, del 29 de abril, del empleo público de Galicia* y, en el segundo ejemplo, artículo 3.2 del *Decreto 51/2008, de 5 de septiembre, para el acceso al empleo público de las personas con discapacidad*.

⁶⁵⁷ FUCHS, M. *Quota Systems...*, op. cit., pág. 2. En la tabla A4.2 contenida en OCED, *Transforming disabilities...*, op. cit., pág. 210, se puede comparar las diferentes regulaciones en cuanto a los sujetos obligados. Recuérdese que sobre este particular ya se pronunció el Consejo en la *Recomendación de 24 de julio de 1986 sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad (86/379/CEE)*, proponiendo la fijación por los Estados miembros de “objetivos cuantificados realistas de empleo” de personas con discapacidad en “empresas públicas y privadas, que tengan un número mínimo de asalariados, mínimo que puede situarse entre 15 y 50”. Curiosamente nos encontramos hoy, más de tres décadas después, dentro de ese rango numérico.

proteccionista para el colectivo, cuestión que es relevante atendiendo a la estructura empresarial de nuestro país, tal y como constataremos más adelante. En este sentido, queda exceptuadas de la obligación la mayor parte del tejido empresarial español y la medida tendrá una repercusión distinta dependiendo de la zona geográfica de nuestro país en la que nos situemos. En cuanto a la relación entre el tamaño de la empresa y el cumplimiento de la cuota, resultan interesantes los resultados del estudio "*Hiring workers with disabilities when a quota requirement exists: The relevance of firm's size*", que nos muestra que la contratación de hasta dos trabajadores con discapacidad en España se realiza de forma sencilla, pero que, a partir de ahí, esto es, en empresas de más de 150 trabajadores "el cumplimiento de la cuota se hace más difícil"⁶⁵⁸. También señala cómo hasta llegar a 52 trabajadores se observan dificultades para emplear a personas con discapacidad lo que se explicaría por una "falta de previsión" empresarial.

Al igual que abordamos en el apartado precedente, se podría contemplar la excepción del cumplimiento de la obligación a determinados sectores o actividades que por su naturaleza hagan dificultoso el empleo de personas con discapacidad⁶⁵⁹. No obstante, estas limitaciones hemos de mirirlas con especial recelo ya que sus razones pueden estar arraigadas a la noción del desempleo de tareas peligrosas o difíciles para personas con discapacidad, lo que "es contrario al objetivo de integración y refuerza los estereotipos negativos de discapacidad"⁶⁶⁰, siendo además opuesto al sentido del modelo relacional de la discapacidad⁶⁶¹. Es por ello que estimamos no convenientes las limitaciones o el tratamiento diferenciado de sectores. El empleo de una persona con discapacidad debe ser posible en todos los sectores por igual, mediante la eliminación de las barreras existentes. Por tanto, las imposibilidades del cumplimiento de la medida han de ser justificadas y debidamente acreditadas de forma individual, tal y como ahora está previsto, empero con las reformas que hemos propuesto *ut supra*.

⁶⁵⁸ Aclara el estudio que no es válido para empresa de mucho más tamaño debido al método de estudio que utiliza. Vid. MALO OCAÑA, M.Á. y PAGÁN RODRÍGUEZ, R, "*Hiring workers with disabilities when a quota requirement exists: The relevance of firm's size*" en AA. VV. (MALO OCAÑA, M.Á. y SCIULLI, D. (eds.), *Disadvantaged workers*, Springer, Dordrecht, 2014 pp. 49-63, Accesible en: https://www.researchgate.net/publication/293290952_Disadvantaged_Workers_Empirical_Evidence_and_Labour_Policies, pág. 14.

⁶⁵⁹ Piénsese, acorde con el artículo 3.4 de la Directiva 2000/78/CE en las actividades militares en relación con la discapacidad física. No obstante, entendemos que estas personas tendrían cabida y plena productividad en otros puestos llevados a cabo dentro de la misma institución como, por ejemplo, los de oficina.

⁶⁶⁰ THORNTON, P., *Employment Quotas... op. cit.*, pág. 67.

⁶⁶¹ Si el trabajo es imposible en relación con las diferencias orgánicas o funcionales de la persona, estamos hablando de incapacidad, pero ¿quién de nosotros en este mundo diverso no está incapacitado para realizar algún tipo de actividad?

Dicho lo anterior, parece recomendable la rebaja del umbral mínimo de la plantilla exigible, no solo para equipararnos a países de nuestro entorno, sino para adaptarlos a la estructura empresarial existente en nuestro país, tratando de buscar, además, satisfacer la obligación de forma homogénea en todo el territorio nacional. Sobre estas características nos detendremos en más adelante, ahora señalaremos, como una opción sugerente en este sentido, la regulación italiana de la reserva, que diferencia entre: plantillas de entre 15 y 35 personas trabajadoras, con obligación de emplear a una persona trabajadora con discapacidad; plantillas de entre 36 y 50 personas trabajadoras, con obligación de emplear a 2 personas trabajadoras con discapacidad, y plantillas superiores a 50 personas trabajadoras que han de emplear a un 7% con discapacidad⁶⁶².

Centrándonos en las deficiencias técnico legislativas que sobre esta cuestión han ido apareciendo en el análisis efectuado en el capítulo anterior, comenzaremos por señalar la necesidad de que se realice *ex lege* una habilitación a la norma reglamentaria para determinar las reglas del cómputo de la plantilla, ya que, a nuestro juicio, estamos ante una cuestión controvertida, y ello puesto que las previsiones del *Real Decreto 364/2005* establecen particularidades que tienen difícil amparo en la regulación dada a la medida en el artículo 42 LGDPD. Unido a ello nos encontramos con la problemática de que no resulta evidente si las reglas allí contenidas son para el cálculo de la plantilla, tal y como mantenemos en concordancia con el Criterio Técnico 98/2016 ITSS⁶⁶³ o, tal como expresamente dispone “a los efectos del cómputo del dos por ciento de trabajadores”. Por otro lado, en el ámbito del acceso al empleo público se aprecian lagunas de regulación en cuanto al instrumento en el que ha de efectuarse el reparto y la distribución de plazas *ex* artículos 2 y 3 del RD 2271/2004, quedándose sin especificar si es la OEP o la convocatoria. Nos posicionamos a favor de la OEP en tanto que, como se justificó, es el instrumento más garantista para ello. En esta esfera, son habituales las referencias a porcentajes desactualizados, como las efectuadas en los artículos 3.2 y 5 de la norma reglamentaria precitada referidos a los límites de acumulación y los porcentajes en promoción interna y contratación temporal.

3. LA EFICACIA REAL DE LA RESERVA DE EMPLEO. ASPECTOS CRÍTICOS Y PROPOSICIONES DE MEJORA

Hemos calificado a la cuota reserva como el ejemplo más claro de medida de discriminación inversa y como tal, hemos podido comprobar cómo parte del sector doctrinal la ha acusado de no conseguir los logros pretendidos. Nos

⁶⁶² Artículo 3.1 de la Ley nº 68, de 12 de marzo 1999 (Legge 12 marzo 1999, n. 68 "Norme per il diritto al lavoro dei disabili" pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 68 del 23 marzo 1999 - Supplemento Ordinario n. 57).

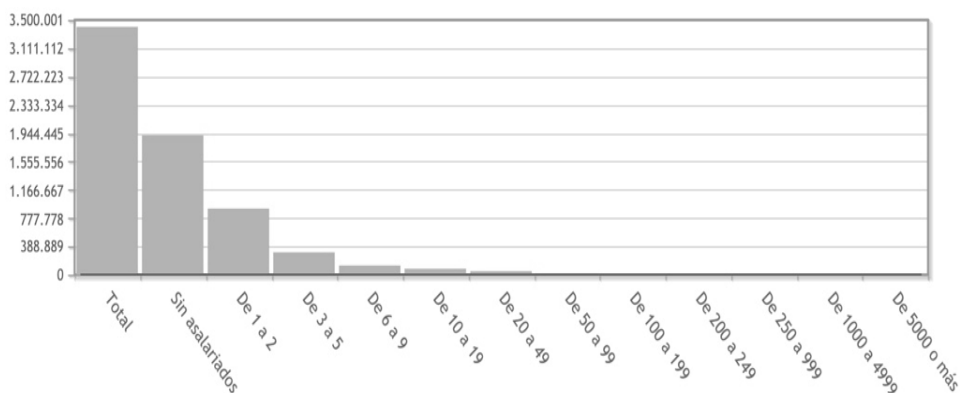
⁶⁶³ Pág. 7 del citado Criterio Técnico.

dedicaremos en este último epígrafe a analizar la eficacia de la medida y, en último término, a proponer vías de mejora.

3.1. Las barreras circunstanciales del mercado de trabajo español

Realzamos en el capítulo primero de esta obra la conexión íntima existente entre el empleo de las personas con discapacidad y los factores estructurales del mercado de trabajo de cada país. Se intentó poner de relieve la relación directa entre el nivel de desempleo y las dificultades de acceso de las personas con discapacidad al mercado de trabajo. Si más elevado es el nivel del primero, mayores son las dificultades de encontrar un empleo o mantenerlo. Pues bien, teniendo presente que la medida de reserva está vinculada a la demanda de empleo de la empresa o a las plazas vacantes en el ámbito de lo público, tanto para el nacimiento de la obligación como para la cuantía de la misma, resulta trascendental la adecuación de los sujetos pasivos a la estructura productiva del país, para lo que habrá de tenerse presente cómo está distribuido el empleo en función del tamaño de las empresas existentes y su dispersión a lo largo y ancho de nuestro territorio.

Si observamos los datos de la estructura empresarial española según el número de personas trabajadoras empleadas vemos que, de las 3.404.428 empresas contabilizadas en el año 2020, la inmensa mayoría, esto es 3.250.660, emplean a menos de 10 personas trabajadoras, y únicamente 26.369 emplean 50 o más trabajadores⁶⁶⁴. El siguiente gráfico resulta muy ilustrativo:



Fuente: INE, Explotación Estadística del Directorio Central de Empresas, Estrato de asalariados, Total, 2020

Teniendo en consideración que, de conformidad con la normativa de aplicación, esta obligación de cuota no incumbe a todas las empresas sino exclusivamente a las que empleen a un número igual o mayor a 50 personas trabajadoras, las únicas empresas que van a considerarse obligadas a contratar a

⁶⁶⁴ Datos del INE, Directorio Central de Empresas (DIRCE), enero de 2020, *Empresas por estrato de asalariados y condición jurídica*.

personas con discapacidad representan menos de un 1%⁶⁶⁵ del empresariado español. Como consecuencia de lo anterior, los efectos que le hemos atribuido a la medida a lo largo de este trabajo se diluyen. No solo los efectos más aparentes y que son propios del objetivo redistributivo de la medida, esto es, la incidencia real sobre el empleo del colectivo, sino, de forma más trascendental, su impacto repercute sobre las barreras culturales y su eventual supresión. En efecto, un estricto cumplimiento de la medida tendría una mínima trascendencia en el problema de fondo tanto en los datos cuantitativos de empleo como en las barreras sobre las que se incide. Desde la más fecha más antigua de la que obran datos en el INE, el ejercicio 1999, se aprecia una clara estabilidad de estos índices, lo que hace presagiar un futuro sin grandes cambios al respecto⁶⁶⁶.

Importantes repercusiones tienen en los efectos de la medida si atendemos a las diferencias regionales existentes en el tejido empresarial y el número de personas asalariadas. Solo las Comunidades Autónomas de Madrid (5.853), Cataluña (5.607), Andalucía (3.026), Valencia (2.689), País Vasco (1.520), Galicia (1.165) y Canarias (1.098) superan el millar de sujetos obligados del total de los aproximadamente veintiséis mil existentes. Se puede constatar además que estas regiones no coinciden en su totalidad con las que tienen más personas con grado de discapacidad reconocido. En este sentido, las siete CCAA en números absolutos con más personas con grado de discapacidad superior al 33% reconocido son: Andalucía (551.753); Cataluña (522.616); Comunidad Valenciana (346.662); Comunidad de Madrid (327.476); Galicia (211.010); Castilla y León (165.252); Región de Murcia (159.025)⁶⁶⁷.

Esta cuestión nos lleva a plantearnos el diferente trato que proporciona la actual regulación de la reserva al colectivo, al causar desigualdades fácilmente apreciables en función de dónde resida la persona con discapacidad, en teoría teniendo las mismas oportunidades de empleo, estas resultan más numerosas en regiones donde se ubican la mayor parte de las empresas obligadas⁶⁶⁸. Estas

⁶⁶⁵ Según los datos anteriormente esgrimidos representarían aproximadamente un 0,77%.

⁶⁶⁶ Véase unas estimaciones detalladas en un supuesto de cumplimiento íntegro de la cuota reserva en RODRÍGUEZ CABRERO, G.; GARCÍA SERRANO, C. y TOHARIA, L., *Evaluación de las políticas de empleo para personas con discapacidad y formulación y coste económico de nuevas propuestas de integración laboral*, Ediciones Cinca, Madrid, 2009, pp. 94 y 95, en la que se concluye que “incluso con el cumplimiento estricto de la cuota del 2 por cien en las empresas de más de 50 trabajadores no se lograría un volumen de empleo importante de forma que únicamente ampliando el cumplimiento de la cuota a las empresas con plantillas entre 20 y 49 trabajadores y, en su caso, ampliando la cuota al 3 o al 4 por cien se lograría un nivel de ocupación relevante”.

⁶⁶⁷ OED, *Informe Olivenza*, op. cit., pág. 171.

⁶⁶⁸ En este sentido, el COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observaciones finales...*, op. cit., pág. 12, recomendó a España que, de conformidad con la meta 8.5 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible: “Analice y modifique (...)”

diferencias regionales en cuanto a la potencialidad de la obligación de asumir a trabajadores con discapacidad pueden ser corregidas con la implementación de una reserva que amplíe el ámbito de sujetos obligados a participar en el empleo del colectivo. Nuevamente nos parece oportuno aludir a la regulación italiana. Resultaría interesante la instauración de un mecanismo similar que opere en umbrales menores, que pueden estar situados inicialmente en los 15 o 20 trabajadores, obligando a contratar a un número concreto de personas trabajadoras con discapacidad, a la vez que incrementa su intensidad de forma escalonada hasta requerir un porcentaje de la plantilla. Si se optara, como consideramos oportuno, por el establecimiento de un sistema análogo en el que a partir de las 15 o 20 personas trabajadoras en plantilla se exigiese la contratación de una con discapacidad, el mismo tendría que suponer el aumento del porcentaje general de reserva, aunque no habría por qué situarlo en el 7% establecido en el caso italiano⁶⁶⁹.

