

Medidas da Administración
pública a favor da contratación
das persoas con discapacidade

Medidas de la Administración pública a favor de la contratación de las personas con discapacidad*

Public Administration measures
for the hiring of persons
with disabilities

54
Regap

PALOMA CANEIRO GONZÁLEZ

Doctoranda en Derecho Administrativo Iberoamericano
Universidad de A Coruña

Miembro del Observatorio de Políticas Públicas en Materia de
Discapacidad, Atención a la Diversidad e Igualdad de Oportunidades
Becaria de la Fundación ONCE, programa "Oportunidad al Talento", 2014
paloma.caneiro.gonzalez@udc.es

CRISTEL MAGDALENA PÉREZ HERMIDA

Abogada

Miembro del Observatorio de Políticas Públicas en Materia de
Discapacidad, Atención a la Diversidad e Igualdad de Oportunidades
cristelperez@icacor.es

Recibido: 14/11/2017 | Aceptado: 21/12/2017

Resumo: O dereito ao emprego das persoas con discapacidade tamén se impulsa desde a Administración pública. Foi diversa a normativa con medidas que amparan a súa contratación laboral directa e indirecta coa Administración. As políticas laborais a favor da contratación de persoas con diversidade funcional tiveron diversos resultados; non obstante, non se pode concluír que as discriminacións laborais minguasen.

Palabras clave: Emprego público e privado, diversidade funcional, discriminación laboral, enfermidade, reservas de postos.

Resumen: El derecho al empleo de las personas con discapacidad también se impulsa desde la Administración pública. Ha sido diversa la normativa con medidas que amparan su contratación laboral directa e indirecta con la Administración. Las políticas laborales a favor de la contratación de personas con diversidad funcional han tenido diversos resultados; sin embargo, no se puede concluir que las discriminaciones laborales hayan menguado.

Palabras clave: Empleo público y privado, diversidad funcional, discriminación laboral, enfermedad, reservas de puestos.

* Paloma: Hoy has ido hacia la luz, dejando corazones tristes tras de ti, y logros que permanecerán imperturbables en la historia (06/01/2018).

Regap



ESTUDIOS

Abstract: The right to employment of persons with disabilities also takes place within the public Administration. It has been diverse the state regulations that have covered this type of direct contracting with the Administration and indirect through the subcontracting. Labour policies in favour of the hiring of persons with functional diversity have had a variety of outcomes; however, it cannot be concluded that labour discrimination has waned.

Keywords: Public and private employment, functional diversity, labour discrimination, disease, job reservations.

Sumario: 1 Introducción. 2 Normativa de medidas a favor de la contratación pública de personas con discapacidad. 2.1 El acceso de las personas con discapacidad a las convocatorias de turno libre y de derecho reservado en los procesos selectivos. 2.2 Cuotas de reservas de puestos de trabajo para personas con discapacidad en empresas públicas o privadas. 3 Las cláusulas sociales en los concursos de contratación pública. 4 El concepto de persona con discapacidad. Jurisprudencia sobre prácticas discriminatorias en las contrataciones pública o privada. 4.1 El concepto de persona con discapacidad en el empleo público. 4.2 Concepto de discapacidad en la empresa privada. Diferencia discapacidad-enfermedad en el marco de aplicación de la Directiva 2000/78. 4.3 Prácticas discriminatorias en las contrataciones pública o privada. 5 Conclusiones. 6 Bibliografía. 7 Apéndice jurisprudencial.

1 Introducción

Un concepto que ha ido adquiriendo mayor relevancia conforme pasan los años es la llamada "*responsabilidad social*". Está asociado a empresas privadas de gran envergadura, que han creado un gabinete con este título. En términos de la contratación pública, éste concepto se transforma en la llamada "*gestión pública responsable*".

Ambos términos están asociados con un ideal de compromiso a favor de la sociedad. Se circunscriben a un ámbito de actuación en materias que preocupan, como el medio ambiente, las condiciones laborales y la discapacidad. Este último ámbito de actuación es sobre el que versará este trabajo.

En el campo de la contratación pública existen diversos mecanismos que incorporan y fomentan la contratación de las personas con discapacidad:

Por un lado, en el concurso público de ofertas de empleo a través de la reserva de plazas para personas con discapacidad, entre otros, pero quizás el más conocido y relevante.

Por otro lado, mediante la incorporación de cláusulas sociales en los pliegos de contratación de los procesos de licitación que son redactados por la Administración. En estas licitaciones concurren empresas privadas que prestarán por encargo de la Administración ciertos servicios.

También es frecuente encontrar convocatorias de premios y subvenciones por las que se premia este tipo de contratación responsable. Finalmente, en materia de Seguridad Social son diversas las exenciones que se ofrecen por la contratación de personas con discapacidad.

En definitiva, son varias las normas que han propulsado medidas a favor de la contratación de las personas con discapacidad tanto en el sector público como en el privado. El éxito de la normativa puede ser cuestionable.

Las distintas organizaciones internacionales y, especialmente, la Unión Europea han mantenido el tema de la discapacidad como una responsabilidad actual. Paralelamente, también se ha velado por unas medidas de contratación sostenible que piensa en el medio ambiente y en la responsabilidad social. Diversas políticas inclusivas, y a favor de los derechos de las personas con discapacidad, han inundado la actualidad social y administrativa. El correlativo

fracaso, bien parcial o total, de estas políticas no ha sido impedimento para continuar legislando en la materia.

El proceso de consolidación de un empleo estable de las personas con discapacidad es lento y laborioso, influido por estas políticas. Los beneficios de este tipo de contratación repercuten en diversos ámbitos, sobre todo en el económico.

En el marco histórico, el fomento del empleo de las personas con discapacidad se puede dividir en varias etapas:

Una primera etapa estaba marcada por textos internacionales que incidían sobre la necesidad de adaptar los puestos de trabajo a la discapacidad. Una propuesta seria de ello fue la publicación en el año 1955 de la Recomendación n. 99, que trataba sobre la “rehabilitación y empleo de los inválidos”¹. En el año 1982, las Naciones Unidas aprueban el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, con el objetivo, entre otros, de asegurarse el empleo en condiciones de igualdad y plena participación. Todo ello deriva en el nacimiento del llamado empleo con apoyo, en los Estados Unidos, por la década de los ochenta.

Una segunda etapa se desmarca con la proliferación del acervo normativo que ha continuado la promoción y protección del empleo de las personas con discapacidad. En España, han tenido un importante impacto los siguientes textos normativos: la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en 2006 por las Naciones Unidas; la Ley de integración de los minusválidos, de 7 de abril de 1982; la Ley general de derechos de las personas con discapacidad, publicada el 3 de diciembre de 2013; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU); la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y 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. Con este respaldo normativo, nace el llamado empleo protegido y la Estrategia Española 2012-2020 sobre Discapacidad, que será un referente a largo plazo y orientará las políticas públicas de futuro.

En tercer lugar, diversos estudios de la ocupación de las personas con discapacidad confluyen en la misma conclusión: la tasa de desempleo de las personas con discapacidad supera el de la media de la población. El motivo es la situación de exclusión a la que está sometido este colectivo, la misma por la cual no son tratados como trabajadores potenciales. La crisis económica ha influido de forma negativa, especialmente en la financiación pública que ampara muchas de estas políticas. A raíz de ello, en Madrid tuvo lugar el 2 de diciembre de 2012 una manifestación con miles de personas para reclamar a la Administración el recorte en derechos. Este movimiento se extendió a Gran Bretaña, teniendo lugar en Londres el 22 de junio de 2013 otra manifestación contra la austeridad política de la Unión Europea². Estos movimientos sociales permiten afirmar que se ha inaugurado una nueva etapa. Por este motivo, es el momento idóneo de reflexionar sobre lo actuado en la materia y cómo

1 ANDRÉS VALENCIA, L., “Breve historia de las personas con discapacidad: De la opresión a la lucha por derechos”, <http://www.rebellion.org/docs/192745.pdf>, 2014, p. 18 (último acceso: 19/09/2017).

2 ANDRÉS VALENCIA, L., “Breve historia de las personas con discapacidad: De la opresión a la lucha por derechos”, cit., pp. 23 y ss. (último acceso: 19/09/2017).

lograr los objetivos sociales y laborales en el ámbito de la contratación pública y que diversa normativa establece.

2 Normativa de medidas a favor de la contratación pública de personas con discapacidad

La normativa de acceso a la función pública se sostiene sobre tres principios: mérito, capacidad e igualdad. Todos ellos fueron consagrados en el artículo 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, de conformidad con lo establecido en los artículos 103.3 y 23.2 de la Constitución española. Esta ley introduce discriminaciones positivas a favor de las personas con discapacidad, mediante la incorporación de articulado que se describe en los textos que la modificaron posteriormente.