A los problemas comentados de la estructura empresarial española y la dispersión geográfica heterogénea de la misma se une el desempleo estructural característico de nuestro país que afecta en mayor proporción al colectivo⁶⁷⁰, lo que no beneficia para llevar a cabo políticas de empleo de esta tipología. Téngase a su vez presente que, del total de empresas obligadas, habrá algunas que se acojan al cumplimiento alternativo de la misma, por lo que siquiera este número nos acerca a conocer su proyección real. A lo comentado se suman las elevadas cotas de incumplimiento de la obligación, cuestión a la que nos referiremos con posterioridad, aunque cabe señalar otro dato llamativo y relativo al porcentaje de asalariados con discapacidad respecto al total de asalariados que cotizan a la Seguridad Social en empresas ordinarias. Este número en el sector privado en el año 2019 fue del 1,6% en las empresas de menos de 50 personas trabajadoras y del 2,2% en empresas de 50 o más, incluyéndose en estas estadísticas “las entidades especializadas en la inclusión social de las personas con discapacidad”⁶⁷¹. Si se excluyen estas entidades, este último índice desciende al 1,9%⁶⁷².

sus leyes, reglamentos y políticas para promover el empleo de las personas con discapacidad en los sectores público y privado, con especial atención a las mujeres con discapacidad y a las personas con discapacidad que viven en las zonas rurales”.

⁶⁶⁹ Si se fija la obligación en empresas de más de 15 trabajadores, el porcentaje general, si se pretende establecer una medida proporcional en cuanto al reparto, sí habrá de establecerse en el 7%.

⁶⁷⁰ Tal y como expusimos en el epígrafe 2.3 del primer capítulo de este trabajo. Véase en este sentido THORNTON, P., Cuotas de empleo..., op. cit., pág. 184 y REY PÉREZ, J.L., *Propuestas...*, op. cit., pág. 401.

⁶⁷¹ INE, *El Empleo de las personas con discapacidad 2019*, Instituto Nacional de Estadística, 2021, pág. 20.

⁶⁷² *Ibidem*, pág. 29.

3.2. El deficiente grado de cumplimiento

Si algo ha caracterizado a la reserva de empleo para las personas con discapacidad desde su formulación primigenia es su deficiente grado de cumplimiento. Ya se ponía esto de manifiesto en el documento político titulado “*Subnormales, minusválidos y enfermos psíquicos de 1977*”⁶⁷³, existiendo, además, numerosas muestras doctrinales y reconocimientos tanto implícitos como explícitos de los poderes públicos que lo corroboran. “Nos encontramos ante una de las normas jurídico-laborales que, desde sus inicios, viene siendo en mayor medida incumplida⁶⁷⁴”, sin que tales incumplimientos sean en muchos casos finalmente perseguidos y sancionados por la Administración Laboral⁶⁷⁵. La cuestión no es baladí, el incumplimiento de la medida de reserva, al igual que ocurriría con otra medida de acción positiva, “no es una mera infracción legal, es un acto de discriminación que vulnera frontalmente el artículo 14 CE⁶⁷⁶”

La primera cuestión que tenemos que poner de relieve es la inexistencia de datos oficiales sobre su grado de cumplimiento⁶⁷⁷. Resulta inverosímil que respecto a una medida del calado de la que nos ocupa no se tenga –que se sepa– un mínimo de estudio y control del cumplimiento, existiendo, además, una obligación formal por parte de las obligadas de informar sobre tal extremo⁶⁷⁸. Adviértase sobre esto último indicado, que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en las “*Observaciones finales sobre los informes*

⁶⁷³ Véase nota al pie núm. 457.

⁶⁷⁴ ESTEBAN LEGARRETA, R., *La reforma...*, op. cit., pág. 200. En el mismo sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *Centros especiales...*, op. cit., pág. 51, el cual indica que “el régimen de cuotas se ha aplicado con una escasa efectividad”. Esta cuestión queda también evidenciada en el *Informe de la Comisión de Política Social y de Empleo del Congreso de los Diputados* de 28 de octubre de 1992 sobre la Problemática de los Minusválidos donde se expone que “es evidente que las circunstancias del mercado laboral han afectado a la contratación de personas minusválidas. Esto ha propiciado que las exigencias del mercado laboral en cuanto a formación y capacitación hayan sido mucho más competitivas. Esto no justifica el incumplimiento en reiteradas ocasiones de la normativa sobre reserva del dos por ciento” (pág. 5).

⁶⁷⁵ NIÑO RÁEZ, E. “Integración laboral”, en AA. VV. (Secretaría Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía coord.) *Realizaciones sobre discapacidad en España. Balance de 20 años*, Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía, Madrid, pp. 179-212, pág. 197.

⁶⁷⁶ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *El valor de la igualdad...*, op. cit., pág. 68. Apunta el autor que la medida de acción positiva está en el contenido mismo del derecho a no ser discriminado.

⁶⁷⁷ El informe del INE, *El Empleo...*, op. cit., pág. 29, recoge expresamente que la estadística “no permite evaluar el grado de cumplimiento de la cuota de reserva (es decir, el porcentaje de empresas que la cumplen)”.

⁶⁷⁸ En virtud del artículo 5 del Real Decreto 1451/1983. Se recoge en MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, *Estrategia global de acción...*, op. cit., pág. 20, lo siguiente: “Veinticinco años después de su puesta en marcha, si bien no existen datos oficiales, es un hecho que la cuota, por causas diversas, no se cumple plenamente por la totalidad de las empresas obligadas”.

periódicos segundo y tercero combinados de España” del año 2019⁶⁷⁹, se muestra preocupado por “La falta de información sobre la aplicación de las leyes contra la discriminación, incluidas las disposiciones sobre la discriminación directa e indirecta y la denegación de ajustes razonables, en el lugar de trabajo” y, así mismo por “el hecho de que no se cumpla con la cuota establecida en el texto revisado de la Ley núm. 9/2017 de Contratos del Sector Público”⁶⁸⁰.

A falta de estos datos públicos –mostrando nuestra preocupación al respecto tal y como lo hace el Comité–, podemos acudir a estudios privados para corroborar lo antedicho. El estudio más reciente que contiene información al respecto se titula “Las empresas de la economía social y solidaria como palanca de creación de empleo para las personas con discapacidad”, del año 2015, y fue elaborado por CEPES y la Fundación Once. En él se recoge que en ese año solo el 51,8% de las empresas de la economía ordinaria cumplía la cuota⁶⁸¹. En el mismo año la Fundación Prodis encargó a la *IE University Legal Clinic* la realización de un estudio de este tipo para la Comunidad de Madrid que arroja resultados similares: de 560 empresas seleccionadas de las que respondieron 60, es decir, un 10,7%, solo un 55% declararon emplear a personas con discapacidad⁶⁸². De los índices esgrimidos en el apartado anterior en los que se comprobaba que las empresas obligadas contaban con aproximadamente un 2% de personas con discapacidad en las plantillas podríamos extraer anticipadamente la conclusión errónea de un generalizado cumplimiento de la obligación, sin embargo, esto no es tal como parece. Otros estudios estadísticos nos muestran la existencia en nuestro país de grandes empresas –la gran mayoría– por debajo del 2% y algunas otras –pocas– muy por encima de este porcentaje⁶⁸³.

⁶⁷⁹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España*, Aprobadas por el Comité en su 21er período de sesiones (11 de marzo a 5 de abril de 2019) (CRPD/C/ESP/CO/2-3), pág. 12.

⁶⁸⁰ Entendemos que con la referencia a la Ley 9/2007, el Comité se refiere a las reservas de empleo que, aunque no estén reguladas en dicha norma, tienen su reflejo –tal y como vimos– con la prohibición de contratar recogida en el artículo 71.1d).

⁶⁸¹ CEPES Y FUNDACION ONCE, *Estudio economía social y empleo personas con discapacidad (diagnóstico de situación)*, Abay Analistas Económicos, 2015, pág. 16. Accesible en: <https://www.cepes.es/publicaciones>.

⁶⁸² IE UNIVERSITY LEGAL CLINIC, *Estudio del instituto de empresa sobre el cumplimiento de la Ley de discapacidad en empresas de Madrid*, Fundación Prodis, 2015, pág. 15. Accesible en: <https://www.fundacionprodis.org/wp-content/uploads/2015/08/Informe-Prodis-Ley-Discapacidad.pdf>. Véase un interesante estudio sobre el cumplimiento de la cuota en Empresas de Economía Social y barreras existentes en la incorporación de personas con discapacidad en SANTERO SÁNCHEZ, R.; CASTRO NÚÑEZ, B., MARTÍNEZ MARTÍN, I. y GUILLÓ RODRÍGUEZ, N., “Integración de personas con discapacidad en la Economía Social. Elementos facilitadores y obstáculos detectados en la incorporación del colectivo”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, Nº 88, 2016, pp. 29-59.

⁶⁸³ Vid. MALO OCAÑA, M.Á. y PAGÁN RODRÍGUEZ, R, *Hiring workers...* op. cit., pág. 62.

El cumplimiento de la obligación legal por parte de las empresas es fundamental para la inclusión del colectivo en el empleo, sin embargo, resulta esencial centrarse en el motivo que conduce al empresario al cumplimiento de la norma. Un cumplimiento basado en un argumento *ad baculum* no incide sobre la eliminación de las barreras y por ende tampoco solventa el problema que afrontan las personas con discapacidad en el acceso al empleo. En este sentido, PATRICIA THORNTON⁶⁸⁴ clasificó a los obligados según la conciencia en el cumplimiento de la medida en las siguientes tres categorías:

- Empresas socialmente responsables: Serían las que tienen asumida la concepción social de la discapacidad y cumplen con la reserva de empleo de forma espontánea porque están movidas por ese ideal. Lo más común es que se dé en entidades del tercer sector que trabajen sobre la materia.
- Empresas meramente cumplidoras: Estas no han asumido el modelo social de la discapacidad y cumplen con la obligación para evitar sanciones. En estos supuestos, asumir la reserva –y con ello la contratación de personas con discapacidad como una obligación– produce un aumento de los prejuicios y estigmas negativos sobre el colectivo. También incluiríamos aquí a las empresas que cumplen motivadas por la recepción de incentivos económicos a la contratación. A su vez se benefician de la imagen pública positiva que conlleva el empleo de personas con discapacidad. El cumplimiento lo realizan sin asumir el compromiso que supone la creación de empleo para las personas con discapacidad.
- Empresas incumplidoras: Son las empresas que no observan la obligación de reserva.

Podríamos decir que las principales críticas a las que se enfrenta el sistema de reserva están basadas en que el comportamiento imperante o frecuente por parte de los obligados es el segundo. Ciertamente debemos considerar que el primer grupo, al asumir como propia la actuación, permite aseverar que la medida es completamente efectiva ya que, mediante su implantación, se estarían derribando multitud de barreras que impiden el acceso al empleo del colectivo. Es cierto que la segunda categoría actitudinal no es la óptima, el tener una visión de la cuota como la necesidad de cumplir la obligación es perjudicial en todos los sentidos y desde luego no es acorde a la concepción de la discapacidad actual ya que supone el tratamiento de la persona con discapacidad desde una creencia errónea de que posee menos potencial que el resto. Aún así estimamos que el mero cumplimiento de la reserva tendrá potencial transformador en la conciencia

⁶⁸⁴ *Ibidem*, pág. 186.

del obligado, allanando –tal vez a largo plazo– el camino para alcanzar el estadio superior. Este paso podría verse favorecido si la medida de reserva se complementase con otras centradas en la educación y concienciación sobre discriminación y discapacidad.

En lo relativo al ámbito del empleo público, la reserva proporcional de plazas en las OEP suele generalmente ser respetada en el ámbito estatal y autonómico⁶⁸⁵. Aún observándose algunos defectos formales que pueden perjudicar los derechos de las personas con discapacidad⁶⁸⁶, el principal problema de este ámbito se detectaba en el número de aspirantes finalmente seleccionados, escollo que parece que se ha ido solucionando con el paso de los años⁶⁸⁷. A estos efectos, el RD 2271/2004 establece en su artículo 13.1 que “el Ministerio de Administraciones Públicas establecerá un sistema de indicadores y registros que permita disponer de información estadística exacta, actualizada y global del acceso e ingreso de personas con discapacidad al empleo público”. Asimismo, el apartado segundo obliga al Ministerio de Administraciones Públicas a que con carácter anual elabore “un informe balance en el que constará toda la información y las estadísticas relevantes producidas en el período sobre acceso de personas con discapacidad al empleo público. Dicho informe balance se elevará, para su conocimiento, a la Comisión Superior de Personal y al Consejo Nacional de la Discapacidad”. Del último informe

⁶⁸⁵ No obstante, siguen llamando la atención algunos casos particulares en los que aun habiéndose adoptado compromisos sobre el particular se incumplen los mismos y la normativa. Véase el caso de la Ciudad Autónoma de Melilla en el que el incumplimiento consciente viene siendo reiterado y reconocido como se puede comprobar en la prensa: <https://elfarodemelilla.es/habracuatro-plazas-oposicion-personas-discapacidad/>). Pese a ello, en la última OPE, correspondiente al año 2020, no se reserva plaza alguna para persona con discapacidad. Véase el *Acuerdo del Consejo de Gobierno de fecha 24 de julio de 2020, relativo a la aprobación de la oferta de empleo público para el año 2020* (BOME 31 de julio de 2020).

⁶⁸⁶ Pueden ser de muy diversa índole. Señalamos a modo ejemplificativo auspiciado por la ambigüedad normativa al respecto, la Oferta de Empleo Público del Excmo. Ayuntamiento de Valencia para el año 2020 (BOPV 14 de enero de 2021), en la que se establece: “Segundo. - Reservar el 7% del total de plazas ofertadas para ser cubiertas por personas con un grado de discapacidad igual o superior al treinta y tres por ciento. *La concreción se verificará en las bases de las correspondientes convocatorias de los procesos selectivos, sin que pueda efectuarse la reserva en los procedimientos selectivos para el Cuerpo de la Policía Local y el de Extinción de Incendios*”. Como se observa, la no delimitación y especificación de en la OEP de los cuerpos o escalas con reserva de plazas, pese a encontrarse bajo la legalidad en consideración con el tenor literal de la norma, genera inseguridad e indefensión a las personas con discapacidad a la hora del ejercicio de su derecho, tanto a la hora de concurrir a las mismas, que no conocen cuáles de las plazas tendrá reserva, como en la posibilidad de impugnación de las convocatorias concretas.

⁶⁸⁷ Véase un análisis riguroso de los datos de este ámbito del empleo en INAP, *Libro blanco sobre acceso e inclusión en el empleo público de las personas con discapacidad*, Instituto Nacional De Administración Pública, Madrid, 2015, pp. 55 a 68.

elaborado⁶⁸⁸, correspondiente al ejercicio 2017, se desprenden datos bastante relevantes para nuestro estudio.

La primera cuestión que hemos de resaltar es que, de las 6.988 plazas totales convocadas en el ámbito de la AGE se reservaron para personal funcionario por turno libre únicamente trescientos cuarenta para personas con discapacidad, situándose la reserva efectiva por debajo de umbral del 7% de reserva en este ámbito territorial⁶⁸⁹ (concretamente el 4,86%). No obstante, ello se debe a que el porcentaje de reserva del 2% correspondiente a las personas con discapacidad intelectual, se realiza en su totalidad sobre el personal laboral⁶⁹⁰. Sin embargo, sigue existiendo un margen de 0,14% entre las plazas efectivamente reservadas y la exigencia legal, cuestión que puede deberse a los efectos de las deficiencias legislativas y reglamentaria en orden a los redondeos y en cuanto a las acumulaciones de plazas antes aducidas. Estos aspectos, cuya repercusión en términos globales no es demasiado significativa para la eficacia de la medida, merecen ser depurados para una mejor precisión de la misma en su aplicación en ámbitos donde las plazas convocadas sean menos numerosas y pueda desvirtuarse la obligación, tal y como expusimos. No obstante, es llamativo que esta cuestión se invierta en lo que respecta a la promoción interna, en la que el porcentaje de reserva efectivo fue del 7,35%⁶⁹¹. Digno de mencionar es también la tendencia al alza de las personas con discapacidad presentadas a las pruebas y aprobadas con relación a las plazas ofertadas⁶⁹² que se expresan en los siguientes gráficos:



⁶⁸⁸ DIRECCIÓN GENERAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, *Informe sobre acceso de personas con discapacidad al empleo público en la administración general del estado ejercicio 2017*, Ministerio de Política Territorial y Función Pública, 2020.