a) La Ley 23/1988, de 28 de julio, de modificación de la Ley de medidas para la reforma de la función pública, incluyó una disposición adicional decimonovena que establecía un cupo de reserva del 3 % para las personas con discapacidad. Su desarrollo normativo esperó hasta la aparición del Real decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración general del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración general del Estado. Este texto prevé las siguientes potestades: solicitar adaptaciones de medios y tiempo en las entrevistas de los concursos; instar la adaptación del puesto de trabajo; que se emita dictamen sobre las personas con discapacidad que acceden al empleo por el turno reservado a fin de determinar su idoneidad para el puesto de trabajo, así como las adaptaciones que necesitarían; y, por último, incorpora la exigencia de acreditar la condición de discapacidad posteriormente a la realización del examen en el turno reservado.

b) La aprobación de la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados, y su desarrollo normativo 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 discapacidad³, han supuesto un mayor impulso a la contratación pública de personas con discapacidad a través de la mejora de los mecanismos instaurados en la anterior normativa:

Se aumenta al 5 % la reserva de las plazas de empleo público (personal temporal y de promoción interna) para personas con una discapacidad igual o superior al 33 %.

Se prevé una acumulación del porcentaje de reserva de plazas que no se haya usado en una convocatoria para la siguiente.

Se prevén convocatorias para personas con discapacidad en un turno independiente, así como el incentivo de las adaptaciones y ajustes en las pruebas selectivas y en el propio puesto de trabajo.

3 Y que sustituye, en cuanto a discapacidad se refiere, el articulado del Real decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración general del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración general del Estado. La aprobación del RD 2271/2004 derivó en la redacción de la Orden APU/423/2005, de 22 de febrero, por la que se establecen las bases comunes que regirán los procesos selectivos para ingreso o acceso en cuerpos o escalas de la Administración general del Estado y, posteriormente, en la Orden APU/3416/2007, de 14 de noviembre, 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.

Años después tuvo lugar la redacción de los siguientes textos: 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; la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público; y 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. Todos estos textos incluían articulado relacionado con la contratación de personas con discapacidad, concretando normas anteriores sin desarrollo.

El actual 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, regula diversos aspectos estrechamente vinculados con la discapacidad. Entre los derechos individuales que consagra, figura el derecho a la no discriminación. Además, incorpora los permisos para la conciliación de la vida laboral con la personal, que no son de reciente creación en la regulación de la función pública, pues ya habían sido incorporados en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública.⁴ Por último, esta norma aumenta⁵ el porcentaje de reserva de plazas⁶ a personas con discapacidad:

“Artículo 59. Personas con discapacidad.

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”.

De conformidad con el artículo 70 de esta norma y con el Real decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley general de derechos

4 Este tema ha sido protagonista de numerosa jurisprudencia que ha seguido las directrices marcadas por el TEDH en razón 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. En este sentido, *vid.* TJCE (Gran Sala) 2008/176 de 17 de julio, Caso S. Coleman contra Attridge Law.

5 Ya en la anterior Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público, en su artículo 59 se establecía el mismo cupo de reserva del 7%. Ambos artículos son idénticos. Su única diferencia reside en el concepto de discapacidad. La Ley 7/2007 toma la definición del 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.

6 El TC, en su Sentencia n. 269/1994, de 3 de octubre, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta medida de reserva de plazas. La demandante entendía que esta medida a favor de las personas con discapacidad vulneraba el derecho a la igualdad que la propia Constitución proclama. El tribunal resuelve otorgando legitimidad a este mecanismo, el cual es coherente con el carácter social y democrático del Estado. Además, el alto tribunal afirma que la promoción de la inserción laboral de personas con dificultades en el acceso al empleo es lo que hace efectivo el principio de igualdad.

de las personas con discapacidad y de su inclusión social⁷, se ha aprobado el Real decreto 702/2017, de 7 de julio, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2017. Este real decreto mantiene el cupo de reserva en el 7 %. En consecuencia, no se introduce variación sustancial de este cupo durante prácticamente la última década.

La medida principal que se debe destacar en toda la normativa es, como se ve, el cupo de reserva. Es una medida de discriminación positiva, que vela por la igualdad de oportunidades y se configura como un mecanismo de gestión pública responsable. Sin embargo, esta medida no tendría razón de ser si en las distintas convocatorias de oposición no se facilitasen adaptaciones para los aspirantes con discapacidad, todo ello con independencia de su elección del turno reservado o libre. Este compuesto mecanismo ha sido objeto de un desarrollo legislativo que ha durado diversos años, pero que su consolidación en las prácticas de la Administración pública y privada solo se puede examinar tras la observancia de la jurisprudencia en la materia.

2.1 El acceso de las personas con discapacidad a las convocatorias de turno libre y de derecho reservado en los procesos selectivos

El artículo 55 del EBEP señala que la selección del personal funcionario y laboral respetará los principios de igualdad, mérito y capacidad, fundamentales en la regulación del acceso al empleo público de las personas con discapacidad. Los aspirantes deberán superar los procesos selectivos (de oposición o concurso oposición y las pruebas que determinen su capacidad), en los que se establecerá el orden de prelación, de conformidad con el artículo 61 del mismo texto legal.

El carácter abierto y libre de los procesos selectivos para la función pública permite que las personas con discapacidad se puedan presentar en igualdad de condiciones⁸, siempre que se posea la capacidad funcional para el desempeño de las tareas, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.1 b) del EBEP⁹.

La reserva de plazas para las personas con discapacidad no supone la obligación de participar en ese turno reservado de la convocatoria. De hecho, nadie tiene obligación de manifestarse sobre su discapacidad¹⁰. Por lo tanto, las personas con discapacidad tienen las siguientes opciones de concurrencia en las convocatorias:

7 Normativa que a su vez es dictada de conformidad con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

8 PÉREZ BUENO, L.C. (dir.), *El empleo público y las personas con discapacidad. Colección CERMI n. 42*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2009, pp.74 y ss.

9 Este requisito de acreditar la capacidad funcional aplicado a las personas con discapacidad se desarrolla en el artículo 59 de la EBEP, indicando que deben acreditar la compatibilidad de su discapacidad con el desempeño de las tareas, las cuales podrán desarrollar con las adaptaciones y ajustes en el puesto de trabajo conforme a las necesidades de su discapacidad. Las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios también podrán usarse en el proceso selectivo. En todo caso, para su uso por el interesado se deberá formular petición previa al respecto y se concederán los ajustes y adaptaciones (materiales y humanos, asistencias y apoyos, y ayudas técnicas o tecnológicas asistidas) siempre que supongan una carga proporcionada para la Administración (en conformidad con los tres criterios del artículo 1.3 del RD 2271/2004: principio de compensación de desventajas, principio de proporcionalidad y, por último, perjuicio a la urgencia y celeridad de los procesos de selección de personal temporal).

10 ROSÓN OLMEDO, T., "Política y medidas pro acceso de las personas con discapacidad al empleo público, regulación general de las mismas y su inclusión en las convocatorias de pruebas selectivas de la Administración General del Estado", AA.VV., *Acceso de las personas con discapacidad al empleo público 1985-1999*, Ed. Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2002, p. 32, señala que era frecuente la práctica

Si la convocatoria carece de reserva de plazas, las personas con discapacidad podrán concurrir acreditando su capacidad funcional para las tareas del puesto.

Si la convocatoria tiene reserva de plazas, las personas con discapacidad podrán presentar su solicitud de participación con especificación en tal sentido, añadiendo una declaración de que reúnen el grado de discapacidad requerido y acreditado mediante el certificado expedido por la autoridad competente, generalmente tras la publicación de la lista de aprobados. En caso de que existan personas con discapacidad inscritas en este turno, no beneficiarios de la reserva, que superen en puntuación a aspirantes en el régimen general, se incorporan a la lista de este régimen. En este sentido, el artículo 3 del RD 2771/2004, "Convocatorias ordinarias con reserva de plazas para personas con discapacidad", establece: "2. Con el fin de avanzar en el propósito de conseguir la igualdad de oportunidades, 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."

Si la convocatoria tiene reserva de plazas y la persona con discapacidad participa por el turno libre, debe mantenerse en ese turno. La persona no podrá cambiarse cuando haya observado que ha superado en calificación a las personas del turno de reserva. En tal caso, se afectaría la seguridad jurídica de las personas con discapacidad que se adscribieron *ab initio* al turno especial.

Finalmente, las personas con discapacidad podrán acceder a convocatorias (mayormente de carácter autonómico) cuya participación está restringida a personas con especiales discapacidades. En estos casos, se acreditará el tipo o grado de discapacidad requerido.

La reserva de plazas en las distintas convocatorias hace posible la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones en las ofertas de empleo público. Sin embargo, este mecanismo no tendría sentido sin los ajustes y adaptaciones en los procesos selectivos y en los puestos de trabajo, en los términos dispuestos en el apartado 2 del mencionado artículo 59 del EBEP.

2.2 Cuotas de reservas de puestos de trabajo para personas con discapacidad en empresas públicas o privadas

Una previsión en sentido similar a la cuota de reserva del EBEP se estableció en la ya derogada Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI), y ahora en su normativa sustituta, 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, cuyo artículo 42 afirma:

"Artículo 42. Cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad.

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

en los años noventa de exigir a las personas con discapacidad que comunicasen su condición; tal práctica es criticada porque no respeta, «al menos formalmente, la autonomía de voluntad del aspirante para solicitar adaptaciones o no hacerlo».

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.

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”¹¹.