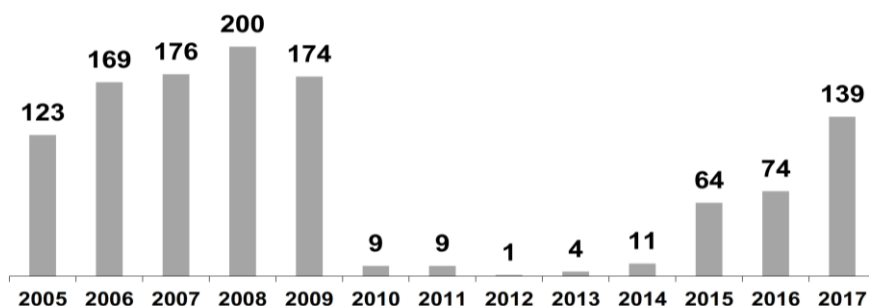
⁶⁸⁹ *Ibidem*, pág. 6.

⁶⁹⁰ Ponemos de manifiesto que no llegamos a comprender tal segregación, la cual se justifica en el informe que tratamos en las "características específicas" del colectivo. *Ibidem*, pág. 26. En la OEP para la AGE de 2020 aprobada por el Real Decreto 936/2020, de 27 de octubre, se continúa con el citado criterio, si bien, para la promoción interna de funcionarios sí se reserva 180 plazas para este colectivo.

⁶⁹¹ *Ibidem*, pág. 7. De las 4.270 plazas convocadas se reservaron para personas con discapacidad 314.

⁶⁹² *Ibidem*, pág. 11. En el año 2017 se presentaron 2417 personas con discapacidad y aprobaron las pruebas correspondientes 139.

Número de personas con discapacidad aprobadas,
consecuencia de las OEP 2005-2017. Turno libre



Fuente: DIRECCIÓN GENERAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, Informe sobre acceso de personas con discapacidad al empleo público en la administración general del estado ejercicio 2017, Ministerio de Política Territorial y Función Pública, 2020

Un dato significativo de esta problemática que mencionamos se refiere a la actividad de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social en el año 2019 en el área de empleo. Así, la integración laboral de las personas con discapacidad supuso en el ejercicio de referencia el segundo mayor número de las actuaciones con un 26,39% respecto al total del área, por detrás de las comprobaciones sobre obligaciones formales y documentales de empresarios⁶⁹³. En todas ellas se comprobó el cumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, realizándose concretamente un total de 3.263 actuaciones⁶⁹⁴. De las mismas se detectaron 371 infracciones, lo que supone un aumento en un 42,7% respecto al año 2018, en el que además se llevaron a cabo más actuaciones⁶⁹⁵. En las acciones formativas de la ITSS, tanto centrales como regionales, la materia de la cuota reserva suele tener un bajo interés por los funcionarios del cuerpo, siendo estas de las actividades que menos afluencia de alumnos tienen⁶⁹⁶.

Sin duda, un incremento de la actividad inspectora en la materia podría suponer la mejora en los índices de cumplimiento de la medida, y con ello, el progreso en la situación de las personas con discapacidad en el acceso al empleo⁶⁹⁷. De la misma forma, del régimen sancionador actual se puede atisbar

⁶⁹³ MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *Informe anual 2019 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2020, pág. 98.

⁶⁹⁴ *Ibidem*, pág. 99.

⁶⁹⁵ En 2018 se realizaron 3.428 actuaciones de las que se detectaron 260 infracciones. *Ibidem*, pág. 103.

⁶⁹⁶ *Ibidem*, 44 y 46.

⁶⁹⁷ En este sentido, PÉREZ PÉREZ, J., *Discapacidad y acción positiva...*, op. cit., pág. 537. En el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2018/2020, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018, se contiene dentro de sus objetivos el "mejorar la garantía de cumplimiento de la legislación en materia laboral y de empleo" (objetivo número 6) (...)

una desconexión entre las sanciones previstas y la culpabilidad del sujeto infractor que, aunque pueda quedar modulada por aplicación de los criterios de graduación contenidos en el artículo 39 LISOS⁶⁹⁸, parece conveniente fijar unas reglas que no se sometan a la discrecionalidad del órgano competente para acomodar el *quantum* de la sanción al nivel de incumplimiento, sino que sean directamente proporcionales según el número o el porcentaje de personas con discapacidad dejados de contratar como así ocurre con las sanciones fijadas en el artículo 40 e) LISOS.

3.3. El reflejo de la reserva de empleo en la negociación colectiva: especial referencia a la provincia de Málaga

Descendemos en el presente epígrafe a la negociación colectiva, la esfera regulatoria más cercana al colectivo y a los sujetos obligados con relación a la reserva de empleo. Puesto que a lo largo de la exposición de la medida se han referido las posibilidades de regulación y modulación de la medida en estos instrumentos normativos, nos limitaremos aquí a comprobar la presencia de este tipo de cláusulas en la negociación colectiva. Huelga recordar las posibilidades limitadas de la misma que según consideramos tendrá vetados aspectos trascendentales como los motivos de excepcionalidad o las medidas alternativas aplicables. No obstante, respecto a la obligación principal, resulta perfectamente admisible y, en cuanto a lo que se expone, resulta altamente recomendable, la fijación de unos porcentajes más altos de reserva en la negociación colectiva, siempre y cuando queden salvaguardados los límites de proporcionalidad a los que han de quedar sujetos toda medida de acción positiva⁶⁹⁹. Lo propio permitiría, no solo acercarnos a la igualdad de oportunidades pretendida⁷⁰⁰, sino la adaptación de la medida a la estructura empresarial española y a los diversos sectores de actividad.

Sin embargo, las virtudes que ofrece en la práctica la negociación colectiva, tanto para depurar las deficiencias e imperfecciones legales y

y entre las líneas de actuación “potenciar la eficacia de la actuación de la ITSS en materia de integración laboral de las personas con discapacidad (...)” (línea 60).

⁶⁹⁸ Recuérdese que además de los criterios generales contenidos en el apartado primero del citado artículo, el apartado segundo contiene una modulación al alza de los efectos de la reincidencia en la comisión de la infracción que van más allá de lo previsto en el artículo 41 LISOS.

⁶⁹⁹ Sobre la admisibilidad legal de esta posibilidad, Vid. ESTEBAN LEGARRETA, R. *Contrato de trabajo...*, op. cit. pp. 99 y 100.

⁷⁰⁰ Para CHARRO BAENA, P.: “Precisamente en esta etapa previa a la colocación, la acción de la negociación colectiva tiene un papel sumamente importante a la hora de garantizar el principio de igualdad de oportunidades, promoviendo la inclusión de cláusulas en los convenios colectivos que incorporen medidas y acciones que faciliten el empleo a determinados colectivos (...)”. Vid. CHARRO BAENA, P., “El acceso al empleo, la contratación y la promoción profesional”, en AA. VV. (SÁNCHEZ TRIGEROS, C., dir.) *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de empleo y Seguridad Social, Serie Relaciones Laborales Núm. 111, 2016, pp. 99-146, pág. 106.

reglamentarias de la medida como para su adecuación plena al ámbito geográfico y funcional español, como de seguida se muestra resultan ignoradas y desaprovechadas por los interlocutores sociales. Especial trascendencia le otorgaba la Estrategia Global de Acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012 a la negociación colectiva con relación a la cuota, conteniendo propuestas dirigidas a los interlocutores sociales como partícipes del fomento y la inserción en el empleo ordinario del colectivo⁷⁰¹.

Para la realización de este somero análisis, aludimos a instrumentos negociados para el ámbito territorial de la provincia de Málaga en la medida en que nos puede resultar más afín. Esta circunscripción territorial se justifica en un análisis profundo de todos los instrumentos provinciales vigentes en aquella área geográfica y, finalmente, unas reflexiones acerca de la posibilidad de que los datos aquí extraídos sean extrapolables a ámbitos territoriales superiores con base a otros estudios doctrinales. Sin perjuicio de ello, se hará alusión a otras normas de ámbito distinto que, por sus particularidades concretas, merezcan ser señaladas.

En primer término, hemos de hacer una llamada de atención sobre la común falta de actualización de estos instrumentos tanto en lo que respecta a la obsoleta terminología utilizada para referirse a las personas con discapacidad⁷⁰², como por sus frecuentes menciones a la derogada LISMI⁷⁰³, lo que probablemente se haga por inercia⁷⁰⁴. Cuestiones que no han de tener cabida en la regulación reciente.

En lo que se refiere al ámbito objetivo de la obligación principal, las mejoras del porcentaje de reserva son cuantitativamente insignificantes⁷⁰⁵. Se

⁷⁰¹ Véase las pp. 25, 39, 89 y 93 del citado documento. Las mismas previsiones ya venían conteniéndose en las Estrategias anteriores, véase a modo ejemplificativo el *II Plan de acción para las personas con discapacidad 2003-2007*, pág. 95, en el que mediante línea de actuación nº 232 se pretende “impulsar un mayor protagonismo e implicación de los agentes sociales en el fomento de empleo y en la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas con discapacidad a través de la negociación colectiva”, siendo la medida 232.3 el “Impulso de Acuerdos sobre el cumplimiento de la cuota de reserva o de las medidas alternativas de carácter excepcional”.

⁷⁰² Véase a modo de ejemplo el *Convenio Colectivo de Sector Derivados del Cemento de la provincia de Málaga* (Código de Convenio 29000125011981) (BOP Málaga de 31 de julio de 2019), en el que se menciona a los mismos como disminuidos físicos y psíquicos.

⁷⁰³ Véase el *Convenio colectivo del Sector de Automoción de la provincia de Málaga* (Código de Convenio 29000425011981) (BOP Málaga de 26 de septiembre de 2017).

⁷⁰⁴ Vid. ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., *Cláusulas de empleo...*, op. cit., pág. 445.

⁷⁰⁵ *Convenio colectivo: Servicios de Limpieza Integral de Málaga III, Sociedad Anónima* Código convenio colectivo: 29001042011981 (BOP Málaga de 12 de diciembre de 2019) artículo 17 se dispone que “la empresa y los representantes de los trabajadores/as acuerdan que se contrate a personas con minusvalía hasta un número que represente el 3 por 100 del personal fijo, siempre de acuerdo a lo que señale la normativa vigente de aplicación” o el *Convenio Colectivo de la Industria del Calzado*, (BOE 22 de julio de 2019) el cual establece en su artículo 53 con el título de “capacidades diferentes” que dispone lo siguiente: “En orden a la colocación de personas con discapacidad tendrán las preferencias establecidas en su normativa específica y las Empresas

(...)

observa también en algunos convenios el intento de otorgar mayor protección a las “personas con discapacidad susceptibles de ser objeto de un mayor grado de discriminación”⁷⁰⁶ como pudiera ser el ejemplo de la disposición contenida en el artículo 67 del Convenio Colectivo de la Hostelería de Málaga⁷⁰⁷ en el que se establece que las empresas “vendrán obligadas a que de entre ellos (refiriéndose a los trabajadores), al menos, el 2% sean trabajadores discapacitados, donde si fuese posible un 1% como mínimo, tengan una discapacidad de un 65% o más”. Como se observa, dicha prescripción se realiza con efectos programáticos, una mera declaración de intenciones, toda vez que una estipulación imperativa en este sentido sería contraria al artículo 42 LGDPD, que requiere el empleo de trabajadores con discapacidad sin distinción del grado reconocido siempre y cuando se iguale o supere el 33% de acuerdo con el artículo 4.2 del mismo texto según la interpretación –no pacífica– que hemos desarrollado a lo largo de este trabajo. Por el contrario, resulta sorprendente la facilidad de localizar convenios que regulan de forma deficiente la obligación que nos ocupa fijando un cómputo de la plantilla distinto al establecido legalmente⁷⁰⁸.

de más de cincuenta personas fijas habrán de reservarles hasta un cinco por ciento de su plantilla”. Como se comprueba en este último supuesto, se crea una obligación adicional a las empresas ya que el cómputo se realiza sobre las personas trabajadoras fijas, teniéndose que reservar respecto a las mismas un 3% o un 5%, respectivamente, de puestos a personas con discapacidad.

⁷⁰⁶ Concordante con la obligación establecida en el artículo 67.1 LGDPD.

⁷⁰⁷ *Convenio colectivo del Sector de la Hostelería para la provincia de Málaga (Código de convenio colectivo 29000945011981) (BOP Málaga 23 de agosto de 2018).*

⁷⁰⁸ *Convenio de Industrias de la Construcción, Obras Públicas y Oficios Auxiliares de Málaga y provincia (Código de Convenio: 29000095011982) (BOP Málaga de 16 de julio de 2018)* en el que se establece en la cláusula adicional cuarta que: “a los efectos de lo previsto en el artículo 42.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y teniendo en consideración que las actividades y trabajos en las obras comportan riesgo para la salud y seguridad de los trabajadores, el cómputo del 2% se realizará sobre el personal adscritos a centros de trabajo permanentes”. Respecto a este particular la redacción de este precepto es idéntica a la que operaba en el art. 5 del Acuerdo Sectorial Nacional para la Construcción sobre Integración Social de Minusválidos de 1998 de la que fue reconocida su validez por la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1999 [Roj: STS 8323/1999] justificando la misma en la posibilidad de excepcionar la cuota reserva en virtud de negociación colectiva aunque condicionaba sus efectos a la normativa de esa época, esgrimiendo que la solución hubiese sido distinta con la redacción de 1999 en la que se añadía “y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente”. Recuérdese que la Disposición Adicional 11 de la *Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, da una nueva redacción al segundo párrafo del artículo 38.1 LISMI, el cual contiene la posibilidad de excepcionar la reserva, para precisar que las medidas alternativas habrían de aplicarse tanto en el supuesto de excepción vía convencional o por opción voluntaria del empresario. La solución hoy, por tanto, debe ser la invalidez de este tipo de cláusulas ya que la inaplicación de la cuota reserva deberá venir fundamentada en estos casos característicos (construcción, obras...) en la excepcionalidad de la situación y por ende, la sustitución de la obligación por la aplicación de medidas alternativas. Con un defecto análogo el *Convenio Colectivo del Sector de Industrias de la Madera de Málaga (Código de Convenio 29000995011981) (BOP Málaga 25 de agosto de 2009)* en el que además de una redacción bastante defectuosa el cómputo se realiza por centro de trabajo y en función de las vacantes. Dispone su artículo 20 que se reserva el 2% de los puestos a: “trabajadores/as con actividad física, psíquica y sensorial, conforme vayan produciéndose vacantes”. Por su parte, el *Convenio colectivo del Sector de Automoción (Código de Convenio: 29000425011981) (BOP Málaga de 26 de septiembre de 2017)* en su artículo 42, sigue haciendo referencia al cómputo de trabajadores fijos, eliminado de la norma hace ya más de 20 años por la *Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*.