Este cupo de reserva, así como lo establecido en 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 en favor de los trabajadores con discapacidad, son medidas de discriminación positiva que han sido implantadas como consecuencia del problema que tienen las personas con discapacidad para acceder a un empleo. Estas medidas son una previsión obligacional para los empresarios con libertad contractual y que solo tiene cabida en este ámbito. En el marco de la ley del empleado público no sería posible tal reserva de puestos, toda vez que no es una contratación incondicionada, sino que debe ajustarse a los principios de mérito, capacidad e igualdad.

El artículo 42 del Texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (al igual que se refería el equivalente artículo 38 de la LISMI pero no lo decía explícitamente) se refiere a las contrataciones reguladas por el Estatuto de los trabajadores y, por lo tanto, de las empresas privadas¹². Cabría entonces preguntarse qué pasa con esta reserva de puestos en las empresas públicas (o privadas con parte del capital en manos de la Administración). ¿No se deberían regir por los mismos principios de mérito, capacidad y acceso en igualdad de condiciones y, por lo tanto, contrarios a la reserva de puestos pero coherentes con la reserva de plazas en sus convocatorias? Pues bien, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, establece en su artículo 113 “*Régimen jurídico*”, lo siguiente: “*Las sociedades mercantiles estatales se regirán por lo previsto en esta ley, por lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirles el ejercicio*

11 Este artículo se debe relacionar con el propio artículo 59 del EBEP, acerca de la exigencia de igualdad en las condiciones de acceso entre las personas con discapacidad y el resto de aspirantes en relación con el acceso al empleo público (no solo al que posea la condición de funcionario).

12 PÉREZ BUENO, L.C. (dir.), *El empleo público y las personas con discapacidad. Colección CERMI n. 42*, cit., pp. 59-63.

de potestades administrativas". En consecuencia, las empresas mencionadas no se someten a la regulación de la función pública y se rigen por el ordenamiento jurídico privado en tanto en cuanto la normativa de la propia empresa pública no se incluya en el sector estatal, autonómico o local¹³. Por todo ello, se podría concluir que debe tener lugar la reserva de puestos de trabajo del citado artículo 42 del Texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad.

Sin embargo, esta conclusión se ve dificultada por el tenor de la disposición adicional primera del EBEP, que establece: "*Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente estatuto y que estén definidas así en su normativa específica*". Se determina así que, si la empresa pública aparece definida en su normativa como dentro del sector público, debe cumplir con los principios de igualdad, mérito y capacidad, restringiéndose de este modo su capacidad de contratar y, por lo tanto, imposibilitada, a la vista de la colisión entre ambas normas, para llevar a cabo la reserva de empleo del 2 % a personas con discapacidad.

3 Las cláusulas sociales en los concursos de contratación pública

Otro mecanismo de incentivo de la contratación de las personas con discapacidad se vertebró en el seno de las licitaciones públicas. Su práctica tiene lugar a través de la incorporación de cláusulas sociales en los pliegos de la convocatoria de contratación. Una definición idónea para el concepto de "cláusula social" es la siguiente: "*la inclusión de ciertos criterios en los procesos de contratación pública en virtud de los cuales se incorporan al contrato aspectos de política social como requisito previo (...), como elemento de valoración (...) o como obligación (...)*"¹⁴.

La normativa europea destacada en el ámbito de las cláusulas sociales se integra en la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública; y en la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Estas directivas nacen con la vocación de trasladarse a los correspondientes textos legales nacionales, mediante la necesaria y exigible transposición.

Existen numerosos ejemplos de cláusulas sociales en el ordenamiento español, especialmente local. A nivel estatal, el vigente Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, apenas hacía mención de ello. Se cita una referencia a ellas en el artículo 118 y en las disposiciones adicionales 4.^a y 5.^a: "*Disposición adicional cuarta. Contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro*" y "*Disposición adicional quinta. Contratos reservados*". Este articulado

13 PÉREZ BUENO, L. C. (dir.), *El empleo público y las personas con discapacidad*. Colección CERMI n. 42, cit., pp. 65-66.

14 *Revista CERMI*, n. 7, marzo-junio 2010. Disponible en <http://revista.cermi.org/numero-7/pdf/doc1.pdf>. (último acceso: 18/10/2017).

trata las cláusulas sociales de forma potestativa y sin crear imperativo alguno; los pliegos autonómicos, provinciales y locales suelen recoger estas cláusulas principalmente: la de tener personas con discapacidad en plantilla, la adopción de medidas alternativas en consonancia con lo dispuesto por la derogada LISMI, y reservar procesos a la participación a centros especiales de empleo o al empleo protegido.