Más ardua resulta la búsqueda de convenios que regulen algún extremo con relación a las medidas alternativas. Ningún convenio de ámbito sectorial provincial lo recoge. Tal vez la explicación puede estar en que tanto el artículo 42 LGDPD como su reglamento de desarrollo instan en primer término a regular esta materia a la negociación colectiva de ámbito estatal⁷⁰⁹. El único caso observado en la provincia que hace alguna mención a estas medidas es el artículo 44 del Convenio de Clínicas y Hospitales Privados de Málaga⁷¹⁰ que alude de manera genérica a las medidas alternativas previstas en el RD 27/2000, pese a tratarse de un texto aprobado y publicado en el 2018. Ninguna dificultad habrá en que las empresas afectadas por este convenio puedan aplicar las medidas del texto reglamentario vigente, esto es el Real Decreto 364/2005 puesto que como se mencionó, entendemos que este tipo de normas no podrán limitar las medidas contenidas en él.

De los convenios sectoriales de la provincia de Málaga analizados, solo el 30,77% de ellos contiene alguna referencia a la cuota reserva. Estos datos resultan extrapolables al ámbito autonómico, sin embargo, el estatal presenta unos índices notablemente inferiores⁷¹¹. Si bien existe este porcentaje de convenios en los que se mencionan de alguna u otra forma la obligación de reserva, consagrándose así en cierta medida el compromiso con el fomento del empleo de las personas con discapacidad, en la inmensa mayoría de los casos no se contribuye a mejorar la obligación, sino que se limitan a la reproducción de las disposiciones mínimas. No es menos cierto que “el legislador no ha conferido el espacio que, por su naturaleza, correspondería a la negociación colectiva”, cuestión que, a su vez, tampoco “ha facilitado que los agentes sociales incluyan disposiciones convencionales encaminadas a exigir su inclusión en entornos ordinarios⁷¹²”.

Se evidencia, así, un “escaso interés por trasladar al ámbito del convenio el problema de integración laboral de estas personas con discapacidad”⁷¹³, como se puede comprobar del último Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva⁷¹⁴, en el que se prorroga el de 2015, y en el que no existe

⁷⁰⁹ En este sentido, ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., *Cláusulas de empleo...*, op. cit., pág. 451, respecto a los convenios de ámbito andaluz en los que el autor tampoco encuentra mención alguna.

⁷¹⁰ Convenio Colectivo del Sector de Clínicas y Hospitales Privados de la provincia de Málaga (Código de Convenio 29000565011981) (BOP Málaga de 22 de agosto de 2018).

⁷¹¹ Respecto a los convenios publicados entre 2012 y 2014 se encuentran menciones a la reserva de empleo en torno a un 12,4% en el ámbito estatal y un 36,66% en el autonómico. Vid. GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *El complemento...*, op. cit., pág. 170.

⁷¹² Idem, pág. 153.

⁷¹³ ALMENDROS GONZÁLEZ M. A., *Cláusulas de empleo...*, op. cit., pág. 468.

⁷¹⁴ Resolución de 17 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. Está pendiente el acuerdo que ha de entrar en vigor en el presente ejercicio.

pronunciamiento distinto al mero compromiso con el cumplimiento de la cuota reserva. Como adelantamos al empezar este epígrafe, se pierde la oportunidad de depurar la deficiente regulación técnico legislativa de la reserva con estos instrumentos, pero, además, el desaprovechamiento es doble, puesto que la negociación colectiva “constituye uno de los cauces idóneos para la concienciación de la necesidad de contratar personas con discapacidad⁷¹⁵”.

Abundando en lo que nos ocupa, parece necesario que los agentes sociales asuman mayor compromiso con esta medida y que, superando el contenido estricto de la norma, procedan a su desarrollo y la adapten a la realidad del contexto empresarial y de las personas con discapacidad⁷¹⁶, siendo este un medio ideal para ampliar la eficacia de la medida de reserva. Para incidir en ello, y que se comience a profundizar en los convenios sobre el particular, es fundamental la formalización y sensibilización de los interlocutores sociales de modo que estén capacitados para llevar a cabo una política específica dirigida al tratamiento de la discapacidad y los problemas actuales que han de afrontarse. También, resulta preciso y conveniente aumentar la presencia de estas personas en los procedimientos de negociación de los mismos. Sensibilización y empoderamiento⁷¹⁷ son las herramientas de las que debemos dotar a los protagonistas de estas normas. Una buena opción para solventar esta problemática, atendiendo a las virtudes que puede acarrear respecto a la consecución de la igualdad, podría ser la imposición legal de negociar ciertos extremos relativos al empleo de las personas con discapacidad como ocurre en la legislación francesa⁷¹⁸.

Dicho esto, debe subrayarse la imposibilidad de sancionar los incumplimientos de los pactos contractualizados referidos a la medida que nos ocupa⁷¹⁹, cuestión que acrecienta la insuficiente eficacia de la medida en este ámbito y la falta de ejecutividad de la misma⁷²⁰.

3.4. Posibles medidas facilitadoras de la eficacia de la reserva de empleo y de la consecución de igualdad

Tal y como se ha tenido la ocasión de exponer, la configuración actual de la reserva de empleo en nuestro país precisa de una serie de ajustes y medidas complementarias que de forma coherente y armonizada proyecten su propósito

⁷¹⁵ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *El complemento...*, op. cit., pág. 169.

⁷¹⁶ En este sentido refiriéndose en general a la discapacidad en la negociación colectiva *Vid.* FUNDACIÓN FRANCISCO LARGO CABALLERO, *El impacto...*, op. cit., pp. 145 y 146.

⁷¹⁷ *Ibidem.* y, en el mismo sentido PÉREZ BUENO, L.C., *Manual para la negociación colectiva inclusiva en materia de discapacidad*, CERMI, EDICIONES CINCA, Madrid, 2013, pp. 51 y 53.

⁷¹⁸ Véase en este sentido, RIBES MORENO, M.I., *¿Cabe utilizar...*, op. cit., pp. 382 a 385.

⁷¹⁹ Véase epígrafe 3.2.5 del capítulo segundo de este trabajo.

⁷²⁰ En este sentido, FUNDACIÓN FRANCISCO LARGO CABALLERO, *El impacto...*, op. cit., pág. 147.

en la superación y también en la supresión de las barreras existentes en el acceso y mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad. Sin perjuicio de los ajustes y reformas necesarias que hemos señalado en este capítulo y que tienen sentido en aras de acomodar la medida a la CIDPD y depurar las deficiencias técnico-legislativas generadoras de inseguridad jurídica, nos proponemos ahora apuntar tres medidas que, estando íntimamente ligadas a la obligación que hemos estudiado, a nuestro juicio diseñarían un sistema mucho más armonizado, coherente y eficaz.

3.4.1. Los planes de gestión de la discapacidad

En primer lugar y con base en las enormes deficiencias de carácter físico y cultural que se detectan en la sociedad en general y en el mundo empresarial en particular, que guardan íntima relación con la información y formación sobre discapacidad, creemos necesaria la implementación obligatoria de unos programas diseñados para mejorar las oportunidades y condiciones en el empleo de las personas con discapacidad mediante un acercamiento –de la discapacidad– al ente encargado de la contratación.

No tenemos que remontarnos muy atrás en el tiempo para comprobar que esta idea ya ha rondado la mente del legislador. En este sentido, vigente está el precepto que acaricia tal propuesta. Se trata del artículo 43 de la *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social*, el cual dispone que “los poderes públicos fomentarán la adopción por las empresas y por las organizaciones sindicales y empresariales de planes de igualdad a favor de las personas con discapacidad, mediante los incentivos y medidas de apoyo establecidos para ello”. Obsérvese cómo, pese al interés de la medida, desde la implementación de esta obligación de fomento a los poderes públicos, el precepto ha quedado completamente olvidado y no ha sido siquiera desarrollado o implementado mínimamente⁷²¹. Dicho esto, consideramos conveniente rescatar este mandato y otorgarle cumplimiento que merece atendiendo a las repercusiones positivas que pueda desarrollar respecto del tema que aquí nos trae.

En este sentido, recientemente se ha pronunciado ESTEBAN LEGARRETA proponiendo “una reforma legal que obligue a aprobar planes de igualdad en materia de discapacidad para reforzar los derechos de las personas con discapacidad”⁷²². En efecto, como apunta el referido autor, de forma análoga a lo que sucede en la lucha por la igualdad de género, redundaría muy

⁷²¹ Al contrario de la amplitud e importancia que han adquirido medidas análogas en el ámbito de la discriminación por razón de sexo, como pueden ser los planes de igualdad introducidos por la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*.

⁷²² ESTEBAN LEGARRETA, R., “Algunos aspectos estructurales ante el empleo de las personas con discapacidad” *Documentación Laboral*, N° 120, 2020, pp. 11-26, pág. 21.

positivamente en concretas facetas, “entre otras, de la selección y contratación, la promoción o la retribución”⁷²³. Adviértase que estos planes de igualdad de género son preceptivos para las empresas de más de 50 personas trabajadoras⁷²⁴.

Sin perjuicio de la virtualidad que puedan ofrecer estos planes en otras esferas concretas de la discapacidad y el empleo⁷²⁵, nos centraremos en los aspectos conexos estrechamente con la reserva de empleo, ya que entendemos que esta medida supondría un complemento perfecto a la cuota. Como anteriormente hemos puesto de manifiesto, se precisa un esfuerzo de comprensión de la discapacidad por parte de la persona empleadora, pero también de los representantes que negocien los acuerdos colectivos. Consideramos que en estos planes o programas habrían de fijarse las condiciones físicas del lugar de trabajo y, en el caso en que se detecten barreras para personas con discapacidad, adquirirse el compromiso y la responsabilidad de su remoción. Asimismo, entendemos oportuno que en el propio plan se detallasen cada puesto de trabajo y se indicasen los que puedan ser incompatibles con alguna diferencia orgánica o funcional y, en su caso, justificar la tal incompatibilidad, para así corroborar que esta no se debe a barreras impuestas socialmente, sino reales. Entendemos que el hecho de asumir esta responsabilidad y tener que reflexionar sobre la posibilidad de emplear a personas con diferencias orgánicas o funcionales, ayudará a derribar las barreras culturales. En cuanto al contenido, también creemos que sería óptimo que este plan recogiera el cumplimiento de las obligaciones legales con relación a la discapacidad, entre otras, la relativa a la reserva.

Este preceptivo documento podría tener además la utilidad de ser sustituto de las obligaciones formales contenidas actualmente en el artículo 5 del *Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos*. Recuérdese que este precepto obligaba a relacionar “los puestos de trabajo ocupados por trabajadores minusválidos y de aquellos que por sus características queden reservados a los mismos”, obligación que, como vimos, no contienen los modelos normalizados habilitados por las Administraciones Autonómicas, pese a la importancia, como decimos, de esta identificación. No obstante, se propone en estas líneas una obligación en sentido contrario, la de identificar los puestos que no pueden ser

⁷²³ *Ibidem*.

⁷²⁴ No obstante, en virtud de la Disposición transitoria décima segunda de la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, no será hasta marzo de 2022 cuando las empresas de entre 50 y 100 personas trabajadoras se encuentren obligadas. A fecha de hoy sí lo están las empresas de más de 100.

⁷²⁵ Vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., *Algunos aspectos...*, op. cit., pp. 20 a 23.

ocupados por personas con deficiencias de salud junto a los argumentos oportunos y ello puesto que habrá de presumirse que todos los puestos son compatibles con la discapacidad siempre y cuando se remuevan las barreras existentes.

Creemos que a la medida presentada se le podría dotar de una especial trascendencia en aras de acreditar una eventual circunstancia de excepcionalidad por parte de las empresas para inaplicar la medida de reserva. En efecto, pensando en que quedasen obligadas a elaborar “planes de gestión de la discapacidad” las empresas que tuvieran en plantilla los mismos umbrales de personas trabajadoras requeridas para que opere la reserva de empleo –actualmente 50 o más–, quienes pretendiesen optar por la vía excepcional⁷²⁶ deberían acreditar en el momento de la solicitud mediante este plan, la imposibilidad de emplear a personas con algún tipo de diferencia orgánica o funcional y, además, aportar certificado negativo de personas con discapacidad disponibles conforme a lo que comentaremos en el epígrafe siguiente.

Tras la elaboración del programa y su puesta en marcha cabría la posibilidad de galardonar a las empresas con un distintivo que sirva como reconocimiento, pero también de muestra para la sensibilización de la sociedad. Lo propio se viene efectuando en la lucha para la igualdad de género, concretándose en el *Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo “Igualdad en la Empresa”*⁷²⁷ la creación de este distintivo y el procedimiento y condiciones para su concesión. El mismo tiene la finalidad de “reconocer y estimular la labor de las empresas comprometidas con la igualdad”, sin embargo y pese a su denominación, se circunscribe a materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres dejando a un lado a otros colectivos que sufren discriminación en este ámbito, como pudiera ser las personas con discapacidad. Estimamos que podría ser posible un distintivo genérico denominado como “igualdad en la empresa” siempre que requiera a las entidades candidatas la acreditación de toda la normativa relativa a la igualdad de oportunidades.

3.4.2. La creación de un ente público dedicado al fomento del empleo de las personas con discapacidad

Del funcionamiento del mecanismo de la reserva de empleo en nuestro país se ha podido atisbar que tanto el SEPE como las agencias de colocación juegan un papel fundamental puesto que son los encargados de certificar la inexistencia de personas con discapacidad disponibles o dispuestas a cubrir un puesto en la empresa para dar cumplimiento a la obligación de acuerdo con el

⁷²⁶ Recuérdese que hemos precisado que la misma habría de quedar limitada a la circunstancia recogida en la letra a) del artículo 1.2 del *Real Decreto 364/2005*.

⁷²⁷ En el artículo 50.3 de la Ley 3/2007 ya se preveía la creación reglamentaria del mismo.

artículo 1.2 a) del *Real Decreto 364/2005*. En ese caso quedará expedita la vía de las medidas alternativas y el incumplimiento justificado de la reserva de empleo. Sin embargo, hemos puesto de manifiesto las deficiencias de este Servicio Público en cuanto a la vertiente de la colocación y más concretamente con relación a la información sobre discapacidad y a la disposición de una base de datos adecuada de personas con intención de adquirir un empleo⁷²⁸.

Entendemos necesario un refuerzo en este sentido, por lo que planteamos la creación de una institución *sui generis* encargada no solo de la gestión de las ofertas y demanda de empleo a nivel nacional, sino con competencias en ámbitos de formación, información y sensibilización sobre discapacidad tanto a empresarios como agentes sociales y al colectivo; asesoramiento a empresas a la hora del cumplimiento de la normativa legal (cuotas reservas, ajustes razonables...); divulgación de las políticas de empleo existentes en la materia, etc. La misma, compuesta por representantes de la Administración, del colectivo de personas con discapacidad y empresarial tendría como objetivo la inclusión del colectivo en el medio ordinario de trabajo. En definitiva, una agencia especializada en el empleo de las personas con discapacidad y que, junto a las previsiones normativas, faciliten la inclusión del colectivo en el empleo. Consideramos que sería oportuno que la misma ostentara la competencia para declarar la excepcionalidad, así como para gestionar y otorgar los diferentes incentivos⁷²⁹ que prevea la normativa legal.

En este sentido queremos hacer mención a una institución análoga a la que presentamos existente en Francia, la AGEFIPH (*AGir Efficacement pour l'Insertion professionnelle des Personnes Handicapées*)⁷³⁰. Este organismo mixto fundado en 1987⁷³¹ “encarna una figura de paritarismo renovado”⁷³² ya que está dirigido por sindicatos, organizaciones de empleadores, asociaciones nacionales de personas con discapacidad y, en un número reducido, por miembros nombrados por el Estado. Su intervención se centra en tres ejes principales relacionados con: la esfera de la formación y cualificación; la integración directa al empleo mediante medidas de financiación y la intervención en el lugar de trabajo a través de la asistencia a la empresa y a la persona trabajadora para el ajuste de las condiciones de trabajo⁷³³. AGEFIPH se ha convertido en el país

⁷²⁸ Véase epígrafe 1.5 del capítulo segundo.

⁷²⁹ Nos referimos a incentivos directos como pudieran ser subvenciones por empleo con apoyo o por adaptación del entorno de trabajo.

⁷³⁰ Esta institución tiene competencias en el ámbito privado, existiendo una institución análoga en el empleo público, el *Fonds pour l'Insertion des Personnes Handicapées dans la Fonction Publique (FIPHFP)*.

⁷³¹ Ley n.º 87-517 del 10 de julio de 1987.

⁷³² BLANC, A., “L’insertion professionnelle des travailleurs handicapés en France: principes et réalités”, *Pratiques psychologiques*, Vol. 16, núm. 1, 2010, pp. 3–19, pág. 13.

⁷³³ *Ibidem*, pág. 14.

galo “en uno de los principales actores en la integración profesional de los trabajadores con discapacidad⁷³⁴”.

Con relación a la reserva de empleo, la AGEFIPH tiene un papel decisivo en cuanto que gestiona los fondos que pagan las empresas que se eximen de su cumplimiento⁷³⁵. Pero, es más, si la empresa quiere acudir a esta vía excepcional, denominada en aquella legislación como “acuerdos liberatorios”, “la asociación proporciona, antes de la solicitud de aprobación, apoyo, tanto en términos de logística como de financiación⁷³⁶”.

En virtud de lo antedicho estimamos conveniente la instauración de un ente público análogo al señalado que se ocupara de los extremos concernientes al empleo de las personas con discapacidad *ex ante* de la relación laboral, con la preparación, el asesoramiento y mejora de la concienciación tanto de las personas trabajadoras (orientación vocacional, capacitación, formación...) como de las empleadoras en cuestiones relativas al empleo y la discapacidad, así como gestión de ofertas y demandas de empleo. Las labores de este ente también se podrían extender *ex post* de la formalización contractual mediante el apoyo y el seguimiento del empleo, la financiación de programas concretos, la supervisión de los programas de gestión de la discapacidad previamente expuestos, etc. De esta forma se podría convertir en un servicio fundamental que coadyuve a las empresas a la ocupación de personas con discapacidad y al cumplimiento de la cuota reserva, permitiendo, en la otra cara de la moneda, que las personas con discapacidad encuentren un empleo acorde a sus intereses y en un entorno sin barreras. El involucrar en la mayor medida posible tanto a las empresas, como a las asociaciones de personas con discapacidad y sindicatos en un proceso de trabajo en el que conjuntamente, evalúen las necesidades del mercado y las capacidades de las personas con discapacidad ayudaría a su vez a combatir una visión de la cuota como medida asistencial, fundamentada en un modelo médico-rehabilitador, tal y como se constituyó en origen, acercándola así al modelo relacional.

3.4.3. La reestructuración de las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social

Por último, queríamos apuntar algunas consideraciones respecto al sistema de bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social contenido en la *Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo* con relación a

⁷³⁴ *Ibidem*.

⁷³⁵ CORBY, S.; WILLIAM, L. y RICHARD, S., “Combating disability discrimination: A comparison of France and Great Britain”, *European Journal of Industrial Relations*, nº 25, pp. 41-56, pág. 51.

⁷³⁶ MAGGI-GERMAIN, N., “Les accords “libératoires” sur l’emploi des travailleurs handicapés”, *La Revue de l’IRES*, núm. 67, 2010, pp. 99-121, pág. 108.

la reserva de empleo. Incentivos económicos que han sido comentados al inicio del capítulo II de esta obra.

Como indica ESTEBAN LEGARRETA, “las bonificaciones sobre las cuotas empresariales a la Seguridad Social representan un cierto papel ante una cuota de reserva tan modesta como la española, dado que muchas empresas no están obligadas a la contratación de personas con discapacidad, por lo que estos incentivos pueden realzar el atractivo de su contratación⁷³⁷”. Tal y como se puso de manifiesto, ambas medidas, incentivos económicos y reserva de empleo se configuran en nuestro ordenamiento en un régimen de plena compatibilidad, en el sentido de que los primeros se proyectan sobre todos los trabajadores en alta, independientemente de que se haya alcanzado o no el umbral de personas con discapacidad empleadas o se haya superado este. Pues bien, apoyándonos en el último inciso de la cita transcrita, optamos por que estos incentivos económicos operen únicamente sobre las cotizaciones de las personas con discapacidad empleadas por encima del nivel requerido legalmente por la medida de reserva. De este modo el mecanismo haría honor a la nomenclatura de su tipología y actuaría realmente como un incentivo, ya que de la regulación actual se concluye que la acción de contratar en los umbrales indicados en el artículo 42 LGDPD no es voluntaria, sino obligatoria, premiando incluso a las empresas que emplean a personas con discapacidad por debajo del número requerido en aquel precepto. Es por ello que consideramos necesario estimular la contratación únicamente por encima de dichos niveles o respecto a las empresas que no están obligadas a contratar personas con discapacidad. Recuérdese, en este sentido, que tales incentivos dentro del modelo relacional de la discapacidad nunca pueden estar pensados como complemento al empresario por la falta de productividad de la persona con discapacidad, al contrario, deben ser un acicate para una contratación que será productiva en los mismos niveles que respecto a una persona sin discapacidad y que a la par contribuirá al derribo de barreras sociales existentes.

A este respecto, el artículo 16.1 del *Decreto 2531/1970, de 22 de agosto sobre empleo de trabajadores minusválidos*, recogía una previsión similar a la que en estas líneas exponemos al establecer que “las Empresas que a partir de la vigencia del presente Decreto proporcionen empleo a los minusválidos, en proporción superior a la exigida por esta disposición, disfrutarán de una bonificación sobre las aportaciones propias que por ellos vengan obligadas a satisfacer a las Entidades gestoras de la Seguridad Social. Esta bonificación no podrá ser superior al veinticinco por ciento y no afectará a la cotización empresarial al Régimen de Accidentes de Trabajo”. Estos incentivos económicos

⁷³⁷ ESTEBAN LEGARRETA, R., *Algunos aspectos...*, op. cit., pág. 23.

se desconectaron definitivamente de la obligación de reserva con el *Real Decreto 1327/1981*⁷³⁸. En fechas más recientes, la *Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012* contuvo en su línea de actuación 4.9 d) una previsión semejante que no llegó a materializarse, cual era el estudio de la “Viabilidad de un sistema de reducción o bonificación de las cotizaciones sociales para las empresas que contraten personas con discapacidad por encima de su obligación de reserva o que contraten sin estar obligadas por tener menos de 50 trabajadores⁷³⁹”. De forma coherente a su “tímido planteamiento”, una propuesta que “era más que plausible y encajaba perfectamente en un planteamiento racionalizador de los incentivos”, no se hizo efectiva⁷⁴⁰. Opinamos que ese debe ser el rumbo que ha de tomar la política de incentivos que rodee el empleo en el medio ordinario de trabajo de las personas con discapacidad. No obstante, la misma nos parecería un tanto descompensada –ya lo está con la regulación actual– ateniéndonos a los incentivos de los que en la actualidad disfrutaban los CEE sobre las personas con discapacidad que emplean en el medio protegido, siendo esta otra cuestión digna de reflexión y revisión.

Reflexión-Recapitulación

Es evidente cómo las tres dimensiones de la relación jurídica que se han destacado a partir del enfoque de la *justicia relacional* afectan en el acceso al empleo del colectivo, y más concretamente en lo que respecta a la eficacia de la reserva de empleo. De ahí la importancia que le hemos dado a lo largo de este estudio, no solo a lo normativo, sino también al comportamiento y a la cultura jurídica subyacente, para así intentar “superar la fragmentación entre lo jurídico-legal y lo jurídico-axiológico (entre lo obligatorio y lo justo), desde el planteamiento de que son las tres dimensiones de la relación jurídica (institucionalidad, reciprocidad y socialidad) las que, al tiempo que se adaptan entre sí, deben orientarse a la justicia⁷⁴¹”. Siendo la conjunción de los resultados del análisis de las tres dimensiones la que explica la falta de eficacia en la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Un primer paso deseable de mejora sería dotar a la regulación actual de coherencia, eliminando las continuas deficiencias técnico-legislativas que

⁷³⁸ Recuérdese que esta norma derogó –aunque finalmente por corto plazo– la obligación de reserva de empleo.

⁷³⁹ Pág. 40. En sentido similar, la propuesta del CERMI, *Estrategia global de acción para el empleo de las personas con discapacidad 2007-2008*, pág. 126: “Se propone incrementar las ayudas a la contratación, tanto las bonificaciones como las subvenciones, intensificándolas cuando se trate de empresas de menos de 50 trabajadores, así como en el caso de determinados grupos”.

⁷⁴⁰ ESTEBAN LEGARRETA, R. y GUTIÉRREZ COLOMINAS, D. “La incentivación del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo”, *Revista Española de Discapacidad*, vol. 2, nº 1, pp. 7-32, pp. 10 y 11.

⁷⁴¹ Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A., *Justicia Relacional... op. cit.*

afloran de la relación ley-reglamento. Y junto a ello, para una mayor eficacia –sin perjuicio de alguna reforma en el núcleo obligacional especialmente en cuanto a los umbrales precisos para el nacimiento de la obligación– es siempre especialmente importante incidir directamente sobre el comportamiento tanto individual como colectivo desde el mismo plano de la institucionalidad. De hecho, en este capítulo hemos culminado con el análisis de las dos primeras dimensiones entrelazadas de la relación jurídico-social entre persona trabajadora con discapacidad y empleadora. Procediendo de un capítulo –el segundo– eminentemente analítico-institucional, centrado en la regulación normativa de la medida, en el presente ha tenido especial protagonismo la reciprocidad, *id est*, la parte conductual, el comportamiento.

Así, respecto al ámbito normativo, al pronunciarnos sobre las manifiestas deficiencias técnico-legislativas de la medida y la falta de adecuación en algunos extremos con la CIDPD, hemos situado la regulación española –como ya atisbábamos a la finalización del capítulo anterior– claramente lejos de una verdadera orientación hacia la justicia. Y, acerca de la reciprocidad de conductas, hemos llegado a la conclusión de que podremos encontrar un contenido de justicia únicamente en los casos de cumplimiento voluntario de la obligación, pero no por actitudes animadas por la obligatoriedad, la eventual sanción por el incumplimiento, o los incentivos económicos de los que se pueda ser beneficiario⁷⁴². Ciertamente la reciprocidad, como dimensión de conducta libre, puede ir más allá de lo exigido por la norma, pero no es realista pensar que ello se vaya a producir a gran escala o por mucho tiempo sin estar sostenida por la institucionalidad; a no ser que sea la socialidad la que brinde el apoyo que la institucionalidad no aporta.

Pero hemos visto que el contexto de socialidad también queda lejos de este valor de la justicia si nos atenemos a la cultura dominante. La conciencia colectiva se aprecia anclada en viejos paradigmas que no son acordes con la trascendencia de los problemas que se derivan de la discapacidad, lo que revela la necesidad de un cambio de valores de la sociedad. En este sentido no cabe esperar que el comportamiento del interviniente en la relación jurídica –en nuestro caso el obligado a la reserva– se vea arropado o sostenido por la socialidad. Por lo que la posibilidad de ir más allá del contenido de la norma, a fin de alcanzar la justicia, por el hecho de tomar como referencia, no la norma, sino la relación (jurídico-social), se ve bastante limitada, ante la falta de una

⁷⁴² “más allá de la tradicional clasificación de las obligaciones (dar, hacer y no hacer), la reciprocidad implica satisfacerlas, no por ser obligatorias (ni por cumplir la norma), sino por motivación intrínseca, voluntaria, estando aquí, en la voluntariedad (y consiguiente despreocupación por la exactitud), el sentido del don, de la gratuidad del dar”, además, “la reciprocidad tampoco se fija en la existencia o no de una transferencia de retorno”. Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A., *Justicia Relacional...* op. cit.

mentalidad imperante muy proclive, incentivadora o exigente socialmente con los principios de justicia⁷⁴³.

Podríamos, sin más, colegir, que quedan definitivamente muy mermadas las posibilidades de una reciprocidad justa y sostenible en el tiempo, debido a las deficiencias, tanto de la institucionalidad como de la socialidad. Sin embargo, en la conexión entre estas dos últimas dimensiones podría existir quizás un dato positivo: el efecto beneficioso posible, en el plano de la socialidad, de una medida normativa, como es la cuota de reserva, capaz de calar en la conciencia colectiva.

Y es que, ciertamente, la regulación española de la reserva de empleo encuentra serias dificultades si la confrontamos con el modelo relacional de la discapacidad consolidado jurídicamente en la CIDPD. Su ámbito subjetivo difiere del contenido en el instrumento internacional y, respecto al ámbito material, la excepcionalidad y las medidas alternativas son, cuanto menos, figuras discutibles desde la óptica de aquel. Pero, no obstante, la reserva de empleo, como mecanismo, puede adquirir una potencia significativa si se configura legalmente de forma adecuada dada su propia naturaleza, siendo una fórmula óptima para avanzar en los objetivos de inclusión en el mercado laboral. Estamos ante una medida de acción positiva lanzada directamente contra la minusvaloración del colectivo, por lo que habrá de configurarse de manera que tenga sus efectos en la eliminación de las barreras sociales que impidan una vida plena en igualdad de condiciones de aquel respecto al resto de la sociedad. Por ello, la incidencia de una medida como la que nos ocupa dentro de un sistema homogéneo podrá ser fructífera especialmente para cercenar las barreras culturales, yendo más allá de la mera institucionalidad para incidir de forma positiva en la socialidad. Lo que, si se produce, puede favorecer también al plano de las conductas recíprocas, ya se trate del cumplimiento de una medida obligatoria legalmente, ya sea un comportamiento voluntario pero muy incentivado socialmente.

⁷⁴³ La reciprocidad es central en el ciclo de la justicia, lo “que depende en gran medida de su conexión con el contexto de socialidad”. *Ibidem*.