La nueva 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, texto que traspone las directivas europeas de la materia, y entrará en vigor el próximo 9 de marzo de 2018, propone una normativa más vinculada y preocupada por las cláusulas sociales. Su preámbulo (apartado II), refiriéndose a lo dispuesto en el artículo 1 "*Objeto y finalidad*", en su apartado 3 y artículo 149 "*Ofertas anormalmente bajas*", apartado 4, reza que, para la consecución del objetivo de buena relación calidad-precio, es obligatorio que los órganos de contratación velen por que los criterios de adjudicación incluyan aspectos sociales, medioambientales e innovadores, sujetos al objeto del contrato. Añade que se rechazarán ofertas bajas que no cumplan con las obligaciones en materia social.

En el apartado V del citado preámbulo continúa incluyendo las consideraciones de tipo social en los contratos públicos, bien como criterios de adjudicación y/o cualitativos, o bien como condición especial de ejecución. En concreto, sobre estas últimas condiciones, el artículo 202 obliga a que una de ellas sea de carácter medioambiental, social o relativa al empleo.

Se regula con respecto a la materia social: contratos reservados a centros especiales de empleo; la reserva de ejecución a programas de empleo protegido y empresas de inserción; y la exigencia de tener en plantilla trabajadores discapacitados en el porcentaje que les sea de aplicación. Esta última exigencia se refuerza en el artículo 71 "*prohibiciones de contratar*", apartado primero, epígrafe d), expresando la prohibición de contratar con entidades que no cumplan el apartado d) del artículo 60 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, y lo dispuesto en 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. Es decir, no cuenten con un 2 % de trabajadores con discapacidad de cada 50 empleados.

4 El concepto de persona con discapacidad. Jurisprudencia sobre prácticas discriminatorias en las contrataciones pública o privada

4.1 El concepto de persona con discapacidad en el empleo público

El artículo 59 del EBEP ha establecido una modificación en el concepto de persona con discapacidad. La normativa anterior obligaba a acudir a la LIONDAU. Ahora deberá tomarse el concepto plasmado en 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, que reza lo siguiente:

“Artículo 4. Titulares de los derechos.

1. 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.

2. 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”.

De este modo, el artículo asimila pensionistas o incapacitados permanentes al término de persona con discapacidad, significándose una ampliación o flexibilización del concepto, que asegura una mayor protección de las personas con discapacidad¹⁵.

En el ámbito de la empresa, la noción de persona con discapacidad ha sido objeto de debate en el marco de diversos procesos judiciales, no siendo asimilable de forma automática pensionista a la condición de discapacidad. Sí se mantiene considerar persona con discapacidad a aquella que acredite poseer un 33 % de discapacidad mediante la resolución del organismo competente [vid. STS (Sala Social) de 21/03/2007 (Rec. cas. n. 3872/2005)].

Regap



ESTUDIOS

4.2 Concepto de discapacidad en la empresa privada. Diferencia discapacidad-enfermedad en el marco de aplicación de la Directiva 2000/78

La definición del concepto de persona con discapacidad aplicable a las contrataciones privadas es compleja, en tanto en cuanto se confunde con las situaciones de enfermedad. El concepto más fiable se encuentra en la jurisprudencia que aplica la Directiva 2000/78 y cuyo fundamento reside en la respuesta del TJCE a las cuestiones prejudiciales que le fueron planteadas.

La STJCE de 11 de julio de 2006 y la STJUE 2013/122 de 11 de abril afirman: a) que el término discapacidad utilizado en la directiva se refiere a las limitaciones que derivan de dolencias (físicas o psíquicas) que afecten la participación de la persona en el ámbito laboral y probablemente durante un largo tiempo; b) que es una condición causada por cualquier enfermedad diagnosticada curable o incurable que conlleve tal limitación que impida la participación plena y efectiva de la persona en su esfera laboral, en igualdad de condiciones que el resto de trabajadores; c) que el concepto discapacidad no es equiparable al de enfermedad; d) el concepto de discapacidad significa que existe un obstáculo o barrera para la actividad profesional que puede ser salvado con los ajustes necesarios a la discapacidad, no siendo tal actividad imposible¹⁶.

15 PÉREZ BUENO, L.C. (dir.), *El empleo público y las personas con discapacidad. Colección CERMI n. 42*, cit., pp. 69-71.

16 STJCE (Gran Sala) de 11 de julio 2006, Caso Sonia Chacón Navas contra Euresst Colectividades, S.A, apartados 42, 43 y 45. STJUE (Sala 2.ª) 2013/122, de 11 de abril, Caso Ring-Caso HK Danmark y otros contra HK Danmark y otros. Aps. 38, 39, 41, 44, 45 y 47.