ANEXO I. Convenios Colectivos Sectoriales de la provincia de Málaga analizados⁷⁴⁴

Convenio Colectivo del Sector de Actividades Agropecuarias de la provincia de Málaga (Código de Convenio 29000255011981) BOP Málaga de 5 de julio de 2017.

Convenio Colectivo del Sector Derivados del Cemento de la provincia de Málaga (Código de Convenio 29000125011981) BOP Málaga de 31 de julio de 2019.

Convenio Colectivo de Sector de Autoescuelas de la provincia de Málaga (Código de Convenio 29000395011982) BOP Málaga de 19 de julio de 1988.

Convenio Colectivo del Sector de Automoción de la provincia de Málaga (Código de Convenio 29000425011981) BOP Málaga de 26 de septiembre de 2017.*

Convenio Colectivo de Sector de empresas organizadoras de juegos de bingos de la provincia de Málaga (Código de Convenio 29002195011987) BOP Málaga de 24 de septiembre de 2001.

Convenio Colectivo del Sector de Clínicas Dentales de la Provincia de Málaga (Código de Convenio 29006035011996) BOP Málaga de 12 de enero de 2021.

Convenio Colectivo del Sector de Clínicas y Hospitales Privados de la provincia de Málaga (Código de Convenio 29000565011981) BOP Málaga de 22 de agosto de 2018.*

Convenio Colectivo de Sector de Comercio en General para Málaga y su provincia (Código de Convenio 29004865011992) BOP Málaga de 7 de septiembre de 2018.*

⁷⁴⁴ Con “*” los Convenios que incluyen alguna referencia a la reserva de empleo para personas con discapacidad.

Convenio Colectivo de Sector de Comercio y Manufactura de Vidrio Plano de Málaga (Código de Convenio 29000015011981) BOP Málaga 5 de abril de 2006.

Convenio Colectivo de Industrias de la Construcción, Obras Públicas y Oficios Auxiliares de Málaga y provincia (Código de Convenio 29000095011982) BOP Málaga de 16 de julio de 2018.*

Convenio Colectivo de Sector de Establecimientos Sanitarios de Consulta, Asistencia, Rehabilitación y Apoyo de Málaga (Código de Convenio 29004405011992) BOP Málaga 2 de noviembre de 2004.

Convenio Colectivo provincial de Panadería de Málaga (Código de Convenio 29000785011983) BOP Málaga 15 de febrero de 2018.

Convenio Colectivo de Sector de Fábricas de Aceite de Oliva, Extractoras de Orujo y Aderezo y Exportación de Aceitunas de Málaga (Código de Convenio 29000765011981) BOP Málaga 31 de mayo de 2018.*

Convenio Colectivo de Sector de Garajes, Aparcamientos, Lavado y Engrase de Málaga (Código de Convenio 29000825011981) BOP Málaga 14 diciembre 1992.

Convenio Colectivo del Sector de la Hostelería para la provincia de Málaga (Código de convenio colectivo 29000945011981) BOP Málaga 23 de agosto de 2018.*

Convenio Colectivo del Sector de Industrias de la Madera de Málaga (Código de Convenio 29000995011981) BOP Málaga 25 de agosto de 2009.*

Convenio Colectivo del Sector de Industrias Siderometalúrgicas de Málaga (Código Convenio 29000145011982) BOP Málaga de 21 de octubre de 2020.

Convenio Colectivo Provincial de Trabajo en la Industria de Tintorería, Limpieza de Ropa, Lavandería, Autoservicio, Obradores de Planchado a Mano y a Máquina, así como los Establecimientos de Recepción y Entrega de Ropa a Mano y Máquina, Establecimientos Públicos de Recepción y Entrega al Público de Málaga (Código Convenio 29001395011981) BOP Málaga de 5 de noviembre de 2018.

Convenio Colectivo para las industrias vinícolas de Málaga (Código Convenio 29001015011981) BOP Málaga de 11 de noviembre de 2009.

Convenio Colectivo de Limpieza de Aviones Aeropuerto de Málaga (Código Convenio 29006145011998) BOP Málaga 3 de agosto de 2016.

Convenio Colectivo de Limpieza De Edificios y Locales de Málaga y provincia (Código Convenio 29000285011982) BOP Málaga 22 de diciembre de 2016.

Convenio Colectivo de Trabajo de Obradores de Confiteria, Bolleria, Turrone, Helados y Churreria de la provincia de Málaga (Código Convenio 29001185011981) BOP Málaga 27 de septiembre de 2016.

Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de la provincia de Málaga (Código Convenio 29001195011981) BOP Málaga 14 de septiembre de 2016.*

Convenio Colectivo del Sector de Málaga y provincia Pompas Funebres (Código Convenio 29000965011981) BOP Málaga 25 de mayo de 2010.

Convenio Colectivo de la empresa Transporte de Viajeros de Servicios Discrecionales, Regulares, Temporales y Regulares de uso especial de la provincia de Málaga (Código Convenio 29001575011983) BOP Málaga 14 abril 2009.

Convenio Colectivo del Sector de Transporte de Mercancías por Carretera de Málaga (Código Convenio 29001405011982) BOP Málaga 25 septiembre de 2017.

ANEXO II. Informes más relevantes y otros documentos destacados

AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011.

ANED, *Country report on disability assessment – Spain*, ANED, 2019. Accesible en: <https://www.disability-europe.net/downloads/1043-country-report-on-disability-assessment-spain>

BOSSUYT, M., *El concepto y la práctica de la acción afirmativa. Informe final presentado por el Sr. Marc Bossuyt, Relator Especial, de conformidad con la resolución 1998/5 de la Subcomisión*, ONU, E/CN.4/Sub.2/2002/21, Nueva York, 2002.

CERMI: *Derechos Humanos y Discapacidad: Informe España 2010*, Cinca, Madrid, 2011.

— *Estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2007-2008. Propuesta Cermi*, Cinca, Madrid, 2007.

— *Universidad y discapacidad. La inclusión de las personas con discapacidad en la Universidad española*, CERMI, Madrid, 2020.

CEPES Y FUNDACION ONCE, *Estudio economía social y empleo personas con discapacidad (diagnóstico de situación)*, Abay Analistas Económicos, 2015.

COMISIÓN EUROPEA: *Definitions of Disability in Europe, A Comparative Analysis*, Brunel University, Bruselas, 2002, www.ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2088&langId=en

— *Active Labour Market Programmes for People with Disabilities*, European-Commission, Bruselas, 2004.

— *Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras*, BRUSELAS, 2010 (COM(2010) 636 final).

— *Evaluation of the European Disability Strategy 2010-2020*, European Commision, Bruselas, 2020 [SWD(2020) 289 final].

— *The European Pillar of Social Rights Action Plan*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2021.

— *Strategy for the Rights of Persons with Disabilities 2021-2030: Union of Equality*, Comisión Europea, Bruselas, 2021, [COM(2021) 101 final].

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España*, Aprobadas por el Comité en su 21er período de sesiones (11 de marzo a 5 de abril de 2019) (CRPD/C/ESP/CO/2-3).

CONSEJO DE EUROPA, *Employment strategies to promote equal opportunities for persons with disabilities on the labour market*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2000.

DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO, ASUNTOS SOCIALES E INCLUSIÓN (Comisión Europea), *International perspectives on positive action measures: A comparative analysis in the European Union, Canada, the United States and South Africa*, European Commission, 2009, accesible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/45515983-3e3e-4a24-bcbc-477f04f0ba04>

DIRECCIÓN GENERAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, *Informe sobre acceso de personas con discapacidad al empleo público en la administración general del estado ejercicio 2017*, Ministerio de Política Territorial y Función Pública, 2020.

Documento político sobre la marginación social (por una alternativa democrática): *Subnormales, minusválidos y enfermos psíquicos*. Documentación Social, Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada Núm. 28, Julio-septiembre 1977.

EUROSTAT, *Tasas de empleo por sexo, edad y ciudadanía*, Eurostat, Luxemburgo, 2011.

FUNDACIÓN FRANCISCO LARGO CABALLERO, *El impacto de la negociación colectiva sobre los trabajadores y trabajadoras con discapacidad*, 2012.

GREVE, B., *The labour market situation of disabled people in European countries and implementation of employment policies: a summary of evidence from country reports and research studies report prepared for the Academic Network of European Disability experts*, ANED, 2009.

IE UNIVERSITY LEGAL CLINIC, *Estudio del instituto de empresa sobre el cumplimiento de la Ley de discapacidad en empresas de Madrid*, Fundación Prodis, 2015, pág 15. Accesible en: <https://www.fundacionprodis.org/wp-content/uploads/2015/08/Informe-Prodis-Ley-Discapacidad.pdf>.

INE, *El Empleo de las personas con discapacidad 2019*, Instituto Nacional de Estadística, 2021.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES Y MEMORIA DEMOCRÁTICA, *Plan Anual Normativo 2020*, pág. 34. Accesible en: <https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:7df7e523-7a89-47b2-8428-71e6fa878f8f/PAN-2020.pdf>

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, *Estrategia Global de Acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012*, 2009.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *Informe anual 2019 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2020.

OCDE, *Transforming disabilities into abilities*, OECD, Paris, 2003.

OCDE, *Sickness, Disability and Work breaking the barriers, a synthesis of findings across oecd countries* OCDE, Paris, 2010.

OED: *Alumnado con discapacidad y educación inclusiva en España*, Observatorio Estatal de discapacidad, 2019.

— *Informe Olivenza 2019, sobre la situación general de la discapacidad en España*, Observatorio Estatal de la Discapacidad, 2019. Accesible en: <https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/category/documentos/observatorio/informe-olivenza-observatorio/>

OIT: *Employment of Disabled Men: Meeting of Experts for the Study of Methods of Finding Employment for Disabled Men (Geneva, 31 July, 1 and 2 August 1923) Report Submitted to the Experts, Minutes of Proceedings of the Meeting of Experts, Resolutions Adopted by the Experts*, OIT, Ginebra, 1923.

— *Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para las personas con discapacidad a través de la legislación*, Segunda edición, OIT, Ginebra, 2014.

- *Estrategia y plan de acción para la inclusión de la discapacidad 2014-17: un doble enfoque de acciones transversales y específicas para las personas con discapacidad*, OIT, Ginebra, 2015.
- *Fomentando la diversidad y la inclusión mediante ajustes en el lugar de trabajo: una guía práctica*, Oficina internacional del Trabajo, Ginebra, 2017.

OMS, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)*, 2001.

ONU: *El Concepto y Práctica de la Acción Afirmativa*, Informe del Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Marc Bossuyt, E/CN.4/Sub.2/2002/21, de 17 de junio de 2002.

- *Informe sobre Desarrollo Humano 2016 “Desarrollo humano para todas las personas”*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Nueva York, 2016. Accesible en: https://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/HDR/HDR_2016/HDR_2016_report_spanish_web.pdf

Real Patronato Sobre Discapacidad, *Pautas para una correcta aplicación de las medidas relativas al acceso de las personas con discapacidad al empleo público*, Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2003.

SEPE, *Informe del Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad Estatal. Datos 2019*, Servicio Público de Empleo Estatal, Madrid, 2020.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBERLEY, P., *The Significance of Work for the Citizenship of Disabled People*, paper presented at University College, Dublin, 1999. Accesible en <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/Abberley-sigofwork.pdf>
- AGUADO DÍAZ, A., *Historia de las deficiencias*, Escuela Libre Editorial, Colección Tesis y Praxis, Madrid, 1995.
- AHRENDT, D., *Quality of life. Social and employment situation of people with disabilities*. Eurofound, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2018. Accesible en: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/fiel_d_ef_document/ef18023en.pdf
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, (GARZÓN VALDÉS, E., trad.), C.E.C., Madrid, 1993.
- ALAMEDA CASTILLO M^a. T., “Discriminación en el proceso de acceso al empleo. Dimensión sustantiva”, en ALAMEDA CASTILLO M^a. T., *Estadios previos al contrato de trabajo y discriminación*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2012, Versión electrónica: BIB 2013\15122.
- ALMENDROS GONZÁLEZ M. A., “Cláusulas de empleo para personas con discapacidad en la negociación colectiva”, en AA. VV. (LARA SAEZ, C., coord.) *La negociación colectiva tras las reformas legales. Especial referencia a Andalucía*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2017, pp. 441-474, Accesible en: https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/48353/AlmendrosGonzalez_DiscapacidadNegociacionColectiva.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- ALONSO OLEA, M., “El trabajo como bien escaso”, *Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales*, nº 33, 2001, pp. 17-32.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *El valor de la igualdad y el derecho al trabajo*, Comares, Granada, 2020.

- ARMER, W. G., "In Search of a Social Model of Disability: Marxism, Normality and Culture", en AA. VV. (BARNES, C. y MERCER, G. eds.), *Implementing the Social Model of Disability: Theory and Research*, Disability Press, Leeds, 2004. Accesible en: <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/Barnes-implementing-the-social-model-chapter-4.pdf>.
- BALAGUER CALLEJÓN, M^a L., *Igualdad y Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 2010.
- BANK-MIKKELSEN, N., *El principio de normalización*, Revista Siglo Cero, N^o 37, 1975, pp. 16 a 21
- BARNES, C., "Understanding the social model of disability. Past, present and future", en AA. VV. (WATSON, N. y VEHMAS, S., edits.), *Routledge handbook of disability studies*, 2ed, Routledge, Nueva York, 2020, pp. 14-31.
- BARNES C., y MERCER G., "Disability, work, and welfare: challenging the social exclusion of disabled people", *Work, Employment and Society*, vol. 19, 2005, pp. 527-545.
- BARRERE UNZUETA, M. A., "La acción positiva. Análisis del concepto y propuestas de revisión", *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n^o 9, 2003.
- BAYLOS GRAU, A., *Cambios en el mundo del trabajo*, Fundación 1^o de Mayo, Madrid, 2014. Accesible en: https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/4095/fi_1412540147-informe89.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- BERTHOUD, R., *Trends in the Employment of Disabled People in Britain*, Institute for Social and Economic Research, Colchester, 2011. Accessible en https://www.iser.essex.ac.uk/files/iser_working_papers/2011-03.pdf
- BIEL PORTERO, I.: *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- "La regulación jurídica de la discapacidad: la perspectiva de los derechos humanos", en AA. VV. (BLÁZQUEZ PEINADO, M. y BIEL PORTERO, I., coords.), *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la Comunidad Valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 47-84.