4.3 Prácticas discriminatorias en las contrataciones pública o privada

El derecho a la igualdad en el marco del empleo para las personas con discapacidad supone que las empresas deban ajustarse a las necesidades especiales del trabajador por motivo de su discapacidad. Ello convierte que el propio acceso y mantenimiento del empleo sea objeto de discordias entre las partes. Muchas han sido las sentencias que con este motivo se han resuelto acerca de la prohibición de discriminación.

La STJCE (Gran Sala) 2008/176, de 17 de julio, *Caso S. Coleman contra Attridge Law*, expone que la Directiva 2000/78 protege a los trabajadores que, aunque no tengan discapacidad, sean objeto de discriminación directa o acoso de su empleador por razón de discapacidad. El apartado 56 advierte literalmente: *“Cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en el citado artículo 2, apartado 2, letra a)”*.

La STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.ª) n. 8103/2014, de 9 de diciembre, se pronuncia sobre la prohibición de discriminación analizando los ajustes razonables a la discapacidad. Estos deben adecuarse a las necesidades de la situación y permitir el acceso al empleo, así como ser sufragados por el empresario, salvo que supongan una carga excesiva. En el caso de autos, la reducción de la jornada sería un ajuste razonable. La negativa de la empresa al ajuste y el posterior despido constituye la procedencia de la declaración de nulidad del despido por haberse realizado de forma discriminatoria en razón de la discapacidad de la trabajadora. Similar argumentación se desarrolla en la STSJ de Cataluña (Sala 4.ª, Sección 1.ª) n. 8103/2014, de 9 de diciembre, por la que de nuevo se declara la nulidad del despido por discriminación. Otras sentencias que es preciso mencionar son: STJUE (Sala 2.ª) 2013/122, de 11 de abril, *Caso Ring*, *Caso HK Danmark* y otros contra *HK Danmark* y otros; STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala 4.ª, Sección 1.ª) n. 1124/2014, de 8 de mayo; y STSJ de Cataluña (Sala 4.ª, Sección 1.ª) n. 8103/2014, de 9 de diciembre¹⁷.

La infracción de prohibición de discriminación también ha sido objeto de enjuiciamiento en el ámbito de la Administración pública. En este sentido, la STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala 4, Sección 1.ª) n. 1859/2013, de 10 de septiembre, declara la infracción. En contraposición con esta sentencia, la STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1.ª) 962/2006, de 5 de junio, considera que, si el desempeño de las tareas inherentes al puesto de trabajo genera en el trabajador un riesgo de agravación de sus dolencias, no ha de desempeñar tal puesto de trabajo y, por lo tanto, no existe una actuación discriminatoria por razón de discapacidad, sino que la contratación estaría siendo respetuosa con la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

La STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala 4, Sección 1.ª) n. 709/2007, de 13 de febrero, y STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.ª) n. 2489/2007, de 10 de abril, también resuelven

17 Todas estas sentencias ponen de relieve: 1) la importancia de los ajustes y 2) que el tenor de la Directiva 2000/78 no obliga al empresario a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.

la nulidad del despido por discriminatorio e indica cómo se distribuye la carga de la prueba: el trabajador aporta los indicios de que la acción del empresario ha sido discriminatoria y el empresario debe probar la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida (se recuerdan las SSTC 55/83, de 22 de junio; 34/84, de 9 de marzo; 94/84, de 16 de octubre, y 112/84, de 28 de noviembre).

La STS (Sala 4, Sección 1.ª) de 22 de septiembre de 2008, Rec. cas. n. 3591/2006, expone la diferencia de consecuencias del despido discriminatorio por discapacidad que es nulo y el despido por enfermedad que solo es improcedente. En este caso, se resuelve que una baja del rendimiento productivo justifica la declaración de improcedencia del despido pero no la asunción de que sea discriminatorio.

La STS (Sala 4, Sección 1.ª) de 21 de octubre de 2010, Rec. cas. n. 806/2010, resuelve razonando acerca de la discriminación indirecta. Su fundamento 4.º define esta conducta como *"discriminación (...) encubierta o indirecta consistente en aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo o no resultar idónea para el logro de tal objetivo (por todas, STC 13/2001, de 29 de enero, F. 8, ó 253/2004, de 22 de diciembre, F. 7).*

En referencia a la actuación de los centros especiales de empleo, la jurisprudencia es diversa fallando sobre la procedencia o improcedencia del despido. Se cita: STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 20 de febrero de 2013, Rec. cas. n. 3081/2011; STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 10 de octubre de 2012, Rec. cas. n. 4016/2011; STS (Sala de lo Social) de 15 de junio de 2005, Rec. cas. n. 2495/2004.