- BLANC, A., "L'insertion professionnelle des travailleurs handicapés en France: principes et réalités", *Pratiques psychologiques*, Vol. 16, núm. 1, 2010, pp. 3-19.
- BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*, (DE ASÍS ROIG, R. trad.), Sistema, Madrid 1991.
- *Igualdad y libertad*, Paidós I.C.E./U.A.B., Barcelona, 1993.
- BOZZAO, P. "Incapacidad laboral y seguridad social en una sociedad de trabajo cambiante", *Revista de derecho de la seguridad social*, Nº. 15, 2018, pp. 201-213.
- BRODERICK, A., *The Long and Winding Road to Equality and Inclusion for Persons with Disabilities. The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, School of Human Rights Research Series, Vol. 74, 2015.
- BROWN, G. K., y LANGER, A., "Does affirmative action work?: Lessons from around the world, *Foreign Affairs*, 94, nº2, 2015, pp. 49-56.
- CABRA DE LUNA, M. A.: "Discapacidad y aspectos sociales. La igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 50/2004, 2004, pp. 21-46.
- "Inclusión laboral de personas con discapacidad y nuevas políticas activas de empleo", en AA. VV. (PREZ BUENO, L. C., dir.), *Derecho y discapacidad*, CERMI, Grupo Editorial Cinca, S. A., Madrid. 2012, pp. 119-126.
- CAMPOY CERVERA, I.: "Reflexiones acerca de los derechos de las personas con discapacidad", en AA. VV. (CAMPOY CERVERA, I., coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 7-28.
- "La discapacidad y su tratamiento conforme a la Constitución Española de 1978", AA. VV. (CAMPOY CERVERA, I. y PALACIOS RIZZO, A., coords.), *Igualdad, no discriminación y discapacidad una visión integradora de las realidades española y argentina*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 145-207.
- CARO GANDARA, R., "Reconstrucción de la justicia contractual desde la justicia relacional", *Ecerca, revista de pensament i anàlisi*, núm. 14 2014. pp. 93-116.

- CASADO PÉREZ, D., "Introducción. El programa por 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*, Real Patronato sobre discapacidad, documentos 13/2002, Madrid, 2002, pp. 7-22.
- CHARRO BAENA, P., "El acceso al empleo, la contratación y la promoción profesional", en AA. VV. (SÁNCHEZ TRIGEROS, C., dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de empleo y Seguridad Social, Serie Relaciones Laborales Núm. 111, 2016, PP. 99-146.
- CLERICO L. y MARTÍN A. "La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales*, Año 9, núm. 1, 2011, pp. 157-198.
- CORBY, S.; WILLIAM, L. y RICHARD, S., "Combating disability discrimination: A comparison of France and Great Britain", *European Journal of Industrial Relations*, nº 25, pp. 41-56.
- CORDERO GORDILLO V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- CRUZ VILLALÓN, J. "La intervención de la Unión Europea en materia de despido", en AA. VV. (CRUZ VILLALÓN, J., edit.), *La regulación del despido en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 14-36.
- CUENCA GÓMEZ, P., *Los Derechos fundamentales de las personas con discapacidad Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, núm. 7, Madrid, 2012.
- DE ASÍS ROIG, R.: "Discapacidad y Constitución", *Derechos y Libertades*, núm. 29, Época II, 2013, pp. 39-51.
- *Sobre la accesibilidad universal*, ponencia en Conferencia Internacional 2008-2013: Cinco años de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de casas" y CERMI, 2013. Accesible en: https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/eventos/Rafael_de_Asis_Accesibilidad_Universal.pdf

- *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013.
- “De nuevo sobre Constitución y discapacidad”, *Universitas*, nº 31, 2020, pp. 52-64, accesible en <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5137>
- DE ASÍS ROIG, R.; CAMPOY CERVERA I., y BENGOCHEA GIL, M^a. A., “Derecho a la igualdad y a la diferencia: Análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva”, en AA.VV. (DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.A. dirs.), *Tratado sobre discapacidad*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 115-141.
- DE ASÍS ROIG, R. y PALACIOS RIZZOS, A., *Derechos humanos y situaciones de dependencia*, Dykinson, Madrid, 2008.
- DEGENER, T., “Disability in a Human Rights Context”, *Laws*, nº 5, 35, 2016, Accesible en: <https://www.mdpi.com/2075-471X/5/3/35>
- DESPOUY, L., *Human Rights and Disabled Persons*, Centre for Human Rights, Ginebra, 1993 accesible en <https://www.un.org/esa/socdev/enable/disable0.htm>
- DE LORENZO GARCÍA, R.: *El futuro de las personas con discapacidad en el mundo. Desarrollo humano y discapacidad*, Fundación Once, Ediciones del Umbral, Madrid, 2003.
- “Reforma social de la constitución: comentarios y reflexiones al artículo 49”, *Anales del derecho y la discapacidad*, Nº. 3, 2018, pp. 11-40.
- *Discapacidad, sistemas de protección y trabajo social*, Alianza Editorial, Madrid, 2019.
- DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.A., “El empleo de las personas con discapacidad”, en AA. VV. (DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.A., coords.), *Tratado sobre discapacidad*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 1.135-1.205.
- DÍAZ VELÁZQUEZ, E.: “Ciudadanía, identidad y exclusión social de las personas con discapacidad”, *Política y Sociedad*, Vol. 47, Núm. 1, 2010, pp. 115-135.
- *El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad en España*, Ediciones Cinca – CERMI, Madrid, 2017.

- “El impacto de las políticas de empleo en la inclusión de las personas con discapacidad”, en AA. VV. (REY PÉREZ, J.L. y MATEO SANZ, L. edits.), *El empleo de las personas con discapacidad: oportunidades y desafíos*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 157-176.

- DURÁN BERNARDINO, M., “La compatibilidad entre las prestaciones por incapacidad permanente y el trabajo”, en AA.VV., *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, 2017, pp. 715-722.

- ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Ibidem, Madrid, 1999.

- “La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997- 2000)”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº1/2001, 2001, pp. 197-226.

- “Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas”, en AA. VV. (ROMERO RODENAS, M.J., coord.) *Trabajo y protección social del discapacitado*, Bomarzo, Albacete, 2003, pp. 59-93.

- “Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de ley de derechos de las personas con discapacidad”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 127, 2014, pp. 47-84.

- “El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad”, *Trabajo y Derecho*, Nº 6, Sección Estudios, Editorial Wolters Kluwer, 2017. Recurso electrónico: LA LEY 15255/2017.

- “Algunos aspectos estructurales ante el empleo de las personas con discapacidad” *Documentación Laboral*, Nº 120, 2020, pp. 11-26.

- ESTEBAN LEGARRETA, R. y GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La incentivación del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo”, *Revista Española de Discapacidad*, vol. 2, nº 1, 2014, pp. 7-32.

- ESTEBAN LEGARRETA R. y PÉREZ PÉREZ, J., “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 AA. VV. (MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A.J., coord..) *El empleo público y las personas con discapacidad*, CERMI, Madrid, 2009, pp. 13-104.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ediciones Trotta (7ª ed., 2014), (trad. IBAÑEZ, P.A., GREPPI, A.), Madrid, 1999.
- FISCUS, R., *The constitutional logic of affirmative action*, Duke University Press, Durham-Carolina del Norte, 1992.
- FONT GARCÍA, J., “Ajustes razonables en el ámbito laboral”, FONT GARCÍA, J., *Ajustes razonables en el ámbito laboral*, en AA. VV. (REY PÉREZ, J.L. y MATEO SANZ, L. eds.), *El empleo de las personas con discapacidad: oportunidades y desafíos*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 191-204.
- FOSTER, D., “Legal obligation or personal lottery? Employee experiences of disability and the negotiation of adjustments in the public sector workplace”, *Work, Employment & Society*, núm. 21, 2007, pp. 67-84.
- FOSTER, D. y WASS, V., “Disability in the Labour Market: An Exploration of Concepts of the Ideal Worker and Organisational Fit that Disadvantage Employees with Impairments”, *Sociology*, núm. 47, 2013, pp. 705-721.
- FRASER, N., *Redistribución, reconocimiento y participación: hacia un concepto integrado de la justicia*, UNESCO, Informe Mundial sobre la Cultura, 2000-2001.
- FUCHS, M., *Quota Systems for Disabled Persons: Parameters, Aspects, Effectivity*. Policy Brief 3/2014, European Centre, Viena, 2014. Accesible en: <https://www.euro.centre.org/publications/detail/408>
- GARCÍA AÑÓN, J., “Los derechos de las personas con discapacidad y las medidas de acción afirmativa en el ordenamiento jurídico español. Algunos apuntes en relación a la propuesta de Convención internacional amplia e integral para proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad”, en AA. VV. (CAMPOY CERVERA, I., coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 75-112.

- GARCÍA QUIÑONES, J.C., “El concepto jurídico laboral de discapacitado”, en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F., Dir.), *Relaciones Laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pp. 27-87.
- GARCÍA SABATER, A., “El tribunal supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 221/2019, Estudios Editorial Aranzadi S.A.U., Recurso electrónico: BIB 2019\5830.
- GARCÍA VALVERDE, M. D., “A los perceptores de pensiones de incapacidad permanente no procede atribuirles automáticamente la condición de minusválido. Interpretación del artículo 1.2 de la Ley 52/2003”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 49/2007, Aranzadi S.A.U.
- GARRIDO PÉREZ, E.: “El Tratamiento comunitario de la discapacidad, desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 59, 2001, pp. 165-192.
- “Los Enclaves Laborales ¿una nueva modalidad de subcontratación de obras y servicios para trabajadores discapacitados?: comentario al RD 290/2004, de 20 de febrero”, *Iuslabor*, Nº. 3, 2005. Accesible en: <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/58107>
- GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado Social y democrático de Derecho*, Tecnos, 5ª ed., Madrid, 1992 (1ª ed. 1984).
- GAZTELU SAN PÍO, C., “Acción positiva, acceso y ajustes razonables para personas con discapacidad en el entorno laboral”, en AA. VV. (PÉREZ BUENO, L. C., dir.), *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, CERMI, Madrid, 2012. Accesible en <http://riberdis.cedd.net/handle/11181/4274>
- GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- “La ausencia de límites constitucionales de las acciones positivas”, en AA. VV. (CAMPOY CERVERA, I., coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 113-126.

- “Las medidas a favor de las personas con discapacidad”, en AA. VV. (SANTIAGO JUAREZ, M. coord.), *Acciones afirmativas*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México D.F., 2011, pp. 153-176.
- GONZÁLEZ MARTÍN, N., “Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas”, en AA. VV. (DE LA TORRE MARTÍNEZ, C., coord.), *Derecho a la no discriminación*, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, 2016. Accesible en <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/11225>.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P., *El principio de igualdad y no discriminación: España*, EPRS, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, PE 659.297, 2020.
- GOODLEY, D., *Disability Studies: An Inter-Disciplinary Introduction*, Sage, Londres, 2011.
- GLEESON, B., *Geographies of Disability*, Routledge, Londres, 1998.
- GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “El complemento por discapacidad y la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad en la negociación colectiva de los últimos años (2012-2014)”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 131, 2015, pp. 149-179.
- *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual. Una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2018.
- “La regulación española de la cuota de empleo de personas con discapacidad y medidas alternativas. Reflexiones y propuestas de mejora a propósito de su compatibilidad con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Documentación Laboral*, N° 120, 2020, pp. 41-58.
- HAWKESWORTH, M., “The affirmative action debate and conflicting conceptions of individuality”, *Women’s Studies International Forum*, vol. 7, Issue 5, 1984, pp. 335-347.

- HEYER, K., "Rights or quotas? The ADA as a model for disability rights" en AA.VV. (NIELSEN, L. B. y NELSON R.L. eds.) *Handbook of Employment Discrimination Research: Rights and Realities*, Springer Science & Business Media, Dordrecht, 2008, pp. 237-257.
- INAP, *Libro blanco sobre acceso e inclusión en el empleo público de las personas con discapacidad*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015.
- JIMÉNEZ LARA, A., "Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes", en AA.VV. (DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA M.A. dirs.), *Tratado sobre discapacidad*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 177-205.
- KAYESS, R. y FRENCH, P., "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *Human Rights Law Review*, Vol. 8, 2008. Accesible en: https://www.researchgate.net/publication/249278055_Out_of_Darkness_into_Light_Introducing_the_Convention_on_the_Rights_of_Persons_with_Disabilities.
- LAHERA FORTEZA, J., "Acceso al mercado laboral y contratación de los discapacitados", en AA. VV. (VALDÉS DAL-RE, F. Dir.), *Relaciones Laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pp. 89-140.
- LID, I.M., "Developing the theoretical content in Universal Design", *Scandinavian Journal of Disability Research*, Vol. 15, Núm. 3, 2013, pp. 203-215.
- LIDÓN HERAS, L., "La otra mirada, presupuesto para la toma de conciencia sobre la dignidad y los derechos de las personas con discapacidad", en AA. VV. (ALCAÍN MARTÍNEZ, E., dir.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 150-163.
- LLANO SÁNCHEZ, M., "El enclave laboral. Puntos críticos de una nueva herramienta de responsabilidad social corporativa", en AA. VV. (VALDÉS DAL-RE, F. Dir.) *Relaciones Laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pp. 141-163.
- LYNDON, B. J., *Public Papers of the Presidents of the United States, 1965 Volumen II*, entrada 301, Government Printing Office, Washington, D. C., 1966, pp. 635-640.

- MAGGI-GERMAIN, N., "Les accords «libératoires» sur l'emploi des travailleurs handicapés", *La Revue de l'IRES*, núm. 67, 2010, pp. 99-121
- MALO OCAÑA, M.Á. y PAGÁN RODRÍGUEZ, R., "Hiring workers with disabilities when a quota requirement exists: The relevance of firm's size" en AA. VV. (MALO OCAÑA, M.Á. y SCIULLI, D. (eds.)), *Disadvantaged workers*, Springer, Dordrecht, 2014 pp. 49-63, Accesible en: https://www.researchgate.net/publication/293290952_Disadvantaged_Workers_Empirical_Evidence_and_Labour_Policies
- MÁRQUEZ PRIETO, A., *Repensar la Justicia Social. Enfoque Relacional. Teoría de Juegos y Relaciones Laborales en la empresa*, Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2008.
- "Justicia Relacional: enfoque, línea y método", AA. VV. (MÁRQUEZ PRIETO, A. coord.), *Justicia Relacional y Principio de Fraternidad*, Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2017, pp. 145-218.
- MÁRQUEZ PRIETO, A. y VILA TIerno, F., "Derecho a la vida, a la personalidad, integridad, independencia e inclusión", en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M^a. N.; MÁRQUEZ PRIETO, A., et. al. Dirs.), *La protección Jurídico-Social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Laborum, Murcia, 2021, pp. 189-228.
- MARTÍN VIDA, M^a. A., *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positivas*, Cívitas, Madrid, 2002.
- MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A. J., "El acceso al empleo público de las personas con discapacidad en las Administraciones Públicas Autonómicas. Un diagnóstico normativo", en AA. VV. (MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A.J., coord.) *El empleo público y las personas con discapacidad*, CERMI, Madrid, 2009, pp. 105-179.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., "El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas", *Anales de Derecho y Discapacidad*, nº. 1, 2016.
- MARSHALL, T. H. y BOTTOMORE, T.B., *Ciudadanía y clase social*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

- MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILES, J.A., “El debate europeo sobre flexiseguridad en el trabajo (reflexiones en torno al «libro verde» de la comisión de las comunidades europeas)”, *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 16, enero 2007, pp. 171-243.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G., “Prohibición de discriminación”, *Temas Laborales*, núm. 145/2018, pp. 327-370.
- MORA GONZÁLEZ, V., “La no discriminación en el empleo de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico”, en AA. VV. (PÉREZ BUENO, L. C., dir.) *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, CERMI, Madrid, 2012. Accesible en <http://riberdis.cedd.net/handle/11181/4274>
- MORA GONZÁLEZ, V. y CABRA DE LUNA, M.A., “Hacia una nueva regulación del trabajo de las personas con discapacidad”, *Anales de derecho y discapacidad*, Núm. 1, 2016, pp. 69-88. Accesible en: https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/coleccion/Anales_def.pdf
- MORRIS, R., “Disabled people and employment: A UK perspective”, en AA. VV. (WATSON, N. y VEHMAS, S., edits.), *Routledge handbook of disability*, Segunda Ed., Routledge, Nueva York, 2020, pp. 250-264.
- NIÑO RÁEZ, E., “Integración laboral”, en AA. VV. (Secretaría Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía coord.), *Realizaciones sobre discapacidad en España. Balance de 20 años*, Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía, Madrid, 1997, pp. 179-212.
- NÚÑEZ GONZÁLEZ, C., *La integración laboral de las personas con discapacidad. Régimen jurídico*, Colección Tesis y Praxis, Madrid, 2000.
- OLIVER, M.: “A New Model of the Social Work Role in Relation to Disability”, en AA. VV. (CAMPLING, J., edit.), *The Handicapped Person: A New Perspective for Social Workers*, RADAR, Londres, 1981, accesible en: <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/Campling-handicppaed.pdf>
- “Capitalism, Disability and Ideology: A Materialist Critique of the Normalization Principle”, en AA. VV. (FLYNN, R. J. y LEMAY, R. A. eds.), *A quarter-Century of Normalization and Social Role Valorization: Evolution and Impact*, University of Ottawa Press, Ottawa, 1999, accesible en: <http://www.independentliving.org/docs3/oliver99.pdf>

- O'REILLY, A, *El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidad*, OIT, Ginebra, 2007.
- PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008.
- PALACIOS RIZZO, A. y ROMANACH CABRERO, J., *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Ediciones Diversitas-AIES, Madrid, 2006.
- PALACIOS RIZZO, A. y BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2007.
- PÉREZ BUENO, L.C., *Manual para la negociación colectiva inclusiva en materia de discapacidad*, CERMI-Ediciones Cinca, Madrid, 2013.
- PÉREZ BUENO, L.C. y ÁLVAREZ RAMIREZ, G., "Derechos: prestaciones y obligaciones de los poderes públicos", en AA. VV. (DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L. C. dirs.) *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 333-379.
- PÉREZ DALMEDA, M. E. y CHHABRA, G., "Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas", *Revista Española de Discapacidad*, nº 7, 2019, pp. 7-27.
- PÉREZ DEL RÍO, T., "Introducción. Principios de discriminación indirecta y acción positiva. Estructura y articulación de la negociación colectiva", en AA. VV. (BALLESTER PASTOR, M. A. y PÉREZ DEL RÍO, T., coord.), *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Instituto de la mujer, Madrid, 1997, pp. 8-67.
- PÉREZ LUÑO, A. E., "Reflexiones sobre los valores de igualdad y solidaridad. A propósito de una Convención Internacional para Promover y Proteger los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad", en AA. VV. (CAMPOY CERVERA, I., coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 35-58.

- PÉREZ PÉREZ, J.: *Discapacidad y acción positiva: Incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2014.
- *La discapacidad y el empleo en las administraciones públicas*, Estudios de Relaciones Laborales, Diputación de Barcelona, 2017.
- POWELL, A., "Disabled people in employment", *Briefing Paper House of commons library*, nº 7540, 2020. Accesible en <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-7540/>
- REMBIS, M., "Challenging the impairment/disability divide: Disability history and the social model of disability", en AA. VV. (WATSON, N. y VEHMAS, S., eds.), *Routledge handbook of disability studies*, 2ed, Nueva York, Routledge, 2020, pp. 377-389.
- REY MARTÍNEZ, F.: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Mc Graw hill, Madrid, 1995.
- "¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 45, 2011, pp. 167-181.
- "Marco conceptual de las acciones y discriminaciones positivas", en AA. VV. (SANTIAGO JUÁREZ, M. coord.), *Acciones afirmativas*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México D.F., 2011, pp. 65-125
- REY PÉREZ, J.L., "Propuestas para la plena integración laboral de las personas con discapacidad", en AA. VV. (REY PÉREZ, J.L. y MATEO SANZ, L. eds.), *El empleo de las personas con discapacidad: oportunidades y desafíos*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 393-411.
- RIBES MORENO, M. I., "¿Cabe utilizar la negociación colectiva para integrar laboralmente a las personas con discapacidad? Una propuesta a la luz de la experiencia francesa", *Lan Harremanak*, nº 35, 2017, pp. 358-388.
- ROCA TRÍAS, E., "Conferencia inaugural: discapacidad y protección de los derechos fundamentales", en AA. VV. (SERRANO GARCÍA, I. y CANDAU PÉREZ, A., coords.), *Protección jurídica de la persona con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 15-34.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ V.; MALO OCAÑA, M.A. y CUETO IGLESIAS, B., "Diferencias salariales por discapacidad y Centros Especiales de Empleo", *Cuadernos de economía*, vol. 35, n.º 98, 2012, pp. 100-116.

- RODRÍGUEZ CABRERO, G.; GARCÍA SERRANO, C. y TOHARIA, L., *Evaluación de las políticas de empleo para personas con discapacidad y formulación y coste económico de nuevas propuestas de integración laboral*, Ediciones Cinca, Madrid, 2009.
- RODRÍGUEZ JOUVENCEL, M., *La incapacidad para el trabajo*, J. M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1993.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *Discriminación, igualdad de trato y acción positiva*, Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, Nº 2, 1995, pp. 81-92.
- “Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía”, *Revista Relaciones Laborales*, Tomo 1, 2000, pp. 51-62
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Exclusiones, reservas y preferencias de empleo”, en AA. VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. IV, Madrid, 1983.
- “Artículo 49”, en AA. VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M. E. dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, BOE-Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 1.404-1.416.
- RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1985.
- ROSENFELD, M.: *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Yale University Press, New Haven y Londres, 1991.
- “Conceptos clave y delimitación del ámbito de análisis de las acciones afirmativas”, en AA. VV. (SANTIAGO SUÁREZ, M., coord.), *Acciones afirmativas*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México D.F., 2011, pp. 11-64.
- RUEDA MONROY, J.A.: “La virtualidad jurídica de las reservas y preferencias en el empleo a favor de la mujer en el ordenamiento español”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho Del Empleo*, Vol. 8, núm. 4, octubre-diciembre de 2020, pp. 197-221.
- “Cuotas de reserva”, en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M^a. N.; MÁRQUEZ PRIETO, A., et. al. dirs.), *La protección Jurídico-Social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Laborum, Murcia, 2021, pp. 425-452.

- RUIZ MIGUEL, A.: "Discriminación inversa e igualdad", en AA.VV. (VALCÁRCEL Y BERNALDO DE QUIRÓS, A., comp.), *El concepto de igualdad*, Pablo Iglesias, Madrid, 1994, pp. 77-94.
- "La discriminación inversa y el caso *kalanke*", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, 1996, pp. 123-140. Accesible en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10467/1/doxa19_07.pdf
- RUIZ SANTAMARÍA, J. L., *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.
- RUSSELL, M. y MALHOTRA, R., "Capitalism and Disability", *Socialist Register*, vol. 38, 2002. Accesible en: <https://socialistregister.com/index.php/srv/article/view/5784>.
- SALAS PORRAS, M., "Los centros especiales de empleo. Aproximación jurídico-laboral" en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M^a. N.; MÁRQUEZ PRIETO, A., et. al. Dirs.), *La protección Jurídico-Social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Laborum, Murcia, 2021, pp. 523-546.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A. "El sistema de fuentes del Derecho en los primeros cincuenta años de vida de la Revista de Administración Pública (1950-1999)", *RAP*, núm. 150, 1999, pp. 533-575.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F., "Tribunal Constitucional y control de legalidad de los Decretos Legislativos", *Revista de administración pública*, N^o 132, 1993, pp. 209-222.
- SANTERO SÁNCHEZ, R.; CASTRO NÚÑEZ, B., MARTÍNEZ MARTÍN, I. y GUILLÓ RODRÍGUEZ, N., "Integración de personas con discapacidad en la Economía Social. Elementos facilitadores y obstáculos detectados en la incorporación del colectivo", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, N^o 88, 2016, pp. 29-59.
- SARGEANT, M.; RADEVICH-KATSAROUMPA E. y INNESTI A., "Disability quotas: past or future policy?", *Economic and Industrial Democracy*, Vol. 39, n^o 3. Accesible en: <https://eprints.mdx.ac.uk/18801/1/Disability%20quotasfeb1a.pdf>.
- SCHAUER, F., *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

- SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., "La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de los derechos", en AA. VV. (BLÁZQUEZ PEINADO, M. y BIEL PORTERO, I., coords.), *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la Comunidad Valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 11-45.
- SERIES, L., "Disability and human rights", en AA.VV. (WATSON, N. y VEHMAS, S., edits.), *Routledge handbook of disability*, Segunda Ed., Routledge, Nueva York, 2020, pp. 72-88.
- SHAKESPEARE, T.: "Social models of disability and other life strategies", *Scandinavian Journal of Disability Research*, núm. 6, 2004, pp. 8-21.
- "The Social Model of Disability", en AA. VV. (DAVIS, L. J. edit.), *The Disability Studies Reader (fourth edition)*, Routledge, Nueva York, 2013, pp. 214-221.
- SHAKESPEARE, T. y WATSON, N., "Defending the social model", *Disability and Society*, Vol. 12, 1997, pp. 293-300.
- SHELDON, A., "Changing Technology", en VV.AA. (SWAIN J., FRENCH S., BARNES C., y THOMAS, C. Eds.), *Disabling Barriers – Enabling Environments*, 3ª edición, SAGE, Londres, 2014, accesible en: <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/Sheldon-chapter-for-alison.pdf>
- SHILDRICK, M., "Critical disability studies: Rethinking the conventions for the age of postmodernity", en AA. VV. (WATSON, N. y VEHMAS, S., edits.), *Routledge handbook of disability studies*, 2ed, Routledge, Nueva York, 2020, pp. 35-44.
- SIERRA HERNÁIZ, E., *Acción positiva y empleo de la mujer*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999.
- SOLER ARREBOLA, J. A., "Particularidades en el acceso al empleo público de personas con discapacidad", *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num.6/2009, parte Estudio Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2009, recurso electrónico: BIB 2009\698.
- STEIN, M. A., "Disability Human Rights", *California Law Review*, núm. 95, 2007, pp. 75-121.
- TERRÁDEZ SALOM, D., *La carta social europea en el orden constitucional español*, Athenaica Ediciones, Sevilla, 2018.

- THOMAS, C., "Developing the social relational in the social model of disability. A theoretical Agenda" en AA. VV. (BARNES, C. y MERCER, G. eds.), *Implementing the Social Model of Disability: Theory and Research*, Disability Press, Leeds, 2004, pp- 32 a 47, accesible en: <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/Barnes-implementing-the-social-model-chapter-3.pdf>
- THOMPSON, N. *Promoting Equality, Challenging discrimination and oppression*, Palgrave Macmillan, New York, 2003.
- THORNTON, P.: *Employment Quotas, Levies and National Rehabilitation Funds for Persons with Disabilities: Pointers for Policy and Practice*, OIT, Ginebra, 1998. Accesible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---ifp_skills/documents/publication/wcms_106625.pdf
- "Cuotas de empleo, contribuciones compensatorias y fondos nacionales para la rehabilitación de personas con discapacidad: guía practica", en AA. VV. (MUÑOZ MACHADO, S. y DE LORENZO GARCÍA, R., dirs.), *Nuevas experiencias internacionales en materia de empleo de personas con discapacidad*, Escuela Libre Editorial - Colección "Nova Europa", Madrid, 2000, pp. 93-209.
- "Proyecto internacional de investigación sobre estrategias de conservación y reincorporación al empleo para personas con discapacidad", en AA. VV. (MUÑOZ MACHADO, S. y DE LORENZO GARCÍA, R., Dirs), *Nuevas experiencias internacionales en materia de empleo de personas con discapacidad*, Escuela Libre Editorial - Colección "Nova Europa", Madrid, 2000, pp. 273-399.
- TOHARIA, L.; FERNÁNDEZ MÉNDEZ DE ANDÉS, F. y GARRIDO MEDINA, L. J., "Empleo y paro en España, 1976-1990", en AA.VV. (PRIETO RODRÍGUEZ, C. y MIGUÉLEZ LOBO F., coords.), *Las Relaciones Laborales en España*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 1995, pp. 43-96.
- TURNER, B., *Equality*, Tavistock y Ellis horwood, Londres, 1986.
- TUSSMAN, J. y TENBROEK, J., "The Equal Protection of the Laws", *California Law Review*, vol. 37, núm. 3, 1949, pp. 341-38.
- UPIAS, *Fundamental Principles of Disability*, UPIAS/Disability Alliance, Londres, 1976.

- VÁZQUEZ GARRANZO, J., “Capítulo III: De los principios rectores de la política social y económica. Artículo 49”, en AA. VV. (CAZORLA PRIETO L.M. y PALOMAR OLMEDA, A. dirs.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Thomson Reuters, 2018, recurso electrónico.
- VERDUGO ALONSO, M.A.; VICENT RAMIS, C.; CAMPO BLANCO, M. y JORDÁN DE URRÍES VEGA, F.B., *Definiciones de discapacidad en España: un análisis de la normativa y la legislación más relevante*, Servicio de Información sobre Discapacidad, Salamanca, 2001.
- VIDA SORIA, J., “Artículo 49. Protección de los disminuidos físicos”, en AA. VV. (ALZAGA VILLAAMIL, O., dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IV. Artículos 39 a 55, Editoriales de Derecho Reunidas Cortes Generales, Madrid, 1996, pp. 355-364.
- VIGO SERRALVO, F.: *El derecho al trabajo, un primigenio y alternativo proyecto de estado social. Reflexiones para el debate sobre la cuestión social contemporánea*. Aranzadi, Pamplona, 2019.
- “El fomento del empleo por cuenta ajena en el sistema ordinario de trabajo” en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M^a. N.; MÁRQUEZ PRIETO, A., et. al. dirs.), *La protección Jurídico-Social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Laborum, Murcia, 2021, pp. 453-476.
- VILA TIerno, F., “Mujer y trabajo”, en AA. VV. (GÓMEZ SALADO, M.A., dir.) *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, Murcia, 2019, pp. 13-30.
- WADDINGTON, L.: “Legislating to employ people with disabilities: The European and American way”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 1, n^o 4, 1994, pp. 367-395.
- “Changing attitudes to the rights of people with disabilities in Europe”. en AA. VV. (COOPER, J., ed.), *Law, Rights and Disability*, Jessica Kingsley Publishers, Londres, 2000, pp. 33-58.
- *Disability Assessment in European States ANED Synthesis Report*, ANED, 2018.

- “The Relationship between Disability Non-Discrimination Law and Quota Schemes: A Comparison between Common Law and Civil Law Jurisdictions in Europe Forthcoming”, en AA. VV. (HAVELKOVÁ, B. y MÖSCHEL, M. edits.) *Anti-Discrimination Law in Civil Jurisdictions*, TBD. Accesible en: <https://ssrn.com/abstract=3246883>