5 Conclusiones

De todo lo expuesto se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- La responsabilidad social empresarial y la gestión pública responsable son pilares en el fomento de la contratación de personas con discapacidad.
- Los principios de mérito, capacidad e igualdad amparan medidas de discriminación positiva a favor de la discapacidad en el seno del empleo público, asegurando unos niveles estables de empleo, imposibles en el sector privado.
- La comparación de las prácticas y de la normativa del sector privado y público lleva a concluir que el segundo está más avanzado y posee un concepto más amplio de discapacidad.
- La vulneración de la prohibición de discriminación sigue siendo una práctica habitual, especialmente de las empresas. Todo ello pese a que se benefician de un concepto de discapacidad más restringido que diferencia discapacidad de la enfermedad, diferenciación que no se circunscribe al ámbito del empleo público.

Regap



ESTUDIOS

6 Bibliografía

- ANDRÉS VALENCIA, L., "Breve historia de las personas con discapacidad: De la opresión a la lucha por derechos", <http://www.rebellion.org/docs/192745.pdf>, 2014. (Último acceso: 19/09/2017).
- PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), *El empleo público y las personas con discapacidad. Colección CERMI n. 42*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2009.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. (Dir.), *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia y Francia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- LIBRO BLANCO. *Empleo Público para personas con discapacidad*.
- MEDINA JURADO, P., "Las cláusulas sociales en la contratación pública, retos y perspectivas", *Revista CERMI*, n. 7, marzo-junio de 2010. Disponible en <http://revista.cemci.org/numero-7/pdf/doc1.pdf>. Consultado el 18 de octubre de 2017.
- PAREJO ALFONSO, L., y PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, Barcelona, 2012.
- PERNAS GARCÍA, J.J. (Dir.), *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- RAMOS PÉREZ OLIVARES, A., *La regulación de las cláusulas sociales en los contratos del sector público tras el Real Decreto Legislativo 3-2011*, La Ley, Madrid, 2012.
- RÍOS MARÍN, E., *La contratación pública local: avances y retrocesos en su regulación: incidencia de las directivas "de cuarta generación"*, Atelier, Barcelona, 2016.
- ROSÓN OLMEDO, T., "Política y medidas pro acceso de las personas con discapacidad al empleo público, regulación general de las mismas y su inclusión en las convocatorias de pruebas selectivas de la Administración General del Estado", AA.VV., *Acceso de las personas con discapacidad al empleo público 1985-1999*, Ed. Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2002.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, Tirant Lo Blanch, Sevilla, 2009.
- TORRES LÓPEZ, A., *La discapacidad en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2012.
- TRULL AHUIR, J.M.^a, "Régimen jurídico del fomento del empleo e integración laboral de las personas con discapacidad en el ámbito de los empleados públicos y de la contratación de las Administraciones Públicas", *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en Administración local y justicia municipal*, n. 3, 2017.
- VILLALBA PÉREZ, F.L., "La dimensión social de la contratación pública: el sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público", *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 74, 2009.

7 Apéndice jurisprudencial

STJCE (Gran Sala), 2008/176, de 17 de julio de 2008, Caso S. Coleman contra Attridge Law.

STJUE (Sala 2.^a), 2013/122, de 11 de abril de 2013, Caso Ring-Caso HK Danmark y otros contra HK Danmark y otros.

STS (Sala de lo Social), de 15 de junio de 2005, Rec. cas. n. 2495/2004.

STS (Sala Social), de 21 de marzo de 2007, Rec. cas. n. 3872/2005.

STS (Sala 4, Sección 1.^a), de 22 de septiembre de 2008, Rec. cas. n. 3591/2006.

STS (Sala 4, Sección 1.^a), de 21 de octubre de 2010, Rec. cas. n. 806/2010.

STS (Sala de lo Social, Sección 1.^a), de 10 de octubre 2012, Rec. cas. n. 4016/2011.

STS (Sala de lo Social, Sección 1.^a), de 20 de febrero de 2013, Rec. cas. n. 3081/2011.

STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1.^a), 962/2006 de 5 de junio.

STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala 4, Sección 1.^a), 709/2007 de 13 de febrero.

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.^a), 2489/2007 de 10 de abril.

STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala 4, Sección 1.^a), 1859/2013 de 10 de septiembre.

STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala 4.^a, Sección 1.^a), 1124/2014 de 8 de mayo.

STSJ de Cataluña (Sala 4.^a, Sección 1.^a), 8103/2014 de 9 de diciembre.

Regap



ESTUDIOS